

# **CULPA IN CONTRAHENDO UND VERKEHRSPFLICHTEN**

Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Brsg.  
als Habilitationsschrift vorgelegt

von

**K a r l K r e u z e r**

Akademischer Oberrat am Juristischen Seminar

Stand: Sommer/Herbst 1971

## **Erläuternde Vorbemerkung**

Die nachstehende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/BrsG. im Wintersemester 1971/1972 als schriftliche Habilitationsleistung angenommen; Gutachter waren mein akademischer Lehrer Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst von Caemmerer sowie Prof. Dr. Hans Stoll. Am 10.2.1972 erfolgte der Probevortrag vor der Freiburger Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Vom 1.2.1972 bis 1.4.1974 war ich als wiss. Mitarbeiter des kurz zuvor in das Amt gekommenen Präsidenten Ernst Benda an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet. Die während der Abordnung vorgesehene Druckfertigmachung und Veröffentlichung der Habilitationsschrift scheiterte an der extremen Arbeitsbelastung als einziger wiss. Mitarbeiter des Präsidenten. Auch während der unmittelbar nach dem Ausscheiden aus dem BVerfG folgenden äußerst arbeitsintensiven Lehrstuhlvertretungen (Heidelberg, Münster) und der sich anschließenden Übernahme des mit breiten, z.T. sehr speziellen Lehrverpflichtungen verbundenen privatrechtlichen Lehrstuhls am Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fachbereich der Universität Stuttgart-Hohenheim war eine Veröffentlichung nicht machbar. Danach hätte es im Hinblick auf die Fülle des inzwischen angefallenen Materials einer weitgehenden Überarbeitung der Schrift bedurft, die neben den laufenden Anforderungen in Lehre, Forschung und Hochschulverwaltung nicht zu leisten war. Der Online-Publikationsservice (OPUS) der Julius-Maximilians-Universität Würzburg ermöglicht es nun, die Arbeit in elektronischer Form zu veröffentlichen. Die Publikation der Habilitationsschrift auf dem Stand vom Sommer/Herbst 1971 dürfte jedenfalls von dogmengeschichtlichem Interesse sein.

Die elektronische Fassung der Arbeit ist gegenüber der als Habilitationsschrift eingereichten Papierfassung inhaltlich unverändert. Jedoch wurde in der elektronischen Fassung mit Rücksicht auf die zur Verfügung stehende Recherchefunktion auf das der Papierfassung angefügte umfangreiche Entscheidungsverzeichnis verzichtet. Ferner erfolgten einige rein formale Veränderungen (durchgängige Seiten- und Fußnotenzählung; Tippfehlerkorrektur u. ä.).

Würzburg, im Juli 2015

o. Prof. em. Dr. iur. utr. habil. Karl Kreuzer

INHALTSÜBERSICHT

EINFÜHRUNG

	Seite
A. Skizze der Entwicklung der culpa in contrahendo	12
B. Erscheinungsformen der culpa in contrahendo	23
C. Funktionen der culpa in contrahendo und das privatrechtliche Haftungssystem	34
D. Durchführung für die vor-vertragliche Verletzung von Personen und Beschädigung von Sachen (Personen- und Sachschäden)	85

ERSTER TEIL

Länderberichte und vergleichende Übersicht

§ 1 Deutschland	89
A. Gesetzliche Regelungen	89
B. Schrifttum	90
C. Die deutsche Rechtsprechung	126
D. Haftpflichtversicherungsrecht	162
§ 2 Österreich	169
A. Einführung	169
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	173
C. Haftpflichtversicherungsrecht	182
§ 3 Schweiz	184
A. Einführung	184
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	185
C. Haftpflichtversicherungsrecht	193
§ 4 Frankreich	196
A. Einführung	196
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	201
C. Haftpflichtversicherungsrecht ( <i>assurance de responsabilité</i> )	215
§ 5 Belgien (Exkurs)	217

## Inhaltsübersicht

§ 6	Italien (Exkurs)	220
	A. Kodifizierung der culpa in contrahendo: Art. 1557 Codice civile (1942)	220
	B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	220
	C. Zusammenfassung	225
§ 7	England (Exkurs)	226
	A. Einführung	226
	B. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden in der Rechtsprechung	227
	C. Zusammenfassung	229
§ 8	Vergleichende Übersicht	230
	A. Nichtanwendung der culpa in contrahendo bei Personen- und Sachschäden	230
	B. Beurteilung der Personen- und Sachschäden nach Deliktsrecht	233

## ZWEITER TEIL

### Analyse des deutschen Rechts und eigene Lösungsvorschläge

	Vorbemerkungen	240
§ 9	Analyse	241
	A. Rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	241
	B. „Gesetzliche“ (nicht-rechtsgeschäftliche) Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	242
§ 10	Die Deliktsordnung als angemessener Normenkomplex	275
	A. Allgemeines	275
	B. Beweislastverteilung	276
	C. Haftung für Leute	280
§ 11	Zusammenfassung	301
	Abkürzungsverzeichnis	309
	Schriftenverzeichnis	317

INHALTSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG

	Seite
A. Skizze der Entwicklung der culpa in contrahendo	12
I. Die Grundlegung durch Rudolf v. <i>Jhering</i>	12
II. Die Regelung der <i>Jheringschen</i> Fälle im BGB	17
III. Die Entwicklung der culpa in contrahendo nach Inkrafttreten des BGB	19
IV. Die Renaissance der culpa in contrahendo seit 1910	20
B. Erscheinungsformen der culpa in contrahendo	23
Vorbemerkung	23
I. Vertragsbezogene vor-vertragliche Pflichten	23
1. Verhandlungsbezogene Pflichten	23
a. Gesetzlich geregelte Pflichten	23
b. „Außergesetzliche“ Pflichten	24
2. Vertragszweckbezogene Pflichten	29
a. Gesetzlich geregelte Pflichten	29
b. „Außergesetzliche“ Pflichten	30
II. Nicht-vertragsbezogene vor-vertragliche Pflichten	32
1. Schutzpflichten hinsichtlich des Vermögens des Partners (Vermögensschädigung „bei Gelegenheit“ von Vertragsverhandlungen)	32
2. Erhaltungspflichten hinsichtlich Person und Eigentum des Partners („Verkehrspflichten“)	32
3. Mangelfolgeschäden und culpa in contrahendo	33
C. Funktionen der culpa in contrahendo und das privatrechtliche Haftungssystem	34
I. Theoretische Grundlegung	34
1. Culpa in contrahendo als Schadensersatz-Generalklausel	34
2. Culpa in contrahendo und gesetzliche Ordnung der Abschlussstörungen	38
a. Vertragsfunktion und Vertrags(schluss)mechanismus	38
b. Der Vertrags(schluss)mechanismus im deutschen Recht	39
aa. Störungsverhinderung	39
bb. Nichtigkeit	39
cc. Heilbare Unwirksamkeit	40

## Inhaltsverzeichnis

dd. Anfechtbarkeit	41
ee. Mangelhafter Vertrag	42
ff. Verhandlungsstörungen	43
gg. Nicht geregelte Störungen	43
hh. Ergebnis	43
c. Verhältnis der culpa in contrahendo zur gesetzlichen Ordnung der Abschlussstörungen(Funktionen der culpa in contrahendo)	44
3. Aufgliederung der culpa in contrahendo-Generalklausel – die Generalklausel als„Durchgangsphase“ auf dem Weg zu differenzierteren Lösungen	45
II. Skizzenhafte Ausführung für einige Fallgruppen	48
Vorbemerkung	48
1. Abbruch von Vertragsverhandlungen	49
2. Zugangsverzögerung einer Willenserklärung („Zugangsvereitelung“)	51
3. Formmangel	54
4. Vertragszweckbezogene Aufklärungspflichten beim Kauf - culpa in contrahendo und Sachmängelhaftung	64
Einführung	64
a. Culpa in contrahendo und Vertragsaufhebung	67
aa. Culpa in contrahendo statt Wandlung (Wandlungersatz)	67
bb. Culpa in contrahendo statt Anfechtung (§ 123 BGB; Beweisersatz)	71
cc. Culpa in contrahendo als Übereilungsschutz (Formersatz)	71
dd. Zusammenfassung	73
b. Culpa in contrahendo und Vertragskorrektur (Berichtigungsfunktion bei Aufrechterhaltung des Vertrages)	74
aa. Erhöhung der Geldleistung	74
bb. Herabsetzung der Geldleistung (Minderung)	75
cc. Herabsetzung der Geldleistung auf den Marktpreis bei mangelfreien Kaufsachen	76
dd. Beseitigung beschwerender Vertragsklauseln	77
c. Culpa in contrahendo und Schadensersatz bei Sachmängeln	77
aa. Schadensersatz bei Wandlung und Minderung	77
bb. Eigene Lösungsskizze	79

D.	Durchführung für die vor-vertragliche Verletzung von Personen und Beschädigung von Sachen (Personen- und Sachschäden)	85
I.	Abgrenzung der Untersuchung	85
II.	Aufbau der Untersuchung	87

## ERSTER TEIL

### Länderberichte und vergleichende Übersicht

#### § 1 Deutschland

A.	Gesetzliche Regelungen	89
B.	Schrifttum	90
	Einführung	90
I.	Rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung	93
1.	Vertragskonstruktionen (Sicherungsvertrag)	93
a.	Sicherungsvertrag bei geschäftlichem Kontakt	93
aa.	Ausdehnung der vertraglichen Sicherungs-(neben-)pflichten auf den Vorbereich des Vertrags	93
bb.	selbständiger Sicherungsvertrag	95
b.	Sicherungsvertrag bei sozialem Kontakt	98
2.	Einseitiges Rechtsgeschäft	99
II.	Nicht-rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung	100
	Einführung	100
1.	Culpa in contrahendo im engen Sinn	102
2.	Haftung aus geschäftlichem Kontakt	102
3.	Haftung aus sozialem Kontakt	112
4.	Haftung nach Deliktsgrundsätzen	117
III.	Folgen der Anwendung der Vertragsordnung	119
1.	Überlagerung der Deliktsordnung durch die Vertragsordnung	119
2.	Unterschiede der vertraglichen Rechtsfolgen gegenüber der Deliktsordnung	120
IV.	Vertragsartige Erhaltungspflichten bei Anbahnung öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehungen	124
V.	Zusammenfassung	125
C.	Die deutsche Rechtsprechung	126

I.	Die Rechtsprechung bis 1945	126
1.	Die Rechtsprechung vor Anerkennung eines vom Zielvertrag unabhängigen Instituts der culpa in contrahendo	126
a.	Beurteilung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB	126
b.	Die Linoleumrollen-Entscheidung RG 7.12.1911 (RGZ 78, 259) und daran anknüpfende Urteile bis 1920	129
2.	Die Rechtsprechung seit Anerkennung eines "gesetzlichen" Instituts der culpa in contrahendo	136
3.	Beweislastverteilung	140
4.	Zusammenfassung	141
II.	Die Rechtsprechung seit 1945	142
1.	Anwendung der Vertragsordnung im Vorbereich von Schuldverträgen	143
a.	Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten auf die Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinn	143
b.	Erstreckung des Verhandlungsverhältnisses auf unwirksame Verträge	144
c.	Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten auf den geschäftlichen Kontakt	145
d.	Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten über den geschäftlichen Kontakt (Austauschkontakt) hinaus	149
2.	Anwendung der Deliktsordnung im Vorbereich von Schuldverträgen bzw. schuldrechtlichen Sonderbeziehungen	151
a.	Anwendung der Deliktsordnung auf Erhaltungspflichtverletzungen während der Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinn bzw. bei geschäftlichem Kontakt	151
b.	Anwendung der Deliktsordnung auf öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen "in contrahendo"	153
3.	Nichtanerkennung der Haftung aus sozialem Kontakt	155
4.	Folgen der Anwendung der Vertragsordnung	156
a.	Haftung für Leute	156
b.	Beweislastregelung	157
c.	Verjährung	159
5.	Zusammenfassung	160
D.	Haftpflichtversicherungsrecht	162
I.	Betriebshaftpflicht-Versicherung	162
1.	Allgemeines	162
2.	Versicherung des Arbeitgebers	163



## Inhaltsverzeichnis

3. Versicherung des Arbeitnehmers	163
II. Privathaftpflicht-Versicherung	165
III. Haus- und Grundbesitzerhaftpflicht-Versicherung	166
IV. Schlussfolgerung	166

### § 2 Österreich

A. Einführung	169
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	173
I. Schrifttum	173
II. Rechtsprechung	178
III. Reformvorschläge	181
C. Haftpflichtversicherungsrecht	182

### § 3 Schweiz

A. Einführung	184
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	185
I. Schrifttum	185
II. Rechtsprechung	189
C. Haftpflichtversicherungsrecht	193

### § 4 Frankreich

A. Einführung	196
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	201
I. Schrifttum	201
II. Rechtsprechung	205
III. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden	205
1. Personenbeförderungsverträge	205
2. Kaufverträge	208
a. Unfälle während einer Autoprobefahrt	208
b. Haftung des Geschäftsinhabers für die Sicherheit der Verkaufsräume	208
IV. Zusammenfassung	215
C. Haftpflichtversicherungsrecht ( <i>assurance de responsabilité</i> )	215

## Inhaltsverzeichnis

§ 5 Belgien (Exkurs)	217
§ 6 Italien (Exkurs)	
A. Kodifizierung der culpa in contrahendo: Art. 1557 Codice civile (1942)	220
B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten	220
I. Schrifttum	220
II. Rechtsprechung	222
III. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden	223
1. Übersicht über das Haftpflichtsystem	223
2. Rechtsprechung	223
C. Zusammenfassung	225
§ 7 England (Exkurs)	
A. Einführung	226
B. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden in der Rechtsprechung	227
C. Zusammenfassung	229
§ 8 Vergleichende Übersicht	
A. Nichtanwendung der culpa in contrahendo bei Personen- und Sachschäden	230
B. Beurteilung der Personen- und Sachschäden nach Deliktsrecht	233
ZWEITER TEIL	
Analyse des deutschen Rechts und eigene Lösungsvorschläge	
Vorbemerkungen	240
§ 9 Analyse	
A. Rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	241
B. „Gesetzliche“ (nicht-rechtsgeschäftliche) Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	242
I. Grundlagen	242
1. Gewohnheitsrechtliche Geltung?	242
2. Der Schutzbereich der Schadenstragungsnorm als Lösungsansatz	243
a. Allgemeines	244
b. Vertragsakzessorischer Schutzzweck der culpa in contrahendo	245

c.	Der Schutzbereich des Schuldvertrages	247
aa.	Entwicklung und gegenwärtiger Stand	247
bb.	Kritik	253
d.	Der Schutzbereich der culpa in contrahendo	258
II.	Kritik der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	259
1.	Haftungsbegründung	259
a.	Haftung aus culpa in contrahendo bzw. geschäftlichem Kontakt	259
aa.	Auflösung des Tatbestandes der culpa in contrahendo	259
bb.	Fragwürdigkeit der Teilkorrektur des § 831 BGB durch die Ausweitung der Vertragssphäre	262
cc.	Fehlende "innere" Begründung der vertragsartigen Haftung	265
b.	Haftung aus sozialem Kontakt	267
2.	Haftungsfolgen	269
a.	Unangemessenheit der Vertragsordnung	269
b.	Ungenügen der Vertragsordnung	273
	§ 10 Die Deliktsordnung als angemessener Normenkomplex	
A.	Allgemeines	275
B.	Beweislastverteilung	276
C.	Haftung für Leute	280
I.	Haftung für Leute <i>de lege lata</i>	280
1.	Ersetzung des § 831 BGB durch § 278 BGB	281
2.	Schadensabwendungspflicht aus § 831 BGB	281
3.	Verschärfung der Anforderungen an den Exkulpationsbeweis (§ 831 I 2 BGB)	282
4.	§ 823 I BGB als vorherrschende Anspruchsgrundlage	283
5.	Zum Verhältnis von § 823 zu § 831 BGB	288
6.	Zusammenfassung	290
II.	Haftung für Leute <i>de lege ferenda</i>	291
1.	Folgen der Reform des § 831 BGB für vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen	292
a.	Änderung der Ergebnisse?	292
b.	Dogmatische Folgen	293
aa.	Wegfall der Haftung nach Vertragsgrundsätzen	294

## Inhaltsverzeichnis

bb. Modifikation der Deliktshaftung	297
2. Diskussionsvorschläge zu § 831 n. F. BGB	299
§ 11 Zusammenfassung	301
Abkürzungsverzeichnis	309
Schriftenverzeichnis	317

## EINFÜHRUNG

### A. Skizze der Entwicklung der culpa in contrahendo<sup>1</sup>

#### I. Die Grundlegung durch *Rudolf v. Jhering*

Mit seiner Abhandlung über „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“ gedachte *Rudolf von Jhering* „ein völlig neues Thema“ einzuführen.<sup>2</sup> In der Tat beginnt die Dogmengeschichte der culpa in contrahendo mit dem *Jheringschen* Aufsatz aus dem Jahre 1861. Die wenigen Autoren, die sich bis dahin zu den Fragen geäußert hatten, die Jhering unter dem von ihm geprägten Begriff erörterte, beschränkten sich auf beiläufige Bemerkungen, die der schwierigen Problematik nicht ausreichend Rechnung trugen. Sie blieben für die Entwicklung unserer Lehre bedeutungslos.<sup>3</sup> Überdies betrafen diese Äußerungen lediglich den Fall des Schadensersatzes bei Verträgen, die infolge Irrtums unwirksam waren.<sup>4</sup> *Jhering* strebte demgegenüber mit Hilfe der (kontraktlichen) culpa die „principielle Verallgemeinerung“<sup>5</sup> der Schadensersatzklage an. Dieser Tendenz zur Generalisierung entsprechend setzte er sich im kasuistischen Teil seiner Studie ausdrücklich zum Ziel, alle denkbaren Fälle zu entscheiden, die in den Anwendungsbereich seiner Theorie fallen mochten.<sup>6</sup> Nach den Worten *Friedrich Mommsens*<sup>7</sup> fand *Jhering* „in seiner Theorie von der culpa in contrahendo ein Universalmittel, um auf einem sehr weiten Gebiet allen Unbilligkeiten, welche sonst sich ergeben würden, wirksam vorzubeugen.“ Die Bedeutung der *Jheringschen* Abhandlung für die Entwicklung des deutschen Rechts und ihr weit über dessen Grenzen hinausreichender Einfluss<sup>8</sup> legt eine knappe Skizze seiner Lehre nahe. *Jhering* ging von konkreten Lebenssachverhalten aus, für die das geltende Recht keine Lösung ist, die sein Rechtsgefühl befriedigte. Diesen rechtsethischen Ausgangspunkt stellte *Jhering* in seinem aufschluss-

<sup>1</sup> Eine Dogmengeschichte ist nicht beabsichtigt. Die Skizze soll lediglich die wichtigsten Entwicklungsstufen deutlich machen, die zu unserem umfassenden Haftungsgrund der c.i.c. geführt haben; zur Dogmengeschichte vgl. insbes. *Hildebrandt* 25-118.

<sup>2</sup> *JhJb* 4 (1861) 1.

<sup>3</sup> Vgl. dazu *Drechsler* 13 ff.; s. auch *Jhering*, *JhJb* 4 (1861) 2-5.

<sup>4</sup> Vgl. etwa v. *Savigny*, *System* III, 294 f. Note d; *Schweppe* III, 110; *von Wächter* II, 749 (s. auch N. 19 *ibid.*). Nur *Richelmann* hat sich vor *Jhering* eingehender mit der Frage des Schadensersatzes bei wesentlichem (d.h. zur Vertragsnichtigkeit führendem) Irrtum befasst (129 ff.). Er nimmt die *Jheringsche* Ableitung für diese Fälle vorweg, wenn er bei culpa „aus einem seiner Hauptwirkung nach nichtigen Verträge eine Klage auf Entschädigung“ zulässt (138; ähnlich 133/134). Bemerkenswerterweise beruft sich *Richelmann* – wie später *Jhering* – zur Begründung für diesen Anspruch u.a. auf das praktische Bedürfnis.

<sup>5</sup> *JhJb* 4 (1861) 41.

<sup>6</sup> *JhJb* 4 (1861) 56.

<sup>7</sup> 81 (1879).

<sup>8</sup> Vgl. z. B. für die bis heute reichende Wirkung in Frankreich *Weill* Nr. 341 N. 1 (1971).

reichen, die Abhandlung begleitenden Arbeitsbericht unmissverständlich klar.<sup>9</sup> Das gemeinsame und entscheidende Merkmal der Fälle, in denen man nach seiner Auffassung eine Schadensersatzklage gewähren sollte, schien ihm darin zu liegen, dass sich der eine Teil „bei Gelegenheit eines *intendirten* [sic] *Contractsverhältnisses*“ eine culpa zuschulden kommen ließ und der andere Teil dadurch Schaden erlitt, „dass er einen ihm vom anderen proponirten [sic] und dem *äußern Hergang* nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte“: *Culpa in contrahendo*<sup>10</sup>. *Jhering* suchte dann im Nachhinein Textstellen in römisch-rechtlichen Quellen, die sein Prinzip in Einzelfällen zum Ausdruck zu bringen schienen.<sup>11</sup> Von diesen Quellen abstrahierend, fand er mit Hilfe der culpa als „Brücke“<sup>12</sup> das allgemeine (Rechts)Prinzip, das ihm sein Rechtsgefühl bereits vor Beginn der Quellenstudien gezeigt hatte.<sup>13</sup> Dabei fasste *Jhering* die Haftung als *vertraglich* auf: „Die culpa in contrahendo ist nichts als die contractliche culpa in einer besonderen Richtung.“<sup>14</sup> Der Abschluss eines Vertrages erzeuge nicht bloß eine Erfüllungspflicht, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgendeines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen sei, u.U. eine Verpflichtung zum Schadensersatz. „Nichtigkeit“ bezeichne nur das Fehlen *jener* Wirkung, nicht die *aller* Wirkungen.<sup>15</sup>

*Jhering* bleibt auf diese Weise bei der Schaffung des neuen Rechtsinstitutes im anerkannten „System“ der Rechtsquellen. Seine Lehre fügt sich bruchlos in die haftungsrechtliche Ordnung des Gemeinen Rechts ein:<sup>16</sup>

Die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo setzt den (äußeren) Abschluss eines *Vertrages* voraus. Mit dem Vertrag als Rechtsquelle benutzt *Jhering* ein „klassisches“ Instrument der Rechtsfortbildung, das von Wissenschaft und Praxis immer dort zur Begründung neuer Lösungen herangezogen wird, wo das Gesetz für die „objektiven“ Methoden (Gesetzesauslegung, Gesetzes-, Rechtsanalogie usw.) keine genügende Grundla-

<sup>9</sup> JhJb 4 (1861) 2: „Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit“ des (scheinbar) geltenden Rechts. „Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“ (ibid. 5); vgl. im Übrigen ibid. 3-7 insgesamt.

<sup>10</sup> Alles: JhJb 4 (1861) 7. Lediglich im letzten Beispiel seiner Kasuistik, nämlich der Rücknahme der Auslobung, bejaht *Jhering* eine c.i.c. ohne äußeren Vertragsschluss und verlässt damit die Vertragstheorie. Eine Begründung für diesen prinzipwidrigen Schritt findet sich nicht (ibid. 101).

<sup>11</sup> Zur Qualität dieser Stellen vgl. die Bemerkung von *Eugen Ehrlich*, der auch als Romanist ausgewiesen war: „Welch armselige Quellenstellen glaubt *Jhering* heranziehen zu sollen, eine seiner geistreichsten Schöpfungen, die Lehre vom negativen Vertragsinteresse, sich und seinen Zeitgenossen mundgerecht zu machen.“ (Freie Rechtsfindung 38).

<sup>12</sup> JhJb 4 (1861) 41.

<sup>13</sup> Vgl. zu diesem Verfahren der „Rechtsgewinnung“ *Larenz*, Methodenlehre 396 f. und schon *Esser*, Grundsatz 161 ff.

<sup>14</sup> JhJb 4 (1861) 52.

<sup>15</sup> JhJb 4 (1841) 32; vgl. auch ibid. 88/89. Neuerdings findet sich bei *Pawlowski* ein ähnliches Verständnis des Vertrages.

<sup>16</sup> Die *Jheringsche* Methode entsprach damit schon vor mehr als 100 Jahren den Anforderungen der heutigen Methodenlehre (vgl. *Larenz*, Methodenlehre 403) an die wissenschaftliche Rechtsfortbildung.

ge bietet. Den Vertragsinhalt füllt *Jhering* – unter dem Etikett des ergänzenden objektiven Rechts –<sup>17</sup> mit dem aus, was er für billig hält. Diese „subjektive“, auf den Vertrag abstellende Methode der Rechtsfortbildung spielt auch in der späteren dogmengeschichtlichen Entwicklung gerade der *culpa in contrahendo* eine wichtige Rolle.<sup>18</sup> Der eigentliche Grund für den Rückgriff auf den Vertrag als Rechtsgrund ist die „archaische“, auf der *actio legis Aquiliae* (286 v.Chr.) und der *actio doli* beruhende Deliktsordnung des späteren Gemeinen Rechts.<sup>19</sup> Die deliktische Generalklausel der vernunftrechtlichen Epoche und der darauf beruhenden Kodifikationen hätte die *Jheringsche* Konstruktion erspart.<sup>20</sup>

Auch der Haftungsgrund der *culpa* passt sich nahtlos in die von *Jhering* selbst maßgebend mitgeformte<sup>21</sup> Schadenslehre des Gemeinen Rechts ein, die ihrerseits dem von der idealistischen Philosophie geprägten, individualistischen Menschenbild des späteren 19. Jahrhunderts entspricht. Dass der Urheber eines Schadens diesen nur tragen solle, wenn er ihn gewollt hat oder doch wenigstens durch Willensanstrengung hätte vermeiden können, wird – nicht ohne ein gewisses Pathos – als wesentliche, unverzichtbare Errungenschaft, als kulturelle Tat gepriesen und verteidigt.<sup>22</sup> „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.“<sup>23</sup> Das *Culpa*-Prinzip wird in jener Zeit als allgemeingültige Haftungsregel, als einheitliche Grundlage für die Schadensersatzhaftung innerhalb und außerhalb von Schuldverhältnissen aufgefasst. Vor diesem dogmatischen Hintergrund muss auch die Entwicklung der *culpa in contrahendo* gesehen werden. Von daher wird die Hartnäckigkeit verständlich, mit der *Jhering* am Verschuldensprinzip auch dort festhält, wo die „*culpa*“ in *contrahendo* zur Fiktion wird.<sup>24</sup> Der geistesgeschichtliche Zusammenhang

<sup>17</sup> Nicht als besondere (stillschweigende) Haftungsvereinbarung, wie etwa *Weill* (Nr. 340) anzunehmen scheint: vgl. *JhJb* 4 (1861) 42.

<sup>18</sup> Vgl. unten Einf. A. IV (S. 20 ff.) und § 1 B. (S. 90 ff.).

<sup>19</sup> Vgl. die Argumentation *Jherings* vom „negativen“ Ergebnis des Gemeinen Rechts her: *JhJb* 4 (1861) 2 f.

<sup>20</sup> Vgl. dazu z. B. *Weill* Nr. 340.

<sup>21</sup> Vgl. „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ (1867).

<sup>22</sup> Zum Beweis können die Gedanken angeführt werden, die in der zweiten Kommission zur Erarbeitung des BGB im Zusammenhang mit der Diskussion des späteren § 829 BGB geäußert wurden (*Mugdan* II, 1084): *Jhering* habe in seinem Werk „Das Schuldmoment im römischen Privatrecht“ überzeugend nachgewiesen, wie der ... Gedanke, dass nicht die schädigende Handlung, sondern nur die in ihr verkörperte Schuld des Täters die Ersatzpflicht begründe, sich in der Rechtsentwicklung im Gefolge einer gesteigerten Kultur durchgerungen habe. *Diese Errungenschaft aufzugeben und zu den naiven Anschauungen einer früheren Entwicklungsperiode zurückzukehren, sei unmöglich*; (Hervorhebung vom Verf.) die Regelung der Schadensersatzpflicht auf der Grundlage des Veranlassungsprinzips würde die individuelle Freiheit mit einer unberechenbaren Verantwortlichkeit belasten und ihr kein Gebiet übrig lassen, auf dem sie sich ungehemmt entfalten könnte.“

<sup>23</sup> *Jhering*, Schuldmoment 40.

<sup>24</sup> *Müller-Erzbach* bezeichnet die *Jheringsche* Lehre als „wissenschaftliche Culpafiktion“: *AcP* 106 (1910) 328. Dies hatte *Jhering* der Sache nach selbst gesehen: „Die von mir aufgestellte Theorie der *culpa in contrahendo* wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjektiven Unrechts zugrunde legt, der

mit dem herrschenden politischen und wirtschaftlichen Liberalismus des ausgehenden 19. Jahrhunderts ist deutlich.<sup>25</sup> Auf diese Weise erklärt sich der weit über den deutschen Sprachbereich hinausdringende Einfluss einer quellenmäßig in dieser Form nicht zu begründenden Lehre.

*Jhering* gliedert die Fälle, in denen er den Tatbestand der culpa in contrahendo verwirklicht sieht,<sup>26</sup> in loser Anlehnung an das Institutionen-„System“ von Gaius in drei Gruppen: Unfähigkeit des Subjekts,<sup>27</sup> Unfähigkeit des Objekts<sup>28</sup> sowie Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens. Diese dritte und wichtigste Gruppe unterteilt *Jhering* in die Fälle der „Unzuverlässigkeit der Erklärung“ und der „Unzuverlässigkeit“ des Willens selbst.<sup>29</sup> Die erste Untergruppe<sup>30</sup> ist gekennzeichnet durch das (unabsichtliche) Auseinanderfallen von Inhalt und Erklärung des Willens. Diese Fälle des – modern gesprochen – Inhalts- und Erklärungs- (einschl. Übermittlungs-)irrtums seien zwar zu Recht als Nichtigkeitsgründe anerkannt, jedoch entspreche es dem Rechtsgefühl, dass der dadurch Geschädigte Ersatz erlangen müsse. Mit dem Ausdruck „Unzuverlässigkeit des Willens selbst“ bezeichnet *Jhering* jene Fälle, in denen es an der *Dauerhaftigkeit* des Willens fehlt.<sup>31</sup> Dabei handelt es sich zunächst um den Widerruf einer Offerte beim Vertragsschluss unter Abwesenden, wenn der Antragsgegner die Offerte zum Zeitpunkt des Eintreffens des Widerrufs bereits angenommen und damit den Vertrag äußerlich zustande gebracht hatte.<sup>32</sup> Zum andern nimmt *Jhering* eine culpa in contrahendo dann an, wenn die nach römischem Recht zum Vertragsschluss erforderlich gleichzeitige Willensübereinstimmung unter Abwesenden daran scheiterte, dass der Offerent im Augenblick der Annahme bereits verstorben war.<sup>33</sup> In

---

Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht, und meine Formulierung wird gewiss durch eine weitere, objektivere ersetzt werden“ (Schuldmoment 38 N. 73).

<sup>25</sup> Bisweilen wird die Culpa-Regel ausdrücklich mit dem Argument verteidigt, dass sie im Interesse des Schutzes der im Aufbau befindlichen modernen Industrie notwendig sei: vgl. Motive II, 1094.

<sup>26</sup> Über die Konstruktionen, mit denen andere Autoren den *Jheringschen* Fällen gerecht zu werden suchen, vgl. z. B. die Zusammenstellung bei *Mellinger* 4-22. Die entsprechenden Lehren beziehen sich jedoch alle – anders als die c.i.c. – nur auf einzelne Fälle.

<sup>27</sup> Darunter fallen bevormundete und minderjährige Personen, Vertragsschluss durch Trunkene sowie der Verstoß gegen das Verbot, bestimmte (Schuld) Verträge abzuschließen: JhJb 4 (1861) 57-62.

<sup>28</sup> Diese liegt vor bei juristischer Unfähigkeit (*res extra commercium*), bei „natürlicher Nichtexistenz“ einer Sache sowie bei (objektiver) „Unmöglichkeit“ eines Rechts: JhJb 4 (1861) 63-71.

<sup>29</sup> JhJb 4 (1861) 71 ff.

<sup>30</sup> JhJb 4 (1861) 73-86. Einzelheiten sind hier nicht von Interesse.

<sup>31</sup> JhJb 4 (1861) 73.

<sup>32</sup> JhJb 4 (1861) 88-90: sofern der Widerruf vor Akzeption erfolgt (geäußert) war. Nach römischem (Gemeinem) Recht kam hier mangels gleichzeitigen Konsenses kein Vertrag zustande (ibid. 89). Im Widerruf der Offerte liege eine culpa, weil der Offerent sich nicht darüber vergewissert habe, ob nicht der Gegner mit der Ausführung des Vertrags begonnen habe (ibid. 88)!

<sup>33</sup> JhJb 4 (1861) 91-93. Die Begründung ist äußerst mühsam „konstruiert“.



allen Fällen hat der Antragsempfänger in Unkenntnis des inzwischen weggefallenen Vertragswillens akzeptiert.<sup>34</sup>

Sieht man von der Auslobung ab, so ist die *Jheringsche* Konzeption für diese dritte Fallgruppe wie folgt zu charakterisieren: Sie beruht auf der gemeinrechtlichen Willenstheorie und stellt diese und die daraus für den Vertragsschluss resultierenden Rechtsfolgen (Nichtigkeit beim Mangel einer synchronen fehlerfreien Willensübereinstimmung) nicht grundsätzlich in Frage. Sie versucht jedoch, die Schäden auszugleichen, die auf diese Weise „in contrahendo“ eingetreten sind. So sollen die Wunden geheilt werden, die eine „logisch“ durchgeführte Willenstheorie geschlagen hat.

Insgesamt gesehen betrifft die *Jheringsche* culpa in contrahendo allein die „verschuldete“ Verursachung der Vertragsnichtigkeit. Rechtsfolge ist die Pflicht zum Ersatz des von *Jhering* so genannten negativen Vertragsinteresses, d.h. des Interesses am Nichtabschluss des Vertrags.<sup>35</sup>

Damit ist das Anwendungsgebiet der *Jheringschen* culpa in contrahendo von vornherein beschränkt: Fälle von culpa in contrahendo, die sich auf einen *gültigen* Vertrag auswirken,<sup>36</sup> werden von seiner Lehre ebenso wenig erfasst wie jene Schadenssachverhalte, in denen ein Vertrag äußerlich noch nicht zustande gekommen ist. Auch die von der *lex Aquilia* geschützten Güter fallen nicht in ihren Bereich. Gleiches gilt für viele andere heute unter die culpa in contrahendo subsumierte Fallgruppen.<sup>37</sup> Die culpa in contrahendo dient bei *Jhering* funktionell der schadensrechtlichen (nicht bereicherungsrechtlichen) Abwicklung ursprünglich und endgültig gescheiterter Schuldverträge. Mittel zu diesem Zweck ist der Anspruch auf das sog. negative Vertragsinteresse, der Vertragsnichtigkeit voraussetzt. Ob diese Art der Störungsabwicklung (Nichtigkeit, negatives Vertragsinteresse) allen Fällen angemessen ist oder ob man nicht besser den Vertrag aufrechterhalten sollte, wird

---

<sup>34</sup> Da *Jhering* die c.i.c. als „vertragliche culpa“ auffasst, die Haftung also auf einen äußerlich zustande gekommenen Vertrag stützt, geht er offensichtlich von der sog. Äußerungstheorie aus. Danach genügt die Abgabe der Annahmeerklärung zum Vertragsschluss: Nachweise auch über die übrigen im gemeinen Recht vertretenen Auffassungen bei *Windscheid-Kipp* II, 244 ff. Unter „nichtperfizierten“ Verträgen dürfte *Jhering* alle in der dritten Gruppe (Unzuverlässigkeit des Willens) erörterten Fälle verstehen, d.h. alle jene Fälle, in denen die Unwirksamkeit weder auf dem Subjekt noch auf dem Objekt, sondern auf dem Willen beruht (vgl. JhJb 4 [1861] 73): In diesen Fällen ist es nicht zu einer (synchronen) Willenseinigung gekommen. Dies wird jedoch aus der *Jheringschen* Abhandlung nicht völlig deutlich.

<sup>35</sup> JhJb 4 (1861) 14 ff. Das negative Interesse ist durch das positive Vertragsinteresse begrenzt (ibid. 21 f.). Culpa des Geschädigten schließt den Anspruch aus (ibid. 14 f.).

<sup>36</sup> Das Problem ist weder von *Jhering* noch von der übrigen gemeinrechtlichen Literatur oder von den Vätern des BGB in Betracht gezogen worden: vgl. *Leonhard*, Allg. Schuldrecht, 544. Dies lag daran, dass die wichtigsten Fälle – der Tradition folgend – auch dort als *Vertragsstörungen* geregelt wurden, wo der Fehlertatbestand schon bei Vertragsschluss vorlag. Bei der Sachmängelhaftung ist das beispielsweise die Regel. Mit dem Aufkommen neuer, im Gesetz nicht geregelter Vertragstypen änderte sich das Bild: vgl. den ersten c.i.c.-Fall RG 26.4.1912 JW 1912, 743 (Luisinlicht).

<sup>37</sup> Vgl. unten Einf. B. (S. 23 ff.).

nicht gefragt. Ob – die Angemessenheit der Nichtigkeitsfolge einmal unterstellt – Schadensersatz nur bei culpa oder auch in anderen Fällen gewährt werden soll, bleibt im Prinzip unerörtert, obwohl von Verschulden in manchen Fällen der Kasuistik nicht mehr ernsthaft die Rede sein kann. Um der geschlossenen Durchführung seines „allgemeinen Prinzips“ und um des darin verbürgten Systemzusammenhangs willen (vertragliche Culpahaftung) verzichtete *Jhering* sogar auf Lösungen, die er selbst – *de lege ferenda* – seinen eigenen vorzog.<sup>38</sup> Nur so glaubte er anscheinend, seiner Lehre die Anerkennung als geltendes Recht sichern zu können. Seine Erwartung ging nicht in Erfüllung. *Jherings* Theorie wurde im Schrifttum ganz überwiegend abgelehnt<sup>39</sup> und von ihrem Urheber selbst bereits sechs Jahre nach der „Entdeckung“ jedenfalls teilweise revoziert.<sup>40</sup> Der BGB-Gesetzgeber wird seinen Vorschlägen nur in wenigen Fällen folgen (unten II.). Waren die konkreten Falllösungen zweifelhaft, so sollte doch der im Keim bei *Jhering* angelegte Gedanke, dass künftige Vertragspartner schon vor Perfektion des Vertrages partnerbezogene Pflichten haben, dauernde Bedeutung erlangen. Daneben werden auch – allerdings auf andere Weise als bei *Jhering* – das Culpaprinzip und die Ableitung der vor-vertraglichen Haftung aus dem Vertrag in späterer Zeit eine Rolle spielen.

## II. Die Regelung der *Jheringschen* Fälle im BGB

Das „allgemeine Prinzip“ der culpa in contrahendo, auf das *Jhering* so großen Wert legte, fand bekanntlich keine Aufnahme im BGB. Der Gesetzgeber hat jedoch die *Jheringschen* Fälle in Einzeltatbeständen oder durch „beredtes Schweigen“ entschieden.

Die erste Fallgruppe („Unfähigkeit des Subjekts“) hat der Gesetzgeber „durch Schweigen“ negativ geregelt. Es fehlt an einem etwa § 307 BGB entsprechenden Haftungstatbestand, obwohl das Problem in allen partikularrechtlichen Gebieten bekannt war. Die Motive setzen sich ausdrücklich damit auseinander und verweisen auf die Deliktsordnung.<sup>41</sup> Das BGB folgt damit dem vor 1900 in Deutschland ganz überwiegend geltenden Rechtszustand. Ein Anspruch auf Ersatz von Vermögensschaden besteht danach in diesen Fällen nur, wenn die Voraussetzungen des § 826 BGB (*actio doli*) gegeben sind. Auch im Schrifttum tritt nach 1900 niemand für die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo

---

<sup>38</sup> Z. B. die Bindung an die zugegangene Offerte: JhJb 4 (1861) 86/87; vgl. auch *ibid.* 91 N. 93: Tod des Offerenten.

<sup>39</sup> Nachweise bei *Hildebrandt* 42 N. 49.

<sup>40</sup> Schuldmoment 38 N. 73; vgl. oben N. 24.

<sup>41</sup> Motive I, 141. Eine Verbindungslinie zur *c.i.c.* findet sich in den Motiven nicht. In den Protokollen der Kommissionen für die erste und zweite Lesung des BGB wird diese Fallgruppe nicht mehr behandelt.

(fahrlässige Vermögensschädigung) in diesen Fällen ein. Dies gilt sowohl für Geschäftsunfähige<sup>42</sup> wie für beschränkt Geschäftsfähige, soweit im letzten Fall keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen vorliegt.<sup>43</sup> Die von *Jhering* nur am Rande berührte und eventuell<sup>44</sup> der culpa in contrahendo unterstellte Haftung des *falsus procurator* ist im BGB (§ 179) vom Verschulden als Haftungsvoraussetzung gelöst.

Die zweite *Jheringsche* Gruppe („Unfähigkeit des Objekts“) hat das BGB dagegen sowohl hinsichtlich Tatbestand als auch Rechtsfolgen rezipiert (§§ 306/307 bzw. 134/309/307 BGB).<sup>45</sup> Es handelt sich nach der Fassung des Gesetzes um rechtswidrig-schuldhaftes Schadenszufügen; der Umfang des zu ersetzenden negativen Vertragsinteresses darf das positive Interesse nicht übersteigen; jeder Schadensersatzanspruch ist nicht nur bei Kenntnis, sondern auch bei schuldhafter Unkenntnis des Geschädigten ausgeschlossen.

Bei der dritten Fallgruppe („Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens“) folgt das Gesetz der *Jheringschen* Auffassung hingegen in keinem einzigen Fall uneingeschränkt: Ein Erklärungs-(Übermittlungs-) oder Inhaltsirrtum führt nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit des Vertrages. Der anfechtende Partner ist zum Schadensersatz verpflichtet, auch wenn ihn an seinem Irrtum kein Verschulden trifft (§ 122 BGB). Haftungsgrund ist nicht die schuldhaftes Pflichtverletzung, sondern der durch die rechtsgeschäftliche Erklärung gesetzte Vertrauenstatbestand. Dagegen übernimmt das Gesetz die von *Jhering* vertretene Lösung hinsichtlich des Schadensumfanges und des Ausschlusses eines Schadensersatzanspruches bereits bei schuldhafter Unkenntnis des Anfechtungsgegners (§ 122 II BGB).

Das Problem des *Widerrufs* einer Offerte beim Vertragsschluss unter Abwesenden löst das BGB nicht mit einem Schadensersatzanspruch aufgrund fingierter culpa, sondern – nach dem Vorbild des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (Art. 298) – durch die bloße Tatbestandsfolge der (dispositiven) Bindung des Offerenten an die zugewandene

---

<sup>42</sup> Vgl. z. B. *Canaris*, NJW 1964, 1988, 1993; *Siber*, Schuldrecht 104.

<sup>43</sup> Vgl. z. B. *Canaris*, NJW 1964, 1988, 1993 (analog § 179 II 2 BGB); *Erman* § 276 Bem. 8 b; *Soergel/Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 6. Ist die Zustimmung gegeben, so kann das Problem der c.i.c. wegen fahrlässiger Vortäuschung der Volljährigkeit bzw. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Rahmen „genehmigter Verhandlungen“ nicht relevant werden.

<sup>44</sup> Für den Fall, dass man der Repräsentationstheorie folge: JhJb 4 (1861) 53-55.

<sup>45</sup> Eine *ausdrückliche* Erwähnung der c.i.c. findet sich in den veröffentlichten Gesetzesmaterialien nicht (Motive II, 178 ff.; Protokolle I, 450 ff.). In den Motiven wird ausdrücklich offengelassen, ob es sich um eine Haftung aus Delikt oder aus Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten handle. Die h.M. begreift § 307 als gesetzlichen Musterfall der c.i.c.: vgl. statt aller *Larenz*, Schuldrecht I, § 8. Anders in neuerer Zeit z. B. *Esser*, Schuldrecht I, § 52 II 3 (einfache Tatbestandsfolge, keine Unrechtssanktion).

Offerte (§ 145 BGB). In entsprechender Weise verfährt das Gesetz beim Tod des Offerenten vor Annahme seines Angebots (ggf. Bindung der Erben §§ 130 II, 153 BGB).

In der letzten Untergruppe der „Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens“ lässt das Gesetz die Rücknahme einer Auslobung ohne Einschränkung zu und lehnt damit auch den von *Jhering* befürworteten Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo ab (§ 658 BGB).<sup>46</sup>

*Zusammenfassend* können wir festhalten, dass das BGB nur in der Fallgruppe „Unfähigkeit des Objekts“ die *Jheringsche* Lehre rezipiert hat (§§ 307, 309 BGB). Alle übrigen Fälle löst das Gesetz anders: Zum Teil weicht es in den Anspruchsvoraussetzungen ab, behält aber die von *Jhering* vorgeschlagenen Rechtsfolgen bei (§ 122).<sup>47</sup> In anderen Fällen löst das BGB das Sachproblem mit einem völlig abweichenden Ansatz: reine Tatbestandsfolge anstelle eines Schadensersatzanspruches (§§ 145, 153 BGB). Bei wieder anderen Gruppen der *Jheringschen* Kasuistik versagt das Gesetz jede Sanktion („Unfähigkeit des Subjekts“; § 658 BGB).

Das BGB übernimmt weder das „allgemeine Prinzip“ noch rezipiert es ungeprüft die kasuistischen Lösungen *Jherings*. Der Gesetzgeber löst vielmehr die *Jheringsche* „General Klausel“ auf und sucht differenzierend den einzelnen Sachproblemen gerecht zu werden.

### III. Die Entwicklung der culpa in contrahendo nach Inkrafttreten des BGB

Nachdem das BGB alle nach der Auffassung *Jherings* „denkbaren“<sup>48</sup> Anwendungsfälle der culpa in contrahendo in der einen oder anderen Weise entschieden hatte, schien die *Jheringsche* „juristische Entdeckung“<sup>49</sup> ihre Aufgabe erfüllt zu haben. In der Tat wurde eine über die im BGB geregelten Fälle hinausgehende Haftung wegen culpa in contrahendo in der frühen exegetischen Periode von Schrifttum und Rechtsprechung nahezu einhellig abgelehnt.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Vgl. auch Motive II, 522 und schon § 582 des ersten BGB-Entwurfes.

<sup>47</sup> Wobei allerdings in Betracht zu ziehen ist, dass *Jhering* die culpa *finjierte*, d.h. im tatbestandsmäßigen Verhalten bereits ein *schuldhaftes* Verhalten sah: JhJb 4 (1861) 36 ff.

<sup>48</sup> *Jhering*, JhJb 4 (1861) 56.

<sup>49</sup> *Dölle*, VerhDJT 42 (1957) II, B 7.

<sup>50</sup> Erschöpfende Übersicht bei *Hildebrandt* 52 ff. (u.a. *Dernburg*, *Kipp*, *Crome*, *Oertmann* [3./4. Aufl. seines Kommentars; 1910]).

#### IV. Die Renaissance der culpa in contrahendo seit 1910

Die Renaissance des Gedankens des „Verschuldens beim Vertragsschlusse“ begann jedoch bereits 1910 mit der gleichnamigen Schrift *Franz Leonhards*.<sup>51</sup>

*Leonhard* verlangt im Gegensatz zu *Jhering*, der den Schadensersatzanspruch auf den äußerlich zustande gekommenen nichtigen Vertrag gestützt hatte, für die Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss einen *vollgültigen* Vertrag.<sup>52</sup> Dementsprechend führt die Haftung nach seiner Auffassung zum Ersatz des Erfüllungsinteresses.<sup>53</sup> Die „völlig verschieden(e)“ Lehre *Jherings* lehnt er scharf ab. Über die im BGB geregelten Fälle hinaus lasse sich eine allgemeine Regel nicht rechtfertigen, wonach beim Abschluss nichtiger Verträge für Verschulden gehaftet werde.<sup>54</sup> Dagegen sei der Schuldner bei gültigem Vertrag auch für jene rechtswidrigen Pflichtverletzungen verantwortlich, die er sich beim Vertragsabschluss zuschulden kommen lasse.<sup>55</sup> Dabei beziehe sich die Haftung nicht nur wie die Gewährleistung auf Mängel der Sache, sondern auf alle erheblichen Umstände und betreffe darüber hinaus alle Verträge.<sup>56</sup>

Die *Leonhardsche* Theorie ist damit im Grunde ein Versuch, aus dem Prokrustesbett der eng-kasuistischen Regelung der Gewährleistungshaftung des BGB auszubrechen. Die gesetzliche „Währschaft“ ist an den andersartigen Bedürfnissen einer vergangenen Zeit ausgerichtet. Sie berücksichtigt nicht alle Umstände, die heute – unter veränderten, komplizierteren Verhältnissen – als vertragswesentlich erscheinen. Darüber hinaus beschränken sich die Gewährleistungsregeln des Gesetzes auf einige wenige Verträge und sind in kaum überzeugender Weise in Tatbestand und Folgen teilweise unterschiedlich geordnet. Alle diese Umstände machen die entsprechende Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auf neu entstehende Vertragstypen<sup>57</sup> schwierig und zweifelhaft. So gesehen ist die Theorie *Leonhards* ein Schritt in Richtung auf die einheitliche Ordnung der Vertragsverletzungen für jene Störungen, die schon bei Vertragsschluss vorliegen. Die Parallele zu der *Staubschen* „Entdeckung“ der positiven Vertragsverletzung liegt auf der Hand.

Die *Leonhardsche* Korrektur der Vertragsstörungsregeln des Gesetzes entsprach einem dringenden Bedürfnis der Rechtspraxis. Deshalb ist es nicht erstaunlich, dass seine Lehre

---

<sup>51</sup> Vgl. aber auch schon *Ernst Fuchs* 129 (1909) und die Verteidigung der gleichen Thesen für das römische Recht in der Dissertation *Franz Leonhards* (1896).

<sup>52</sup> Verschulden 58 ff.

<sup>53</sup> Allg. Schuldrecht 561 f.

<sup>54</sup> Verschulden 58/59.

<sup>55</sup> Verschulden 60 ff.

<sup>56</sup> Verschulden, insbes. 54.

<sup>57</sup> Vgl. den Luisinlichtfall (oben N. 36).

im Schrifttum und in der Rechtsprechung erheblichen Einfluss gewann und – für den von ihm behandelten Typ der culpa in contrahendo – bis heute behielt.<sup>58</sup>

Sieht man in den Lehren *Jherings* bzw. *Franz Leonhards* zur culpa in contrahendo These (negatives Vertragsinteresse bei ungültigem Vertrag) und Antithese (positives Interesse bei vollgültigem Vertrag), so kann man die Lehre *Heinrich Stolls* als Synthese bezeichnen. Er fasst die Lehren *Jherings* und *Leonhards* zusammen und führt über sie hinaus. Den beiden ebengenannten Störungstypen fügt er die Haftung für das Verhalten vor Vertragschluss hinzu.<sup>59</sup> Nach den hierfür gegebenen Beispielen versteht *Stoll* darunter die Fälle der Verletzung der persönlichen Unversehrtheit sowie den Abbruch von Vertragsverhandlungen.<sup>60</sup> Die Erweiterung der Haftung auf diese Fallgruppen lässt sich nicht mehr auf einen nichtigen (*Jhering*) oder gültigen (*Leonhard*) Vertrag stützen, da es selbst an einem scheinbaren (äußerlichen) Vertragsschluss fehlt. Zur Ausdehnung des vertraglichen Schutzes auf die erwähnten Fälle bedurfte es daher einer anderen (formellen) Rechtsgrundlage.<sup>61</sup> *Stoll* findet sie – in Weiterführung eines Ansatzes v. *Tuhrs*<sup>62</sup> – in einem *Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen*, das die Parteien zu Handlungen und Unterlassungen verpflichtete.<sup>63</sup> Theoretische Grundlage dieser Lehre ist das neue Verständnis des Schuldverhältnisses als „Organismus“, wonach das Schuldverhältnis je nach dem Entwicklungsstadium der Parteibeziehungen seine „Erscheinungsform“ und seinen Inhalt ändert, jedoch als Grundlage für die gesamten Rechtsbeziehungen der Beteiligten identisch bleibt.<sup>64</sup> Dadurch wird es möglich, das Schuldverhältnis – d.h. im Wesentlichen das *vertragliche* Schuldverhältnis – über den durch Vertragsschluss und Vertragsbeendigung gesetzten Rahmen hinaus zu erstrecken und den entsprechenden Rechtsfolgen den gewünschten erweiterten Anwendungsbereich zu verschaffen.<sup>65</sup> Als formellen Entstehungsgrund für dieses Schuldverhältnis nimmt *Heinrich Stoll* ein einseitiges Rechtsgeschäft

---

<sup>58</sup> Nachweise bei *Hildebrandt* 61 ff. („Zielvertragstheorien“). *Stoll* bezeichnet diese Auffassung noch 1923 als „h.L.“: LZ 1923, 538. Daran ändert nichts, dass mit dem Wegfall des Vertrags als Rechtsgrundlage auch der Ersatz des positiven Interesses entfiel; so die heutige h.M.

<sup>59</sup> LZ 1923, 533, 535.

<sup>60</sup> LZ 1923, 535 f.

<sup>61</sup> LZ 1923, 539. *Stoll* hält den vertraglichen Schutz vor allem im Hinblick auf die Gehilfenhaftung bei Verletzung der körperlichen Unversehrtheit für unerlässlich.

<sup>62</sup> II 1, 488; II 2, 463 f. Vgl. auch unten N. 66.

<sup>63</sup> LZ 1923, 544.

<sup>64</sup> LZ 1923, 544 f., insbes. N. 20. Der Ausdruck „Organismus“ im Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis geht im Wesentlichen auf *Siber* zurück. *Stoll* übernimmt diesen Begriff, erweitert aber wohl sein Geltungsfeld, da *Siber* diesen Ausdruck nur für Schuldverhältnisse zu benutzen scheint, die aus den „klassischen“ Schuldentstehungsgründen hervorgehen.

<sup>65</sup> Vgl. dazu näher unten § 9 B. I. 2. c. aa (S. 247).

an,<sup>66</sup> das er in dem Vertragsangebot oder der Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen sieht. Diese Begründung ist sicher zweifelhaft und wohl nur aus dem Bemühen *Stolls* zu erklären, sich im Rahmen der anerkannten Rechtsentstehungsgründe, d.h. „im System“, zu halten. Die Analogie zur Methode *Jherings* und *Leonhards* liegt auf der Hand. Ungeachtet der Angreifbarkeit dieses Entstehungsgrundes scheint mir entscheidend zu sein, dass mit dieser Konstruktion die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen erstmals vom (ungültigen oder gültigen) Vertrag als Rechtsgrundlage abgelöst, *tatbestandlich verselbständigt* und so eine einheitliche Rechtsgrundlage für alle vor-vertraglichen Störungsfälle geschaffen wurde. An die Stelle des Vertrages bei *Jhering* und *Leonhard* tritt der weitere Begriff des *Schuldverhältnisses*. Das Verschulden als Haftungsvoraussetzung wird beibehalten. So gesehen handelt es sich bei der culpa in contrahendo um das vertraute Bild einer Haftung wegen schuldhafter Verletzung eines Schuldverhältnisses. Alle vor-vertraglichen Störungsfälle werden einheitlich als Pflichtverletzungen eingeordnet. Die Frage der formalen Entstehungsgrundlage ist daneben zweitrangig. Sie wurde gegenstandslos, als die Rechtsprechung wenig später dieses Prinzip übernahm. Die von *Heinrich Stoll* vorgeschlagene Konzeption öffnete über § 242 BGB den Weg für die Ausdehnung der vertraglichen (Schadens-)Generalklausel auf den vor-vertraglichen Bereich.<sup>67</sup> Aus dem Schuldverhältnis lassen sich beliebig vor-vertragliche Pflichten herleiten, sofern man zuvor ausdrücklich oder konkludent eine entsprechende Gesetzeslücke konstruiert hat. *Heinrich Stoll* hat damit entscheidende Voraussetzungen dafür geschaffen, dass das Institut<sup>68</sup> der culpa in contrahendo in unserem Recht zu einem der wichtigsten Haftungsgründe geworden ist.

Welche Fallgruppen erfasst die culpa in contrahendo heute? Versuchen wir, uns einen Überblick über die gegenwärtigen Erscheinungsformen dieses Haftungsgrundes zu verschaffen.

---

<sup>66</sup> Darin liegt ein Unterschied gegenüber der Auffassung v. *Tuhrs*, der zu der Frage des formellen Rechtsgrundes nicht dediziert Stellung nimmt. Im Übrigen geht *Stoll* auch dadurch über v. *Tuhr* hinaus, dass er *alle* Fälle, in denen die Ursache für den Schaden vor Vertragsabschluss gesetzt wurde, unter dem einheitlichen Gesichtspunkt der schuldhaften Verletzung des *Schuldverhältnisses* der Vertragsverhandlungen zusammenfasst. V. *Tuhr* zog den Begriff des *Rechtsverhältnisses* nur in einigen Fällen heran.

<sup>67</sup> Vgl. näher unten § 9 B. I. 2. b. (S. 245).

<sup>68</sup> Unter „Rechtsinstitut“ wird hier ein geschichtlich entwickelter, durch Rechtsprechung, Lehre oder Gesetz konkretisierter Rechtsgedanke verstanden (vgl. z. B. *Esser*, Grundsatz 164 f., 321; *Soergel-Siebert/R. Schmidt*, Einl. Bem. 124). Auf die Problematik des institutionellen Rechtsdenkens ist hier nicht einzugehen. Vgl. hierzu zusammenfassend *Larenz*, Methodenlehre 161 ff. (mit Nachweisen).

## **B. Erscheinungsformen der culpa in contrahendo**

### *Vorbemerkung*

Eine erschöpfende Übersicht der Pflichten ist nicht beabsichtigt und auch nicht möglich, da aus der allgemeinen vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht täglich neue Pflichten abgeleitet werden können. Die Anführung der einzelnen Fälle bedeutet auch nicht, dass deren Lösung mit Hilfe der culpa in contrahendo der allgemeinen Auffassung entspräche. Die Skizze soll lediglich dazu dienen, einen Eindruck von der Vielfältigkeit der Sachverhalte zu vermitteln, deren Lösung mit Hilfe des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen im Schrifttum oder in der Rechtsprechung vorgeschlagen wird.

Wir gliedern die einzelnen Fallgruppen zunächst danach, ob die in Frage stehenden Pflichten in Beziehung zu dem angestrebten Vertrag stehen (I) oder damit „innerlich“ nichts zu tun haben (II).

### **I. Vertragsbezogene vor-vertragliche Pflichten**

Innerhalb der Pflichten, die auf den intendierten Vertrag bezogen sind, kann man zwei Gruppen unterscheiden: Pflichten, die sich auf die Vertragsverhandlungen als solche beziehen (1), und Pflichten, die den Inhalt des intendierten Vertrages betreffen (2).

#### 1. Verhandlungsbezogene vor-vertragliche Pflichten

##### *a. Gesetzlich geregelte Pflichten*

Eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen wird von einem Teil der Judikatur und manchen Autoren – nicht ohne Widerspruch – auf das Haftungsprinzip der culpa in contrahendo zurückgeführt.<sup>69</sup> Unter dem Gesichtspunkt der dabei verletzten vor-vertraglichen Pflichten handelt es sich vor allem um folgende Gruppen:

Sorgfaltspflichten bei der Abgabe von Willenserklärungen (§§ 122, 179 BGB), Erkundigungspflichten hinsichtlich der Möglichkeit bzw. Erlaubtheit der Leistung (§§ 307 bzw. 309 BGB), Mitteilungspflichten von Personen, die sich zur Besorgung von Geschäften öffentlich erboten haben (§§ 663, 675 BGB; 44 BRAO; 362 I HGB); die verwandte Anzeigepflicht des Empfängers einer verspätet zugegangenen, aber rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung (§ 149 BGB); die Obhutspflicht des Kaufmanns bei Ablehnung eines Vertragsangebots hinsichtlich mitgesandter Waren (§ 362 II HGB).

---

<sup>69</sup> Vgl. z. B. *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 779; RG 24.9.1918 RGZ 95, 58 (60: §§ 179, 307, 309 BGB).



Dabei verlangt das Gesetz zum Teil als Haftungsvoraussetzung Verschulden (so z. B. §§ 149, 307, 309, 663/675, 44 BRAO, 362 I, II HGB), zum Teil treten die Rechtsfolgen auch ohne dieses Merkmal ein (z. B. §§ 122, 179 BGB).

Die Rechtsfolgen sind bei den einzelnen Pflichtverletzungen durchaus nicht einheitlich: Teils wird das negative Vertragsinteresse bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses (§§ 122, 179 II, 307, 309 BGB), teils ohne diese Grenze (z. B. § 663 BGB) geschuldet. Bisweilen sieht das Gesetz auch eine Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses vor (§ 179 I BGB) oder behandelt den Vertrag als wirksam zustande gekommen (§§ 149 BGB, 362 I HGB).

#### b. „Außergesetzliche“ Pflichten

Aus dem „außergesetzlichen“ Tatbestand der culpa in contrahendo wird eine Fülle von verhandlungsbezogenen Pflichten abgeleitet.

Die wichtigste und wohl auch problematischste Fallgruppe betrifft den *Abbruch von Vertragsverhandlungen*. Die Problematik und Unsicherheit zeigt sich schon darin, dass vor allem im Schrifttum über den Inhalt der entsprechenden vor-vertraglichen Pflichten durchaus unterschiedliche Auffassungen vertreten werden.<sup>70</sup> Die Rechtsprechung zieht seit dem Ende der zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts die culpa in contrahendo zur Lösung dieser Fälle heran. Sie dürfte eine Pflicht dahin annehmen, beim Verhandlungspartner nicht den Eindruck zu erwecken, es werde aller Wahrscheinlichkeit nach (bzw. „mit Sicherheit“) zu einem Vertragsschluss kommen.<sup>71</sup> Hierher gehört auch die Pflicht, keine objektiv von vornherein unbegründeten Hoffnungen auf einen Vertragsschluss hervorzurufen.<sup>72</sup> Im Ausschreibungsverfahren der öffentlichen Hand unter Teilnahme normativ begünstigter Bewerber (z. B. aufgrund § 68 BEG: Verfolgte) entnimmt die Rechtsprechung dem dabei sich bildenden vor-vertraglichen Schuldverhältnis die Pflicht der Behörde, bei der Vergabe der Aufträge die Gesetze und sonstigen einschlägigen Vorschriften über die bevorzugte Berücksichtigung bestimmter Bewerber zu beachten.<sup>73</sup> Die im *Versicherungsrecht* seit etwa 1930 einige Jahrzehnte hindurch anerkannte Pflicht des Versicherers, einen Versiche-

---

<sup>70</sup> S. die Nachweise unten N. 169. Vgl. zu dieser Fallgruppe näher unten Einf. C. II. 1. (S. 49).

<sup>71</sup> Vgl. etwa BGH 17.5.1962 WM 1962, 936 (937) und schon KG 18.2.1929 JW 1929, 3024 (grundloses Abspringen von einem Wohnungsringtausch).

<sup>72</sup> RG 19.1.1934 RGZ 143, 219 (222); OLG Hamburg 22.9.1960 BB 1960, 1111 (aufwendiger Kostenvoranschlag).

<sup>73</sup> Z. B. BGH 3.3.1966 VersR 1966, 630; vgl. auch BGH 16.11.1967 BGHZ 49, 77. Beim Ausschreibungsverfahren liegt der Abbruch der Vertragsverhandlungen gegenüber x-1 Bewerbern „in der Natur der Sache“.

rungsantrag ohne schuldhaftes Zögern zu bearbeiten und zu bescheiden,<sup>74</sup> beruhte offensichtlich auf außerrechtlichen Erwägungen. Diese Pflicht wird heute – zumindest in dieser Allgemeinheit – ganz überwiegend abgelehnt.<sup>75</sup> Aus der im *Arbeitsrecht* als Fürsorgepflicht<sup>76</sup> verstandenen allgemeinen vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht entnimmt man u.a. die Pflicht, den Arbeitnehmer nicht fahrlässig mit Verhandlungen hinzuhalten.<sup>77</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Pflicht zu erwähnen, die Übersendung eines Vertragstext-Entwurfes nicht zu verzögern.<sup>78</sup> Hat jemand ein befristetes Vertragsangebot abgegeben, so leitet man aus dem vor-vertraglichen Vertrauensverhältnis die *Pflicht* her, *sich* (unmittelbar oder mittelbar) *zur Vertragsannahme zur Verfügung zu halten*.<sup>79</sup>

Manche nehmen eine vor-vertragliche Pflicht dahin an, sein Tun im rechtsgeschäftlichen Bereich so einzurichten, dass es gegenüber dem Partner nicht (fahrlässig) den *Anschein einer Willenserklärung* erweckt (Erklärungsfahrlässigkeit).<sup>80</sup> Eine entsprechende Pflicht wird nicht selten hinsichtlich des *Unterlassens* dem vor-vertraglichen Vertrauensverhältnis entnommen: Jedermann hat die Pflicht, den Anschein einer durch Schweigen „erklärten“ Zustimmung zu vermeiden.<sup>81</sup> Die Lösung der Verkehrsstörung „Schweigen“ ist vor allem für zwei Problembereiche mit Hilfe der culpa in contrahendo versucht worden: *Schweigen gegenüber allgemeinen Geschäftsbedingungen* und *Schweigen auf Bestätigungsschreiben*.

So bejahen einzelne Autoren eine Erkundigungspflicht des Kunden nach allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>82</sup> Da die culpa in contrahendo als Rechtsfolge jedoch nur eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz nach sich zieht, sind die Schwierigkeiten evident, dem

<sup>74</sup> Vgl. z. B. *Haymann*, JW 1932, 2500 ff.; RG 26.2.1935 RGZ 147, 103 (leading case); vgl. auch noch *Stiefel-Wussow* § 1 Bem. 12 (1971).

<sup>75</sup> Vgl. insbes. BGH 17.3.1966 NJW 1966, 1407 und *Prölss* § 3 Bem. 5.

<sup>76</sup> Vgl. z. B. *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 874 mit weiteren Nachweisen.

<sup>77</sup> LAG Hannover 3.2.1950 Arbeitsrechtliche Praxis 1950 Nr. 219 Anm. *Hueck*.

<sup>78</sup> BGH 29.6.1965 WM 1965, 1115.

<sup>79</sup> Z. B. *Fikentscher* § 20 II 3; *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b α. *H. Dilcher* spricht von einer „Zugangsermöglichungspflicht“: AcP 154 (1955) 137; ebenso *Staudinger/Coing* § 130 Bem. 22. Vgl. auch schon *Heinrich Stoll* LZ 1923, 533 N. 5, 546 N. 25 und RG 3.1.1920 RGZ 97, 336 (339: § 254 BGB auf c.i.c. angewandt; Verschulden beim Vertragsschluss jedoch nicht begründet). Vgl. zu dieser Fallgruppe näher unten Einf. C. II. 2. (S. 51).

<sup>80</sup> Vgl. insbes. die auf das „Verhandlungsverhältnis“ gestützte „fahrlässige Willenserklärung“ *Manigk* (Rechtswirksames Verhalten 271 f.). In unserem Zusammenhang ist dabei gleichgültig, ob die Pflichtverletzung zur Annahme des *Tatbestandes* einer Willenserklärung oder nur zu einer entsprechenden *Rechtsfolge* führt. Für Schadensersatz als Sanktion aufgrund c.i.c. bei fehlender Zurechnung der Erklärung *Heinrich Lange*, § 37 II 5 b.

<sup>81</sup> Vgl. z. B. *Flume* 68; *Heinrich Lange* § 39 IV 2 d; *Manigk*, Rechtswirksames Verhalten 246; s. auch *Fabricius*, JuS 1966, 58 ff. Ob an das pflichtwidrige Schweigen die Wirkung einer Willenserklärung (so wohl *Manigk*, *ibid.* 246, 272; s. auch *Fabricius*, *ibid.* 58) oder nur eine Schadensersatzpflicht geknüpft wird (so z. B. *Flume*, *Heinrich Lange*, *ibid.*), ist für den Zweck unserer Übersicht gleichgültig.

<sup>82</sup> *Meeske*, BB 1959, 863; dagegen z. B. *Canaris*, Vertrauenshaftung 216 ff. und *Flume* 669.

Schweigen Erklärungswirkung beizulegen und so die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zu „vereinbaren“. Diese Schwierigkeiten meinen manche dadurch umgehen zu können, dass sie die Erkundigungspflicht als Pflicht „minderer Zwangsintensität“<sup>83</sup>, d.h. als *Obliegenheit* qualifizieren. Deren schuldhaftige Verletzung habe eine andere Sanktion, nämlich den Nachteil der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen – d.h. die Erklärungswirkung – zur Folge.<sup>84</sup>

Die Grundsätze zum *Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben* gelten in erster Linie für die Fälle, in denen ein Vertrag schon mündlich zustande gekommen ist. Darüber hinaus werden diese Regeln aber auch angewandt, wenn nach vorangegangenen Vertragsverhandlungen ein noch gar nicht geschlossener Vertrag „bestätigt“ wird.<sup>85</sup> Hier ist das „Bestätigungsschreiben“ als Vertragsangebot anzusehen, das „durch“ Schweigen angenommen wird. Den Geltungsgrund für die Zurechnung des Schweigens als Annahmeerklärung“ sehen einige in der (fahrlässigen) Verletzung einer Rechtspflicht aus dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen. Sie statuieren damit eine vor-vertragliche Pflicht zur unverzüglichen Äußerung bzw. zum Widerspruch.<sup>86</sup> Die in der Schadensersatzfolge der Pflichtverletzung liegende Schwierigkeit suchen manche – wie bei der Vereinbarung von allgemeinen Geschäftsbedingungen „durch“ Schweigen – mit Hilfe einer „Umbenennung“ auszuräumen: Die „Pflicht verwandelt sich in die „Obliegenheit“ zum unverzüglichen Widerspruch. Die Verletzung dieser Obliegenheit habe zur Folge, dass dem betroffenen Verhandlungspartner sein Schweigen als Zustimmung (Vertragsannahme) zugerech-

<sup>83</sup> Reimer Schmidt 315.

<sup>84</sup> So z. B. Krause, BB 1955, 267; vgl. auch Hanau, AcP 165 (1965) 236 ff. (244);. Durch die „Umbenennung“ entledigt man sich der unerwünschten Schadensersatz-Konsequenz und setzt an deren Stelle die angestrebte Rechtsfolge, ohne dass rational begründet und einsichtig würde, inwiefern hier eine „schwächere Pflicht“ vorliegen und warum gerade *dieser* Nachteil eintreten soll. Im Übrigen ist zu fragen, ob es überhaupt berechtigt ist, eine Erkundigung zu verlangen. Die Absicht, mit diesem Kunstgriff die subjektiv für angemessen erachtete Wirkung (Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen) zu erreichen, ist offensichtlich. Die bloße *Bezeichnung* einer Pflicht als „Obliegenheit“ vermag jedoch niemand die Legitimation für die *Festsetzung* einer beliebigen Rechtsfolge zu verschaffen. Im Übrigen handelt es sich bei der „Obliegenheit“ lediglich um einen Ordnungs-, keinen Gebotsbegriff im Sinne Hecks. Der Begriff hat weder Gebots- noch Verbotsinhalt, sondern ist lediglich als eine System-Kategorie anzusehen. Kritisch z. B. auch Canaris, Vertrauenshaftung 198 ff.; Flume 669.

<sup>85</sup> Vgl. z. B. Erman/Hefermehl § 147 Bem. 5; BGH 24.9.1952 BGHZ 7, 187 (189).

<sup>86</sup> So z. B. Götz 230 f., i.V.m. 219; HGB-RGRK/v. Godin § 346 Bem. 16h; vgl. ferner Fabricius, JuS 1966, 54 (Verletzung einer „Verhaltenspflicht bzw. einer Obliegenheit zum Widerspruch“; die Rechtspflicht ergebe sich aus den vorangegangenen Vertragsverhandlungen). Der Sache nach auch Manigk (Rechtswirksames Verhalten 292 f.: Rechtspflicht aus dem Verhandlungsverhältnis). Im Ergebnis (ohne Erwähnung der c.i.c.) auch Will (54: „Echte Erklärungspflicht“). S. ferner RG 24.11.1922 RGZ 105, 390. Kritisch z. B. Flume 665 und Diederichsen, JuS 1966, 135 N. 67. Der BGH hält den Empfänger aus § 242 BGB für verpflichtet, dem Bestätigungsschreiben zu widersprechen, wenn er es nicht gegen sich gelten lassen will: z. B. 26.6.1963 BGHZ 40, 42 (48).

net werde.<sup>87</sup> Manche befürworten – über § 149 BGB hinaus – sogar allgemein eine Pflicht, sich auf verspätete oder modifizierte Annahmeerklärungen zu äußern, wenn der Erklärungsempfänger sein Schweigen nicht als Annahme gedeutet haben wolle.<sup>88</sup> Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 5.4.1922 im *Weinsteinsäurefall*<sup>89</sup> hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum der Gedanke weithin durchgesetzt, dass der Verhandeln- gebunden sei, sich so klar auszudrücken, dass er bei der Gegenpartei kein Missverständnis hervorruft. Die allgemeine vor-vertragliche Forderung auf Rücksichtnahme konkretisiert sich hier zur Pflicht, die eigene Willenserklärung so klar zu halten, dass ein (*versteckter*) *Dissens* vermieden werden kann.<sup>90</sup> Auf der anderen Seite bejaht man eine vor-vertragliche Prüfungs- und ggf. Aufklärungspflicht, wenn etwa die eine Partei das Missverständnis bemerkt.<sup>91</sup> Gelegentlich findet sich der Gedanke der culpa in contrahendo sogar bei *offenem Dissens*: Aus den Vertragsverhandlungen ergebe sich eine beiderseitige Pflicht zur Sorgfalt beim „Anhören und Auffassen“ von fernmündlichen Erklärungen.<sup>92</sup> In den Zusammenhang der Sorgfalt beim Erklärungsverhalten gehören z. B. auch noch folgende Pflichten: den Vertragspartner klarzustellen, wenn mehrere Personen an den Verhandlungen beteiligt sind<sup>93</sup> und den Gegner nicht in einen Irrtum zu versetzen.<sup>94</sup>

Mitte der 1920er Jahre entdeckt das Schrifttum das Verschulden beim Vertragsschluss als Lösungsinstrument für die Störungsfälle der *formnichtigen Verträge*.<sup>95</sup> Es herrscht seither

<sup>87</sup> Besonders deutlich wird die im Text festgestellte Zielsetzung der „Umbenennung“ bei *Hanau*, AcP 165 (1965) 236 ff. (237, insbes. 244). Vgl. auch *Erman* § 147 Bem. 5; *Kuchinke*, JZ 1965, 174; s. ferner *Reimer Schmidt* 121 und *Fabricius*, *ibid.* (letzte N.). Kritisch z. B. *Diederichsen*, JuS 1966, 134 und *Hübner*, *Nipperdey-Festschr.* I, 388 N. 91.

<sup>88</sup> Z. B. *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b α.

<sup>89</sup> RGZ 104, 265. Ob das RG seine Entscheidung tragend auf c.i.c. stützt oder aber eine Analogie zu § 122 BGB annimmt, ist nicht völlig klar. Vgl. hierzu auch *Oertmann*, AcP 121 (1923) 126. C.i.c. nimmt in diesem Fall z. B. v. *Tuhr* (AcP 121 [1923] 359 ff.) an.

<sup>90</sup> In diesem Sinne schon v. *Tuhr*, AcP 121 (1923) 360; *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 538 f.; heute z.B. *Esser*, *Schuldrecht I*, § 52 III 1 b; *Larenz*, *Schuldrecht I*, § 9 I 2; *Lehmann-Hübner* § 33 IV 2 (S. 247); *Staudinger/Coing* § 155 Bem. 5; *Soergel-Siebert/Heinrich Lange* § 155 Bem. 19; *Canaris*, *Vertrauenshaftung* 442. A.A. z. B. *Manigk*, JhJb 75 (1929) 196 ff. und insbes. *Flume* 626. *Medicus* stellt eine Angleichung der Haftung an § 122 BGB zur Diskussion (§ 6 I 3). *Pawlowski* will – übrigens unter Berufung auf *Jhering* – die Schadensersatzpflicht nicht auf c.i.c. sondern – auf der Grundlage seiner Lehre von der Nichtigkeitsbeschränkung – auf den äußerlich abgeschlossenen Vertrag stützen (164 f.).

<sup>91</sup> *Rolf Raiser*, AcP 127 (1927) 34; ähnlich *Erman*, AcP 139 (1934) 300; *Winter* 45 ff., 53 („Anzeigepflicht“). Aus der Rspr. vgl. etwa RAG 13.7.1938 RAGE 20, 66 (68).

<sup>92</sup> OLG Hamburg 28.3.1922 Recht 1922 Nr. 1545 = *HansGZ* 1922, 157 (Preisbemessung nach Pfund angeboten, nach Kilogramm wiederholt).

<sup>93</sup> OLG Schleswig 6.2.1962 SchIHA 1962, 301 Anm. *H. Dilcher*. Vgl. auch BGH 25.6.1964 WM 1964, 1088 (Anscheinshaftung).

<sup>94</sup> *Heinrich Stoll*, AcP 131 (1929) 176. Der Anfechtungsberechtigte kann (neben der Vertragsaufhebung) das negative Interesse verlangen. C.i.c. wird z. T. auch für die in § 123 BGB geregelten Fälle angenommen: Pflicht, den Gegner nicht durch (vorsätzliche) Täuschung oder Drohung zu beeinflussen (*H. Stoll*, *ibid.* 177 N. 74; vgl. auch *Erman*, AcP 139 [1934] 314).

<sup>95</sup> Das RG hat sich demgegenüber in Formnichtigkeitsfällen nie auf c.i.c., sondern auf die Einwendung der Arglist bzw. unzulässigen Rechtsausübung gestützt. Dies gilt auch für die bekannte Entscheidung vom

jedoch Streit, welche Pflichten dem vor-vertraglichen Schuldverhältnis im Hinblick auf einen formgerechten Vertragsabschluss zu entnehmen sind. Teilweise möchte man lediglich eine Pflicht zur Vermeidung falscher *Angaben* über Formvorschriften annehmen.<sup>96</sup> Das – bloße, selbst bewusste – Unterlassen der Formwahrung sei keine culpa in contrahendo. Damit werden eine Aufklärungs- und umso mehr eine Erkundigungspflicht verworfen. Ein Verschulden beim Vertragsschluss durch Unterlassen scheidet damit aus. Zumeist bejaht man dagegen – über die Pflicht, nicht positiv in Irrtum zu versetzen hinaus – eine *Aufklärungspflicht* (Hinweispflicht) dessen, der die Formbedürftigkeit des geplanten Geschäfts kennt.<sup>97</sup> Diese heute herrschende Meinung entspricht dem von *Karl Heldrich* im Rahmen des Ausschusses für Vertragsrecht der Akademie für Deutsches Recht erarbeiteten Gesetzesentwurf (für die Neuordnung des Rechts der Formvorschriften). Er lautet:<sup>98</sup>

#### § 6 Verletzung von Schutzpflichten

(1) Wer beim Abschluss eines Vertrages, dessen Formbedürftigkeit er kennt, schuldhaft den Vertragsgegner nicht auf die Formbedürftigkeit hinweist, ist verpflichtet, ihm den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

(2) Das gleiche gilt, wenn beim Abschluss eines formbedürftigen Vertrages der eine Teil den anderen schuldhaft in den Glauben versetzt, dass der Vertrag zu seiner Gültigkeit keiner Form bedürfe.

Einzelne Autoren nehmen darüber hinaus sogar eine *Erkundigungspflicht* des Kontrahenten an, der die Formvorschriften nicht kennt. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht bedeute eine culpa in contrahendo.<sup>99</sup>

Einen weiteren mit Hilfe der culpa in contrahendo gelösten Störfall finden wir im *Stellvertretungsrecht*. Der angeblich Vertretene haftet nach den Grundsätzen der sog. *Anscheinsvollmacht* dann, wenn er das Auftreten des falsus procurator bei pflichtgemäßer

---

28.11.1923 RGZ 107, 357 ff. Erst nach 1945 beginnt die Rspr. – im Zusammenhang mit einer schärferen Betonung der Formvorschriften gegenüber § 242 BGB – die c.i.c. heranzuziehen. Vgl. unten N. 97. Gegen c.i.c. in diesen Fällen z. B. *Lorenz*, JuS, 1966, 436; *Medicus*, JuS 1965, 214 f.; *ders.*, § 8 III 3 c; vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung 288 N. 1. Vgl. zu dieser Fallgruppe näher unten Einf. C. II. 3. (S. 54).

<sup>96</sup> So *Heinrich Stoll*, JW 1927, 2119; *Matthiessen*, DGWR 1938, 217; *D. Reinicke* 120 f.; *Soergel-Siebert/Hefermehl* § 125 Bem. 20. Vgl. auch Abs. 2 des oben im Text (nach N. 98) abgedruckten Gesetzesvorschlags.

<sup>97</sup> Z. B. *Staudinger/Weber* § 242 Bem. D 444; *D. Reinicke*, Betr. 1967, 109 ff.; aus der Rspr. BGH 29.1.1965 LM § 276 (Fc) BGB Nr. 2 (krit. Anm. *Marschall von Bieberstein*, NJW 1965, 1014): Hinweispflicht bei gemeinnützigen Wohnungsunternehmen; BGH 29.10.1965 WM 1966, 89 (91: Rechtsanwalt als Vertreter des Verkäufers).

<sup>98</sup> AcP 147 (1941) 128.

<sup>99</sup> *Karl Heldrich*, AcP 147 (1941) 114; ebenso *Erwin Fuchs* 32 f. und BGH 29.1.1965, *ibid.* (oben N. 97): jedenfalls für eine Handelsgesellschaft (gemeinnütziges Wohnungsunternehmen). Anders die Mehrheit des Ausschusses für Vertragsrecht der Akademie für deutsches Recht, die eine Erkundigungspflicht im allgemeinen für zu weitgehend hielt und lediglich eine *Hinweispflicht* des „Wissenden“ bejahte: s.o. im Text den Gesetzesvorschlag § 6 I i.V.m. AcP 147 (1941) 117 N. 3. Ablehnend auch *D. Reinicke* 120 f. (unter Billigung der Ausnahmen des BGH: 121); *ders.*, Betr. 1967, 109; wohl auch *Blomeyer* § 17 III 1 a.

Überwachung hätte erkennen können und verhindern müssen (Überwachungspflicht von Dritten)<sup>100</sup>. Andererseits wird in der Rechtsprechung auch eine „Vergewisserungspflicht“ über Person und Vollmacht des angeblichen Angestellten des anderen Teils bei (telefonischen) Vertragsverhandlungen verlangt.<sup>101</sup>

Ist für die Wirksamkeit eines ansonsten ordnungsgemäß abgeschlossenen Vertrages eine *behördliche Genehmigung* (z. B. Bodenverkehrsgenehmigung) erforderlich, so ist nach allgemeiner Meinung der „Wissende“ verpflichtet, den Partner hierüber aufzuklären; beide Kontrahenten haben, jeder für seinen Teil, zur Erteilung der Genehmigung beizutragen.<sup>102</sup>

## 2. Vertragszweckbezogene vor-vertragliche Pflichten

### a. *Gesetzlich geregelte Pflichten*

Nicht wenige Autoren sehen in einer Reihe gesetzlicher Tatbestände vor-vertragliche Pflichten positiviert: Aufklärungs-(Offenbarungs)plichten des Verkäufers, des Schenkers, Verleihers und Vermieters hinsichtlich Rechts- bzw. Sachmängeln (§§ 443 bzw. 463 Satz 2, 476 BGB, 377 V HGB; 523 I, 2385 II 2 bzw. 521 I BGB; 600 BGB; 540 BGB),<sup>103</sup> Pflichten zur richtigen und vollständigen Angabe von vertragswesentlichen Umständen seitens des Versicherungsnehmers (§ 16 ff. VVG),<sup>104</sup> die Pflicht der Emissionsbank, den für die Börsenzulassung erforderlichen Prospekt hinsichtlich der Richtigkeit der darin enthaltenen werterheblichen Angaben sowie hinsichtlich der Vollständigkeit im Hinblick auf wesentliche Tatsachen zu prüfen (§ 45 I BörsenG).<sup>105</sup>

Teils treten die jeweiligen Rechtsfolgen nur bei Vorsatz ein (§§ 443, 463 Satz 2, 476 BGB, 377 V HGB; 523 I, 524 I, 2385 II 2 BGB; 600 BGB; 540 BGB; 45 I 2 BörsenG [Unterlassen]), teils auch schon bei grober (§ 45 I 1 BörsenG) oder leichter (§§ 16 III VVG; 45 BörsenG [gegenüber bestimmten Dritten]) Fahrlässigkeit. In anderen Fällen setzen die ge-

---

<sup>100</sup> Z. B. *Esser*, Schuldrecht I, § 52 III 3; *Flume* 835 (negatives Interesse); ihm folgend *Medicus* (§ 5 III 3 c; mit weiteren Nachweisen) und wohl auch *Canaris*, Vertrauenshaftung 49, 51 (für das bürgerliche Recht im Gegensatz zum Handelsrecht: 192 ff.). Anders die h.M.: Rechtsscheintatbestand, der die Vollmachterteilung ersetzt: vgl. etwa BGH 4.7.1966 NJW 1966, 1915. Die vor-vertraglichen Pflichten treffen den Vertreter selbst, wenn *ihm* das Vertrauen gilt (so *Ballerstedt*, AcP 151 [1950/51] 501 ff.) bzw. wenn er die Verhandlungen *im eigenen Interesse* geführt hat (so die Rspr., Nachweise bei *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 17).

<sup>101</sup> RG 16.11.1926 JW 1927, 262.

<sup>102</sup> Z. B. *Esser*, Schuldrecht I, § 52 III 1 a; *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b ε.

<sup>103</sup> Vgl. z. B. die Zusammenstellung bei *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 779, die jedoch einerseits nicht alle hier aufgezählten Fälle enthält, andererseits auch Bestimmungen anführt, die sicher kein Ausdruck einer c.i.c. sind (z. B. § 1624 II BGB: Ausstattungspflicht).

<sup>104</sup> Vgl. z. B. *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 779.

<sup>105</sup> Vgl. etwa *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 537.

setzlichen Sanktionen kein Verschulden voraus (§§ 426 II HGB; 57 EVO; 45 BinnenschiffahrtsG [gegen Frachtführer]).

Die Rechtsfolgen reichen von der Pflicht zum Ersatz des (unbegrenzten) negativen (§§ 523 I, 524 I, 2385 II 2; 600 BGB) bzw. positiven Interesses (z. B. §§ 463 Satz 2 BGB; 45 I BörsenG) über den Wegfall von Haftungsbeschränkungs-Vereinbarungen (§§ 443, 476, 540 BGB) und die Unbeachtlichkeit einer Anzeigenfristversäumung (§ 377 V HGB) bis zum Rücktrittsrecht des Gegners (§§ 16 II, 17 I VVG).

#### b. „Außergesetzliche“ Pflichten

Die aus dem vor-vertraglichen Schuldverhältnis abgeleitete allgemeine Sorgfaltspflicht konkretisiert sich im Hinblick auf den Zweck des abzuschließenden Vertrages vor allem in *Wahrheits-* und *Aufklärungspflichten*. In besonderen Fällen verschärfen sich diese sogar zu *Beratungspflichten*.

Die allgemeinen Formeln der Rechtsprechung lassen sich etwa wie folgt wiedergeben:

Der Vertragspartner hat (vorsätzliche oder fahrlässige) *wahrheitswidrige Behauptungen zu unterlassen*.<sup>106</sup> Der Vertragspartner hat – ungefragt – den anderen Teil *über alle tatsächlichen oder rechtlichen mit dem Vertragszweck zusammenhängenden Umstände* (Verhältnisse) aufzuklären, die dem anderen weder hinreichend bekannt noch erkennbar sind, deren (richtige) Kenntnis indessen für die Willensentschließung des Partners von wesentlicher Bedeutung sein kann und deren Mitteilung von ihm nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen redlicher Weise (§ 242 BGB) erwartet werden darf. Insbesondere ist der Verhandlungspartner verpflichtet, den Kontrahenten über solche Umstände aufzuklären, die zur *Vereitelung des Vertragszwecks* geeignet sind und daher für die Entschließung des Partners von wesentlicher Bedeutung sein können.<sup>107</sup>

Es ist evident, dass diese weiten, auf die Verkehrsanschauung verweisenden Formeln an sich geeignet sind, die gesetzlichen Regeln über die ursprünglichen Störungen von Rechtsgeschäften (Schuldverträgen) zu unterlaufen.<sup>108</sup>

Aus den wiedergegebenen allgemeinen Formeln werden zunächst Aufklärungspflichten hinsichtlich persönlicher Umstände abgeleitet, die auf rechtlicher<sup>109</sup> oder tatsächlicher<sup>110</sup> Ebene liegen können. Entsprechendes gilt für die Verhältnisse des Vertragsgegenstandes

<sup>106</sup> Vgl. z. B. RG 1.3.1928 RGZ 120, 249 (252).

<sup>107</sup> Vgl. *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 418, A 831 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>108</sup> Vgl. dazu unten Einf. C. I. (S. 34 ff.).

<sup>109</sup> Z. B. Devisenausländer: BGH 13.10.1955 BGHZ 18, 248.

<sup>110</sup> Z. B. Gebrechlichkeit des Partners (Sehschwäche) OLG Stuttgart 16.11.1933 JW 1934, 571.

im materiellen Sinn, darüber hinaus für die Vertragsbeziehungen insgesamt, ja sogar für die Verhältnisse Dritter.<sup>111</sup>

Aus der Fülle der verschiedenen, von der Rechtsprechung aus dem vor-vertraglichen Schuldverhältnis entnommenen Pflichten seien hier nur einige, in unserem Zusammenhang besonders wichtige Gruppen aus dem Kaufrecht<sup>112</sup> herausgegriffen:

Den Verkäufer trifft eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes<sup>113</sup>, insbesondere der Umsatzzahlen bei Unternehmensveräußerungen.<sup>114</sup> Bisweilen – etwa bei allgemeinen Geschäftsbedingungen – werden auch besondere Anforderungen an die *Art und Weise der Aufklärung* gestellt.<sup>115</sup> Bei gefährlichen oder auch nur kompliziert zu bedienenden Geräten wandelt sich die Aufklärungspflicht in die *Pflicht zur Gebrauchsanleitung* um.<sup>116</sup> Die Rechtsprechung steigert die Aufklärungspflicht des Verkäufers in Einzelfällen<sup>117</sup> aber auch für ganze Fallgruppen zur *Beratungspflicht*. Dies geschieht insbesondere dort, wo es sich um risikovolle Geschäfte und unerfahrene Käufer handelt wie häufig beim Kauf von Dienstleistungsautomaten<sup>118</sup> sowie beim Abschluss von Fernlehr-Verträgen, insbesondere über elektronische Datenverarbeitung.<sup>119</sup> Entsprechendes gilt für die *Kreditbank* beim Abzahlungskauf.<sup>120</sup> In einigen Fällen bejaht die Rechtsprechung sogar eine Aufklärungspflicht bezüglich der Selbstkosten<sup>121</sup>, ja – im Ergebnis – darüber hinaus eine Pflicht, bei einer „beliebigen, somit willkürlichen“ Abweichung vom marktgerechten Preis, dies dem Käufer mitzuteilen.<sup>122</sup>

Aus dem ebenfalls entgeltliche Sachleistungen betreffenden Werkvertragsrecht seien folgende Fälle hervorgehoben:

<sup>111</sup> Vgl. die umfangreiche Kasuistik bei *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 831 ff. sowie die hier im Text gegebenen Beispiele. Die Aufklärung hinsichtlich der Verhältnisse *Dritter* spielt insbes. im Bürgschaftsrecht eine Rolle (Täuschung über das Bürgschaftsrisiko): BGH 28.2.1968 NJW 1968, 986.

<sup>112</sup> Vgl. dazu näher unten Einf. C. II. 4. (S. 64 ff.).

<sup>113</sup> Reiche Kasuistik bei *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 837 f.

<sup>114</sup> BGH 12.11.1969, *ibid.* (unten N. 225).

<sup>115</sup> Vom Handelsbrauch abweichende Längenberechnung von Krepppapier durch einen vom Verkäufer selbst geschaffenen Begriff, der in den auf der Rückseite des Vertragsangebots abgedruckten AGB enthalten war: OLG Stuttgart 27.10.1960 BB 1961, 67.

<sup>116</sup> Vgl. etwa *Fikentscher* § 20 II 2 (Gewehr).

<sup>117</sup> BGH 31.1.1962 NJW 1962, 1196 (Sägemaschinenfall), s. unten N. 226.

<sup>118</sup> Z. B. BGH 20.2.1967 BGHZ 47, 207.

<sup>119</sup> Diese Verträge können wohl als Kauf mit atypischen Nebenleistungen angesehen werden. Im Einzelfall kann dies natürlich anders liegen. Vgl. z. B. OLG Stuttgart 20.11.1970 MDR 1971, 216; LG Frankfurt 14.7.1970.

<sup>120</sup> Z. B. BGH 20.2.1967 BGHZ 47, 207.

<sup>121</sup> BGH 14.11.1969 LM § 242 (Bc) BGB Nr. 23 = WM 1970, 68.

<sup>122</sup> OLG Bremen 14.3.1963 NJW 1963, 1455 (1457); *contra* z. B. *Erman* § 276 Bem. 8 a cc.



Den Besteller eines Werkes trifft die Pflicht, bei der Ausschreibung der zu vergebenden Arbeit die Bewerber über die wesentlichen Punkte aufzuklären.<sup>123</sup> Der Unternehmer hat im Zusammenhang mit (unrichtigen) Angaben über die Leistungsfähigkeit einer bestellten Anlage zu offenbaren, dass es sich um ein neues, noch völlig unerprobtes System handelt.<sup>124</sup>

## II. Nicht-vertragsbezogene vor-vertragliche Pflichten

### 1. Schutzpflichten hinsichtlich des Vermögens des Partners (Vermögensschädigung „bei Gelegenheit“ von Vertragsverhandlungen)

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, aufgrund des vor-vertraglichen Schuldverhältnisses sei das Partnervermögen auch gegen solche Schäden geschützt, die nicht das positive oder negative *Vertragsinteresse* betreffen.<sup>125</sup> Es handelt sich um einen Schaden, der weder durch Verletzung verhandlungsbezogener noch vertragszweckbezogener Pflichten entsteht. Das Vermögen wird auch gegen (vorsätzliche und fahrlässige) Eingriffe „bei Gelegenheit“ von vor-vertraglichen Rechtsbeziehungen geschützt. Danach begründet das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen eine *allgemeine Schutzpflicht* hinsichtlich des Partnervermögens. Aus dieser Sicht stellen die oben angeführten verhandlungs- und vertragsinhaltsbezogenen Pflichten lediglich Konkretisierungen dieser allgemeinen Pflicht dar. Die aus dem vor-vertraglichen Schuldverhältnis entnommene Sorgfaltspflicht hat somit das Vermögen als solches zum Schutzgegenstand und schützt das Vermögen gegen Eingriffe jeder Art, nicht nur gegen die Verletzung solcher Pflichten, die auf die Verhandlungen oder auf den Vertrag gerichtet sind.<sup>126</sup>

### 2. Erhaltungspflichten hinsichtlich Person und Eigentum des Partners („Verkehrspflichten“)

Einer weiteren Gruppe von nicht-vertragsbezogenen Pflichten wird insbesondere im Schrifttum große Bedeutung beigemessen: („Relative“) Schutzpflichten aus dem Schuld-

<sup>123</sup> RG 20.1.1915 JW 1915, 240; RG 24.9.1918 RGZ 95, 58; BGH 22.11.1965 NJW 1966, 498.

<sup>124</sup> RG 20.3.1928 Recht 1928 Nr. 1036.

<sup>125</sup> Vgl. z. B. *Erman*, AcP 139 (1934) 325. Einschlägige Rspr. gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Bei der Entscheidung RG 28.1.1913 (RGZ 81, 254), die z. B. von *Hildebrandt* (225 N. 2) als c.i.c.-Fall angesehen wird, handelt es sich eindeutig um positive Vertragsverletzung.

<sup>126</sup> Die Problematik dieser Erscheinungsform der c.i.c. ist dadurch gekennzeichnet, dass sie das Vermögen auch außerhalb des Vertragsbereichs allgemein, d.h. auch gegen jede fahrlässige Beeinträchtigung schützt. Das Verschulden beim Vertragsschluss unterläuft damit für einen (weiteren) Teilbereich die gesetzgeberische Wertung. Vgl. zu der parallelen Problematik beim Abbruch von Vertragsverhandlungen unten Einf. C. II. 1. (S. 49).

verhältnis der Vertragsverhandlungen bzw. aus geschäftlichem Kontakt hinsichtlich der bereits deliktisch geschützten Güter der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums.<sup>127</sup>

### 3. Mangelfolgeschäden und culpa in contrahendo

Soweit das Problem des Ersatzes von Mangelfolgeschäden aufgrund culpa in contrahendo überhaupt Beachtung findet, bejaht man überwiegend eine derartige Haftung, wenn das schädigende Verhalten vor oder bei Vertragsschluss lag.<sup>128</sup> In der Praxis scheint das Verschulden beim Vertragsschluss in diesen Fällen jedoch kaum eine Rolle zu spielen. Diese Tatsache dürfte folgenden Grund haben: Die Schädigung tritt nach Vertragsschluss durch eine mangelhafte Leistung ein. Insofern liegt es regelmäßig nahe, eine (positive) Vertragsverletzung anzunehmen, so dass es auf eine möglicherweise daneben gegebene culpa in contrahendo nicht mehr ankommt. Insbesondere lebt eine vor-vertragliche Aufklärungspflicht (Schutzpflicht) fort. So verwandelt sich etwa das pflichtwidrig-schuldhaftes Verschweigen gefährlicher Eigenschaften von einer culpa in *contrahendo* in eine culpa in *solvendo*. Diese erscheint als das Endgültige. Man belässt es dabei, selbst wenn das „Dauerdelikt“ pflichtwidriger Nichtaufklärung bereits vor Vertragsschluss begonnen hat. culpa in contrahendo als Haftungsgrund wird auch dort nicht geprüft, wo der zum Folgeschaden führende Mangel der Kaufsache bereits bei Vertragsschluss anhaftete.<sup>129</sup>

Ob die Rechtsprechung damit den richtigen Weg eingeschlagen hat, ist eine andere Frage, die keineswegs ohne weiteres bejaht werden kann. Meines Erachtens reicht die hier funktionell zuständige Deliktsordnung aus.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Vgl. dazu den Hauptteil dieser Arbeit. Zu gesetzlich geregelten Fällen siehe unten § 1 A. (S. 89).

<sup>128</sup> Vgl. OLG Celle 4.3.1966 Betr. 1966, 457 (obiter bzgl. c.i.c.); s. auch *Larenz*, Schuldrecht II, § 37 II c 3; a.A. *Medicus*, JuS 1965, 216 f.

<sup>129</sup> Dieser Erklärungsversuch wäre noch genauer am Fallmaterial zu verifizieren. Vgl. vorerst OLG Karlsruhe 21.7.1965, Justiz 1966, 72 (laufflächenerneuerter Reifen führt zu Unfall); s. ferner *Fikentscher* § 20 I; *Erman/Weitnauer* § 459 Vorbem. III 6; *Palandt/Putzo* § 459 Vorbem. 2 b; *Soergel-Siebet/Ballerstedt* § 459 Vorbem 33.

<sup>130</sup> Vgl. dazu unten N. 980. Im Ergebnis wie hier *Medicus* (JuS 1965, 217), soweit weder § 463 BGB eingreift noch das schuldhaftes Verhalten ausschließlich nach Vertragsschluss liegt.

## C. Funktionen der culpa in contrahendo und das privatrechtliche Haftungssystem

### I. Theoretische Grundlegung

#### 1. Culpa in contrahendo als Schadensersatz-Generalklausel

Aus den vorangehenden Abschnitten ist das Anwendungsgebiet der culpa in contrahendo deutlich geworden. Es reicht zeitlich von der ersten losen Kontaktaufnahme (geschäftlicher Kontakt) bis zum Augenblick der Perfizierung des Vertragsschlusses. Aufgrund dieses Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen ist der Partner – u.U. auch ein Dritter –<sup>131</sup> gegen jede pflichtwidrig-schuldhaft Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter geschützt. Jeder infolge eines Verschuldens bei Vertragsschluss dem Verhandlungspartner zugefügte Schaden ist wieder gut zu machen. Damit schuldet auch derjenige Ersatz, der „bei Gelegenheit“ von Vertragsverhandlungen fahrlässig gegen eine vor-vertragliche Pflicht verstößt und damit einen Vermögensschaden bei seinem Partner bewirkt. Mit anderen Worten ist Schutzgegenstand der vor-vertraglichen Sonderbeziehung das *Vermögen als solches*. Aus dem Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen entnimmt man also eine *allgemeine*, d.h. nicht auf bestimmte Eingriffe beschränkte *Schutzpflicht hinsichtlich des Vermögens des Partners*.<sup>132</sup> Dies ist nichts anderes als eine (beschränkte) Schadensersatz-Generalklausel, die von der Rechtsprechung etwa folgendermaßen umschrieben wird: Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das gegenüber dem Geschäftspartner Sorgfaltspflichten entstehen lässt, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>133</sup> In Form eines Rechtssatzes könnte das Prinzip etwa lauten:

„Wer bei Vertragsverhandlungen dem anderen pflichtwidrig (widerrechtlich) und schuldhaft Schaden zufügt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Dieser Haftungstatbestand wird von der Rechtsprechung als „gesetzlich“<sup>134</sup> bezeichnet. Gemeint ist damit, dass die Haftung nicht auf Rechtsgeschäft beruht. Ein „gesetzlicher“ Tatbestand im strengen Sinn, der eine legislatorische Regelung voraussetzen würde, liegt de lege lata nicht vor. Einen derartigen Tatbestand als „gesetzliche“ Haftung zu bezeichnen, ist irreführend. Dabei wird zu Unrecht die selbständige Bedeutung der Fortbildung des Rechts außerhalb des Gesetzes außer Acht gelassen. In Wirklichkeit beruht die culpa

<sup>131</sup> Vgl. unten § 1 B. II. 2. (nach N. 380).

<sup>132</sup> So z. B. *Erman*, AcP 139 (1934) 325; *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 105.

<sup>133</sup> Vgl. z. B. BGH 20.6.1952 BGHZ 6, 330 (333); BGH 16.11.1967 BGHZ 49, 77 (79).

<sup>134</sup> BGH 20.6.1952 BGHZ 6, 330 (333: „Die Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss ist eine solche aus einem in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenen gesetzlichen Schuldverhältnis ...“).

in contrahendo in ihrer heutigen Form weder auf Rechtsgeschäft noch Gesetz, sondern auf einer von der Rechtsprechung sanktionierten wissenschaftlichen und damit „außergesetzlichen“ Rechtsfortbildung. Der Haftungstatbestand „gilt“ kraft des Konsenses von Rechtsprechung und Wissenschaft. Manche nehmen für diesen Haftungstatbestand demgegenüber gewohnheitsrechtliche Geltung an.<sup>135</sup> Im Hinblick auf die fortdauernde Weiterentwicklung des Haftungstatbestandes in der Praxis scheint es jedoch angemessener, von Richterrecht zu sprechen – wie überhaupt das starre, nur durch den Gesetzgeber abzuändernde Gewohnheitsrecht weder der rechtsschöpferischen Funktion der Judikatur noch den sich immer rascher ändernden „Realien“ (*Eugen Huber*) gerecht werden dürfte. *Dogmengeschichtlich* wird mit dem oben rechtssatzförmig formulierten richterrechtlichen Tatbestand die vertragliche Schadensersatz-Generalklausel auf den vor-vertraglichen Bereich erstreckt.<sup>136</sup> *Funktionell* bedeutet dies die Schaffung einer außervertraglichen Schadensersatz-Generalklausel, deren Schutzbereich lediglich persönlich („Partner“) und zeitlich/räumlich (geschäftlicher Kontakt bzw. Vertragsverhandlungen) beschränkt ist: Es handelt sich der Sache nach um die Schaffung einer partiellen deliktischen Generalklausel. Mit Rücksicht auf die Herleitung der culpa in contrahendo aus dem (vertraglichen) Schuldverhältnis richten sich freilich „de lege lata“ die Haftungsvoraussetzungen und -folgen nach vertraglichen Grundsätzen (z. B. Geschäftsfähigkeit, Verschuldensmaßstab, Gehilfenhaftung, Beweislast, Verjährung). Dieses den Grundsätzen wissenschaftlicher Rechtsfortbildung entsprechende Verfahren ändert jedoch nichts daran, dass die culpa in contrahendo jedenfalls teilweise Deliktsfunktionen wahrnimmt. Die Problematik des Haftungstatbestandes im Hinblick auf die in § 823 I BGB enthaltene gesetzgeberische Ablehnung eines allgemeinen Schutzes des Vermögens gegen fahrlässige Schädigungen sollte nicht mit dem vordergründigen Hinweis auf das „Schuldverhältnis“ als Rechtsgrundlage abgetan werden. Rechtspolitischer Entstehungsgrund für die culpa in contrahendo war, wie schon bei *Jhering* und auch unter der Herrschaft des BGB, in erster Linie der „archaische“ Zustand unseres Deliktsrechts, insbesondere die gesetzgeberisch verfehlte Übernahme der Grundsätze der actio legis Aquiliae des römischen und späteren Gemeinen Rechts (Enumerativprinzip) statt der naturrechtlichen und frühgemeinrechtlichen deliktischen Generalklausel.<sup>137</sup> Dem Verkehrsbedürfnis und der Ökonomie der Rechtsfortbildung wäre wohl besser

---

<sup>135</sup> Vgl. die Nachweise unten N. 917; s. auch unten § 9 B. I. 1. (S. 242).

<sup>136</sup> Vgl. dazu näher unten § 9 B. I. 2. b. (S. 245).

<sup>137</sup> Vgl. etwa das Zeugnis *Th. Meyers*, der dem für unerlaubte Handlungen zuständigen RG-Senat nahezu 18 Jahre (ca. 1906-1924) angehörte: *Recht* 1924, 278. Die Versagung des Schutzes des Vermögens gegen fahrlässige Eingriffe hat die Rspr. im Übrigen auch zu anderen Kunstgriffen gezwungen. So hat

entsprochen worden, wenn das Reichsgericht das Vermögen als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB angesehen hätte.<sup>138</sup> Viele fragwürdige und mühsame Konstruktionen wären uns erspart geblieben.

Die oben (B. I. und B. II., S. 23 ff.) anhand von Fallgruppen beispielshalber aufgezeigte Konkretisierung der allgemeinen vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht in besondere Pflichten, die ein bestimmtes Verhalten ge- bzw. verbieten, hat die Funktion festzustellen, welche konkreten Verhaltensweisen als sorgfältig (verkehrsrichtig) angesehen und daher von Rechts wegen verlangt werden. Ein partnerschädigendes Verhalten, das diesen Anforderungen nicht entspricht, ist pflichtwidrig (rechtswidrig). Die Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht dient der Abgrenzung normwidrigen Verhaltens. Sie macht deutlich, gegen welche Art von Beeinträchtigungen die culpa in contrahendo schützt. Wie wir oben (B. I. und II., S. 23 ff.) festgestellt haben, dient das Institut des Verschuldens beim Vertragschluss als Rechtsbehelf in einer Vielzahl von sehr verschiedenen Problembereichen. Der Culpa-in-contrahendo-Haftungstatbestand ist zu einem umfassenden Schädigungsverbot im vor-vertraglichen Bereich geworden. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre finden in diesem Institut ein „Universalheilmittel“ für alle scheinbaren und echten Unbilligkeiten der Lösungen des Gesetzes bei vor-vertraglichen Störungen. Sie folgen damit dem *Jhering*-schen Beispiel. Die methodischen Mittel sind zum einen die freie Konstruktion von Gesetzeslücken und zum anderen die Statuierung der allgemeinen vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht. Die culpa in contrahendo-Generalklausel ermöglicht so die beliebige Feststellung von Störungstatbeständen „in contrahendo“. Überall dort, wo ein bestimmter vor-vertraglicher Sachverhalt als sanktionsbedürftig angesehen wird, ist es ein Leichtes, die korrespondierende, durch den Sachverhalt verletzte Pflicht zu finden. Die culpa in contrahendo wird auf diese Weise zum Einfallstor für das Billigkeitsdenken in das positive Recht. Im Ergebnis hat der Haftungsgrund die Funktion eines praetorischen Rechtsbehelfs ge-

---

das RG in der frühen exegetischen Periode vor allem in der Dehnung und Pressung des § 826 BGB einen Ausweg gesucht (vgl. etwa *Th. Meyer*, *ibid.*). Die spätere Verlagerung der Rechtsfortbildung auf den § 823 I BGB, insbes. das „sonstige Recht“, ist bekannt. Vgl. dazu insbes. v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II, 49 ff. (Ges. Schriften I, 452 ff.).

<sup>138</sup> In diesem Sinne etwa *Th. Meyer*, *ibid.* (letzte N.). Im Ergebnis ebenso *Dernburg*, indem er „Vermögen“ unter „Eigentum“ subsumierte: I § 130 (1. und 2. Aufl. 1902, anders in der 3. Aufl. 1906). Im Übrigen hatte § 1 des Teilentwurfs Nr. 15 zum BGB noch die deliktische Generalklausel vorgesehen, die in allen partikularrechtlichen Gebieten Deutschlands vor 1900 mit Ausnahme des Gemeinen Rechts gegolten hatte: vgl. Art. 211 Satz 3, 212 I Dresdner Entwurf; Art. 52 (Teil II) des bayerischen Entwurfs von 1860; § 773 sächsisches BGB; § 1 I 6 ALR sowie Art. 1382 c.c. bzw. bad. Landrecht. Die Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht haben zu einem entsprechenden Gesetzesentwurf geführt: vgl. *Nipperdey*, Generalklausel 37 ff., 49, 90. Leider hat *Dernburg* mit seiner Kritik recht behalten, als er dem BGB vorwarf, es habe mit seiner dreigestuften Regelung der deliktischen Haftung durch „übermäßigen Scharfsinn“, „einen Tummelplatz für Streitfragen“ geschaffen (II 2, 698; 1906).

genüber dem „strengen“ Gesetzesrecht übernommen. Gleichzeitig stellt die culpa in contrahendo einen kaum zu überschätzenden Hebel für die Rechtsfortbildung dar. Sie ist eines der wichtigsten Instrumente, mit dem sich veränderte Rechtsanschauungen als „positives Recht“ Geltung verschaffen. Sie legitimiert bzw. legalisiert die Rechtsfortbildung *contra* bzw. *praeter legem* und ermöglicht damit die Schließung echter und unechter Lücken. Mit Hilfe dieses Institutes werden auf der einen Seite gewandelte Rechtsanschauungen der Gesellschaft (bzw. der Rechtsprechung) gegen die Wertung des Gesetzgebers durchgesetzt – etwa §§ 823 I, 125, 459 BGB<sup>139</sup> – und auf der anderen Seite neue, vom Gesetzgeber nicht gesehene Konflikte entschieden. Das Verschulden beim Vertragsschluss ist damit eines der Instrumente, mit deren Hilfe die deutsche Rechtsprechung und insbesondere das Reichsgericht die formale Freiheitsethik in die materiale Ethik sozialer Verantwortung umgewandelt haben.<sup>140</sup> Aus der allgemeinen vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht lässt sich – „systemkonform“ – jede beliebige Verhaltenspflicht herleiten und damit potentiell die gesetzliche Ordnung ursprünglicher (Abschluss-)Störungen aus den Angeln heben. Grundsätzlich hat es die Praxis damit in der Hand, sämtliche Fehlertatbestände im Vorfeld und beim Abschluss von Verträgen nach diesem Haftungstatbestand zu beurteilen. Alle in diesem Bereich verursachten Störungen (Schadensfälle) fallen in das Anwendungsgebiet der culpa in contrahendo. Bei den von Anfang an „verfehlten“ (gestörten) Verkehrsbeziehungen ist die culpa in contrahendo jedoch nicht der einzige von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Behelf. In ihrer heutigen umfassenden Gestalt überlagert das Verschulden beim Vertragsschluss eine Reihe anderer einschlägiger Normen und tritt so mit diesen in Konkurrenz. Damit stellt sich die Frage des Verhältnisses dieses Institutes zum „System“ der gesetzlichen Regeln. Um der Beantwortung dieser Frage näher zu kommen, müssen wir zunächst Funktion und Erscheinungsformen dieses „Systems“ feststellen. Erst danach kann entschieden werden, ob bzw. inwieweit die culpa in contrahendo in dieses „System“ einzuordnen ist und welche Folgerungen für die Fortentwicklung der culpa in contrahendo zu ziehen sind.

---

<sup>139</sup> Vgl. näher unten Einf. C. II. (S. 48 ff.).

<sup>140</sup> Vgl. auch *Wieacker*, Sozialmodell 18, 19.

## 2. Culpa in contrahendo und gesetzliche Ordnung der Abschlussstörungen

### a. *Vertragsfunktion und Vertrags(schluss)mechanismus*

Die gesetzliche Ordnung der vor-vertraglichen Störungstatbestände kann nur vom Grundwertungsgedanken des (Schuld)Vertrages<sup>141</sup> her begriffen werden. Der Vertrag hat danach die Aufgabe, durch die Interessenbewertung seitens Beteiligten einen „richtigen“ Interessenausgleich zu gewährleisten.<sup>142</sup> Dabei wird der Vertrag funktional als rechtliches Ordnungsinstrument des Leistungsverkehrs verstanden.<sup>143</sup> Der Vertrag ist – unter bestimmten Grundvoraussetzungen<sup>144</sup> – typischerweise geeignet, einen „richtigen“ Interessenausgleich aufgrund der rechtlichen Richtigkeitserwägungen der Verhandlungspartner herbeizuführen. Die Verfolgung ihrer egoistischen Ziele lässt die Parteien regelmäßig zu einem Resultat gelangen, das im Sinne des Gerechten und Zweckmäßigen „richtig“ ist. Aus diesem Grunde kann die Rechtsgemeinschaft in der Regel die vertragliche *lex privata* ohne weitere individuelle Prüfung als gültige Ordnung anerkennen und ggf. den staatlichen Zwangsapparat zur Durchsetzung zur Verfügung stellen. Der „Plan“ der Parteien wird von der Rechtsordnung gebilligt und seine Durchsetzung gewährleistet. Verzichtet die Gemeinschaft auf eine individuelle Prüfung der „Richtigkeit“ von Verträgen, so kann sie dies jedoch nur, weil sie generelle „Richtigkeitsvoraussetzungen“ für jeden Vertrag festgesetzt hat. Ein Vertrag vermag das von ihm erwartete richtige Ergebnis nur zu erreichen, wenn alle (positiven oder negativen) „Richtigkeitsvoraussetzungen“ erfüllt sind. Nur ein derart „richtiger“ Vertrag erfüllt seine Funktion als „reguläres Ordnungsinstrument des vermögensrechtlichen Verkehrs unter Lebenden“ (*Rittner*).<sup>145</sup> Die Gültigkeitsvoraussetzungen des „Vertragsmechanismus“ (*Schmidt-Rimpler*)<sup>146</sup> erfassen *typische Störungen* in *contrahendo*. Liegt eine „Richtigkeitsvoraussetzung“ nicht vor, so ist der Vertrag als privatautonomer Entwurf der Ordnung eines Gemeinschaftssachverhaltes unter dem Gesichtspunkt der Richtigkeitsgewähr „mangelhaft“. Wir haben eine ursprüngliche, d.h. von Anfang an bestehende Störung der Vertragsbeziehungen vor uns. Die für eine Anerkennung der *lex privata* von der Rechtsordnung aufgestellten Mindestvoraussetzungen liegen nicht vor. An

<sup>141</sup> In unserem Zusammenhang ist nur der Schuldvertrag von Bedeutung. Er ist auch dort gemeint, wo nur von „Vertrag“ die Rede ist.

<sup>142</sup> Vgl. *Schmidt-Rimpler*, z. B. HdSW XII, 691, 710. Die im Text folgenden Ausführungen gehen von dem *Schmidt-Rimplerschen* Ansatz (vgl. schon AcP 147 [1941] 130 ff.) aus.

<sup>143</sup> Vgl. näher unten § 9 B. I. 2. c. bb. (S. 253 ff.).

<sup>144</sup> Insbes. Gleichstellung der Partner hinsichtlich des „*bargaining power*“. Zu den gesamtwirtschaftlichen Voraussetzungen und deren Gestaltung durch das Wirtschaftsrecht vgl. z. B. *Schmidt-Rimpler*, HdSW XII, 709 f.

<sup>145</sup> HdSW XI, 264/265.

<sup>146</sup> Es wäre vielleicht deutlicher, – wenn auch unschön – von „Vertragsschlussmechanismus“ zu sprechen.

diese Störungen knüpft die Rechtsordnung bestimmte Rechtsfolgen. Diese Reaktionen sind verschieden je nach dem Gewicht, das der Gesetzgeber einem Mangel beimisst. Dabei sind Wertungsunterschiede in verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten. Häufig führen aber auch differierende Wege zum gleichen Ergebnis.

*b. Der Vertrags(schluss)mechanismus im deutschen Recht*

aa. Störungsverhinderung

Zuweilen *verhindert* das Gesetz durch eine positive Regelung von vornherein bestimmte *Störungen*: So wird z. B. der gemeinrechtliche Störungsfall „Offertenwiderruf“ durch die Bindung des Antragenden an sein Angebot hinfällig (§ 145 BGB).<sup>147</sup> Hierher gehören z. B. auch die §§ 153 und 149 BGB<sup>148</sup> sowie § 362 I HGB. In den genannten Fällen bedarf es keiner weiteren Reaktion der Rechtsordnung. Die Sanktion des Gesetzes hat den Eintritt eines Schadens verhindert.

bb. Nichtigkeit

In manchen Fällen erachtet das Gesetz demgegenüber den ursprünglichen Fehler des Vertrages als so schwerwiegend, d.h. den geplanten Lebenssachverhalt für so sehr „unrichtig“, dass es ihn nicht als „richtige Ordnung“ gewährleisten will und daher die angestrebten Rechtsfolgen für „*nichtig*“ erklärt. Nichtigkeit als Rechtsfolge ist vom Gesetz einmal dann vorgesehen, wenn der Vertrag den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft (§§ 134, 138 BGB), die Rechtsordnung die geplante Gestaltung also in keinem Fall anerkennen kann. Zum anderen tritt die Nichtigkeit auch im „privaten Interesse“ ein, wenn die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vom Standpunkt der Parteien sinnlos erscheint, also keiner der Partner ein Interesse an der (auch nur vorläufigen) Anerkennung des Rechtsgeschäfts haben kann (z. B. §§ 116, 117 BGB). Demgegenüber liegt der innere Rechtsgrund für die Anknüpfung der Nichtigkeitsfolge an die Willenserklärungen der geschäftsunfähigen und der diesen gleichgestellten Personen (§ 105 BGB) im absoluten Schutzzweck der Norm. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diesen Personen generell die Fähigkeit fehlt, die eigenen Interessen genügend wahrzunehmen. Die Nichtigkeits-Sanktion eines Verstoßes

---

<sup>147</sup> Dagegen sieht der romanische Rechtskreis hier eine Störung und reagiert (wie *Jhering*) mit Schadenersatzansprüchen: vgl. z. B. Art. 1328 I Satz 2 it. c.c.; s. auch *Weill* Nr. 139.

<sup>148</sup> Im schweizerischen Recht kommt der Vertrag nur zustande, wenn der Antragsteller die verspätete Absendung der Annahmeerklärung bemerkt hat; hätte er sie bemerken müssen, so ist der Offerent wenigstens wegen c.i.c. zum Schadenersatz verpflichtet; vgl. Art. 5 III OR; *Piotet* 19 mit N. 22. *Piotet* versteht die c.i.c. grundsätzlich als deliktische Haftung.



gegen gesetzliche Formvorschriften beruht ebenfalls auf dem Schutzcharakter der einschlägigen Vorschriften. Ist die Versagung jeglicher Rechtswirkung in den bisher aufgeführten Fällen auch nach heutiger Anschauung „richtig“, so dürften wir heute mit der Zustimmung für die Nichtigkeits-Sanktion bei Scherzerklärungen (§ 118 BGB) und bei Verträgen, die auf unmögliche Leistungen gerichtet sind (§ 306 BGB), zurückhaltender sein.<sup>149</sup> Gerade in diesen beiden letzten Fällen bedeutet die Nichtigkeits-Anordnung des Gesetzgebers im Übrigen nicht, dass *keinerlei* rechtliche Folgen aus dem Geschäft erwachsen. So knüpft das Gesetz an den gemäß § 306 BGB nichtigen Vertrag bzw. die nichtige Scherzerklärung (§ 118 BGB) gesetzliche Schadensersatzpflichten (§§ 307, 122 BGB) als Sekundärfolgen gescheiterter Rechtsgeschäfte. Bemerkenswert erscheint, dass die Schadensersatzpflicht in den beiden zuletzt genannten Tatbeständen verschiedene Voraussetzungen aufweist: Lediglich die Haftung nach § 307 BGB erfordert Verschulden.<sup>150</sup>

In den übrigen oben angeführten Nichtigkeitsfällen fehlt es dagegen an einer gesetzlichen Vorschrift zum Ausgleich etwaiger durch die Nichtigkeit verursachter Schäden. So ist festzuhalten, dass die Rechtsordnung es zum Teil bei der Nichtigkeit bewenden lässt, zum Teil aber auch – unter verschiedenen Voraussetzungen – Schadensersatzpflichten an den unwirksamen Vertrag (die unwirksame Willenserklärung) knüpft. Diese Funktion des Schadensausgleiches bei (verschuldet) nichtigen Verträgen ist der ursprüngliche Anwendungsbereich der *culpa in contrahendo*, wie er von *Jhering* entwickelt wurde.

#### cc. Heilbare Unwirksamkeit

Soll ein Vertrag aus besonderen Gründen – etwa weil er die Interessen Dritter oder der Gemeinschaft berührt – einer *individuellen* Richtigkeitskontrolle unterworfen werden, so erklärt die Rechtsordnung das Vertragsverhältnis für „*schwebend unwirksam*“. In diesen Fällen kann der Mangel, der im Fehlen der Zustimmung liegt, durch die Genehmigung der zuständigen Dritten behoben werden. (z. B. § 177 I BGB; § 19 Bundesbaugesetz).

---

<sup>149</sup> Bei § 118 BGB dürften gemeinrechtliche willentheoretische Auffassungen nachwirken (der erste Entwurf zum BGB hatte im Übrigen bei culpa lata die Willenserklärung noch als gültig angesehen: § 97 II); bei § 306 BGB mögen missverstandene „rechtslogische“ Argumente entscheidend gewesen sein. Neben den im Text erwähnten – wichtigsten – Fällen sieht das BGB die Nichtigkeit bei einer Reihe von weiteren Rechtsgeschäften vor, deren Durchführung gegen einen gesetzgeberischen Zweckgedanken verstoßen würde: vgl. §§ 248, 310, 312, 443, 476, 540, 637, 723, 749, 795, 1136, 1229, 1297, 1714, 2235, 2263 BGB.

<sup>150</sup> Entsprechendes gilt für einen verbotswidrigen Vertrag (§ 309 BGB).

## dd. Anfechtbarkeit

Verstößt ein Geschäft gegen Allgemeininteressen, kommt als Sanktion des Gesetzes lediglich die Nichtigkeit in Betracht. Wo indessen private Interessen beeinträchtigt werden, kann dem sowohl durch die Anordnung der Nichtigkeitsfolge als auch durch die Einräumung eines *Anfechtungsrechts* Rechnung getragen werden. In manchen Fällen lässt die Rechtsordnung dementsprechend das Geschäft zunächst bestehen, gibt dem benachteiligten Teil aber die Befugnis, sich durch Anfechtungserklärung vom Vertrag zu lösen. Dem Betroffenen steht es jedoch frei, das Geschäft bestehen zu lassen. Die Anfechtungsbefugnis sieht das BGB in jenen Fällen vor, in denen der Wille eines Erklärenden durch Irrtum (§§ 119, 120, 2078, 2079, 2281 ff. BGB),<sup>151</sup> durch rechtswidrige Drohung oder arglistige Täuschung (§§ 123, 2078 II BGB) beeinträchtigt ist. Im Falle des Irrtums kann sich der irrende Partner jedoch nur um den Preis einer Schadensersatzpflicht von der Bindung befreien. Dabei tritt diese Rechtsfolge unabhängig davon ein, ob den Anfechtenden an seinem Irrtum ein Verschulden trifft oder nicht (§ 122 BGB). Wo dagegen kein schutzwürdiger Partner durch die Anfechtung betroffen ist, kann sich der Erklärende ohne weitere Folgen vom Geschäft lösen (§§ 2078, 2079, 2281 ff.; § 123 BGB).<sup>152</sup>

In allen angeführten Fällen (bb – dd) ist der Vertrag (ursprünglich oder nachträglich durch Anfechtung bzw. endgültige Nichtgenehmigung) wegen Fehlens der Richtigkeitsgewähr mit *ex tunc*-Wirkung nichtig. Soweit das Geschäft noch nicht zu Leistungen der Partner geführt hat, greifen insoweit keine Abwicklungsregeln ein. Ist es dagegen schon zu Vermögensverschiebungen gekommen, so erfolgt der Ausgleich mit Hilfe des Bereicherungsrechts. Vermögensnachteile können jedoch nicht nur durch Leistungen an den vermeintlichen Vertragspartner, sondern auch durch Aufwendungen, Kosten usw. entstehen, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des geplanten Geschäfts bei einer der Parteien angefallen sind. Hier stellt sich die Frage des Ausgleichs bei ursprünglich gescheiterten Verträgen. In

<sup>151</sup> Für die Irrtumsfälle schlägt *Heinrich Lange* de lege ferenda die Einräumung eines Rücktrittsrechts vor: JhJb 89 (1941) 336 ff. (§ b seines Neuregelungsvorschlages, *ibid.* 344). Die Anfechtbarkeit unterscheidet sich in der Wirkung vom Rücktritt (einschl. Wandlung) vor allem durch die Möglichkeit, auch das Verfügungsgeschäft zu vernichten. Das kann im Konkurs von Bedeutung werden.

<sup>152</sup> Andere Reaktionen sind denkbar: Man kann die Erklärung des Irrenden als nichtig ansehen und das Vertrauen des Partners durch einen Schadensersatzanspruch schützen (*Jhering*); andererseits ist es durchaus vertretbar, den gutgläubigen Erklärungsempfänger dadurch vor Schaden zu bewahren, dass man den Erklärenden trotz des Widerspruchs zwischen Wille und Erklärung an seinem Wort festhält (so im skandinavischen Recht; vgl. z. B. *Jørgensen*, Vertrag und Recht, 41).

In manchen Rechtsordnungen hängt die Verpflichtung zum Schadensersatz bei der Berufung auf einen Irrtum davon ab, dass dieser Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist (Art. 26 I schw. OR). Auf der anderen Seite gibt es auch Rechtsordnungen, die trotz Geschäftsunfähigkeit einer Partei den Vertrag für vorläufig gültig, jedoch vernichtbar erklären (Art. 1425 it.c.c. „*annullabile*“).

manchen Fällen sieht das Gesetz einen derartigen Ausgleich vor, in anderen dagegen nicht. Im ersten Fall sind die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch verschieden.

#### ee. Mangelhafter Vertrag

Häufig erachtet das Gesetz eine ursprüngliche Vertragsstörung nicht für so schwerwiegend, dass es das Geschäft für nichtig erklärt oder es den betroffenen Partner ermächtigt, das Geschäft mit *ex-tunc*-Wirkung zu annullieren. Das Ergebnis des Vertragsmechanismus hat in diesen Fällen nicht zu einem völlig wertlosen, aber mit einem Mangel behafteten Vertrag geführt. Der Kontrakt wird daher zunächst aufrechterhalten, jedoch – je nach der Art des Fehlers in verschiedener Weise – korrigiert oder korrigierbar gemacht. So erklärt das Gesetz Haftungsbeschränkungs- bzw. -ausschlussklauseln bei Rechts- oder Sachmängeln für nichtig, wenn der dadurch Begünstigte den Rechts- oder Sachmangel arglistig verschwiegen hat (vgl. z. B. §§ 443, 476, 540 BGB). Im Ergebnis führt dies zum Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistungshaftung.<sup>153</sup> In einer anderen Fallgruppe ist dem Partner der Schaden zu ersetzen, den er durch das arglistige Verschweigen von Rechts- oder Sachmängeln erlitten hat. Bei altruistischen Geschäften muss sich der Geschädigte mit dem Ersatz des Vertrauensinteresses begnügen (§§ 523 I, 524 I, 2385 II 2; 600 BGB), beim (onerosen) Kauf kann er dagegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 463 Satz 2 BGB). Demgegenüber hat das BGB bei fahrlässigem Verschweigen eines Sachmangels seitens des Verkäufers keinen Ersatzanspruch des Käufers vorgesehen. Die Pflichten eines fahrlässigen (oder schuldfreien) Verkäufers beschränken sich auf die „klassischen“ Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung (§§ 459, 462 BGB). In der Regel dürften die zur Gewährleistung führenden Mängel bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen, so dass der Sache nach eine ursprüngliche Störung des Vertragsverhältnisses (Äquivalenzstörung) gegeben ist – auch wenn das BGB aus Zweckmäßigkeitsgründen für die Gewährleistung auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellt.<sup>154</sup> Bei anfänglichen *Rechtsmängeln* der verkauften Sache haftet der Verkäufer schlechthin für sein Unvermögen.<sup>155</sup> Für den rechtlichen Bestand eines verkauften *Rechts*

---

<sup>153</sup> Entsprechendes gilt z. B. für § 377 V HGB: Das arglistige Verschweigen eines Sachmangels beim Handelskauf macht die Versäumung der Rüge (§ 377 I HGB) durch den Käufer unschädlich. Die Gewährleistungshaftung tritt trotz Versäumung der Rügefrist ein.

<sup>154</sup> Vgl. Motive II, 226. Die Gewährleistungsansprüche entstehen nach richtiger Ansicht ggf. bereits mit Vertragsschluss; vgl. z. B. *Süß* 243 f.

<sup>155</sup> H.M.; vgl. statt aller *Larenz*, Schuldrecht II, § 36 II b 3.

(§ 437) hat der Verkäufer auch ohne Verschulden aufgrund des Kaufvertrags<sup>156</sup> einzustehen. Der Vermieter haftet für Mängel, die beim Abschluss des Vertrages vorhanden sind, auch ohne Verschulden auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Beim Versicherungsvertrag gibt die (schuldhaft) Unterlassung der Anzeige erheblicher Gefahrenumstände oder die (schuldhaft) unrichtige entsprechende Angabe dem Versicherer (lediglich) ein Rücktrittsrecht.

#### ff. Verhandlungsstörungen

Mit wenigen Ausnahmen handelt es sich bei den oben angeführten Fällen um Reaktionen des Gesetzes auf Störungen beim eigentlichen Vertragsschluss. Fehlertatbestände während des vorangehenden Zeitraums der Vertragsverhandlungen kennt unsere Rechtsordnung kaum. Zumeist wird die Störung als irrelevant qualifiziert und damit der Weg zum gültigen Vertragsschluss frei gemacht. Die Ausnahme bildet der in § 663 BGB statuierte Anspruch auf das negative Vertragsinteresse, wenn jemand, der sich öffentlich zur Besorgung von Geschäften erboten hat, einen Vertragsantrag nicht unverzüglich ablehnt. Entsprechendes gilt für den Rechtsanwalt (§ 44 BRAO).

#### gg. Nicht geregelte Störungen

Neben dieser Fülle von Regelungen bleiben nicht wenige ursprüngliche Störungsfälle vom Gesetz völlig oder teilweise unberücksichtigt. Dabei kann es sich darum handeln, dass das Gesetz einen bestimmten Sachverhalt – aus heutiger Sicht – nur teilweise ordnet, wie etwa bei der Nichtigkeitserklärung von formnichtigen Geschäften ohne Regelung des Schadensausgleichs (§ 125 BGB; entsprechend z. B. beim Dissens). In anderen Fällen schweigt das Gesetz völlig, so beispielsweise beim Abbruch von Vertragsverhandlungen oder bei fahrlässigem Verschweigen vertragserheblicher Umstände.

#### hh. Ergebnis

Das aufgezeigte Bild der Reaktionen des Gesetzgebers auf ursprüngliche Vertragsstörungen ist verwirrend vielfältig in Voraussetzungen und Folgen:

Auf der Seite der *Rechtsfolgen* finden wir Nichtigkeit ohne weitere Reaktion, Nichtigkeit mit Schadensersatzsanktion, Anfechtbarkeit (Aufhebbarkeit) mit oder ohne Schadensersatzpflicht des Anfechtenden, Gültigkeit des Rechtsgeschäfts bzw. Vertrags trotz Störung; An-

---

<sup>156</sup> Flume, Eigenschaftsirrtum 46 f. mit Nachweisen.

sprüche auf das positive bzw. negative Interesse neben einem bestehenden Vertrag; Herabsetzung der Geld(gegen)leistung und endlich die Ablehnung jeder Reaktion. Auf der Seite der *Voraussetzungen* sieht das Gesetz vor: Haftung bei Arglist und *dolus*, bei *luxuria*, bei *culpa* und bei fehlendem Verschulden, ggf. Differenzierung des Verschuldens nach Tun und Unterlassen. Die einfache Tatbestandsfolge der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder Vertrages knüpft an schuldloses oder schuldhaftes Verhalten an. Das positive Interesse ist nur bei *dolus* oder vertraglicher Zusage, das negative Interesse bei *dolus* und Fahrlässigkeit, aber auch bei unverschuldeter Schadenszufügung zu ersetzen. Zu den relevanten Haftungsprinzipien zählen somit nicht nur das Verschulden (schuldhaftes Unrecht), sondern auch der Vertrauensschutz und der Garantiedanke (vertragliches Versprechen, Zusicherung). Das an der Problematik des Einzelfalls orientierte differenzierte System von Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen im BGB ist Ausdruck des „Vertragsmechanismus“ und soll gewährleisten, dass (nur) „richtige“ Verträge zustande kommen, die die Anerkennung durch die Gemeinschaft als *lex privata* verdienen.

c. *Verhältnis der culpa in contrahendo zur gesetzlichen Ordnung der Abschlussstörungen (Funktionen der culpa in contrahendo)*

Wie wir gesehen haben, regelt das Gesetz die ursprünglichen Vertragsstörungen (Abschlussstörungen) in sehr differenzierter Weise. Damit soll die „Richtigkeit“ der Verträge sowie der Schadensausgleich bei scheiternden Geschäften gewährleistet werden. Dieses System gesetzlicher Reaktionen wird in seiner ganzen Spannweite überlagert durch das in den vor-vertraglichen Bereich erstreckte „vertragliche“ Schädigungsverbot, d.h. das Institut der culpa in contrahendo. Das „außergesetzliche“ Verschulden beim Vertragsschluss erweist sich so als subsidiärer Haftungstatbestand bei ursprünglichen Vertragsstörungen. Er gewährleistet „richtige“ Vertragsverhältnisse: Er verhindert Störungen (z. B. Zugangsverzögerung; Schweigen im Rechtsverkehr), vernichtet bzw. berichtigt unrichtige Verträge<sup>157</sup> oder knüpft an die vom Gesetz ohne Folgesanktionen gelassene Nichtigkeit Schadensersatzpflichten (z.B. § 125 BGB). Die heutige culpa in contrahendo geht damit über ihre ursprüngliche Funktion des Schadensausgleichs bei gescheiterten Verträgen weit hinaus. Sie ist eine Ergänzung des gesetzlichen Systems der Abschlussstörungen und überlagert damit auch die traditionell im Vertragsrecht gesetzlich geregelten ursprünglichen Fehler-

---

<sup>157</sup> Vgl. die Beispiele unten Einf. C. II. 4. a. und b. (S. 67 ff.).

tatbestände. Überdies greift sie mancherorts in den Bereich der Deliktsordnung über (z. B. Abbruch der Vertragsverhandlungen, allgemeine Schutzpflicht am Vermögen). Mit der Übernahme von reinen Deliktsfunktionen (vertragsunabhängiger Bestandschutz) dürfte der Schutzzweck der culpa in contrahendo jedenfalls überschritten sein. Meines Erachtens kann der Normzweck der culpa in contrahendo nur von der Akzessorietät zum (Schuld) Vertrag und dessen Funktion bestimmt werden. Das Vertragsrecht hat alle Interessensgegensätze zu entscheiden, die spezifisch mit der Vertragsfunktion, d.h. der rechtlichen Ordnung des Leistungsverkehrs, zusammenhängen.<sup>158</sup> Die Regelung der Abschlussstörungen soll gewährleisten, dass der Vertrag die ihm zugedachte Funktion erfüllen kann. Von daher ist auch der Schutzzweck der culpa in contrahendo zu bestimmen. Ihr Normzweck ist darauf gerichtet, den Vertragsschlussmechanismus dort zu garantieren, wo keine besondere Regel eingreift.<sup>159</sup> Freilich müsste diese Konzeption noch sorgfältig auf ihre Tragfähigkeit überprüft werden.

### 3. Aufgliederung der culpa in contrahendo-Generalklausel – die Generalklausel als „Durchgangsphase“ auf dem Weg zu differenzierteren Lösungen

Die aufgezeigte Konkurrenzsituation zwischen Verschulden beim Vertragsschluss und positiv-rechtlichen Normen, insbesondere dem gesetzlichen System der Abschlussstörungen, muss dazu führen, die culpa in contrahendo systematisch an den je funktionell einschlägigen Normen zu messen.<sup>160</sup> Die vorgeschlagene Methode führt zu einer Auffächerung des Generaltatbestandes der culpa in contrahendo in einzelne Fallgruppen, die von den gesetzlich individuell geregelten Konfliktsachverhalten (z. B. Formmangel, Dissens, Abbruch der Vertragsverhandlungen) bestimmt werden. Auf diese Weise ist zu prüfen, ob die Anwendung der culpa in contrahendo konkrete Wertungen des gesetzlichen Regelsystems unterläuft oder auch gegen allgemein geltende privatrechtliche Prinzipien (z. B. Privatautonomie) verstößt. Mit anderen Worten sind die einzelnen, unter die culpa in contrahendo subsumierten Fallgruppen am Maßstab der je funktionsgleichen bzw. -verwandten gesetzlichen Normen auf die Legitimität dieser Subsumtion zu überprüfen. Mit Rücksicht auf den Schwerpunkt der culpa in contrahendo im Bereich der eigentlichen Abschlussstörungen ist insbesondere das gesetzliche System der Richtigkeitskontrollen als Richtschnur in Betracht zu ziehen. Zu fragen ist andererseits, ob die culpa in contrahendo nicht be-

---

<sup>158</sup> Vgl. dazu näher unten § 9 B. I. 2. c. bb. (S. 253 ff.).

<sup>159</sup> Zum Verfahren der Rechtsgewinnung (Aufgliederung der Generalklausel) vgl. u. Einf. C. I. 3. (S. 45 ff.).

<sup>160</sup> Vgl. hierzu vor allem den wegweisenden Beitrag von *Medicus*, JuS 1965, 209 ff.

stimmte gesetzliche Regeln sachgerecht ergänzt oder an die seit dem Gesetzgebungsakt veränderten Umstände anpasst.

Ergibt die Prüfung, dass der Gesetzgeber einen bestimmten Konflikt nicht entscheiden wollte oder – mangels Anschauung – nicht ordnen konnte, so bestehen keine Bedenken gegen die Lückenausfüllung durch Wissenschaft und Praxis.<sup>161</sup> Das Gesetz lässt hier für die Ergänzung der gesetzlichen Ordnung Raum. Problematisch wird die außergesetzliche Rechtsfortbildung, wenn der Gesetzgeber den Konflikt gesehen und in einer Weise geordnet hat, die dem bei Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo erreichten Ergebnis zuwiderläuft. Diese konträre Entscheidung des Gesetzes kann konkludent durch bewussten Verzicht auf tatbestandliche Erfassung einer Störung, aber auch durch eine positive *andere* Regelung erfolgt sein. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Anwendung der culpa in contrahendo auf eine bestimmte Fallgruppe der gesetzlichen Wertung widerspricht, so ist meines Erachtens die Frage der Legitimität einer Rechtsfortbildung noch nicht von vornherein negativ entschieden. Vielmehr ist zu prüfen, ob die seit der Kodifizierung veränderten Umstände (Wandel der Normsituation) und/oder Anschauungen (Wertungswandel) eine Gesetzeskorrektur – und dazu gehört auch eine veränderte Auslegung – durch die Praxis zwingend gebieten. Fällt die Antwort verneinend aus, hat es bei der gesetzlichen Regel zu bleiben; die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo ist ausgeschlossen. Erweist sich hingegen die Gesetzeskorrektur als geboten, so muss dies *offen* geschehen und darf nicht hinter der Fassade pseudogesetzestreuer Argumentation versteckt werden. Leider geschieht die verdeckte Rechtsfortbildung *contra legem* gerade im Anwendungsbereich der culpa in contrahendo nicht selten. Nur die offene Korrektur des Gesetzes kann Scheinbegründungen vermeiden, vermag die „eigentlich“ maßgebenden Wertungen aufzudecken und zur Diskussion zu stellen. Gleichzeitig wird der Richter gezwungen, sich über die seiner Entscheidung tatsächlich zugrundeliegenden „Vorurteile“ besser Rechenschaft zu geben und sein Urteil dementsprechend zu begründen. Muss er sich scheuen, die eigentlich tragenden Gründe dem Urteil der Öffentlichkeit auszusetzen, sollte ihn das veranlassen, seine Entscheidung zu überprüfen.

---

<sup>161</sup> Voraussetzung für die Ausfüllung echter (und unechter) Gesetzeslücken durch „außergesetzliche“ Rechtsfortbildung ist m.E. allerdings, dass sowohl hinsichtlich der Regelungsbedürftigkeit als auch hinsichtlich der wesentlichen Ergebnisse ein breiter Konsens der an der Rechtsfortbildung Beteiligten besteht. In rechtspolitisch umstrittenen Fragen fehlt es an der Legitimation für eine außergesetzliche Rechtsschöpfung. Die Rechtsfortbildung in solchen umstrittenen Fragen ist Sache des Parlaments, das den Wählern verantwortlich ist und – im Gegensatz zum Richter – durch das Votum der Wähler zur Rechenschaft gezogen werden kann. Inwieweit sich an der aufgezeigten Grenze der außergesetzlichen Rechtsfortbildung durch eine direkte Wahl der Richter auf Zeit – wie es etwa teilweise in der Schweiz der Fall ist – etwas ändern würde, ist hier nicht zu erörtern.

Die skizzierten Grundsätze gelten entsprechend für die Ausdehnung der culpa in contrahendo auf neue Sachverhalte. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der culpa in contrahendo sollte nur nach reiflicher Prüfung aller relevanten Umstände erfolgen. Dabei ist insbesondere auf eine mögliche Durchbrechung gesetzlicher Wertungen zu achten.

Ist die Legitimität der Rechtsfortbildung – für echte oder unechte Lücken – bejaht, so sollte zunächst – nach dem differenzierenden Vorbild des Gesetzes – gefragt werden, ob die Schadensersatzrechtsfolge der culpa in contrahendo für die einzelne Fallgruppe wirklich sachgerecht ist oder aber eine abweichende Reaktion aufgrund anderer Haftungsprinzipien (z. B. Vertrauen, Risikosphäre) angemessener erscheint. Bisweilen dürfte die Gültigkeit oder sanktionslose Nichtigkeit des Vertrages, ein Anspruch auf Ersatz des positiven bzw. Bestandsinteresses oder endlich ein Verzicht auf jede Reaktion den Bedürfnissen besser entsprechen. In anderen Fallgruppen mögen zwar die Rechtsfolgen zutreffend, jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen der culpa in contrahendo unangebracht sein. Endlich gibt es zweifellos Fälle, bei denen die culpa in contrahendo in Tatbestand und Rechtsfolgen passt. Mit anderen Worten ist der Generaltatbestand der culpa in contrahendo nicht nur für die Legitimitätsprüfung, sondern auch für die Rechtsfortbildung in einzelne Fallgruppen aufzulösen und sorgfältig zu prüfen, welche Haftungsvoraussetzungen und -folgen den jeweiligen Sachverhaltstypen angemessen sind. Die Ergebnisse rechtsvergleichender Untersuchungen können dabei die Gefahr allzu subjektiver Wertungen bannen. Die von der culpa in contrahendo abweichenden Lösungen sind durch Neuinterpretation der einschlägigen Gesetzesnormen, Analogie oder durch die Heranziehung anderer Zurechnungsprinzipien (z. B. Vertrauensprinzip, Risikosphäre) zu gewinnen. Ein derartiges Vorgehen führt zur Begrenzung des Anwendungsbereiches der culpa in contrahendo.<sup>162</sup> Im Grunde ist diese Aufgabe vergleichbar mit jener, die der BGB-Gesetzgeber auf einer früheren Entwicklungsstufe angesichts der *Jheringschen* Generalklausel zu lösen hatte. Die zur Verfügung stehende oder ad hoc geschaffene (*Jhering*) Generalklausel dient als erster Lösungsansatz für neu erfasste oder neu gewertete Interessenkonflikte. Die dabei zwangsläufig erreichte grob-schematische Einheitslösung muss im Laufe der Zeit der Problematik des Einzelfalls angepasst, entsprechende spezielle Tatbestände müssen geschaffen werden. Die Generalklausel setzt neue Wertungen durch, die sich in sachgerechter Präzisierung für einzelne Fallgruppen zu Regeln verfestigen. Die aufgezeigte Differen-

---

<sup>162</sup> Für die Begrenzung der c.i.c. schon *Rabel*, *Warenkauf I*, 157. Aus neuerer Zeit vgl. z. B. v. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1962, 23.



ziertheit der Rechtsordnung in ihren Reaktionen auf verschiedene Erscheinungsformen von Abschlussstörungen weist uns dabei den Weg.

Umfang und Schwierigkeit der oben skizzierten Aufgabe lassen den Versuch ihrer Bewältigung in *einer* Untersuchung aussichtslos erscheinen und zwingen zur Begrenzung. Die vorliegende Studie muss sich dementsprechend mit der Bearbeitung eines Teils der gestellten Aufgabe begnügen. Wir werden zunächst versuchen, vorläufig anhand einiger wichtiger Fallgruppen darzulegen, wie sich der Verfasser die praktische Durchführung der angestrebten Differenzierung vorstellt. Um mehr als eine Skizze kann es sich dabei an dieser Stelle nicht handeln. Insbesondere ist eine an sich erforderliche rechtsvergleichende Überprüfung nur in bescheidenem Maße möglich. Auch zum deutschen Recht muss auf eine eingehendere Darstellung und Kritik abweichender Auffassungen verzichtet werden. Wie diese Skizzen durch rechtsvergleichende Untersuchungen ausgefüllt werden könnten, soll anhand des eigentlichen Gegenstandes unserer Untersuchung, die vorvertraglichen Personen- und Sachschäden, gezeigt werden.<sup>163</sup>

## II. Skizzenhafte Ausführung für einige Fallgruppen

### *Vorbemerkung*

Aus der Vielzahl der einschlägigen Sachverhalte haben wir im Folgenden vier Fallgruppen herausgegriffen, die unter methodischen und praktischen Gesichtspunkten für unsere Zwecke besonders geeignet scheinen:

Beim *Abbruch von Vertragsverhandlungen* (unten 1.) verbieten meines Erachtens grundlegende Entscheidungen des Gesetzgebers auch heute noch die Anwendung der culpa in contrahendo. Es liegt daher *keine ausfüllbare Gesetzeslücke* vor. Bei der *Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs einer Willenserklärung* (unten 2.) haben wir dagegen eine echte Gesetzeslücke vor uns, die der Schließung durch die außergesetzliche Rechtsgewinnung offen steht. Sie ist jedoch nicht mit Hilfe der culpa in contrahendo, sondern durch *erweiternde Anwendung des im Gesetz zum Ausdruck kommenden Gedankens der Risikoverteilung* auszufüllen. Die Rechtsfolgen eines gesetzlichen *Formmangels* (unten 3.) hat das Gesetz abschließend geordnet. Es fehlt an einer Gesetzeslücke. Gewandelte Normsituationen und Rechtsauffassungen scheinen in diesem Fall jedoch eine außergesetzliche Rechtsfortbildung zu legitimieren. Auch hier ist indessen die culpa in contrahendo nicht das richtige Instrument. Vielmehr dürfte die teleologische Auslegung, insbesondere die

---

<sup>163</sup> Vgl. unten §§ 1 ff. (S. 89 ff.).

*teleologische Reduktion der gesetzlichen Formvorschriften*, bessere Lösungsmöglichkeiten bieten. Endlich scheinen die veränderten Umstände auch bei der *Sachmängelhaftung des Kaufrechts* (unten 4.) die gesetzgeberische Entscheidung korrekturbedürftig zu machen. In diesem Bereich hat die *culpa in contrahendo eine legitime*, wenn auch beschränkte Aufgabe bei der Rechtsgewinnung zu erfüllen. Zum Teil nimmt dieses Institut Durchgangsfunktionen zur Bildung speziellerer Regeln wahr (Erweiterung des Fehlerbegriffs), zum Teil hat es vom Gesetzgeber gesehene, aber – aus heutiger Sicht – nicht „richtig“ gelöste Daueraufgaben zu übernehmen (Vertrauensschaden).<sup>164</sup>

### 1. Abbruch von Vertragsverhandlungen

Die Problematik eines c.i.c.-Schadensersatzanspruches wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen ist im deutschen Recht durch die Kollision mit zwei Grundentscheidungen des Gesetzgebers gekennzeichnet.

Zum einen handelt es sich um das *Prinzip der Privatautonomie*. Schadensersatzansprüche wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen gefährden die (negative) Abschlussfreiheit – zumal dann, wenn man auch den Ersatz des Erfüllungsinteresses für möglich hält und damit in der Sache zu einem Abschlusszwang gelangt.<sup>165</sup> Der eigenen negativen Vertragsfreiheit entspricht die negative Vertragsfreiheit des Partners. Das impliziert das Risiko, sich vergeblich in Vertragsverhandlungen einzulassen. Jeder tritt im eigenen Interesse in Verhandlungen ein und muss dementsprechend auch die Risiken (Aufwendungen für Planungen, Reisekosten u.ä.) tragen, die sich aus der Aufnahme und Durchführung von Verhandlungen ergeben. Im Übrigen wird zu wenig beachtet, dass das Verhandlungsstadium per definitionem der Prüfung gilt, ob der intendierte Vertrag geeignet ist, die jeweiligen Interessen der Verhandlungspartner zu befriedigen. Gerade für ein marktwirtschaftlich orientiertes Wirtschaftssystem ist diese Möglichkeit von konstitutiver Bedeutung. Schränkt man die negative Abschlussfreiheit zu weitgehend durch Schadensersatzansprüche gegen den abbrechenden Partner ein, so gefährdet man damit letztlich dieses System, da auf diese Weise ein Stadium erreicht werden kann, in dem ein Partner gehindert wird, ein günstigeres Angebot eines anderen Partners anzunehmen. Welches Angebot unter mehreren am vorteilhaftesten ist, kann ja nicht selten erst nach intensiven Verhandlungen festgestellt werden.

---

<sup>164</sup> Heinrich Stoll meint, der „sog. akzessorische Schadensersatzanspruch“ sei vergessen worden (AcP 131 [1929] 177). Im Zusammenhang des Kaufrechts, vgl. dazu unten Einf. C. II. 4. (S. 64 ff.).

<sup>165</sup> So z. B. OLG Hamburg 22.9.1960 BB 1960, 1111.

Die andere hier relevante Grundentscheidung des Gesetzes ist die in § 823 ff. BGB, insbesondere 823 I BGB, ausgedrückte *Ablehnung* der noch im ersten BGB-Entwurf vorgesehenen *deliktischen Generalklausel* durch den Gesetzgeber. Von einer echten Lücke kann daher nicht die Rede sein. Fahrlässige außervertragliche Vermögensschädigungen verpflichten nach der klaren Entscheidung des Gesetzgebers nicht zum Schadensersatz. Die formale Begründung eines derartigen Anspruchs beim Abbruch von Verhandlungen mit dem vor-vertraglichen Schuldverhältnis verdeckt den Verstoß gegen die negative Wertung des Gesetzes nur oberflächlich.<sup>166</sup>

Versteht man den Schutzzweck der culpa in contrahendo wie hier<sup>167</sup>, so fällt im Übrigen der Abbruch von Vertragsverhandlungen überhaupt nicht in den Anwendungsbereich dieses Instituts. Es handelt sich nicht um eine Vertragsabschlusskontrolle zur Gewährleistung eines „richtigen“ bzw. Verhinderung eines „unrichtigen“ Vertragsverhältnisses. Eine Abschlussstörung im strengen Sinne liegt nicht vor. Aus dieser Sicht gehört ein Schadensersatzanspruch in den genannten Fällen nicht zum Anwendungsgebiet der culpa in contrahendo, sondern in den Deliktsbereich. Der eingetretene Schaden ist zwar *aus Anlass* vertragsbezogener Kontakte der Parteien entstanden; diese Beziehungen sind jedoch abgebrochen worden, bevor der Prüfungsmechanismus der Vertragsschlussregeln in Funktion tritt.

Aus den angeführten Gründen scheint es geboten, mit der Gewährung von Schadensersatzansprüchen wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen zurückhaltend zu sein. Dementsprechend ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Abbruch von Verhandlungen jederzeit möglich ist, ohne dadurch einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Triftige Gründe für den Abbruch brauchen auch dann nicht vorzuliegen, wenn der Gegner – bekannterweise – schon Aufwendungen gemacht hat. Dies ist sein Risiko. Auf der anderen Seite ist unstreitig, dass schadensersatzpflichtig wird, wer Verhandlungen in dem Bewusstsein einleitet (oder fortsetzt), dass ein Vertragsschluss nicht (mehr) in Betracht

---

<sup>166</sup> Die Problematik ähnelt jener beim sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Auch dort handelt es sich um eine partielle Durchbrechung der gesetzlichen Wertentscheidung („Das Vermögen ist kein Schutzobjekt“) zugunsten bestimmter („unmittelbarer“) Eingriffe in einen Gewerbebetrieb, d.h. das *Geschäftsvermögen* (vgl. dazu statt aller v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II, 83 ff. [Ges. Schriften I, 492 ff.]). Die „Begründung“ mit Hilfe der Konstruktion als „sonstiges Recht“ i.S. des § 823 I BGB vermag kaum zu überzeugen und dürfte dem Einwand der *petitio principii* ausgesetzt sein. Dagegen scheint mir die Generalisierung des Schutzes der Persönlichkeit (§ 823 I BGB) durch Verfassungsnormen legitimiert, die gegenüber dem BGB höheren Rang haben und neueren Ursprungs sind. Die Einordnung der persönlichen Schutzposition als „sonstiges Recht“ dient lediglich systematischen Zwecken und entbehrt – im Gegensatz zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – der Funktion einer *Haftungsbegründung*.

<sup>167</sup> Vgl. oben Einf. C. I. 2. c. (S. 44).

kommt. Dagegen ist fraglich, ob auch derjenige haften soll, der wissen musste, dass keine reale Aussicht auf einen Vertragsschluss bestand. Hierher gehört auch der Fall, dass jemand bei seinem Partner den Eindruck erweckt hat, es werde *mit Sicherheit* zum Vertragsschluss kommen.<sup>168</sup> Meines Erachtens ist ein Schadensersatzanspruch in diesem Fall und in dieser Fallgruppe insgesamt nicht so unabweisbar aus Gründen der Gerechtigkeit geboten, dass man sich über § 823 I BGB und das Prinzip der negativen Abschlussfreiheit hinwegsetzen dürfte. Ein – vor allem hinsichtlich der Beweisfrage – elastisch gehandhabter § 826 BGB sollte hier ausreichen.<sup>169</sup>

## 2. Zugangsverzögerung einer Willenserklärung („Zugangsvereitelung“)

Der im deutschen Schrifttum übliche Ausdruck „Zugangsvereitelung“ gibt Anlass zu Missverständnissen, da er auf vorsätzliches Handeln hinzudeuten scheint. Darüber hinaus ist diese Bezeichnung irreführend, weil es eine *endgültige* Zugangsvereitelung einer Willenserklärung mit Rücksicht auf § 132 BGB nicht gibt. In der Sache geht es allein um die Verhinderung des *rechtzeitigen* Zugangs durch den Empfänger. Die einschlägigen Entscheidungen betreffen denn auch ausschließlich Zugangsverzögerungen.<sup>170</sup> Der Gesetzgeber hat dieses Problem nicht geregelt und wohl auch nicht gesehen. Einer außergesetzlichen Rechtsfortbildung steht daher nichts im Wege. Gegen die Lösung dieses Störungsfalls mit

<sup>168</sup> Die deutsche Rspr. scheint bereits im bloßen sicheren Inaussichtstellen des Vertragsschlusses eine c.i.c. zu sehen: vgl. z. B. BGH 19.4.1967 WM 1967, 798 (799). Damit dürfte der BGH die Schadensersatzpflicht lediglich auf eine Pflichtwidrigkeit stützen. Demgegenüber ist darüber hinaus wenigstens zu verlangen, dass die Gründe, die zum Scheitern des Vertragsschlusses geführt haben, im Zeitpunkt des Inaussichtstellens voraussehbar waren – wenn man in dieser Fallgruppe überhaupt eine c.i.c.-Haftung bejahen will.

<sup>169</sup> So z. B. v. Tuhr, II 1, 490, Erdsiek, JuristenJb 8 (1967/68) 49; Flume 617 (im Ergebnis; jedoch c.i.c. als Haftungsgrundlage) und wohl auch Soergel-Siebert/R. Schmidt § 275 Vorbem. 6; s. ferner Heinrich Stoll, LZ 1923, 546. Anders die in Deutschland h.M., die wenigstens im Falle des (schuldhaft ?) sicheren Inaussichtstellens eine c.i.c. sieht: z. B. BGH 17.5.1962 WM 1962, 936; aus dem Schrifttum z. B. Esser, Schuldrecht I, § 52 III 1 a; s. auch Erman/Hefermehl § 145 Vorbem. VI 4. Im Ergebnis wie hier (trotz deliktischer Generalklausel !) die schweizerische Rspr.: z. B. BGr 6.6.1951 BGE 77 II 137/138; Cour de justice civile Genève 26.5.1967 Sem. jud. 1968, 628; ebenso Guhl 93 und von Büren 211. Für das öst. Recht vgl. OGH 5.5.1954 SZ XXVII Nr. 120 (: Der Nichtabschluss eines in Aussicht gestellten Vertrags mache lediglich schadensersatzpflichtig, wenn der Verkäufer *nur* zu dem Zweck die Verhandlungen abgebrochen habe, um den anderen zu schädigen) und Klang /Gschnitzer § 861 Bem. III (Haftung nur, wenn § 1295 II ABGB vorliegt. Für das französische Recht entsprechend: Planiol-Ripert/Esmein VI Nr. 130 (*acte déloyal*); vgl. auch Pau 14.1.1969 D. 1969, 716 (717: „*faute patente, indiscutable*“ vorausgesetzt). Ähnlich das belgische Recht: Dalcq (Rev.crit.jur.belge 1968, 194) verlangt für die Annahme eine Haftung, dass „*réellement abus de cette liberté*“ (scil.: *des parties au cours de pourparlers*) gegeben sei. Die Rspr. fasse die c.i.c. wesentlich als „*tromperie*“ auf (ibid., mit Rechtsprechungsnachweisen). In die gleiche Richtung geht wohl die in den U.S.A. herrschende Auffassung: vgl. Kessler/Fine, Harvard Law Review 77 (1963/1964) 419/420 (*no serious intent to contract*).

<sup>170</sup> Die Rechtzeitigkeit des Zugangs einer Willenserklärung ist insbesondere für die Annahme befristeter Angebote von Bedeutung.

Hilfe der culpa in contrahendo bestehen jedoch Bedenken:<sup>171</sup> Auf der *Rechtsfolgenseite* führt die culpa in contrahendo nicht zu angemessenen Ergebnissen. Auch bei *fahrlässiger* Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs würde dieser Haftungsgrund im Ergebnis auf die Fingierung des rechtzeitigen Zugangs hinauslaufen: Nach § 249 BGB ist der geschädigte Absender so zu stellen, wie wenn das schädigende Ereignis (fahrlässige Zugangshinderung) nicht geschehen, d.h. der Zugang rechtzeitig erfolgt wäre.<sup>172</sup> Die Nachholung des Zugangs ist somit nicht erforderlich. Dies bedeutet, dass der auch nur leicht fahrlässige Empfänger keine Möglichkeit bekommt, den Inhalt der Willenserklärung kennen zu lernen bzw. sich auf die veränderte Lage einzustellen. Diese Konstruktion ist nicht interessengerecht, weil sie den Empfänger unnötig benachteiligt. Man kann zwar der Auffassung sein, dass die Willenserklärung im Zeitpunkt der Verhinderung Wirksamkeit erlangen soll, zum Schutz des Absenders ist es jedoch nicht erforderlich auf einen nachträglichen „realen“ Zugang zu verzichten.

Bei den *Haftungsvoraussetzungen* führt die culpa in contrahendo das Kriterium einer schuldhaften Pflichtverletzung in einen Problembereich ein, in dem das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte für diese Lösung gibt. Es geht hier nicht – wenigstens nicht primär – um Unrecht, um Schadensausgleich, sondern um ein Problem des „Verkehrsrechts“, nämlich das Wirksamwerden von Akten privatautonomer Gestaltung. Die Einführung des subjektiven Kriteriums des Verschuldens ist in diesem Bereich mit Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Handels, nicht adäquat. Der Rechtsverkehr verlangt klare Verhältnisse. Eine Lösung, die eine Fristwahrung vom Verschulden des Empfängers abhängig macht, kann diesen zum Prozessieren reizen und den Absender in erhebliche Beweisschwierigkeiten bringen. Im Interesse des Rechtsverkehrs ist vielmehr eine Lösung zu suchen, die an eindeutige, leicht erkenn- und beweisbare äußere Tatbestände anknüpft. Dies ist die Lösung des Gesetzes für die Frage des Wirksamwerdens

---

<sup>171</sup> Für c.i.c. in diesem Fall z. B. *Erman*, AcP 139 (1934) 281; *Hildebrandt* 235 f. (Antragsverhältnis als Rechtsgrundlage); *H. Dilcher*, AcP 154 (1955) 120 ff. (z. B. 137); *Fikentscher* § 20 II 3; *Staudinger/Coing* § 130 Bem. 22; vgl. ferner *Blomeyer* § 33 III 2 a; *Enneccerus-Lehmann* § 43 III; *Larenz*, Allg. Teil § 27 II b (s. aber auch unten N. 175); *Soergel-Siebert/Hefermehl* § 130 Bem. 25. In der Rspr. ist bisher lediglich ein einziger einschlägiger Fall mit Hilfe der c.i.c. gelöst worden: RG 3.1.1920 RGZ 97, 336. *Gschnitzer* (Schuldrecht, Allg. Teil 6) bezeichnet die mangelnde Empfangsbereitschaft des Antragstellers (für das öst. Recht) als einen Hauptfall der c.i.c.

<sup>172</sup> So im Ergebnis z. B. *Hildebrandt* 238. Die Argumentation, dass sich aus dem Schadensersatzanspruch lediglich die Möglichkeit ergebe, den Zugang – mit Rückwirkung – nachzuholen (so z. B. *H. Dilcher*, AcP 154 [1955] 132), ist unrichtig. § 249 BGB stellt nicht schlechthin auf die frühere Sachlage ab, sondern auf deren hypothetische Entwicklung ohne das schädigende Ereignis (vgl. z. B. *Staudinger/Werner* § 249 Bem. 5 mit Nachweisen aus der Rspr.). Im Übrigen kann doch wohl eine Pflicht, die Willenserklärung nachträglich zugehen zu lassen, kaum aus dem Schadensersatzanspruch des Absenders hergeleitet werden.

von Willenserklärungen (§ 130 BGB). Hier spielen Schuldewägungen keine Rolle. Es handelt sich im Wesentlichen um die Abgrenzung von Einwirkungs- bzw. Gefahrtragungssphären. Die zu unserer Frage entwickelten verschiedenen Theorien verschieben lediglich diesen Risikobereich zwischen Absender und Empfänger einer Erklärung. Würde das BGB – wie die Common Law-Rechte – der Absendungstheorie folgen, so wäre auch das Problem der Zugangsvereitelung zugunsten des Absenders gelöst. Mit der vom BGB angenommenen Zugangstheorie soll dem Absender das Risiko des Verlustes seiner Erklärung auf dem Transport auferlegt werden. Alle vor dem Zugang liegenden Hindernisse fallen in den Risikobereich des Absenders. Ob Verschulden vorliegt oder nicht, ist ohne Belang. Ist die Erklärung dagegen zugegangen, d.h. so in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt, dass er Kenntnis nehmen *kann*, dann ist die Willenserklärung wirksam geworden – gleichgültig, ob der Empfänger von ihr tatsächlich Kenntnis erlangt oder nicht. Im letzten Fall ist Verschulden irrelevant.<sup>173</sup> Diese gesetzgeberische Entscheidung deutet darauf hin, dass auch Ereignisse, die den *Zugang selbst* hindern, nicht zu Lasten des Absenders gehen sollen. Das BGB hat durch Kodifizierung der Zugangstheorie dem Absender das Transportrisiko auferlegt, obwohl man von einer Einwirkungsmöglichkeit während des Übermittlungsvorgangs nur bedingt sprechen kann. Der *Zugang* der Willenserklärung *selbst* liegt aber normalerweise außerhalb der Einflussmöglichkeiten des Absenders. Er hat durch die Wahl des normalen Übermittlungsweges das Verkehrserforderliche getan und vermag auf die *Rechtzeitigkeit* des Zugangs keinen Einfluss mehr auszuüben. Den rechtzeitigen *Zustellungsversuch* kann der Absender (mit den verschiedenen Möglichkeiten der Postordnung) leicht beweisen. Der Zugangsvorgang selbst liegt eindeutig in der Herrschaftssphäre des Empfängers. Hat die Verzögerung des Zugangs ihre alleinige Ursache im Bereich des Adressaten, so ergibt sich meines Erachtens aus dem unserer gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Gefahrverteilungsprinzip, dass der Zugang als rechtzeitig zu behandeln ist – sofern der Erklärende dem Empfänger durch die Nachholung des Zugangs die Möglichkeit zur Kenntnisnahme verschafft.<sup>174</sup> In jedem Fall hat der Absender alles Zumutbare zu tun, um den rechtzeitigen Zugang der Erklärung sicherzustellen. Mit anderen Worten ist die „Risikosphäre“ nicht so sehr räumlich zu verstehen, sondern vielmehr als „Einwirkungsbereich“ zu definieren. Die Fälle der Verhinderung des

---

<sup>173</sup> Vgl. *Mugdan I*, 685 Fußnote\* (Protokolle).

<sup>174</sup> Unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Schutzwürdigkeit des Empfängers könnte an sich bei *vorsätzlicher* Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs auf dessen Nachholung verzichtet werden. Diese Lösung wäre auf die analoge Anwendung des § 162 BGB zu stützen. Indessen empfiehlt sich diese Lösung nicht, weil es im Prozess oft schwerhalten dürfte, dem Empfänger Vorsatz nachzuweisen.

rechtzeitigen Zugangs einer Willenserklärung sind daher nicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, sondern durch die Fortentwicklung des § 130 BGB zugrundeliegenden – verschuldensneutralen – Zurechnungsprinzips (Risikoverteilung nach Einwirkungssphären) zu lösen.<sup>175</sup>

### 3. Formmangel

Die Sanktion für Verstöße gegen gesetzliche Formvorschriften ist im deutschen Recht eindeutig: Formwidrige Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 125 BGB). Eine weitere Sanktion kennt das BGB nicht. Insbesondere fehlt es an einer – den §§ 307, 309 BGB vergleichbaren – Vorschrift für den Fall, dass der Formmangel von einem Partner schuldhaft herbeigeführt ist. Infolge der Unwirksamkeit des Geschäfts entstandene Schäden können dementsprechend lediglich nach allgemeinen Grundsätzen ersetzt werden. Dies bedeutet, dass ein Vermögensschaden nur auszugleichen ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 826 bzw. 823 II BGB vorliegen; fahrlässig schädigendes Verhalten verpflichtet nicht zur Wiedergutmachung. Die geschilderte Rechtslage entsprach in der exegetischen Periode des BGB der allgemeinen Auffassung.<sup>176</sup> Die strikte Wahrung der Formvorschriften geriet schon bald mit den Anforderungen der Billigkeit in Konflikt. Alle Versuche, das strenge Recht des §125 BGB außer Kraft zu setzen oder wenigstens einzuschränken, lassen sich letztlich auf dieses Prinzip der Billigkeit oder – in der Sache gleichbedeutend –, auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) zurückführen. Dies gilt auch für den hier interessierenden Versuch, die Härte des Gesetzes mit Hilfe der culpa in contrahendo zu mildern. Dass dieser Lösungsvorschlag einer Prüfung am Maßstab des Willens des historischen Gesetzgebers nicht standhält, bedarf nach dem oben Ausgeführten keines weiteren Beweises. Angesichts dieser Sachlage ist zum einen die Frage zu stellen, ob sich die Normsituation, d.h.

---

<sup>175</sup> So schon *Oertmann* (3. Aufl.) § 130 Bem. 3 e, yy (458 f.; „erweiternde Anwendung des Grundgedankens von § 130“; daneben Berufung auf das Prinzip von Treu und Glauben). Auf die Risikosphäre des Adressaten stellen weiter ab: *Enneccerus-Nipperdey* § 158 II A 3; *Flume* 238 f.; *Larenz*, Allg. Teil, § 27 II b, ihm folgend *Canaris*, Vertrauenshaftung, 326. Wie hier für das it. Recht *Gorla*, Formation of Contracts II, 1487 N. 9 sowie der niederländische Entwurf für ein BGB (6.5.1. Art. 7): „If a communication containing acceptance of the offer does not reach the offeror or does not reach him in time as a result of a circumstance of which the risk falls on him according to generally accepted opinions, the contract is deemed to have come into being at the moment when the communication would have been received in the absence of the disturbing circumstance.“ (engl. Übersetzung in *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 17 [1970] 268). Die Aufdeckung und erweiternde Anwendung des Rechtsgedankens, welcher der unmittelbar einschlägigen Konfliktentscheidung (§ 130 BGB) zugrunde liegt, ist der Berufung auf die Generalklausel des § 242 BGB (*exceptio doli generalis*) vorzuziehen. Für die Einwendung der Arglist aber z. B. *Soergel-Siebert/Hefermehl* § 130 Bem. 25.

<sup>176</sup> Auf die Lösung mit Hilfe des § 242 BGB ist in unserem Zusammenhang nicht näher einzugehen. Vgl. jedoch auch unten im Text bei N. 188 ff. (S. 58 ff.).

die vom historischen Gesetzgeber bei seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Verhältnisse, seither wesentlich geändert hat. Zum anderen ist zu prüfen, ob sich die Anschauungen der Rechtsgemeinschaft inzwischen in einem Maße gewandelt haben, dass eine Gesetzeskorrektur statthaft erscheint.

Zumindest bei manchen Formvorschriften kann davon ausgegangen werden, dass sich seit Erlass des Gesetzes die Normsituation geändert hat.<sup>177</sup> Die jahrzehntelangen Bemühungen in Rechtsprechung und Schrifttum, die Nichtigkeitssanktion des § 125 BGB durch einen Schadensersatzanspruch (insbesondere auch mit Hilfe der culpa in contrahendo) oder durch § 242 BGB einzuschränken, zeigen darüber hinaus eindeutig einen Wandel der Rechtsanschauungen (Wertungen). Diese Entwicklung erlaubt es meines Erachtens, die gesetzgeberische Entscheidung zu überprüfen. Ist damit die Befugnis zur außergesetzlichen Rechtsfortbildung gegeben, so bleibt doch offen, auf welchem rechtstechnischen Wege diesen gewandelten Verhältnissen am besten Rechnung getragen werden kann. Die culpa in contrahendo<sup>178</sup> scheint mir nicht das geeignete Instrument zu sein, die Antinomie zwischen Form und Billigkeit auszugleichen.

Hinsichtlich der *Haftungsvoraussetzungen* bestehen Zweifel, ob<sup>179</sup> und ggf. in welchen Fällen eine Partei aufgrund des vor-vertraglichen Schuldverhältnisses zur Aufklärung verpflichtet sein soll.<sup>180</sup> Irgendwelche gesetzlichen Anhaltspunkte fehlen. Alles steht im Ermessen der Rechtsprechung. Besonders fraglich ist die Annahme einer Aufklärungspflicht dort, wo der betroffene Teil die Formbedürftigkeit nicht kennt, aber – nach der Auffassung der Rechtsprechung – kennen müsste. Die Verletzung einer Erkundigungspflicht soll die Unterlassung der Aufklärung schuldhaft werden lassen.<sup>181</sup> Im Hinblick auf die Schutzvorschrift des § 125 ist weiter die Frage erlaubt, inwiefern es berechtigt sein soll, gerade dem (sogar leicht) fahrlässig Nichtwissenden diesen Schutz durch die Statuierung einer Schadensersatzpflicht (u.U. auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse) zu nehmen. Schon bei der Aufklärungspflicht will nicht recht einleuchten, weshalb diese Pflicht nur *einen* Partner treffen soll. Umso weniger einsichtig ist dies bei der Erkundigungspflicht. Soll die wirtschaftliche oder berufliche Stellung bzw. der jeweilige Bildungsstand einer Partei über ihre

<sup>177</sup> So z. B. sicher bei § 313 BGB, der aus heute jedenfalls zum großen Teil überholten sozialpolitischen Erwägungen (Sesshaftigkeit der Bevölkerung, Bedeutung des Grundeigentums für Lebensstellung und Beruf des Veräußerers) in erster Linie den Verkäufer schützen wollte (Motive II, 189 f.). Dazu *Manfred Wolf*, JZ 1971, 80 ff., insbes. 82.

<sup>178</sup> Zu § 242 BGB s. unten im Text bei N. 188 ff.

<sup>179</sup> Ablehnend z. B. *Matthiessen*, DGWR 1938, 217; vgl. auch *Heinrich Stoll*, JW 1927, 2119.

<sup>180</sup> Soweit der eine Teil den anderen in den Glauben versetzt, das Geschäft sei formlos gültig, entfallen die im Text erwähnten Schwierigkeiten. Die Unterlassungsfälle dürften jedoch die Regel sein.

<sup>181</sup> So im Ergebnis *Erwin Fuchs* 32 f.



Pflichten entscheiden? Besteht nicht hier die Gefahr einer völligen Rechtsunsicherheit? Muss sich nicht *jedermann* wenigstens bei wirtschaftlich schwerwiegenden Geschäften, – wie etwa regelmäßig beim Kauf von Liegenschaften – über etwaige Formvorschriften vergewissern? Ist nicht gerade in diesen Fällen auch einfachen Leuten bekannt, dass man den Notar aufsuchen muss? Bejaht man aber *beiderseitige* Pflichten, so wird die in aller Regel daraus folgende Anwendung des § 254 BGB die angestrebte Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts selbst dann zunichte machen, wenn der Beweis geglückt sein sollte, dass das Geschäft ohne die culpa in contrahendo gültig zustande gekommen wäre. So entfällt insbesondere bei Grundstückskäufen ein Anspruch des Käufers auf Erfüllung der (unteilbaren) Verkäuferpflicht. Im Übrigen kann mit der culpa in contrahendo auch in gravierenden Fällen dann nicht geholfen werden, wenn keine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt. Endlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Erfüllungsanspruch nur dann geltend gemacht werden kann, wenn ohne die culpa in contrahendo ein formgültiges Geschäft abgeschlossen worden wäre. Diese hypothetische Kausalitätsprüfung schließt gerade in den sog. „schweren Fällen“ die Aufrechterhaltung des Vertrages aus, da hier derjenige, der den anderen vorsätzlich über die Formbedürftigkeit des Vertrages getäuscht hat, bei Aufdeckung des Sachverhalts im allgemeinen keinen formgültigen Vertrag geschlossen hätte. Der Schadensersatzanspruch aus *dolus* in contrahendo bzw. § 826 BGB kann daher nicht zu einem Erfüllungsanspruch führen. Das gleiche ist auch dort anzunehmen, wo der arglistig Handelnde den Irrtum des anderen nicht durch positives Tun, sondern durch Unterlassung hervorgerufen hat. In diesen gravierenden Fällen vermag das Institut des Verschuldens beim Vertragsschluss kein befriedigendes, d.h. zur Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages führendes Ergebnis zu gewährleisten. Wenn man allerdings für die Kausalitätsbetrachtung von den konkreten Parteien abstrahieren und auf „redliche Parteien“ abstellen würde, könnte man zur Vertragsgültigkeit gelangen. Man würde dann allerdings mit dem konkreten Kausalnexus ein wesentliches Prinzip unseres Schadensersatzrechts aufgeben.

Grundsätzlich ist weiter darauf hinzuweisen, dass eine Schadensersatzpflicht aufgrund culpa in contrahendo, die zu einem Anspruch auf Erfüllung oder Ersatz des positiven Interesses führt, den Schutzzweck der Formvorschrift jedenfalls dort verfehlt, wo ein reales Schutzbedürfnis vorhanden ist. Der Vertragsschlussmechanismus hat zur Nichtigkeit des Geschäftes geführt, weil das Gesetz davon ausgeht, dass ein „richtiges“ Vertragsverhältnis bei schwerwiegenden Geschäften nur nach – durch die Formverfüllung erzwungener – reiflicher Überlegung erreicht wird. Soll diese Nichtigkeit auf dem Umweg über den Scha-

denersatzanspruch aufgrund eines außergesetzlichen richterrechtlichen Instituts wieder rückgängig gemacht werden können? Was haben Pflichten zur Aufklärung bzw. Erkundigung, Verschulden, Mitverschulden und Kausalität mit dem Formzweck zu tun? Die gesetzlichen Wertungen werden durch den Schadensersatzanspruch unterlaufen, gleichgültig, ob der Ersatzanspruch auf Erfüllung oder Geldersatz (positives Interesse) gerichtet ist.<sup>182</sup> Die culpa in contrahendo hat die Funktion, dort die Richtigkeit eines Vertragsverhältnisses zu gewährleisten, wo keine genügenden gesetzlichen Vorschriften vorhanden sind. Im vorliegenden Fall können wir eine derartige Lücke nicht anerkennen.

Im Übrigen macht die jüngste Vertragspraxis bei Kaufanwartschaftsverträgen über Immobilien durch die „Flucht nach vorn“ jeden Schadensersatzanspruch von vornherein zunichte: In den Verträgen findet sich jetzt eine Klausel, wonach der Käufer „ausdrücklich erklärt, darüber belehrt zu sein, dass ein solcher Vertrag (Kaufanwartschaftsvertrag) zwar erfüllbar, aber nicht in jedem Fall erzwingbar ist“.<sup>183</sup> Aus den genannten Gründen ist die Lösung der Formnichtigkeitsfälle mit Hilfe der culpa in contrahendo abzulehnen.<sup>184</sup> Der Rückgriff auf diesen Haftungsgrund ist nicht erforderlich, da den veränderten Umständen und Anschauungen schon durch eine Neuinterpretation der unmittelbar einschlägigen, den konkreten Interessenkonflikt regelnden Formvorschriften Rechnung getragen werden kann. Die Generalklausel der culpa in contrahendo erweist sich auch hier als Anregung zur Überprüfung und Fortbildung spezieller gesetzlicher Regeln.

Man darf davon ausgehen, dass der BGB-Gesetzgeber der Nichtigkeitssanktion des § 125 BGB absolute Wirkung beilegen wollte. Ob der konkrete Zweck der Formvorschrift (Schutz vor Übereilung, Beweissicherung, Publizität usw.) „durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, releviert nichts: Der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluss der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum ausschließlichen, notwendigen erhoben.“<sup>185</sup> Die Änderung der Verhältnisse gestattet es jedoch, die konkreten Zwecke einer Formvorschrift im

---

<sup>182</sup> In diesem Sinne auch *Flume* 282 ff.

<sup>183</sup> BGH 21.3.1969 NJW 1969 1167 Anm. *D. Reinicke*.

<sup>184</sup> Gegen Anwendung der c.i.c. z. B. auch *Lorenz*, AcP 156 (1957) 400 ff.; *ders.*, JuS 1966, 436; *Medicus*, JuS 1965, 214; *ders.*, § 8 III 3 c; *Gadow*, JhJb 84 (1934) 191/192; *Staudinger/Weber* § 242 Bem. D 444.

<sup>185</sup> *Jhering*, Geist des römischen Rechts II 2, 475. So auch heute die h.M. vgl. etwa *Canaris*, Feststellung, 192 mit Nachweisen; BGH 18.2.1955 BGHZ 16, 334 (335; betr. § 313 BGB).

Wege der *teleologischen Reduktion*<sup>186</sup> zu berücksichtigen. Der zu weit gefasste Wortlaut des § 125 BGB ist einzuengen. Für *jede einzelne* Formvorschrift (z. B. §§ 313, 518 I, 766 BGB) ist daher sorgfältig zu prüfen, welchen Zwecken sie dient, *wen* sie vor *welchen* Gefahren schützen will. Formvorschriften, die Interessen der Allgemeinheit – etwa an der Publizität gewisser Rechtsvorgänge wie der Eheschließung – wahren sollen, werden weiterhin absolut durchzusetzen sein. Wo eine Formvorschrift dagegen individuelle Interessen schützt, im Rahmen des Vertragsschlussmechanismus also die interindividuelle „Richtigkeit“ eines Vertragsverhältnisses gewährleisten soll, erscheint die Frage erlaubt, ob es zur Erreichung des Formzwecks gerade auf die Formwahrung ankommt. Ist die „Richtigkeit“ auch ohne die Einhaltung der Formvorschrift gewährleistet, weil deren Zwecke auf andere Weise erfüllt sind, so ist der Formzwang überflüssig und die Nichtigkeitssanktion unter dem Gesichtspunkt der Richtigkeitskontrolle zwecklos. Die Formwahrung wird zum Selbstzweck. Ist der Zweck der Formvorschrift erreicht, obwohl diese nicht eingehalten ist, so trifft der Normzweck der Formvorschrift das Geschäft nicht. Die Formvorschrift ist daher nicht anzuwenden und das formlose Geschäft als gültig zu behandeln.<sup>187</sup> Reicht dagegen der Schutzzweck einer Formvorschrift über deren Wortlaut hinaus, so ist der Formzwang im Wege der erweiternden Auslegung oder Analogie auf die vom Formzweck erfassten Fälle zu erstrecken.<sup>188</sup> Man wird dieser Auffassung entgegenhalten, dass sie die Formvorschriften durchlöchere und die Rechtssicherheit gefährde, da die Wirksamkeit oder Un-

<sup>186</sup> Restriktive Auslegung liegt nicht mehr vor, da die vorgeschlagene Lösung von Wortbedeutung und Wertung des § 125 BGB nicht mehr getragen und damit das Feld der Gesetzesabänderung betreten wird. Freilich sind die Übergänge fließend. Zum ganzen vgl. *Larenz*, Methodenlehre 369 ff. Die Aufdeckung „verdeckter Lücken“ und ihre „Ausfüllung“ mit Hilfe der teleologischen Reduktion ist im Allgemeinen anerkannt (vgl. z. B. *Larenz*, *ibid.*). Dagegen wird die teleologische Reduktion bei formalen Ordnungsvorschriften überwiegend abgelehnt: vgl. z. B. *Boehmer*, Grundlagen II 2, 76 f.; *Flume* 284 ff. (vgl. aber bei *Arglist*: 281); *Gernhuber*, Schmidt-Rimpler-Festschr. 161; *Larenz*, *ibid.*, 373 (außer im Fall der *Arglist*). Anders die in der nächsten N. Genannten.

<sup>187</sup> So schon *Danz*, Auslegung, 174 ff. (1911; entsprechend schon in der 2. Aufl. 1906); *ders.*, Richterrecht 38 und vor allem *Wüstendörfer*, AcP 110 (1913) 327 ff., 331 f. Auch *Reichel* (Gesetz und Richterspruch 82, 113) und *Regelsberger* (JhJb 58 (1910) 171) dehnen die teleologische Gesetzesauslegung auf die Formvorschriften aus. Diese Gedanken sind nach dem zweiten Weltkrieg vor allem von *Lorenz* (AcP 156 [1957] 400 ff.) aufgegriffen worden. Teleologische Erwägungen finden sich aber auch bei *Esser* (Schuldrecht I, § 6 III 3 c; anders wohl § 52 III 1 c), *Fikentscher* (§ 22, 11 c), *Ernst E. Hirsch* (AcP 159 [1960] 347/348), *Medicus*, (§ 8 III 3 c), *Peters* 66 und *Steindorff* (ZHR 129 [1967] 29 f.). Vgl. auch *v. Tuhr* (II 1, 501), nach dessen Auffassung auch die Formvorschriften der einschränkenden wie der ausdehnenden Auslegung unterliegen. (s. jedoch auch *ibid.* N. 34). Für das öst. Recht vertritt *Ehrenzweig* die Auffassung, dass Formvorschriften wie alle anderen Gesetze nicht bloß nach den Worten, sondern nach der klaren Absicht des Gesetzgebers auszulegen seien. Sie müssten daher zuweilen erweitert, sehr oft aber eingeschränkt werden. Ein Formfehler könne im einzelnen Fall unerheblich erscheinen. Man dürfe annehmen, dass der Gesetzgeber nicht von der Absicht geleitet gewesen sei, „das materielle Recht zwecklosen Förmlichkeiten zu opfern“. (Hervorhebung im Original: I 1, 264). Für das österreichische Recht vgl. auch *Pisko*, JBI 63 (1934) 511 (513).

<sup>188</sup> Ebenso schon *Wüstendörfer*, *ibid.* (letzte N.) 328; vgl. auch bereits *Danz*, Auslegung, 174 und heute *Larenz*, Methodenlehre, 371/372.

wirksamkeit eines Geschäfts erst mit Rechtskraft des streitentscheidenden Urteils feststehe. Diese Einwendungen sind nicht leicht zu nehmen. Sie treffen aber mindestens im gleichen Maße die übrigen Lösungsversuche (insbesondere culpa in contrahendo, § 242 BGB). Im Gegensatz zu jenen Vorschlägen knüpft die teleologische Reduktion jedoch an der einschlägigen Norm selbst an und richtet die Rechtsfortbildung an deren Schutzzweck aus: Mit der Anknüpfung an den Normzweck haben wir im Gegensatz zu den Schadensersatz- und Billigkeitslösungen einen festen objektiven Anknüpfungspunkt im Gesetz. Darüber hinaus bietet der Zweck der jeweiligen Formvorschrift Anhaltspunkte für die Tatbestandsgewinnung, die sowohl bei der culpa in contrahendo wie bei der Treu-und-Glauben-Lösung fehlen. Beide Wege bieten keinerlei konkrete problembezogene Lösungsprinzipien, sondern verweisen auf „außergesetzliche“ Wertmaßstäbe: Treu und Glauben bzw. im vor-vertraglichen Verkehr erforderliche Sorgfalt (für die Pflichtenbegründung). Insbesondere ist die Rechtsprechung bei § 242 über die vage Formel vom „untragbaren Ergebnis“ trotz jahrzehntelangen Bemühens nicht hinausgelangt.<sup>189</sup> Sowohl die Anwendung der culpa in contrahendo wie des § 242 BGB bergen die Gefahr in sich, den *Schutzzweck* des Gesetzes zu unterlaufen.<sup>190</sup> Die teleologische Reduktion ist demgegenüber „gesetzestreu“ in dem Sinne, dass sie zwar dem absoluten Nichtigkeitsgebot die Gefolgschaft versagt, dafür aber die besonderen Schutzzwecke der einzelnen Formvorschrift beachtet. Was den Einwand der Rechtsunsicherheit angeht, so gibt eben der Schutzzweck der jeweiligen Formvorschrift die Möglichkeit, Ausnahmetatbestände zu formulieren<sup>191</sup> und damit die notwendige Sicherheit des Verkehrs zu gewährleisten. Die Anwendung einer Formvorschrift in jedem konkreten Einzelfall vom Eingreifen des Formzwecks abhängig zu machen, würde in der Tat die Rechtssicherheit unerträglich gefährden. Man wird daher bei den verschiedenen Formvorschriften Fallgruppen zu bilden haben. Die von Heck mit dem Bild des „juristischen Triebandes“<sup>192</sup> gekennzeichnete Erscheinung, dass die Gerichte im

<sup>189</sup> Auch der Gesichtspunkt des „*venire contra factum proprium*“ führt nur wenig weiter, da sich hier wiederum die Frage stellt, wann ein *venire contra* ... gegen § 242 BGB verstößt. So ist z. B. im Allgemeinen der Abbruch von Vertragsverhandlungen oder der Wechsel einer Rechtsauffassung kein Verstoß gegen § 242 (für den letzten Fall: *Staudinger/Weber* § 242 Bem. D 331 mit Nachweisen). Die extremste Auffassung aufgrund des § 242 BGB vertritt *Rumpf* (JW 1938, 2579 f.), der in den Fällen, in denen die Formnichtigkeit zu einem der Gerechtigkeit offensichtlich widersprechenden Ergebnis führen würde, die Folgen dem „*arbitrium boni viri*“ überlassen will. Hier wird also nicht nur das „ob“, sondern auch das „wie“ der Gesetzeskorrektur dem Richter überlassen und damit die Formvorschrift völlig aufgegeben.

<sup>190</sup> So für die c.i.c. z. B. auch *Medicus* (JuS 1965, 214), für § 242 BGB *Larenz*, Methodenlehre 373 (absolute Geltung der Formvorschrift). Beide Rechtsbehelfe sind vom Gesetzgeber in ihrem Verhältnis zu den Formvorschriften nicht gewertet, da sie einer jüngeren, von der Judikatur geschaffenen Rechtsschicht entstammen.

<sup>191</sup> In der Tat wird damit die Formvorschrift als *generelle* Norm aufgegeben, wie *Flume* (285/286) feststellt.

<sup>192</sup> AcP 112 (1914) 185; vgl. auch *Enneccerus-Coing* § 19 IV.

Interesse der Einzelfallgerechtigkeit gesetzliche Formvorschriften *punktuell* durchbrechen und damit Rechtsunsicherheit stiften<sup>193</sup>, wird auf diese Weise entscheidend verringert. Die anzustrebende Fallgruppenbildung kann indessen in dieser Skizze nicht im Einzelnen geleistet, sondern nur angedeutet werden.

Voraussetzung für eine teleologische Reduktion ist die klare Feststellung des jeweiligen Schutzzweckes einer Formvorschrift. Unterstellen wir hier – *demonstrandi causa* –, dass etwa bei § 313 BGB der Formzweck im Wesentlichen dahingeht, den Verkäufer vor Übereilung zu schützen,<sup>194</sup> so wären alle Verkäufer, die in dieser Beziehung keines Schutzes bedürfen, auch bei Nichteinhaltung der Form des § 313 BGB gebunden. Danach kann man alle *gewerbsmäßigen* Verkäufer von bebauten und unbebauten Grundstücken sowie von Eigentumswohnung aus dem persönlichen Schutzbereich des § 313 BGB herausnehmen.<sup>195</sup> Wer gewerbsmäßig Immobilien verkauft, bedarf keines Schutzes vor Übereilung. Wer eine Aktivität als Geschäft betreibt, braucht davor nicht gewarnt zu werden. Er weiß, was er tut.<sup>196</sup> Der Formzwang gewährt dem gewerbsmäßigen Verkäufer heute nur noch insoweit „Schutz“, als er sich mit Hilfe der sog. Kaufanwartschaftsverträge einen Schuldner sichern kann, ohne sich selbst zu binden. Das ist sicher nicht im Sinne des historischen oder heutigen Gesetzgebers (vgl. Art. 1 II schw. ZGB). Den gewerbsmäßigen Verkäufern sind auch die gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen gleichzustellen.<sup>197</sup> Ebenso entfällt der Formzweck in den sog. Siedlerfällen, der einzigen Fallgruppe, bei welcher der BGH klar ein nicht nur hartes, sondern „schlechthin untragbares“ Ergebnis bejaht

---

<sup>193</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung die grundlegende Schrift *Fritz v. Hippels* „Formalismus und Rechtsdogmatik“ (1935).

<sup>194</sup> Auf die in letzter Zeit heiß umstrittene Frage, ob § 313 BGB auch den Schutz des Käufers bezweckt (so insbes. *M. Wolf*, *ibid.* N. 177), kann hier nicht eingegangen werden. Immerhin sei die Frage gestellt, ob dem Käufer – unter den heutigen Verhältnissen am Baumarkt – damit wirklich gedient wäre. Er würde dann Gefahr laufen, überhaupt leer auszugehen, weil der Verkäufer vor notarieller Beurkundung an einen Dritten verkaufen kann.

<sup>195</sup> Für Wohnbaugesellschaften ebenso *Esser*, *Schuldrecht I*, § 6 III 3 c; vgl. auch *Medicus* § 8 III 3 c. Dementsprechend wäre in dem Fall BGH 21.3.1969 (NJW 1969, 1167 Anm. *D. Reinicke*) die Räumungsklage abzuweisen gewesen: Hier hatte die Bekl. im Übrigen die Eigentumswohnung schon bezogen und Zahlungen geleistet.

<sup>196</sup> Wer zu dieser Gruppe gehört, ist im allgemeinen leicht ersichtlich. Oft ergibt es sich schon aus dem Firmenzusatz oder den erläuternden Beifügungen auf Prospekten. Bei juristischen Personen kann der Gegenstand des Unternehmens auch durch Einsicht in das Handelsregister festgestellt werden.

<sup>197</sup> So wäre in dem bekannten Idealheimfall (BGH 29.1.1965 NJW 1965, 812) das Unternehmen, das in großem Umfang Eigenheime baute, an dem privatschriftlichen Vertrag festzuhalten und die Räumungsklage abzuweisen gewesen. Hier kam noch hinzu, dass die Finanzierung wie vereinbart durchgeführt worden war und der beklagte Käufer bis zur rechtskräftigen Entscheidung über sechs Jahre in dem Eigenheim gewohnt hatte.

und den privatschriftlichen (formnichtigen) Vertrag aufrechterhalten hat.<sup>198</sup> Bei der hier betroffenen Fallgruppe der privatschriftlich geschlossenen Kaufanwartschaftsverträge sind im Allgemeinen auch die übrigen Formzwecke<sup>199</sup> erfüllt. Die Parteien sind sich darüber einig, dass erst dadurch eine Bindung (des Käufers) eintreten soll. Der Rechtssicherheit (Abschlussklarheit) ist damit Genüge getan. Freilich setzt dies voraus, dass man die Erklärung des Verkäufers als Antrag qualifiziert (§ 133, 157 BGB). Diese Schwierigkeit sollte jedoch im Hinblick darauf nicht unüberwindlich sein, dass die einseitige Verpflichtung bei einem gegenseitigen Verhältnis ohnehin eine Anomalie darstellt. Was den *Inhalt* der sog. Kaufanwartschaftsverträge angeht, so bestimmen diese in aller Regel die Leistung und Gegenleistung genügend. Kaufgegenstand und Kaufpreis werden immer schriftlich fixiert. Im Allgemeinen gilt dies auch für die Zahlungsbedingungen. Ergänzend wären die gesetzlichen Regeln maßgebend. Dies dürfte mit einiger Sicherheit dazu führen, dass an die Stelle der Kaufanwartschaftsverträge sofort die umfangreichen detaillierten Formularverträge der Verkäufer treten. Dann könnte man sicher nicht mehr von Rechtsunsicherheit sprechen. Die Gefahr, dass der Käufer dadurch den Rat des Notars entbehren muss, fällt nicht allzu sehr ins Gewicht: Bei der bisherigen Rechtslage nützt auch die Warnung eines Notars wenig. Sie kommt zu spät, da der Käufer ja bereits aufgrund des Anwärtervertrages gebunden ist und die beschwerenden Zahlungsklauseln in der Regel schon in den Anwärtervereinbarungen enthalten sind. Außerdem ist die Stellung des Verkäufers – wenigstens unter den heutigen Verhältnissen am Baumarkt – im Allgemeinen so stark, dass er sich in aller Regel mit Erfolg weigern wird, von seinem Formularvertrag abzugehen. Gegen allzu unbillige Klauseln kann nur die Rechtsprechung schützen.<sup>200</sup> Sie tut dies erfreulicherweise in zunehmendem Umfang. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass in manchen Nachbarländern (z. B. Österreich, Frankreich) auch für Kaufverträge über Immobilien seit jeher Formfreiheit herrscht. Bei dieser Fallgruppe ist also die Bindungswirkung des privatschrift-

<sup>198</sup> BGH 18.2.1955 BGHZ 16, 334; BGH 7.3.1956 BGHZ 20, 172. Ob auch die „Hofübergabefälle“ (vgl. z. B. BGH 16.2.1954 BGHZ 12, 286) gleich zu entscheiden wären, bedürfte im Hinblick auf den Sondercharakter dieser Fälle einer eingehenderen Untersuchung.

<sup>199</sup> Vgl. Motive II, 189 f. Eine Übersicht über die möglichen Formzwecke gibt *K. Heldrich*, AcP 147 (1941) 91-93.

<sup>200</sup> Sieht man in § 313 BGB auch den *Käufer* vor Übereilung etc. geschützt, so gilt das im Text für gewerbsmäßige *Verkäufer* Ausgeführte entsprechend für gewerbsmäßige *Käufer* (z. B. Immobilienverwaltung-Gesellschaften; Immobilieninvestment-Gesellschaften). Im Übrigen könnte man daran denken, demjenigen den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenzuhalten, der sich auf Formzwecke beruft, die lediglich den anderen Teil schützen sollen. Dies wäre etwa bei den oben (N. 195, 197) zitierten BGH-Fällen möglich gewesen, da die Formvorschrift dort – mit Rücksicht auf die generell fehlende Schutzbedürftigkeit derartiger Verkäufer – nur noch käuferschützenden Charakter gehabt hatte. Vgl. hierzu auch die folgende N.

lichen Vertrages zu bejahen, da der Formzweck entfällt und der Verkäufer mithin nicht schutzbedürftig ist.<sup>201</sup>

Dieser Ansatz wäre anhand der einschlägigen Judikatur zu § 313 BGB und anderen Formvorschriften sowie der Formularpraxis eingehend auf seine Tragfähigkeit zu überprüfen. Dabei könnte gleichzeitig versucht werden, weitere typische Fallgruppen und damit Ausnahmetatbestände herauszuarbeiten. Ohne in dieser Skizze weiter auf die Ausnahmeregelbildung für typische Tatbestände eingehen zu können, sei vorläufig vermerkt, dass sich etwa folgende Fallgruppen abzeichnen: Soweit nicht bereits besondere gesetzliche Regeln eingreifen<sup>202</sup>, ist ein formungültiger Vertrag aufrechtzuerhalten, wenn das Geschäft beiderseits vollständig erfüllt ist (vgl. etwa §§ 311, 761 BGB, die keine Heilungsbestimmungen aufweisen). Dies gilt freilich nur, wenn die Formvorschrift ausschließlich privatschützenden Charakter hat. Übereilungsschutz, Beweissicherung, Abschluss- und Inhaltsklarheit verlieren in diesen Fällen ihre Bedeutung als Formzwecke. Die Einhaltung der Formvorschrift wäre hier zwecklos.<sup>203</sup> Entsprechendes dürfte bereits dort anzunehmen sein, wo lediglich die formgeschützte Verpflichtung bereits erfüllt ist.<sup>204</sup> Eine Berücksichtigung des Formmangels wäre hier auch unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen – weil zweckwidrigen – Rechtsausübung abzulehnen. Wo die erwähnten Fälle vorliegen, spielt das Verschulden einer Partei hinsichtlich der Formnichtigkeit keine Rolle.<sup>205</sup> Treffen die genannten besonderen Regeln in einem Fall nicht zu, so gewinnt ein dolus Bedeutung:

---

<sup>201</sup> Jedenfalls dann, wenn man mit der noch h.M. vom ausschließlichen Verkäuferschutz ausgeht. Der Sache nach ebenso die schw. Rspr., wenn sie u.a. einen Rechtsmissbrauch dort annimmt, wo „die den Formfehler anrufende Vertragspartei daran kein schutzwürdiges Interesse hat, so dass durch die Vertragsanfechtung die Form einem ihr fremden Zweck dienstbar gemacht wird“: BGr 5.2.1946 BGE 72 II 39 (43); vgl. auch *Meier-Hayoz* in Berner Kommentar, Art. 657 Bem. 145 (mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen) sowie *Merz* in Berner Kommentar, Art. 2 Bem. 464. Auf diese Weise wird im Rahmen der Prüfung des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) der Formzweck berücksichtigt. Die zweckwidrige Rechtsausübung hat die Versagung des Rechtsschutzes zur Folge (vgl. *Merz*, *ibid.*, Bem. 51). Diese Lösung ist der „Untragbarkeitsformel“, mit der der BGH im Rahmen des § 242 BGB arbeitet, überlegen. Der Umweg des schweizerischen Rechts kann jedoch durch die teleologische Reduktion der Formvorschrift vermieden werden. Für diesen Umweg indessen *Merz* (*ibid.*, Bem. 465), der jedoch bei genügender Verfestigung der Grundsätze zu Regeln darin nicht mehr einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs, sondern – in der Sache wie hier – das Ergebnis einer Auslegung der einschlägigen Formvorschriften sehen will (*ibid.*, Bem. 464, 509). Entscheidend erscheint mir allein die Orientierung an den Formzwecken.

<sup>202</sup> Vgl. die verschiedenen Heilungsvorschriften. S. jedoch auch unten N. 210.

<sup>203</sup> In diesem Sinn *K. Heldrich*, AcP 147 (1941) 127: § 4 I des Gesetzesvorschlages. Vgl. auch *Merz* in Berner Kommentar Art. 2 Bem. 466. Hier wäre auch an eine analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften zu denken, die als tatbestandliche Ausprägungen des Normzweckgedankens bei Formvorschriften aufgefasst werden können. Für analoge Anwendung der gesetzlichen Heilungsvorschriften z. B. *Reichel*, AcP 104 (1909) 34 ff.; vgl. auch *Lorenz*, JuS 1966, 435. *Contra* z. B. *Flume* 269; *Staudinger/Coing* § 125 Bem. 31.

<sup>204</sup> *K. Heldrich* (letzte N.) 89; 127: § 4 II des Gesetzesvorschlages; vgl. auch *Lorenz*, JuS 1966, 435.

<sup>205</sup> Gleiches gilt für die oben erwähnten Ausnahmetatbestände, z. B. den gewerbsmäßigen Verkauf von Immobilien. Liegt dieser Ausnahmetatbestand vor, braucht auch nicht mehr auf eine evtl. erfolgte Erfüllung abgestellt zu werden.

Diejenige formgeschützte Partei, die einen Formmangel herbeiführt, um sich vom Vertrag lösen zu können, ist nicht schutzwürdig. Sie verzichtet bewusst – zu eigennützigen Zwecken – auf den Schutz der Formvorschrift. Beruft sie sich auf die Formungültigkeit<sup>206</sup>, so ist ihr entgegenzuhalten, dass ihre Einwendung unzulässig, weil formzweckwidrig ist. In dem einzigen bisher vom BGH entschiedenen einschlägigen Fall hat das Gericht zur Begründung der unzulässigen Rechtsausübung auch herangezogen, dass die Formvorschrift einem fremden Zweck dienstbar gemacht worden sei;<sup>207</sup> damit hat der BGH den Formzweck im Rahmen des § 242 BGB berücksichtigt. Mit *Esser*<sup>208</sup> könnte man auch von „institutionellem Rechtsmissbrauch“ sprechen. Wer sich bewusst über eine Formvorschrift des Gesetzes hinwegsetzt, darf sich nicht beklagen, wenn er beim (formlosen) Wort genommen wird. Insofern spielt hier auch der Gedanke der Verwirkung sowie des *venire contra factum proprium* mit herein. Im Ergebnis ist jedenfalls der arglistige Teil mit seiner Einwendung nicht zu hören, wenn der Gegner auf der Vertragserfüllung beharrt.<sup>209</sup> Ob man in diesem Fall noch eine besondere Ausformung des § 242 BGB sieht<sup>210</sup> oder die „Durchgangsfunktion“ der Generalklausel<sup>211</sup> bereits als erfüllt betrachtet und damit ein Ausnahmetatbestand der Formvorschriften anzunehmen wäre, ist letztlich gleichgültig.<sup>212</sup>

Falls die teleologische Reduktion bzw. Feststellung der unzulässigen Rechtsausübung zur rechtlichen Anerkennung des formfehlerhaften Geschäfts führt, entfällt von vornherein das

<sup>206</sup> Wobei selbstverständlich ist, dass der Richter *ex officio* die Formwahrung zu prüfen und in Rechnung zu stellen hat.

<sup>207</sup> BGH 3.12.1958 BGHZ 29, 6 (12). Hier war allerdings ein (formfehlerhafter) notariell beurkundeter Vertrag abgeschlossen worden.

<sup>208</sup> *Esser*, Schuldrecht I, § 6 III 3 c.

<sup>209</sup> So im Ergebnis wohl auch *Esser*, *ibid.* (letzte N.); *Flume* 280 ff.; *Gernhuber*, Schmidt-Rimpler-Festschr. 177 ff. sowie *Canaris*, der die (Erfüllungs-)Haftung jedoch nicht auf den Vertrag, sondern auf die „ex lege“ bestehende Vertrauenshaftung stützt (Vertrauenshaftung 276 ff.). Im Ergebnis läuft dies auf eine Einschränkung der Nichtigkeit hinaus: Sie gilt nur dann, wenn sich der gutgläubige Teil darauf beruft.

<sup>210</sup> Es sind auch Fälle des Rechtsmissbrauchs denkbar, in denen nicht ohne weiteres eine abstrakte Ausnahmeregel festgestellt werden kann, jedoch im Einzelfall die Berufung auf die Nichtigkeit nicht von formzweckbezogenen Gründen getragen wird. Ein derartiger Fall würde etwa bei einem Grundstückskaufvertrag vorliegen, bei dem auf der einen Seite der Kaufpreis bezahlt und die Wohnung bezogen ist, auf der anderen Seite die Heilung (§ 313 BGB) lediglich an der manchmal jahrelangen Wartezeit für die Eintragung scheitert. Macht der Verkäufer hier die Formnichtigkeit geltend, so kann er hierfür lediglich formzweckfremde Gründe geltend machen. Übereilungsschutz, Beweissicherung und Abschlussicherheit vermag er nicht mehr anzuführen. Ob man neben dieser besonderen Ausprägung der Grundsätze der unzulässigen Rechtsausübung (Formzweckwidrigkeit) noch die allgemeine Generalklausel des § 242 BGB heranziehen muss, wäre anhand des Rechtsprechungsmaterials näher zu untersuchen. In diesem Fall ist darauf zu achten, dass die Treu-und-Glauben-Generalklausel auch hier nur Durchgangsfunktion haben darf. Mit anderen Worten muss man versuchen, möglichst bald von der Einzelfallentscheidung zur Regelbildung überzugehen.

<sup>211</sup> Vgl. *Merz* in Berner Kommentar, Art. 2 Bem. 42.

<sup>212</sup> Verhindert die *nicht* formgeschützte Partei arglistig den formgerechten Abschluss, so kann der Partner es bei der Nichtigkeit belassen und Schadensersatz fordern (§ 826 BGB). Er ist m.E. jedoch in diesem besonderen Falle auch befugt, auf den Formschutz zu verzichten und den arglistigen Gegner an seiner Erklärung festzuhalten. So wohl auch *Esser*, *ibid.* (N. 208).



Bedürfnis für eine Anwendung der culpa in contrahendo. Greift dagegen die Formvorschrift ein, so stellt sich die Frage nach einer Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss. Ob hierfür noch ein so unabdingbares Bedürfnis besteht, dass die Korrektur der gesetzlichen Entscheidung (Nichtigkeit ohne Sekundärsanktion – vorbehaltlich §§ 823 ff. BGB) gerechtfertigt werden könnte, ist sehr zweifelhaft. Mit Rücksicht auf den eingreifenden Formzweck dürfte jedenfalls ein Schadensersatzanspruch – ungeachtet des hypothetischen Kausalverlaufs – in keinem Fall zu einem Anspruch auf Erfüllung oder Ersatz des positiven Interesses führen. Das Gesetz hat das Geschäft für gescheitert erklärt. Es ist unzulässig, diese gesetzliche Entscheidung durch einen richterrechtlichen Schadensersatzanspruch umzustoßen. Man könnte demnach allenfalls den Ersatz des negativen Interesses im engen Sinn („Nichtbegegnungsinteresse“) erwägen. Dadurch wäre der Schaden auszugleichen, der durch pflichtwidrig-schuldhaftes Verhalten beim Scheitern des Geschäfts entstanden ist. Soweit auch diese Begrenzung nicht zu verhindern vermag, dass Formzwecke umgangen werden, ist die Anwendung der culpa in contrahendo abzulehnen.

#### 4. Vertragsbezogene Aufklärungspflichten beim Kauf – culpa in contrahendo und Sachmängelhaftung –

##### *Einführung*

Soweit es um den Inhalt des abzuschließenden Vertrages geht, konkretisiert die herrschende Meinung die vor-vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme im Wesentlichen dahin, dass wahrheitswidrige Behauptungen zu unterlassen und vertragswesentliche Umstände kundzutun sind.<sup>213</sup> Es liegt auf der Hand, dass diese „Konkretisierung“ die Freiheit der Praxis kaum beschneidet, Störungstatbestände durch die Annahme entsprechender Pflichten zu schaffen. Über das, was „vertragswesentlich“ und nach § 242 BGB zu offenbaren ist, befindet der Richter. Er bestimmt gleichzeitig, inwieweit der gesetzliche *numerus clausus* der Störungstatbestände ergänzt oder unterlaufen wird. Mit Hilfe des Schadensersatzanspruches aus culpa in contrahendo hat die Rechtsprechung denn auch in erheblichem Umfang die gesetzlichen Regeln *praeter* und *contra legem* fortgebildet.

Zur Exemplifizierung dürfen wir uns hier im Wesentlichen auf den (weit verstandenen) Kauf als wichtigstes Umsatzgeschäft beschränken. Eine Skizze der gesetzlichen Regelung

---

<sup>213</sup> Vgl. näher oben Einf. B. I. 2. b. (S. 30). Die frühe Rspr. des Reichsgerichts war erheblich zurückhaltender in der Annahme von Aufklärungspflichten als die heutige h.M.: vgl. z. B. RG 27.3.1906 RGZ 62, 149 (150; § 123 BGB) Die Ausweitung der Aufklärungspflichten beginnt im Rahmen der c.i.c. mit dem Luisinlichtfall RG 26.4.1912 JW 1912, 743.

soll die Ausgangssituation und zugleich die Wegstrecke zeigen, die die deutsche Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten zurückgelegt hat.

Aus den *Motiven* ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Käufer bei bloßer Fehlerhaftigkeit der Sache „ohne Mitunterlaufen eines dolus des Veräußerers auf die ädilitischen Rechtsmittel beschränkt ist.“<sup>214</sup> Die Fehlerhaftigkeit wird dabei im engen physischen Sinn verstanden.<sup>215</sup> Eine Schadensersatzhaftung wegen fahrlässigen (oder schuldlosen) Verkaufs einer mangelhaften Sache ist damit nach der eindeutigen Absicht des Gesetzgebers ausgeschlossen. Dieser Entscheidung der Väter des BGB hat sich die herrschende Meinung bis heute – wenigstens dem äußeren Anschein nach – gefügt.<sup>216</sup> Der Wille des Gesetzgebers hat auch den z. B. in Frankreich<sup>217</sup> begangenen Umweg einer extensiven Interpretation der bei der Wandlung vom Verkäufer nach § 467 Satz 2 BB zu ersetzenden „Vertragskosten“ versperrt: Der Ersatz des durch die mangelhafte Sache verursachten Schadens wird in den Motiven ausdrücklich erörtert und abgelehnt.<sup>218</sup> Auch diese Regelung des BGB-Gesetzgebers wurde bis heute nicht grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>219</sup> Diese den Verkäufer begünstigende Regelung hat wesentlich zur Erstreckung der culpa in contrahendo auf das hier interessierende Gebiet beigetragen. Das Kaufrecht des BGB weist im Grunde einen „archaischen“ Charakter auf, der einer einfacheren Zivilisationsstufe mit weniger komplizierten Tatbeständen entspricht. Nach dem ausdrücklichen Hinweis der *Motive* ist die Gewährleistungshaftung im Anschluss an das gemeine (römische) Recht kodifiziert worden.<sup>215</sup> Demgemäß steht auch der Speziessachkauf im Vordergrund der gesetzlichen Ordnung. Der angesichts heutiger Massenproduktion ungleich wichtigere Gattungskauf ist demgegenüber in einem einzigen Paragraphen und im Wesentlichen durch Verweisung auf den Speziessachkauf geregelt. Diese Fixierung auf den Speziessachkauf hat die Theorie zu manchen unfruchtbaren Streitigkeiten über das „Wesen“ der Gewährschaft verleitet und war der Fortbildung unseres Kaufrechts in Richtung auf eine organische Einfügung in die allgemeine Schuldvertragslehre wenig förderlich. Römisch-rechtliche Regeln wurden – ungeachtet ihrer Verknüpfung mit einer bestimmten Entwicklungsstufe der Zivilisation – als

<sup>214</sup> II 229 (*Mugdan* II, 126): „Aus §§ 383, 385 [462, 463 BGB] folgt weiter, dass der Erwerber im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit i.S. des § 381 II [459 BGB] ohne Mitunterlaufen eines *dolus* des Veräußerers wie nach gemeinem Recht, auf die ädilitischen Rechtsmittel beschränkt ist.“

<sup>215</sup> *Motive* II, 224 (*Mugdan* II, 123).

<sup>216</sup> Vgl. die Nachweise bei *Diederichsen*, BB 1965, 402 N. 14.

<sup>217</sup> Vgl. Art. 1646 fr.c.c.; s. dazu unten N. 266.

<sup>218</sup> *Motive* II 232 (*Mugdan* II, 128); eine gewisse Unsicherheit ist für den Fall festzustellen, dass den Veräußerer Verschulden trifft (*ibid.*).

<sup>219</sup> Vgl. z. B. RG 13.6.1902 RGZ 52, 18 (19). „Vertragskosten“ werden eng verstanden; s. die Beispiele bei *Soergel-Siebert/Ballerstedt* § 467 Bem. 2 mit Rechtsprechungsnachweisen.

eine Art unabänderlicher „*ratio scripta*“ behandelt. Statt nach der Berechtigung dieser Regeln für die Verhältnisse der Gegenwart zu fragen und damit den Weg für eine Reform zu ebnen, entstanden immer neue, sich gegenseitig bekämpfende Theorien.<sup>220</sup> Veränderte technische Möglichkeiten haben kompliziertere Kaufgegenstände mit vervielfältigten Schadensmöglichkeiten entstehen lassen. Die Mangelhaftigkeit z.B. eines Atomkraftwerks birgt andere Schadensmöglichkeiten als das berühmte Schulbeispiel der kranken Kuh. Den Verhältnissen unserer Zeit ist die im Wesentlichen auf dem Stand des Römischen Rechts stehende gebliebene Regelung des BGB nicht mehr angemessen. Kompliziertere Kaufgegenstände erfordern mehr vom Verkäufer als das Entstehen für das *habere licere* und ggf. die volle oder teilweise Rückzahlung. Dem Bedarf nach Aufklärung, Beratung, Einweisung usw. trägt das geltende „klassische“ Gewährleistungsrecht nicht genügend Rechnung. Die Normsituation hat sich gegenüber der Ursprungszeit unserer Gewährleistungshaftung, aber auch gegenüber der Gesetzgebungsepoche gewandelt. Die Vorstellungswelt des Gesetzgebers war eher rückwärts, kaum auf die damalige Gegenwart und gewiss nicht auf die von der innovativen Technik bestimmte Zukunft gerichtet. Die „Schuldfrage“ zu stellen, ist müßig. Entscheidend ist allein die Einsicht, dass die *Normsituation*, die zu regelnden Sachverhalte sich so sehr gewandelt haben, dass die gesetzliche Ordnung überholt erscheint. Es ist nicht denkbar, dass der Gesetzgeber heute das Recht der Leistungsstörung beim Kauf ebenso – im Anschluss an das römische Recht – ordnen würde, wie er es im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts getan hat.<sup>221</sup> Dass sich auch die *Rechtsanschauungen* in dieser Hinsicht geändert haben, zeigen z. B. viele Klauseln in den einschlägigen allgemeinen Geschäftsbedingungen und vor allem die verschiedenen Bemühungen der Rechtsprechung, die ungenügende gesetzliche Regelung der Mängelhaftung zu ergänzen und damit in Wirklichkeit zu korrigieren. Eines der dafür eingesetzten Instrumente der Judikatur ist die culpa in contrahendo – in unserem Fall die richterrechtliche Anerkennung von Aufklärungspflichten. Korrigiert wird die Sachmängelhaftung, insbesondere die gesetzgeberische Ablehnung von Schadensersatzansprüchen. In welchem Verhältnis stehen die erwähnten Aufklärungspflichten zu den gesetzlichen Regeln bzw. welche Funktionen haben sie im Hinblick auf die Weiter- oder Umbildung der Gewährleistungshaftung? Anhand einiger wichtiger Fallgruppen soll dies skizzenhaft aufgezeigt werden. Um Vollständigkeit kann es auch hier nicht gehen. Bei der Skizze wird

---

<sup>220</sup> Vgl. *Rabel*, Warenkauf II, 131.

<sup>221</sup> Es mag genügen, auf den Entwurf der Akademie für Deutsches Recht aus den dreißiger Jahren (vgl. *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen) und das auch von der BRD wohl bald eingeführte Abkommen über ein Einheitliches Kaufgesetz hinzuweisen. Vgl. dazu auch unten Einf. C. II. 4. c. bb. (S. 79 ff.).

auch – in vorläufiger Weise – zu prüfen sein, inwieweit es sich in einzelnen Fällen um eine Gesetzeskorrektur handelt und ob eine bestimmte Fortentwicklung *contra legem* als gerechtfertigt angesehen werden kann. Die Untersuchung wird deutlich machen, in welchem Maße die gesetzliche Ordnung von der außergesetzlichen culpa in contrahendo-Generalklausel derogiert ist. Indessen kommt es uns hier weniger auf diesen – von *Medicus*<sup>222</sup> eindrucksvoll dargelegten – Vorgang an. In erster Linie wollen wir vielmehr zu zeigen versuchen, dass das Verschulden beim Vertragsschluss hier dazu dient, die Funktion des Schuldvertrags als „richtige“ Ordnung des Leistungsverkehrs zu gewährleisten. Soweit die culpa in contrahendo diese Aufgabe nach einhelliger heutiger Rechtsauffassung erfüllt, scheint mir eine Anwendung der culpa in contrahendo auch dann tragbar zu sein, wenn darin eine Gesetzeskorrektur liegt. Indessen ist immer vorweg zu prüfen, ob – bei grundsätzlicher Anerkennung der Verbesserungsbedürftigkeit des Gesetzes – die culpa in contrahendo angemessene Lösungen bieten kann. Eventuell dient sie auch hier lediglich als Durchgangsstation zu besseren Lösungen. Insbesondere mag sie als Anregung zur Fortbildung spezieller gesetzlicher Normen wirken. Damit kann freilich u.U. der Ausbruch aus dem „System“ (pflichtwidrig-schuldhaft Schädigung) verbunden sein.

a. *Culpa in contrahendo und Vertragsaufhebung*

aa. Culpa in contrahendo statt Wandlung (Wandlungersatz)

In einem ersten Anwendungsbereich hat die culpa in contrahendo die Funktion, die Aufhebung des Kaufvertrages auch in solchen Fällen zu ermöglichen, in denen die Rechtsprechung einen Sachverhalt als (ursprüngliche) „Störung“ qualifiziert, jedoch nicht unter den Fehlerbegriff des § 459 BGB subsumieren kann. Da die herrschende Auffassung den Fehlerbegriff ständig weiter fasst, ist die subsidiäre Funktion des Verschuldens beim Vertragsschluss hier jedoch praktisch weniger bedeutsam, als man angesichts des engen (physischen) Fehlerbegriffs des Gesetzgebers erwarten möchte.<sup>223</sup> Wer dagegen einen objektiven und damit engen Fehlerbegriff vertritt, wird in größerem Umfang auf die culpa in contrahendo zurückgreifen.<sup>224</sup> Indessen ist der Fehlerbegriff offensichtlich noch nicht weit genug, um alle als relevant erachteten Störungsfälle zu erfassen. So hat es der BGH z. B.

---

<sup>222</sup> JuS 1965, 209 ff.

<sup>223</sup> Vgl. z. B. BGH 16.4.1969 BGHZ 52, 51 (54 f.: *Verdacht* gesundheitsgefährdender Beschaffenheit = „Fehler“ [Salmonellenbefall bei Hasenfleisch; Kaufpreisklage wegen Wandlung abgewiesen]). Das OLG Nürnberg (8.5.1958 BB 1959, 253) sieht die Nichtaufklärung über einen Hausschwamm*verdacht* sogar als arglistiges Verschweigen eines Mangels an.

<sup>224</sup> So im Ergebnis sehr klar *Fabricius* in seiner Anm. zum Salmonellenurteil (letzte N.) JZ 1970, 29 (30/31).

abgelehnt, die Höhe der zurückliegenden Jahresumsätze eines Einzelhandelsgeschäfts als Eigenschaften im Sinne von § 459 BGB zu qualifizieren und stattdessen zur Entscheidung auf die culpa in contrahendo zurückgegriffen. Mit Hilfe dieses Instituts erreicht das Gericht das gleiche Ergebnis wie bei Annahme einer Wandlung.<sup>225</sup> Entsprechendes gilt für den Fall, dass eine Zusicherung nicht bejaht werden kann.<sup>226</sup> In anderen Entscheidungen wird die culpa in contrahendo auch als Ergänzung der *Rechtsmängelhaftung* herangezogen.<sup>227</sup> Es ist nicht zu übersehen, dass einem weiten Fehlerbegriff ein enger Anwendungsbereich der culpa in contrahendo, einem engen Fehlerbegriff dagegen ein weites Geltungsfeld des Verschuldens beim Vertragsschluss entspricht. Der Umfang der vorvertraglichen Aufklärungspflichten steht in Funktion zur Weite des Fehlerbegriffs. Insgesamt gesehen, nimmt die culpa in contrahendo hier *Wandlungsfunktionen* wahr.<sup>228</sup> Sie

---

<sup>225</sup> BGH 12.11.1969 NJW 1970, 653 (Kauf eines Einzelhandelsgeschäfts; Kaufpreisklage; Wandlungswiderklage); ablehnende Anm. von *Putzo*, der einen Fehler und damit die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. BGB bejaht; dem BGH zustimmend *Körting*, *ibid.* 1077 (§ 477 BGB war in diesem Fall nicht von Bedeutung).

<sup>226</sup> BGH 31.1.1962 NJW 1962, 1196 (Sägemaschine). In diesem Fall dürften die Gründe für die Konstruktion eines Beratungsvertrags (selbständige Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag) darin zu suchen sein, dass der BGH auf diese Weise die in den vereinbarten Lieferbedingungen enthaltenen Gewährleistungsausschluss- und Schriftformklauseln (Zusicherung!) umgehen wollte. Dieses Mittel, allgemeine Geschäftsbedingungen auszuschalten, ist von zweifelhaftem Wert, da die Bedingungen mit Sicherheit binnen kurzem entsprechend geändert werden. Es bleibt also auf die Dauer der Rspr. nicht erspart, zu der Frage der Gültigkeit derartiger Ausschlussklauseln *direkt* Stellung zu nehmen. Vgl. dazu auch *Medicus*, JuS 1965, 210. Im Übrigen ist das BGH-Urteil recht unklar. Auf der einen Seite spricht das Gericht von einer Nebenverpflichtung des Kaufvertrages im Sinne eines Beratungsvertrages, auf der anderen Seite von c.i.c. Mit Äußerungen des *Vermittlungsvertreters vor* Bestellung, also vor Kaufvertragsschluss wird der Schadensersatzanspruch begründet. Also kann der Anspruch nicht auf einer Nebenpflicht des Kaufvertrags, sondern nur auf einer c.i.c. bezüglich des Kaufvertrags beruhen, die allerdings – vom Standpunkt der h.M. aus – fragwürdig ist, weil sie in Wirklichkeit Eigenschaften des Kaufgegenstandes betrifft, also durch die (abbedungenen) Gewährleistungsvorschriften ggf. verdrängt werden könnte. Diese Möglichkeit wurde vom BGH aber wohl deswegen nicht erörtert, weil die Annahme einer entsprechenden Vollmacht für einen *Vermittlungsvertreter* doch zu sehr „konstruiert“ gewesen wäre. Aus der Rspr. des Reichsgerichts vgl. z. B. RG 13.8.1935 RGZ 148, 286 (Zusagen über künftige Belegung der zu kaufenden Pension; Aufhebung); RG 28.8.1939 RGZ 161, 193 (195/196; unrichtige Angaben über *eventuelle* zukünftige Baubeschränkungen; Eigenschaft abgelehnt; Klage auf Feststellung, dass dem Verkäufer bei Realisierung der Baubeschränkungen keine Rechte aus dem Kauf zuständen [u.a.] aus c.i.c. stattgegeben. Vgl. auch RG 20.3.1928 Recht 1928 Nr. 1036 (Werkvertrag; Vertragsaufhebung durch c.i.c.; knapper Sachverhalt) und RG 13.11.1940 DR 1941, 637 Anm. *Herschel* (Bongossiholzfall, obiter: allgemeine Anpreisung der Eigenschaften einer Gattungsware könne Haftung aus c.i.c. begründen).

<sup>227</sup> Vgl. z. B. OLG München 6.6.1958 NJW 1958, 1592 f. (Gewährleistungspflicht/Aufklärungspflicht beim Filmverwertungsvertrag; Voraufführung; Aufklärungspflicht erfüllt); *Bappert-Maunz* (§ 2 Rdnr. 38) nehmen in entsprechenden Fällen (beim Verlagsvertrag) einen Rechtsmangel an (positives Interesse; § 437 BGB analog).

<sup>228</sup> Die Funktion, einen Vertragspartner von eingegangenen Verpflichtungen zu befreien, kommt der c.i.c. auch bei *finanzierten Abzahlungskäufen* zu. Hier geht die Rspr. sogar so weit, als Erfüllung der Aufklärungspflicht nicht einmal ausreichen zu lassen, dass das Finanzierungsinstitut in seinem Vertragsformular durch Fettdruck, Umrahmung o.ä. den (an sich nach objektivem Recht bestehenden!) Einwendungsausschluss aus dem Kaufvertrag hervorhebt. Vielmehr muss der Darlehensgeber nach Auffassung des BGH darüber hinaus auch die *Bedeutung* dieser Klausel, d.h. die *Risiken* des Abschlusses eines derartigen Geschäfts (Aufspaltung des Abzahlungskaufs in Kauf- und Darlehensvertrag) klarstellen. Geschieht dies nicht in hinreichender Weise, so hat das Finanzierungsinstitut seine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt und ist daher aus culpa in contrahendo verpflichtet, den Darlehensnehmer gemäß § 249

bildet das Gewährleistungsrecht dahin fort, dass nicht nur „Fehler“ bzw. „zugesicherte Eigenschaften“ i.S. des § 459 BGB, sondern *jeder* bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegende „Mangel“ (vertragswidrige Beschaffenheit) u.U. zur Aufhebung des Vertrages berechtigt. Solch ein „Mangel“ liegt vor, wenn die Störung auf eine schuldhafte Verletzung der vor-vertraglichen Sorgfaltspflicht zurückgeführt werden kann und der Mangel so schwer wiegt, dass der Benachteiligte – oder besser ein vernünftige Person in gleicher Lage<sup>229</sup> – den Vertrag nicht geschlossen hätte. Man kann die letzte Voraussetzung auch dahin fassen, dass eine *wesentliche* Störung, d.h. – nach Zustandekommen des Vertrags – eine *wesentliche Vertragsverletzung* vorliegen muss.

Die Umbildung des objektiven in einen subjektiven Fehlerbegriff auf der einen Seite und die Ergänzung dieser Entwicklung durch die vor-vertragliche Aufklärungspflicht (*culpa in contrahendo*) auf der anderen Seite bedeutet im Grunde, dass man sich auch nach deutschem Recht bei jeder (wesentlichen) „vertragswidrigen“ Lieferung (Sachleistung) ohne Rücksicht auf Verschulden vom Vertrag lösen kann. Damit hat sich die deutsche Rechtsprechung der Lösung des Einheitlichen Kaufgesetzes von 1964 (EKG) angenähert. Die-

---

BGB so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Aufklärung erfolgt wäre. Hätte der Darlehensnehmer den Darlehensvertrag nicht abgeschlossen, so wäre es nicht zur Auszahlung der Darlehenssumme und zum Kauf gekommen (vgl. BGH 20.2.1967 BGHZ 47, 207). Bei Durchsicht der Entscheidungen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Rspr. immer dort zu einer Aufklärungspflichtverletzung kommt, wo sie dies für erforderlich hält. Auch hier ist die Frage zu stellen, ob es des Rückgriffs auf die c.i.c. wirklich bedarf. Die Zulassung der Einwendungen aus dem Kaufvertrag (neben § 123 BGB) gegenüber dem Darlehensgeber dürfte hier die angemessenere, insbesondere der Rechtssicherheit dienlichere Lösung sein. Das komplizierte Nebeneinander der – immer, jedoch subsidiär anwendbaren – Schadensersatzlösung (c.i.c.) und der – nur in bestimmten Fällen zugelassenen – Einrede des nicht erfüllten Kaufvertrages macht die Rechtslage unübersichtlich. Auch das „reichlich verwickelte Spiel von gegenseitigen Schadensersatzpflichten aufgrund schuldhafter Verletzung von Schutzpflichten“ (*Weitnauer*, JZ 1968, 208; zu der verworrenen Rechtslage vgl. *ibid.* 204 ff.) ist nicht gerade geeignet, die Rechtssicherheit zu fördern. Die bessere Lösung dürfte darin bestehen, dem Käufer gegenüber dem Darlehensgeber alle (nicht nur die im Abzahlungsgesetz enthaltenen) Einwendungen und Einreden zu geben, die er gem. § 404 BGB gegenüber einem Zessionar der Kaufpreisforderung erheben könnte; vgl. eingehend *v. Marschall* 134 ff. (152); im *Ergebnis* z. B. ebenso *Volker Emmerich*, JuS 1971, 273 ff. [278 ff.] und *Thomas Raiser*, *RabelsZ* 33 [1969] 470. Wie dieses Ergebnis juristisch zu „konstruieren“ ist bzw. ob es einer derartigen Konstruktion bedarf, mag hier offenbleiben.

In allen Fällen von Vertragsverletzungen durch den Verkäufer (Nichtlieferung, Verzug, Sach- oder Rechtsmängel usw.) kann der Käufer somit zeitweise oder endgültig die Ratenzahlung an den Darlehensgeber verweigern. Damit wird freilich das Problem der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen (des Verkäufers) relevant. Die Gerichte kommen jedoch mit diesen Fragen zunehmend besser zurecht. Die vermutlich hinter den Entscheidungen des BGH stehende Intention, den Darlehensgeber zur intensiven Aufklärung zu zwingen, ist zwar anzuerkennen. Die Schutzintention muss aber letztlich wirkungslos bleiben: Den Bevölkerungsschichten, die der BGH durch Aufklärung über das Risiko schützen will, nützt die Risikokenntnis nichts. Sie *müssen* Abzahlungskäufe abschließen, wenn sie in den Besitz bestimmter hochwertiger und oft notwendiger Gebrauchsgegenstände (z. B. Möbel, Auto) gelangen wollen. Wirklich Hilfe kann nur die „Drittwirkung“ der Einwendungen und Einreden aus dem Kaufvertrag bringen.

<sup>229</sup> Dies deshalb, weil ja der Richter darüber entscheidet und von daher zwangsläufig die Beurteilung des Kausalverlaufs „objektiviert“ wird. De facto wird er fragen, wie die betreffende Partei „vernünftigerweise“ von ihrem Standpunkt aus entschieden hätte.

ses gewährt bei jeder wesentlichen Vertragsverletzung dem betroffenen Teil stets das Recht zur Vertragsaufhebung.<sup>230</sup>

Aus dieser Funktion der culpa in contrahendo, die Wandlungsbefugnis des Käufers zu ergänzen, ergeben sich meines Erachtens folgende Konsequenzen: Zunächst sollte man, soweit irgend möglich, die Gewährleistungsvorschriften zur Grundlage der – notwendigen – Rechtsfortbildung machen. Dies bedeutet insbesondere ein Votum für die extensive Auslegung des „Fehlers“ und der „zugesicherten Eigenschaft“<sup>231</sup> in § 459 BGB. Nur wo eine ausdehnende Interpretation (oder analoge Anwendung) nicht mehr in Betracht kommt, mag man auf die culpa in contrahendo zurückgreifen. In diesem Fall sind jedoch die kaufrechtlichen Sonderregeln für die Abwicklung zu beachten, soweit mit der c.i.c.-Schadensersatzforderung funktionell ein Wandlungsanspruch (wegen einer mangelhaften Sachleistung im weiten Sinn) geltend gemacht wird. Dies bedeutet, dass in jedem Fall § 460 BGB anzuwenden ist, so dass dem Käufer fahrlässige Unkenntnis nicht schadet. Darüber hinaus müssten insbesondere auch die Verjährungsvorschriften des § 477 und die besonderen Bestimmungen über Untersuchung und Rüge beim Handelskauf angewandt werden. Das Interesse des Verkäufers an einer raschen Abwicklung seiner Geschäfte ist schutzwürdig. Aus dieser Sicht entfallen meines Erachtens die Bedenken, die gegen die Vertragsauflösung bei fahrlässiger Täuschung im Hinblick auf die Umgehung des § 123 BGB geltend gemacht werden.<sup>232</sup> Es geht nicht um die Fahrlässigkeit, sondern um die sachwidrige Leistung, die mit Rücksicht auf einen engen Fehlerbegriff nur über die Generalklausel der culpa in contrahendo zur Vertragsauflösung führen kann. Soweit es sich um eine mangelhafte („vertragswidrige“) Verkäuferleistung handelt, wäre die Aufhebung des Vertrages an sich schon ohne Verschulden gerechtfertigt. Deshalb kann in einer „Wandlung“ aufgrund culpa in contrahendo keine Umgehung des § 123 BGB gesehen werden. Indessen ist nochmals zu betonen, dass schon im Hinblick auf die schwierige Konstruktion eines schuldhaften Verstoßes gegen Aufklärungspflichten und die „Durch-

<sup>230</sup> Art. 41 I b, 43 EKG. Unterschiede bleiben bestehen. So ist z. B. Verschulden nicht erforderlich (Art. 74 III EK), wobei zu bemerken ist, dass auch die deutsche Rspr. vielfach dem Verschuldenserfordernis nur noch Lippenbekenntnisse zollt, de facto jedoch das Verschulden bei der Subsumtion außer Acht lässt. Im Übrigen verlangt das EKG Untersuchung und Anzeige bei vertragswidriger Beschaffenheit der gelieferten Sache bei allen, nicht nur bei Handelskäufen (Art. 38/40 EK) und sieht eine kurze einjährige Ausschlussfrist vor (Art. 49 EKG).

<sup>231</sup> In diese Richtung weisen z. B. BGH 20.12.1965 Betr. 1966, 147 (Ziegelfall) und OLG Karlsruhe 16.6.1971 NJW 1971, 1809 (Fabrikneuheit eines Autos).

<sup>232</sup> S. insbes. *Medicus*, JuS 1965, 209-214; *ders.*, § 8 II 2; *Esser*, Schuldrecht II, § 64 VI 4 a. Die Argumente des BGH (oben N. 226) für die Auflösung eines Vertrags schon bei fahrlässiger Pflichtverletzung (c.i.c.) sind allerdings nicht sehr überzeugend; vgl. die eingehende Kritik von *Medicus*, *ibid.* (212 f.). Der Zweck des Rückgriffs auf die c.i.c. durch die Rspr. liegt zumeist – jedoch nicht immer (so BGH, *ibid.* [N. 225]) – darin, dass man auf diese Weise die Freizeichnungsklauseln umgehen zu können glaubt.

gangsfunktion“ der culpa in contrahendo nur im äußersten Fall auf diesen Haftungsgrund zurückgegriffen werden soll. Der Vorteil, der bei Vorliegen von Freizeichnungsklauseln in der culpa in contrahendo im Augenblick noch liegen mag, dürfte bald nicht mehr bestehen. Die entsprechenden allgemeinen Geschäftsbedingungen werden binnen kurzem angepasst sein und auch Ansprüche aus culpa in contrahendo oder Beratungsverträgen ausschließen. Die Rechtsprechung wird dann nicht umhinkönnen, sich mit der Gültigkeit von Freizeichnungsklauseln auch auf unserem Gebiet auseinander zu setzen.

bb. Culpa in contrahendo statt Anfechtung (§ 123 BGB; Beweisersatz)

In einer weiteren Fallgruppe dient das Verschulden beim Vertragsschluss dazu, den „Beweisnotstand“ des Getäuschten hinsichtlich der Arglist des täuschenden Teiles oder hinsichtlich der Tatsache auszugleichen, dass der Täuschende „Dritter“ im Sinne des § 123 II 1 BGB ist.<sup>233</sup> Dabei geht es um Vertragsaufhebung oder – was beim Maklervertrag auf dasselbe hinausläuft – um Befreiung von der Provisionszahlungspflicht.<sup>234</sup> Hier handelt es sich um eine Umgehung des § 123 BGB, dessen Wertung dahingeht, dass eine fahrlässige Täuschung den Getäuschten nicht zur Vertragsauflösung berechtigen soll – sofern nicht die Gewährleistungsregeln eingreifen oder ein eigener Irrtum (mit der Folge der Schadensersatzpflicht; § 122 BGB) vorliegt. Allerdings dürften die Gerichte zumeist „innerlich“ eine arglistige Täuschung bejahen, jedoch im Urteil den schwer zu beweisenden Vorwurf der Arglist scheuen.<sup>235</sup> Das Verschulden beim Vertragsschluss führt demgegenüber ohne das „moralische“ Unwerturteil zum gleichen Ergebnis.

cc. Culpa in contrahendo als Übereilungsschutz (Formersatz)

In letzter Zeit haben die zunehmend angebotenen „Fernkurse“ dazu geführt, dass der culpa in contrahendo auch die Funktion des Schutzes vor Übereilung zuerkannt worden ist: Ein an sich formlos gültiger, wirtschaftlich bedeutender Vertrag (z. B. Lehrvertrag über

---

<sup>233</sup> Vgl. BGH 28.2.1968 NJW 1968, 986 (Bürgschaft). In diesem Fall wäre m.E. eine Anfechtung des Bürgen – wenn nicht nach § 123 BGB, so jedenfalls – gemäß § 119 BGB wegen Irrtums über die Rechtsnatur der zu sichernden Forderung möglich gewesen; eine Schadensersatzpflicht des Bürgen schied wegen § 122 II BGB aus.

<sup>234</sup> BGH 23.4.1969 NJW 1969, 1625 (c.i.c.-Schadensersatzanspruch gegen Schadensersatzanspruch des Maklers wegen Verletzung einer „Alleinauftrags“-Klausel. Hier wäre (im Ergebnis) mit *Medicus* (§ 8 II 2) anzunehmen, dass bereits die Vertragsauslegung zum Ziele führt: Die „Alleinauftrags-Klausel“ bindet den Auftraggeber nicht, weil sie entgegen dem schriftlichen Wortlaut nach dem Willen der Parteien nicht Vertragsinhalt geworden ist. Die Anwendung der c.i.c. scheint mir hier jedenfalls – neben §§ 119, 123 BB – nicht notwendig zu sein.

<sup>235</sup> Vgl. dazu gleich unten cc.



elektronische Datenverarbeitung) wird – im Ergebnis – rückgängig gemacht, weil dem „Lehrling“ keine Gelegenheit geboten wurde, das Informationsmaterial unbeeinflusst von dem anwesenden Vertreter durchzuarbeiten. Ist diese Pflichtverletzung für den Vertragsabschluss ursächlich, so kann der daraus fließende Schadensersatzanspruch dem Erfüllungsanspruch mit der Wirkung entgegengesetzt werden, dass die Klage auf Erfüllung abgewiesen wird.<sup>236</sup> Die vor-vertragliche Sorgfaltspflicht wird hier zur Pflicht, eine ausreichende Überlegungsfrist einzuräumen.<sup>237</sup> Deren Verletzung qualifiziert die Rechtsprechung als eine Störung des Vertragsschlussmechanismus. Die culpa in contrahendo nimmt damit eine Funktion wahr, wie sie sonst typischerweise durch die Einhaltung einer bestimmten *Form* erfüllt wird. Auch diese Erscheinungsform des Verschuldens bei Vertragsschluss zeigt, dass das Institut völlig heterogenen, ja sogar entgegengesetzten Zwecken dient: hier der *Erreichung*, bei formnichtigen Geschäften der *Umgehung* von Formzwecken. Alternativ – zur Einräumung einer Überlegungsfrist – verlangt die Judikatur eine intensive Aufklärung, einen wissenschaftlich fundierten Eignungstest oder die Einräumung eines Rücktritts- bzw. Kündigungsrechts.<sup>238</sup> Es ist evident, dass die Gerichte damit soziale Schutzaufgaben übernehmen. Der Einzelne wird gewissermaßen unter richterliche Kuratel gestellt. Der Richter ist Treuhänder der Interessen des Einzelnen und kontrolliert, ob der *konkrete* Vertrag einen „einigermaßen gerechten Ausgleich der divergierenden Parteiinteressen“<sup>239</sup> gewährleistet. Mit anderen Worten übt die Rechtsprechung mit Hilfe des außergesetzlichen Haftungstatbestandes der culpa in contrahendo die „Richtigkeitskontrolle“ aus. Sie greift damit in die Vertragsfreiheit ein, wenn sie einen formal einwandfrei zustande gekommenen Vertrag deswegen für unwirksam erachtet, weil die Sachleistung für den *individuellen* Käufer nutzlos (nicht verwertbar) ist. Mag auch die Sachleistung objektiv betrachtet der Geldleistung äquivalent sein, so liegt doch ein unrichtiger Vertrag vor, wenn

---

<sup>236</sup> OLG Stuttgart 20.11.1970 MDR 1971, 216 (Ausbildung zum Computer-Programmierer in einem berufsbegleitenden Kurs). Vgl. auch *Liebs* 22 ff. (mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen zur Anwendung der c.i.c. in diesem Bereich).

<sup>237</sup> An sich kann man hier auch von verhandlungsbezogenen Pflichten sprechen. Indessen sind diese Pflichten hier untrennbar mit dem Vertragsinhalt verbunden. Der Vertragsgegenstand bzw. dessen mangelnde Eignung für den konkreten Vertragspartner ist letztlich der Grund für die Lösung des Vertrags. Dies rechtfertigt die Darstellung im vorliegenden Zusammenhang.

<sup>238</sup> LG Frankfurt 14.7.1970 BB 1970, 943 f. (Fernlehrcurs zur Ausbildung als Operator; Volksschulabsolvent mit Abschlussnote „mangelhaft“ in Rechnen; Kraftfahrer; keine abgeschlossene Berufsausbildung; Gesamtpreis des Lehrgangsmaterials 2.376 DM; Kaufpreisklage wegen c.i.c. abgewiesen). Das Urteil stellt im Übrigen das – neben der c.i.c. – von der Rspr. in derartigen Fällen eingesetzte „Instrumentarium“ zusammen.

<sup>239</sup> LG Frankfurt 14.7.1970 *ibid.* (letzte N.) 944.

der konkrete Vertragspartner sie nicht zu dem im Vertrag vorausgesetzten Gebrauch verwenden konnte.<sup>240</sup>

Da es in diesen Fällen nicht um die Qualität der Leistung, sondern um die (unlautere) Beeinflussung des Willens geht, sind die Anfechtungsregeln funktionell zuständig. Mir scheint auch, dass im Allgemeinen mit diesen Regeln, insbesondere § 123 BGB, auszukommen ist und die culpa in contrahendo nicht herangezogen werden muss.<sup>241</sup> Der Grund für die meines Erachtens allzu zaghafte Anwendung des § 123 BGB liegt vermutlich in der Scheu der Gerichte, ein Verhalten als „arglistig“ zu bezeichnen. Ich habe Zweifel, ob diese Rücksicht angemessen ist. Insofern spielt auch bei dieser Fallgruppe der oben (bb, S. 71) erwähnte „Beweisnotstand“ mit herein. Im Übrigen ist zu erwägen, auf geeignete „Fernkurse“ das Abzahlungsgesetz anzuwenden.<sup>242</sup> Darüber hinaus gibt die Anwendung der culpa in contrahendo in diesen Fällen durch die Rechtsprechung einen Hinweis für die Fortbildung speziellerer Normen (Durchgangsfunktion der Generalklausel). Die richtige Lösung dürfte – nach schweizerischem Vorbild – die generelle Einräumung eines (befristeten) Rücktrittsrechts des Käufers bei Abzahlungsgeschäften sein.<sup>243</sup>

#### dd. Zusammenfassung

Bei den bisher erörterten Fallgruppen dient die culpa in contrahendo als Instrument für die Auflösung des Vertrages. Die Gründe für diese Konstruktion liegen zunächst in der Absicht, die Gewährleistungsvorschriften zu ergänzen oder zu umgehen. Darüber hinaus sollen auf diese Weise Beweisschwierigkeiten bei unlauterer Beeinflussung des Abschlusswillens vermieden werden. Das Ziel der Vertragsaufhebung wird durch Annahme eines Schadensersatzanspruches erreicht, wonach der Verkäufer den Käufer so zu stellen hat, wie wenn dieser aufgeklärt worden wäre. Der hypothetische Kausalverlauf führt in diesen Fällen regelmäßig dazu, dass der Käufer bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Der Schaden liegt somit im Abschluss des Kaufvertrages. Weitere Interessenbeeinträchtigungen spielen keine Rolle. Aufgrund seines Befreiungsan-

---

<sup>240</sup> In der Entscheidung des LG Frankfurt v. 14.7.1970 *ibid.* (vorletzte N., S. 944) erklärte das Gericht ausdrücklich, dass es wegen der gegebenen c.i.c. auf eine Prüfung des Lehrgangsmaterials auf seine technische und pädagogische Brauchbarkeit durch einen Sachverständigen nicht mehr ankomme. Die Parallelentwicklung zur Individualisierung der Schadensberechnung beim strafrechtlichen Betrugstatbestand („persönlicher Schadenseinschlag“) liegt auf der Hand: vgl. z. B. *Schönke-Schröder* § 263 Bem. 87 mit Nachweisen.

<sup>241</sup> So im Ergebnis auch *Liebs* 24 f.

<sup>242</sup> In diesem Sinne die schw. Rspr.: z. B. ObG Zürich 17.10.1964 SJZ 60 (1964) 363; ObG Aargau 1.4.1966 SJZ 64 (1968) 54. Anders der öst. OGH 19.12.1968 öJZ 1969 Nr. 215.

<sup>243</sup> Vgl. Art. 226 c OR (Verzichtserklärung; Fünftagefrist). Zu den bisher gescheiterten deutschen Gesetzgebungsplänen und dem Gesamtproblem des „Reurechts“ vgl. insbes. *Liebs*.

spruches kann der Käufer somit der Kaufpreisklage wirksam entgegentreten oder den bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern. Nach unserer Auffassung sollte die Lösung zunächst mit Hilfe der Gewährleistungs- und Anfechtungsvorschriften (§§ 459 ff.; 119 ff. BGB) versucht und die culpa in contrahendo lediglich subsidiär herangezogen werden. Unbillige Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind aus dem Sinn der Vertragsfreiheit oder entsprechend dem in § 315 BGB enthaltenen Rechtsgedanken *unmittelbar* zu korrigieren.

*b. Culpa in contrahendo und Vertragskorrektur (Berichtigungsfunktion bei Aufrechterhaltung des Vertrags)*

Schon die Entscheidungen zu den Fernlehrverträgen (oben a. cc., S. 71 ff.) deuten an, dass die Gerichte sich in jüngerer Zeit nicht mehr davor scheuen, auch individuelle Verträge mit Hilfe der culpa in contrahendo am Maßstab eines gerechten Interessenausgleichs zu messen. Die „soziale“ Funktion des Tatbestandes des Verschuldens beim Vertragsschluss, „billige“ Lösungen gegenüber dem strengen Recht durchzusetzen, wird vollends in einigen Entscheidungen deutlich, die klar der Vertragskorrektur im Sinne der Herstellung der Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen dienen. Das Prinzip der lediglich durch die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) eingeschränkten Vertragsfreiheit wird aufgegeben und die Bindung an die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers endgültig gelöst. Im Gegensatz zu den oben (a. cc., S. 71 ff.) angeführten Fällen dient die culpa in contrahendo hier nicht zur Vertragsaufhebung wegen individueller Wertlosigkeit der Gegenleistung (Nichtgeldleistung; Fernkursverträge), sondern bei Aufrechterhaltung des Vertrags zur *Korrektur der Gegenleistung* (Geldleistung). Die Judikatur berichtigt das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, stellt also die Äquivalenz und damit den *gerechten* Vertrag her, soweit der Vertragsschlussmechanismus nicht zu einem „richtigen“ Vertragsverhältnis geführt hat. Das Verschulden beim Vertragsschluss wird zum Korrekturinstrument bei ursprünglichen Äquivalenzstörungen und rückt damit an die Seite des § 242 BGB bzw. der Minderung.

*aa. Erhöhung der Geldleistung*

Bei einer der einschlägigen Fallgruppen handelt es sich um Werkverträge, bei denen fahrlässig unrichtige Angaben des Bestellers in Ausschreibungen zu Mehraufwendungen des

Unternehmers geführt haben.<sup>244</sup> Die Gerichte sprechen hier aufgrund culpa in contrahendo den Differenzbetrag zu, den der Unternehmer veranschlagt hätte, wenn ihm die tatsächlichen Verhältnisse bekannt gewesen wären. Damit gewähren sie das *positive* Interesse – ohne dass der hypothetische Kausalverlauf des Näheren geprüft würde (Hätte unter den veränderten Umständen *dieser* Unternehmer den Zuschlag überhaupt erhalten?). Hier wäre zunächst zu prüfen, ob und ggf. inwieweit der Unternehmer das *Risiko* unvorhergesehener oder unvorhersehbarer Mehraufwendungen übernommen hat. Fallen die erschwerenden Umstände nicht in das nach dem Vertragssinn vom Unternehmer zu tragende Risiko, so kann eine *Leistungserschwerung*<sup>245</sup> vorliegen, die im Ergebnis eine Äquivalenzstörung bewirkt. Sie ist nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlage zu behandeln.<sup>246</sup>

#### bb. Herabsetzung der Geldleistung (Minderung)

Soweit die Gewährleistungsvorschriften nicht anwendbar scheinen, erreicht die Rechtsprechung in geeigneten Fällen mit Hilfe der culpa in contrahendo nicht nur das wirtschaftliche Ergebnis der Vertragsaufhebung (Wandlung)<sup>247</sup>, sondern auch der *Minderung*. So verneint das Reichsgericht wegen des Mangels der beim Kauf vorausgesetzten Ertrags Höhe eines Hausgrundstücks zwar Gewährleistungsansprüche und damit die gegenüber der Zahlungsklage geltend gemachte Minderung, bejaht jedoch die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruches des Käufers aus culpa in contrahendo.<sup>248</sup> Das OLG München hat sogar bei fahrlässig falschen Angaben über die Beschaffenheit des Daches eines verkauften Hauses gegenüber der Kaufpreisrest-Klage die Aufrechnung mit einem Schadenersatzanspruch aus culpa in contrahendo ausdrücklich *neben* der Gewährleistungshaftung

---

<sup>244</sup> RG 24.9.1918 RGZ 95, 58 (Verlegung von Rohrleitungen in Straßenkörper); vgl. auch schon RG 12.1.1915 JW 1915, 240 (Hafenbauarbeiten) und neuerdings BGH 22.11.1965 NJW 1966, 498 (Verlegung einer Wasserleitung; Mehrkosten infolge ungünstiger Boden- und Wasserverhältnisse; in concreto Risikoübernahme durch Unternehmer vom BGH angenommen).

<sup>245</sup> *Medicus* § 7 II 4 a bb.

<sup>246</sup> Möglicherweise könnte auch ein gemeinsamer Irrtum über den Vertragsinhalt bzw. die Geschäftsgrundlage angenommen werden. In diesen Fällen ist der Rückgriff auf die einseitige oder beiderseitige Anfechtung nach § 119 BGB nicht sinnvoll. Die Vertragsanpassung gemäß § 242 BGB stellt die sachgerechtere Lösung dar. Die c.i.c. ist ja gerade ein Versuch, die unangemessene Anfechtungslösung zu vermeiden, bei der ggf. Anfechtende (Unternehmer) zwar nicht zum Schadensersatz verpflichtet wird (§ 122 II BGB), jedoch auch keine Mehraufwendungen ersetzt erhält.

<sup>247</sup> Vgl. oben Einf. C. II. 4. a. (S. 67).

<sup>248</sup> RG 9.3.1942 Deutsche Wohnwirtschaft 1942, 98: Der Hausmeister hatte dem Verkäufer vor Vertragschluss angekündigt, er werde in Zukunft den (höheren) Tariflohn verlangen. Ähnlich RG 13.6.1938 *ibid.* 1938, 538: Zinsfuß einer übernommenen Hypothek zu niedrig angegeben; Fehler verneint, c.i.c. bejaht; wohl Minderung geltend gemacht. Vgl. auch BGH 15.1.1969 Betr. 1969, 877.

zugelassen.<sup>249</sup> Überall handelt es sich um Herabsetzung der Geldleistung wegen Inäquivalenz der Sachleistung.

cc. Herabsetzung der Geldleistung auf den Marktpreis bei mangelfreien Kaufsachen

Waren die Eingriffe der Judikatur mit dem Ziel der Äquivalenzherstellung in den bisher angeführten Fällen der Sache nach berechtigt, so scheint dies bei der Entscheidung des OLG Bremen vom 14.3.1963<sup>250</sup> äußerst zweifelhaft. In diesem Urteil wird – neben einer Heranziehung der Vertragsauslegung und der Lehre von der Geschäftsgrundlage – dem (gewerbsmäßigen) Verkäufer von (Ballast)Schrott an einen Schiffseigner de facto eine vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung des Partners über den Marktpreis (anscheinend bei einem Handelskauf!) auferlegt. Die schuldhaftige Verletzung dieser Pflicht setzt den Käufer in den Stand, der Kaufpreisklage die entsprechende Schadensersatzforderung mit dem Ergebnis entgegen zu setzen, dass er nur den Marktpreis zu bezahlen braucht.<sup>251</sup> Diese gerichtliche Fürsorge öffnet „Marktpreisprozessen“ Tür und Tor und ist jedenfalls zwischen Kaufleuten unangebracht. Weshalb soll eigentlich nur der kaufmännische Verkäufer aufklären, der als Käufer auftretende Kaufmann jedoch von einer Erkundigungspflicht frei sein? Die Ermittlung des Marktpreises ist sicher zumutbar und liegt doch in seinem eigenen Käuferinteresse. In derartigen Fällen müsste daher die schadensersatzrechtliche „Äquivalenzherstellung“ regelmäßig schon an § 254 BGB scheitern. Im Übrigen ist aber die grundsätzliche Frage zu stellen, ob die Gerichte nicht mit solchen Entscheidungen die Grenze ihrer rechtsgestaltenden Befugnis überschreiten. Ist damit nicht das Prinzip der Vertrags(inhalts)freiheit aufgehoben? Werden hier nicht von den Gerichten Funktionen wahrgenommen, die sie schwerlich erfüllen können? Allerdings ist es Recht und Pflicht der Rechtsprechung, evidente Missbräuche und hier vor allem die Übervorteilung von geschäftsunerfahrenen Personen zu verhindern. Die Judikatur ist jedoch überfordert, wenn sie die „Feingerechtigkeit“ individueller Verträge gewährleisten soll. Die Entscheidung des OLG Bremens ist daher insoweit zu Recht auf einhellige Kritik gestoßen.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> 13.9.1939 HRR 1940 Nr. 150 (Gewährleistungsansprüche verjährt; entsprechende Anwendung des § 477 BGB auf c.i.c. abgelehnt!) Die Entscheidung hat keine Nachfolge gefunden.

<sup>250</sup> NJW 1963, 1455.

<sup>251</sup> Eingeklagt waren 2 051,10 DM. Der vom Gericht festgestellt Marktpreis belief sich auf 1 653,75 DM. Die Preisdifferenz pro Tonne betrug zum Teil sogar nur 25 DM (250/225 DM). Damit lag die Mehrforderung weit unter der *laesio enormis*. Der zur Begründung vom OLG Bremen bemühte Gedanke der sozialen Marktwirtschaft (ibid., 1457) dürfte in diesem Fall (wohl Handelskauf!) doch etwas überstrapaziert sein.

<sup>252</sup> Vgl. z. B. *Merkert*, NJW 1963, 1983 (Anm.); *Erman* § 276 Bem. 8 a cc; *Zeiss*, NJW 1964, 479 f. Nach Auffassung des BGH (14.11.1969 WM 1970, 68) ist die Preiskalkulation im Allgemeinen eine interne Angelegenheit des Verkäufers. In dem vom BGH entschiedenen Fall nimmt das Gericht indessen eine vor-

dd. Beseitigung beschwerender Vertragsklauseln

In einer weiteren Gruppe modifiziert die culpa in contrahendo den Vertragsinhalt insofern, als sie nachteilige Vertragsklauseln oder Risikoausschlussbestimmungen beseitigt. So wurde ein Versicherer wegen fehlender Aufklärung des Versicherungsnehmers (durch seinen Agenten) über die in § 2 I AKB enthaltene Beschränkung der Kraftfahrzeugversicherung auf Europa wegen Verschuldens beim Vertragsschluss zum Schadensersatz verurteilt.<sup>253</sup> Da man diese Klausel bei Erfüllung der Aufklärungspflicht durch Vereinbarung ausgeschlossen hätte, müsse der Versicherer den Versicherungsnehmer so stellen, als ob dies der Fall gewesen wäre. Mit anderen Worten entfällt die Klausel, die den Versicherungsschutz in räumlicher Hinsicht beschränkt.

c. *Culpa in contrahendo und Schadensersatz bei Sachmängeln*

aa. Schadensersatz bei Wandlung und Minderung<sup>254</sup>

(1) Wandlung

Im Ergebnis gewährte der BGH jedoch wenigstens in der sogenannten Leimfall-Entscheidung v. 25.3.1958 dem Käufer Schadensersatz wegen fahrlässig unrichtiger Auskunft des Verkäufers über die Verwendungsmöglichkeit der Kaufsache.<sup>255</sup> Daran vermag

---

vertragliche Offenbarungspflicht des Verkäufers über den Umfang seiner Selbstkosten an, wenn der Verkäufer kraft Gesetzes (hier: § 56 II. Wohnungsbau-Gesetz) verpflichtet ist, einen Kaufvertrag zum Selbstkostenpreis abzuschließen. Der BGH zog daher die Rückforderung des überzahlten Betrages aus c.i.c. in Betracht (Zurückverweisung). Die c.i.c. dient hier der Reduzierung der Gegenleistung auf den gesetzlich festgesetzten Betrag, im weiteren Sinn also der Berichtigung des Äquivalenzdefizits. Es wäre näher zu prüfen, ob hier das gleiche Ergebnis auch ohne c.i.c., etwa durch eine Bereicherungsklage, erreicht werden könnte.

<sup>253</sup> BGH 20.6.1963 BGHZ 40, 22: Unfall eines in der BRD studierenden Türken im asiatischen Teil der Türkei. Deckungsklage mit Rücksicht auf § 254 zur Hälfte erfolgreich. Vgl. auch OLG Stuttgart 27.10.1960 (oben N. 115): Abweichung von der handelsüblichen Längenberechnung von Krepppapier durch die Verwendung eines vom Verkäufer selbst geschaffenen Begriffes. Dass dieser in den auf der Rückseite des Vertragsangebots abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einen unscheinbaren Vermerk erläutert war, erachtete das OLG nicht als ausreichende Erfüllung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht. Die rechtlichen Konsequenzen sind aus dem Entscheidungsabdruck nicht ersichtlich, jedoch dürfte der Schadensersatzanspruch nach dem „normalen“ Kausalverlauf zur Vertragsanpassung (evtl. aber auch zur Vertragsaufhebung) geführt haben.

<sup>254</sup> Die h.M. lehnt in diesen Fällen Schadensersatzansprüche ab (vgl. die Nachweise bei *Diederichsen*, BB 1965, 402 N. 14). Vertragsbezogene Schadensersatzansprüche bei unverändert aufrechterhaltenen Verträgen (keine Wandlung oder Minderung) scheinen nicht auf c.i.c. gestützt zu werden (positive Vertragsverletzung?). Gleiches gilt für (vertragszweckfremde) Ansprüche wegen Personen- und Sachschäden, vgl. dazu oben Einf. B. II. 3. (S. 33).

<sup>255</sup> LM § 459 I BGB Nr. 5. Der Schaden war an Verschalungs- und anderem Material eingetreten; Zurückverweisung. Ob mit der Klage auch die Auflösung des Vertrages geltend gemacht wurde (§ 462, c.i.c.), wird aus den Abdrucken nicht ersichtlich, dürfte aber naheliegen. Vgl. auch den ähnlichen Fall BGH 19.10.1964 NJW 1965, 148 (Wärmespeicher; Klage auf Kaufpreistrückzahlung sowie Ersatz von Aufwendungen für Elektroinstallation).

auch die Tatsache nichts zu ändern, dass der BGH – „de jure“ – zur Umgehung der Sondervorschriften der §§ 459 ff. BGB auf einen „selbständigen Beratungsvertrag“ oder auf eine „Nebenleistung zum Kaufvertrag“ zurückgriff.<sup>256</sup> Die letztgenannte Begründung ist schlecht haltbar, da der (unrichtige) Rat den Käufer erst zum Kauf bestimmte, also vor dessen Abschluss erfolgte. Und die „Vorschaltung“ eines selbständigen Beratungsvertrages kann die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, dass es sich um Angaben über Eigenschaften der Kaufsache handelte. Der selbständige Beratungsvertrag wird vom BGH zwar mit der Stellung des Verkäufers als Fachmann und damit als Vertrauensperson begründet, nichtsdestoweniger aber *fingiert*. Den Verpflichtungswillen prüft das Gericht überhaupt nicht, obwohl dies doch im Hinblick auf § 676 BGB angezeigt gewesen wäre.

Auch das Reichsgericht sprach in einer Entscheidung aus dem Jahre 1940 Schadensersatz bei Vertragsaufhebung in einem Falle fahrlässiger Irreführung über Grundsteuerermäßigung für das Kaufgrundstück aus culpa in contrahendo zu<sup>257</sup>, obwohl es früher bei gleichem Sachverhalt eine „Eigenschaft“ bejaht und mit Rücksicht darauf einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden beim Vertragsschluss ausdrücklich abgelehnt hatte.<sup>258</sup> Das Reichsgericht weicht in dieser späteren Entscheidung dem Bereich der Gewährschaft durch eine enge Fehlerinterpretation aus und schafft sich so freie Bahn für einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo. In einigen anderen Fällen hatte die Rechtsprechung vor 1945 demgegenüber die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo auch bei Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache klar anerkannt.<sup>259</sup>

## (2) Minderung

Vor kurzem hat das LG Köln<sup>260</sup> im Falle einer Minderung (§ 462 BGB) die *Kosten der Feststellung des Mangels* aus culpa in contrahendo zugesprochen. Zur Begründung hat es angeführt, dass culpa in contrahendo und positive Forderungsverletzung zwar durch die Sonderregeln der §§ 459 ff. BGB insoweit ausgeschlossen würden, als sie Schäden durch Sachmängel betreffen. Der mit den Untersuchungskosten geltend gemachte Schaden rei-

<sup>256</sup> Vgl. die entsprechende Konstruktion im „Sägemaschinenfall“ (oben N. 226), die dort zur Ausschaltung von Freizeichnungsklauseln dient.

<sup>257</sup> RG 12.2.1940 HRR 1940 Nr. 543 = RG-Nachschlagewerk § 276 BGB Nr. 311: Aufhebung des Kaufvertrags durch Teilvergleich und Erstattung der Kaufpreisanzahlung. Mit der Klage wurden „Kosten und Schäden“ infolge Übernahme des Kaufgrundstücks und Umzuges geltend gemacht. Der Sachverhalt falle nicht unter die Gewährleistungsvorschriften.

<sup>258</sup> RG 31.5.1922 BayZ 1922, 259; ebenso KG 21.1.1937 JW 1937, 1253.

<sup>259</sup> RG 19.6.1930 RGZ 129, 280 (281 f.); § 477 bzw. 478 BGB); RG 20.3.1928 Recht 1928 Nr. 1036; OLG München 8.3.1930 HRR 1930 Nr. 1982. Ob es sich bei den letzten beiden Fällen um Wandlung gehandelt hat, ergibt sich nicht aus den Urteilsabdrucken, dürfte aber wahrscheinlich sein.

<sup>260</sup> LG Köln 27.5.1970 MDR 1970, 1010.

che jedoch über den eigentlichen in der Mangelhaftigkeit der Sache liegenden Schaden hinaus. Er werde von den Gewährleistungsvorschriften nicht erfasst und könne unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo verlangt werden.

bb. Eigene Lösungsskizze

Wie wir gesehen haben, geht die Korrektur des Gesetzes im Kaufrecht *zum einen* in Richtung einer *Ausdehnung der gesetzlichen Sanktionen* (Wandlung, Minderung) auf weitere Störungstatbestände. Der Sache nach löst man sich damit noch weiter vom „physischen“ (objektiven) Fehlerbegriff und nähert sich einem Tatbestand, der bei – wesentlicher – „vertragswidriger“ Beschaffenheit der Kaufsache (Kaufzweckwidrigkeit) generell die Befugnis zur Vertragsaufhebung oder Herabsetzung des Kaufpreises gibt. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass der Wert gerade wertvoller Kaufgegenstände (Grundstücke, Unternehmen) mehr und mehr von äußeren, oft *normativen* Umständen und weniger von „physischen Eigenschaften“ der Kaufsache selbst abhängt, ist diese Entmaterialisierung des Fehlerbegriffs eine sachgerechte Fortbildung und Verfeinerung unserer Sachmängelgewährleistung.<sup>261</sup> Allerdings sollte diese Entwicklung – wie bereits hervorgehoben – nach Möglichkeit an der funktional richtigen Stelle geschehen, nämlich durch Interpretation des „Fehlers“ im Sinne der „Vertragswidrigkeit“ der Kaufsache. Geänderte Normsituation und gewandelte Rechtsauffassungen, die dem Verkäufer eine größere Verantwortlichkeit zuzumuten, rechtfertigen die Fortbildung. Diese Entwicklung ist darüber hinaus ein Schritt in Richtung auf den Einbau der Gewährleistungshaftung in das allgemeine Vertragsrecht. Entsprechendes gilt *zum anderen* für jene Korrektur des Kaufrechts, die in der *Gewährung von Schadensersatz* aus culpa in contrahendo liegt. Auch diese Fortentwicklung der Kaufregeln kann durch die oben genannten „veränderten Umstände“ legitimiert werden. Soweit Sachmängel nicht betroffen sind, entspricht dies der herrschenden Meinung.<sup>262</sup> Meines Erachtens liegt in der Beschränkung des Schadensersatzanspruches aus Verschulden beim Vertragsschluss auf den nicht von den Gewährleistungsvorschriften gedeckten Bereich ein eklatanter *Wertungsbruch*: Bei „Sachmängeln“ i.S. des § 459 I BGB gewährt die herrschende Meinung entsprechend den gesetzlichen Regeln die ädilitischen Rechtsbe-

---

<sup>261</sup> Darüber hinaus sind die leichtere Annahme einer Zusicherung (vgl. z. B. die Entscheidungen oben N. 231) sowie des arglistigen Verschweigens eines Sachmangels (z. B. BGH 28.4.1971 NJW 1971, 1795 Anm. *Giesen*; Konstruktionsfehler eines Lastzugs) und die Ergänzung der Gewährleistung durch selbständige Garantieverträge für die Entwicklung unseres Kaufrechts von Bedeutung; vgl. auch schon *Rabel*, Warenkauf II, 146 f.

<sup>262</sup> Vgl. *Diederichsen*, BB 1965, 401 (mit Nachweisen in N. 5).



helfe: Wandlung oder Minderung (§ 462 BGB). Schadensersatz (Erfüllungsinteresse) ist nur bei Zusicherung einer Eigenschaft oder arglistigem Verschweigen eines Fehlers vorgesehen (§ 463 BGB). Bei fahrlässig falschen Angaben oder fahrlässig pflichtwidrigem Verschweigen von Sachmängeln verweist man den Käufer auf die Vertragsaufhebung oder Herabsetzung des Kaufpreises. Seinen etwaigen Schaden hat er bei Minderung ganz, bei Wandlung insoweit zu tragen, als die Schadensposten nicht unter „Vertragskosten“ (§ 467 Satz 2 BGB) fallen. Das ist die Wertung des Gesetzes. Mit der Zulassung der culpa in contrahendo in dem Bereich, in dem keine „Eigenschaften“ des Kaufgegenstandes betroffen sind, hat die herrschende Meinung die gesetzliche Wertung jedoch bereits unterlaufen, der zufolge eine gesetzliche Sanktion – neben § 463 BGB – *nur* bei Vorliegen von „*Fehlern*“ im Sinne des § 459 I BGB eintreten sollte. Bei diesen außerhalb des Geltungsbereiches der Gewährleistungsregeln liegenden Sachverhalten – wo das Gesetz also *überhaupt keine Sanktion* vorgesehen hatte – lässt die herrschende Meinung aber mit Hilfe des Verschuldens beim Vertragsschluss nicht nur die Aufhebung des Vertrags und Herabsetzung des Kaufpreises zu, sondern bejaht sogar einen *Schadensersatzanspruch*. Mit anderen Worten werden vom Gesetz nicht anerkannte Störungsfälle schärfer – nämlich mit Schadensersatzpflicht neben Wandlung und Minderung – geahndet als jene, die das BGB tatbestandlich erfasst und mit Sanktionen versehen hat. Die Anerkennung der culpa in contrahendo im „Randbereich“ der Haftung für vertragswidrige Lieferung entzieht dem – ursprünglich sicher berechtigten, aus § 463 BGB und den Gesetzesmaterialien entnommenen – *argumentum e contrario* für den „Kernbereich“ (§ 459 I BGB) den Boden. Sinnvollerweise kann man nicht „Randstörungen“ schärfer ahnden als „Kernstörungen“. Die herrschende Meinung hat bei der Ausweitung der culpa in contrahendo ausgerechnet dort eine „Exklave“ gebildet, wo das Gesetz die eigentlichen Störungstatbestände sieht. Der „Fehler“ im Sinne des § 459 I BGB ist für den culpa in contrahendo-Tatbestand *immer* ein „vertragswesentlicher Umstand“, der bei Unkenntnis des Gegners zu einer entsprechenden Aufklärungspflicht führt. Die ursprünglich allein als relevant anerkannten Störungsfälle sind heute mit geringeren Sanktionen versehen als der vom Gesetz überhaupt nicht sanktionierte Bereich mangelhaften Verkäuferverhaltens. Der Ausschluss der culpa in contrahendo aus dem Bereich der Sachmängel verstößt demnach gegen den Grundsatz der Widerspruchslosigkeit der Rechtsfortbildung. Die Wertung „Gewährung von Schadensersatz“ muss *a minore ad majus* umso mehr im Kernbereich der Mängelhaftung durchschlagen. Im Übrigen fällt hier mit ins Gewicht, dass der „Begriffshof“ des „Fehlers“ verfließt und damit das Geltungsfeld der Gewährleistungsvorschriften in gewissem Maße „willkürlich“ ab-

gesteckt werden kann. Soll es wirklich dem einzelnen Gericht überlassen bleiben, ob es einen Fehler annimmt oder nicht und dementsprechend Schadensersatz ablehnt oder zulässt?<sup>263</sup> Entweder muss man die Schadensersatzsanktion im gesamten Bereich des vorvertraglichen Fehlverhaltens des Verkäufers ausschließen oder aber überall zulassen (Art. 3 GG). Da das Verschulden beim Vertragsschluss indessen einem berechtigten Bedürfnis entspringt und nicht mehr entbehrt werden kann, ist die Ausdehnung der culpa in contrahendo auf den Bereich der Beschaffenheit von Kaufsachen geboten. Hinzu kommt, dass der „erratische Block“ der einer früheren Rechtsepoche entstammenden ädilitischen Rechtsbehelfe die Einordnung der Mängelhaftung in das allgemeine Vertrags(störungs)recht hindert. Die umfassende Zulassung von Schadenersatzansprüchen aus culpa in contrahendo kann dabei mitwirken, dieses Hindernis unter Wahrung der Kontinuität der Rechtsfortbildung langsam abzutragen. Gleichzeitig kann der Wertungsgleichlauf mit der positiven Vertragsverletzung hergestellt werden, die auch für den Fall der *Lieferung mangelhafter Sachen* anerkannt ist. Vielfach bestehen ja die gleichen „Nebenpflichten“ vor wie nach dem Vertragsschluss.<sup>264</sup>

Ein weiteres Argument für die Erstreckung der culpa in contrahendo auf den Bereich der Beschaffenheit von Kaufgegenständen ist aus der Rechtsvergleichung zu gewinnen. Ein kursorischer Überblick über die Regelung der Schadensersatzpflicht des Verkäufers bei Sachmängeln in wichtigen europäischen Staaten zeigt folgendes Bild:

Bei *Vertragsaufhebung* kann das negative Interesse nach allen in Betracht gezogenen Rechten verlangt werden. In der Schweiz<sup>265</sup>, Frankreich<sup>266</sup> und nach dem Einheitlichen

<sup>263</sup> Vgl. zur Illustration etwa die unterschiedlichen Stellungnahmen von *Putzo* und *Körting* zu BGH 12.11.1969, *ibid.* (N. 225).

<sup>264</sup> Vgl. oben Einf. B. II. 3. (S. 33). Hinsichtlich der Aufklärungspflicht über Eigenschaften der Kaufsache, die zu Beeinträchtigungen von Person oder Sachen des Käufers führen können, ist die damit hergestellte Konsistenz zwischen positiver Forderungsverletzung und c.i.c. von unserem Standpunkt aus weniger wichtig: Der Schutz des Integritätsinteresses (i.S. des § 823 I BGB) wird m.E. *de lege lata* funktional vom Deliktsrecht wahrgenommen; vgl. dazu unten § 9, insbes. N. 980

<sup>265</sup> Art. 208 II OR; *Alfred Keller* 333 f.

<sup>266</sup> Art. 1646 fr. c.c. Der Verkäufer hat die „*frais occasionnés par la vente*“ zu ersetzen. Der Begriff wird dabei so extensiv interpretiert, dass darunter jeder Schaden mit Ausnahme des entgangenen Gewinns fällt. Diesen hat nur der bösgläubige Verkäufer zu ersetzen (Art. 1545 fr. c.c.): vgl. *Planiol-Ripert/Hamel*, X, Nr. 134; *Ferid* I, 2 F. 315; Nîmes 25.4.1960 D. 1960, 725 Anm. *Savatier*. Seit Cass. 10.2.1959 (D. 1959, 117) dürfte diese Ausdehnung des Art. 1646 nurmehr für den gewerbsmäßigen Händler-Verkäufer gelten. Für den *vendeur-fabricant* stellt die Rspr. hingegen sogar eine Vermutung der Bösgläubigkeit auf, so dass dieser auch auf das positive Interesse haftet, wenn er sich nicht exkulpieren kann (vgl. *Savatier*, *ibid.*). Für die Minderung scheinen diese Regeln entsprechend zu gelten (*Hamel*, *ibid.* Nr. 135): Zum Gesamtproblem der Schadensersatzpflicht des Verkäufers bei Sachmängeln im französischen Recht vgl. vor allem *Hans Claudius Ficker*.

Kaufgesetz<sup>267</sup> ist dieser Schaden *ohne Verschulden* auszugleichen. Regelmäßig erstrecken sich die strengen Abwicklungsvorschriften der ädilitischen Behelfe (Rügepflicht, kurze Abwicklungsfristen) auch auf den Schadensersatzanspruch.<sup>268</sup> Das gleiche ist in Italien und den sozialistischen Rechten der Fall, obwohl hier *Verschulden* Anspruchsvoraussetzung ist.<sup>269</sup> Schuldhaftes (fahrlässiges) Verhalten wird auch in Österreich verlangt; hier fehlt es jedoch an den einschränkenden Vorschriften der Gewährleistungshaftung für den Schadensersatzanspruch.<sup>270</sup> Das *positive Interesse* (insbesondere den entgangenen Gewinn) schuldet der Verkäufer in Frankreich bei (zum Teil vermuteter) Kenntnis<sup>266</sup>, in Österreich auch bei grober Fahrlässigkeit<sup>271</sup>, in der Schweiz und Italien schon bei (gesetzlich vermuteter) leichter Fahrlässigkeit<sup>272</sup>. Das EKG setzt Verschulden nicht voraus.<sup>267</sup> Soweit kein Vorsatz vorliegt, unterliegen die Schadensersatzansprüche den besonderen Abwicklungsregeln des Kaufrechts.<sup>268 269</sup>. Eine Ausnahme bildet lediglich Österreich.<sup>270</sup>

Auch bei *Aufrechterhaltung des Vertrages* (einschließlich Minderung) ist überall das *negative Interesse* zu ersetzen – teils ohne (Art. 82 i.V.m. 74 EKG), teils mit Verschulden<sup>273</sup>. Mit Ausnahme Österreichs unterliegen die Schadensersatzansprüche den Sonderbestimmungen über die Abwicklung der Gewährleistungshaftung.<sup>274</sup> Das *positive Interesse* (entgangener Gewinn) schuldet der Verkäufer nach dem EKG ohne Verschulden<sup>267</sup>, nach schweizerischem und italienischem Recht bei leichter<sup>275</sup>, nach österreichischem Recht bei grober Fahrlässigkeit<sup>271</sup> und in Frankreich bei (zum Teil vermuteter) Kenntnis des Mangels<sup>266</sup>. Bei geringen Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch (kein Verschulden; gesetz-

<sup>267</sup> Art. 84-87 EKG (vgl. jedoch die im Wesentlichen auf „Voraussehbarkeit“ des Schadens abstellende Befreiungsklausel in Art. 74 EKG). Das EKG macht keinen Unterschied nach der Art des Schadens (z. B. tatsächlicher Schaden, entgangener Gewinn); vgl. dazu auch *Weitnauer*, Rechtsvergleichung 75.

<sup>268</sup> Schweiz: Art. 201 I OR (Untersuchungs- und Rügepflicht); Art. 210 I (einjährige Verjährung nach Ablieferung). Vgl. auch *Guhl* 289 mit Rechtsprechungsnachweisen; - Frankreich: Art. 1648 fr.c.c. (Mängelklage innerhalb eines „bref délai“); - EKG: Art. 38/40 (Untersuchung und Rüge innerhalb eines „bref délai“); Art. 49 (Ausschlussfrist ein Jahr).

<sup>269</sup> Italien: Art. 1494 it.c.c. (Schadensersatz); Art. 1495 III it.c.c. (acht tägige Anzeige- und einjährige Verjährungsfrist ab Übergabe); vgl. zum Ganzen statt aller *Rubino* 819 ff.; - Sozialistische Länder: vgl. *Petev*, *RabelsZ* 34 (1970) 310 (Schadensersatz), 313 (Verjährung).

<sup>270</sup> § 932 I Satz 2 ABGB. Der Schadensersatzanspruch wird nicht als Gewährleistungsanspruch aufgefasst und aus diesem Grunde den entsprechenden einschränkenden Vorschriften (insbes. sechsmonatige Präklusion: § 93 ABGB) nicht unterworfen: h.M. vgl. z. B. *Ehrenzweig* II 1, 225; *Klang-Gschnitzer* § 932 Bem. B, vor I; *Kapfer* § 932 Bem. 43-45 mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>271</sup> § 932 I Satz 2 ABGB i.V.m. § 1324 ABGB: „böse Absicht“ oder „auffallende Sorglosigkeit“ verpflichtet zu „voller Genugtuung“. Vgl. auch *Ehrenzweig* II 1, 225.

<sup>272</sup> Schweiz: Art. 208 III OR; *Alfred Keller* 333 f.; - Italien: Art. 1494 it.c.c. (mit Verschuldensvermutung); Österreich: Art. 982 I Satz 2 ABGB (ohne Verschuldensvermutung); - Sozialistische Länder: *Petev*, *ibid.* (N. 269).

<sup>273</sup> Schweiz: Art. 97 I OR (mit Verschuldensvermutung); - Italien: Art. 1494 it.c.c. (mit Verschuldensvermutung); - Österreich: Art. 982 I Satz 2 ABGB (ohne Verschuldensvermutung); - Sozialistische Länder: *Petev*, *ibid.* (N. 269).

<sup>274</sup> EKG (N. 268); Sozialistische Länder: *Petev*, *ibid.* (N. 269); zu Österreich vgl. N. 270.

<sup>275</sup> Schweiz: Art. 97 I OR; *Alfred Keller* 332 f.; - Italien: Art. 1494 it.c.c.; *Rubino* 819 ff.

lich vermutetes Verschulden) mildern die scharfen Abwicklungsnormen (Rüge, kurze Verjährung) die harte Verkäuferhaftung.<sup>274</sup>

Diese Übersicht zeigt die völlige Isolierung des deutschen Rechts, soweit es Schadensersatzansprüche bei Vorliegen von Sachmängeln versagt. Dieses Ergebnis bestärkt unseren Vorschlag, die Schadensersatzhaftung auf den Bereich der Sachmängel auszudehnen. *De lege lata*<sup>276</sup> ist danach hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen folgendes festzuhalten:

Die Grundsätze des Verschuldens beim Vertragsschluss sind m.E. auch dort anzuwenden, wo sich das vor-vertragliche Verhalten des Verkäufers (Angaben, pflichtwidriges Schweigen) auf Eigenschaften eines Kaufgegenstandes bezieht.<sup>277</sup> Soweit die Ansprüche aus culpa in contrahendo im Ergebnis auf das Gleiche gehen wie die ädilitischen Behelfe (Wandlung, Minderung), sind sie in deren Anwendungsbereich gegenstandslos. Dagegen werden sie relevant, wo Schadensersatz verlangt wird. Die vor-vertragliche allgemeine Sorgfaltspflicht konkretisiert sich somit in das Verbot, den Partner über die Beschaffenheit der Kaufsache irrezuführen: Der Verkäufer darf zum einen keine – ernsthaft erscheinenden – falschen Angaben über die Beschaffenheit der Kaufsache machen; zum anderen ist er verpflichtet, den Käufer über Mängel des Kaufgegenstandes aufzuklären – soweit dies Treu und Glauben verlangen. Das wird sicher – aber nicht nur – bei wesentlichen, d.h. bei solchen Mängeln anzunehmen sein, deren Kenntnis den Käufer vernünftigerweise vom Kauf abgehalten hätte. Kannte der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bzw. die Unrichtigkeit seiner Angaben oder hätte er sie kennen müssen, so handelt er schuldhaft und hat nach allgemeinen Grundsätzen (§ 249 BGB) den Käufer so zu stellen, wie dieser ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Der Verkäufer hat dem Käufer daher die

---

<sup>276</sup> *De lege ferenda* dürfte insbes. zu erwägen sein, ob man nicht in jedem Falle – bei Aufrechterhaltung oder Aufhebung des Vertrags – auch ohne Verschulden des Verkäufers hinsichtlich des Sachmangels von ihm die Wiedergutmachung des tatsächlichen Schadens verlangen soll. Darüber hinaus wäre zu überlegen, ob es gerechtfertigt ist, dem Käufer – mit oder ohne Verschulden des Verkäufers – auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Auf der anderen Seite müsste dem berechtigten Interesse des Verkäufers an rascher endgültiger Abwicklung seiner Geschäfte durch die allgemeine Einführung von Untersuchungs- und Rügepflichten (auch außerhalb des Handelskaufs) sowie durch die Erstreckung der kurzen Verjährungsfristen auf alle auf dem Kaufvertrag beruhenden Schadensersatzansprüche Rechnung getragen werden. Zu prüfen wäre weiter, ob auch die Personenverletzungen und Beeinträchtigungen von anderen Sachen (als der Kaufsache) ausschließlich nach Kaufrecht (Rüge, Verjährung!) beurteilt werden sollen. Jedenfalls für Personenschäden scheint mir dies sehr zweifelhaft. Vgl. dazu vorläufig unten in N. 980 (Mangelfolgeschäden).

<sup>277</sup> So insbes. auch *Diederichsen*, BB 1965, 401 ff. (402 f.); *Larenz*, Schuldrecht II § 41 II e (S. 62); *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 7. Zur Rspr. vgl. oben N. 259 und 260. Weitere Nachweise bei *Flume* (Eigenschaftsirrturn 55 N. 83) und *Diederichsen* (ibid., 402 N. 15, 16). Der Begründung *Diederichsens* vermag ich allerdings nicht zu folgen, da die Materialien m.E. klar ergeben, dass die Gewährleistungsregeln ausschließlichen Charakter haben sollten und damit den Umkehrschluss aus § 463 BGB tragen (vgl. *Diederichsen*, ibid. 403 und demgegenüber oben N. 214).

Nachteile zu ersetzen, die dieser durch die falschen Angaben bzw. unterbliebene Aufklärung (die Unkenntnis des Mangels) erlitten hat. Voraussetzung ist ferner, dass die verletzte Norm diese Schäden hintanhaltend sollte (Normzweck). Das heißt einmal, dass *de lege lata* das sog. Erfüllungsinteresse nicht geschuldet wird: Der im Minderwert der Kaufsache liegende Schaden kann über die Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung)<sup>278</sup> ausgeglichen werden (Äquivalenzinteresse i.e.S.). Das weitere Erfüllungsinteresse, insbesondere der entgangene Gewinn, ist nach geltendem Kaufrecht nur bei Zusicherung einer Eigenschaft oder arglistigem Verschweigen bzw. arglistiger – aber nicht „vertragsgemäßer“ – Vorspiegelung einer Eigenschaft zu ersetzen. Weiterhin hat der Verkäufer aufgrund culpa in contrahendo weder Personen- noch Sachschäden auszugleichen, da der Schutzzweck des Vertrages – und damit auch der Normzweck der culpa in contrahendo – normalerweise weder die persönliche Unversehrtheit noch die Integrität von Sachgütern des Partners umfasst. Den Schutz dieser Interessen gewährleistet das Deliktsrecht besser.<sup>279</sup>

Die culpa in contrahendo verpflichtet danach, den tatsächlich erwachsenen unmittelbaren – d.h. nicht durch § 823 I BGB vermittelten – Vermögensschaden wieder gut zu machen (*damnum emergens*).<sup>280</sup> Im Falle der *Wandlung* läuft der zu ersetzende Schaden auf das negative Vertragsinteresse hinaus: Der Verkäufer schuldet insbesondere die Vertragskosten (soweit sie nicht schon nach § 467 Satz 2 BGB zu ersetzen sind), Kosten zur Mangelfeststellung, Mehraufwendungen für ein Deckungsgeschäft bei zwischenzeitlich gestiegenen Preisen, Entlastung von evtl. Regressschäden aus Weiterveräußerung der mangelhaften Sache, endlich Ersatz für unnütze Aufwendungen im Hinblick auf den vertragswidrigen Kaufgegenstand (z. B. Installationskosten für die sich als Fehlkonstruktion erweisende Maschine; Kosten der versuchsweisen Ingebrauchnahme, z. B. Energie und Löhne). Bei der *Minderung* kommen etwa anteilige Vertragskosten (z. B. Notariatskosten), Regressschäden und Kosten für die Mangelfeststellung in Betracht.<sup>281</sup> Im Interesse des Verkäufers an einer raschen und endgültigen Abwicklung seiner Geschäfte müssen die einschlägigen besonderen Abwicklungsregeln des Kaufrechts (Verjährung, Untersuchung und Rüge) auch auf den Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo Anwendung finden.

<sup>278</sup> und durch den „kleinen“ Schadensersatzanspruch gem. § 463 BGB.

<sup>279</sup> Vgl. dazu den Hauptteil dieser Arbeit, insbes. §§ 9, 10.

<sup>280</sup> Hätten wir eine deliktische Generalklausel, so wäre die c.i.c. auch für den Ersatz dieser Vermögensschäden nicht erforderlich. Zu entscheiden wären allein die auch bei Anwendung der c.i.c. auftretenden Sachfragen, inwieweit kaufrechtliche oder allgemein vertragsrechtliche Regeln die entsprechenden deliktischen Vorschriften ausschließen sollen (Verjährung, Beweislast für Verschulden, Untersuchung, Rüge und ggf. Gehilfenhaftung). Vgl. zu diesen Fragen das beeindruckende System *Jäggis*, *Schönenberger-Festgabe* 181 ff. (193 ff.).

<sup>281</sup> Vgl. LG Köln 27.5.1970, *ibid.* (N. 260).

## D. Durchführung des methodischen Ansatzes für die vor-vertragliche Verletzung von Personen und Beschädigung von Sachen (Personen- und Sachschäden)

### I. Abgrenzung der Untersuchung<sup>282</sup>

Die oben (C., S. 34 ff.) skizzierte Methode, die culpa in contrahendo-Generalklausel in einzelne problembestimmte Fallgruppen aufzugliedern und diese an funktional eingreifenden gesetzlichen Normen zu messen, soll im folgenden Hauptteil rechtsvergleichend für einen in der Praxis besonders wichtigen und durch das Haftpflichtversicherungsrecht klar abgegrenzten Teilbereich exemplarisch durchgeführt werden: *Ersatz von Personen- und Sachschäden aufgrund privatrechtlicher „gesetzlicher“ Haftpflichtbestimmungen*.<sup>283</sup> Den beiden Schadensarten entsprechen als geschützte Rechtsgüter die *körperliche Unversehrtheit* und das *Eigentum*. Diesen Schutzgütern korrespondieren die hier gleichbedeutend gebrauchten *Erhaltungs-* oder *Schutzpflichten*.<sup>284</sup> Die genannten Rechtsgüter sind bereits in § 823 I BGB, d.h. deliktsrechtlich, geschützt. Kernproblem unserer Untersuchung ist demnach die Frage, ob Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum (§ 823 I BGB) darüber hinaus in den Anwendungsbereich der culpa in contrahendo gehören und damit auch Schutz nach vertraglichen Grundsätzen genießen. Auf die *Pflichten* bezogen, lautet die Frage: Handelt es sich bei den Pflichten zur Erhaltung (zum Schutz) der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums *nur* um *absolute* (jedermann gegenüber bestehende) oder *auch* um *relative* (nur einem Partner „geschuldete“) Pflichten.<sup>285</sup> Das so umrissene

<sup>282</sup> Die Ausführungen in dieser Arbeit beziehen sich – auch dort, wo sie allgemeiner formuliert sind – nur auf den in diesem Abschnitt (I) umrissenen Untersuchungsgegenstand. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass die allgemein gehaltenen Formulierungen in manchen anderen Bereichen (z. B. bei der positiven Vertragsverletzung) als Arbeitshypothese dienen können.

<sup>283</sup> Vgl. § 1 Ziffer 1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherung (AHB; abgedruckt bei Wussow, AHB 1). Im Anschluss an diese Bestimmung wird hier unter *Personenschaden* der Tod, die Verletzung oder Gesundheitsschädigung von Menschen, unter *Sachschaden* die Vernichtung oder Beschädigung von Sachen (§ 90 BGB) verstanden. Ob es sich bei den Sachen um bewegliche oder unbewegliche Gegenstände handelt, ist rechtlich unerheblich. De facto kommen allerdings Schäden an *Immobilien* in der Judikatur zu unserem Problembereich kaum vor. Die Eigenart der hier einschlägigen Fälle bringt es im Übrigen mit sich, dass lediglich die allgemeinen „gesetzlichen“ Haftpflichtbestimmungen (§§ 823 ff. BGB; ggf. c.i.c.), jedoch keine Sondergesetze (z. B. StVG) in Betracht kommen.

<sup>284</sup> Die Terminologie hinsichtlich Inhalt und Abgrenzung der Schutz- bzw. Erhaltungspflichten schwankt. In dieser Arbeit wird der weniger gebräuchliche Ausdruck „Erhaltungspflichten“ vorzugsweise verwandt, da der Terminus „Schutzpflichten“ üblicherweise das *Vermögen* als Gegenstand mitumfasst: vgl. z. B. *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen 28 ff.; 129/130 (§ 2 III des Gesetzentwurfes); *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 105; s. ferner *Canaris*, JZ 1965, 476. Das Vermögen bleibt jedoch als Schutzgut außerhalb dieser Untersuchung, so dass Erhaltungs- und Schutzpflichten in unserem Sprachgebrauch das Vermögen als solches *nicht* einschließen.

<sup>285</sup> Ob in dieser Arbeit im Einzelfall absolute oder relative Erhaltungs- bzw. Schutzpflichten gemeint sind, ergibt sich aus dem jeweiligen Zusammenhang.

Kernproblem versucht der Haupttitel unserer Untersuchung durch die Gegenüberstellung von „culpa in contrahendo“ und „Verkehrspflichten“<sup>286</sup> anzudeuten.

Die Studie erstreckt sich auf den Vertragsschluss und die Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo* im engen Sinn) sowie deren Anbahnung (*geschäftlicher Kontakt*).<sup>287</sup> Alle genannten Fälle fassen wir unter „culpa in contrahendo im weiten Sinn“ oder „vorvertraglich“, d.h. „vor dem perfizierten Vertrag liegend“, zusammen.<sup>288</sup> Des Sachzusammenhangs wegen wird auch der sog. *soziale Kontakt* mit in die Untersuchung einbezogen. Die vorliegende Arbeit ist als rechtsvergleichender Beitrag zur Entwicklung des *deutschen* Haftungsrechts geschrieben. Aus diesem Grund darf das deutsche System im Allgemeinen als bekannt vorausgesetzt werden. Dagegen scheint es für den Zweck unserer Analyse notwendig, die zum Verständnis der *fremden* Lösungen unerlässlichen Grundzüge der jeweiligen Haftungsordnung wenigstens zu skizzieren. Die Ausführlichkeit der Darstellung passt sich dabei dem hiesigen Bekanntheitsgrad des jeweiligen fremden Rechts an. So kann der nahe verwandte deutschsprachige Rechtskreis knapper behandelt werden als etwa Frankreich. Mit Rücksicht auf den Gegenstand dieser Untersuchung ist die Skizze der jeweiligen Haftpflichtordnung und insbesondere auch die Darstellung der culpa in contrahendo auf die vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden ausgerichtet und entsprechend beschränkt. Die Auswahl der zum Vergleich herangezogenen Rechte<sup>289</sup> ist von dem Ziel bestimmt, die Lösungsansätze repräsentativer bzw. für uns besonders wichtiger

<sup>286</sup> Unter „Verkehrspflichten“ wird dabei für unseren begrenzten Zweck die aus § 823 I BGB fließenden, jedermann gegenüber bestehenden Pflichten zur Achtung der körperlichen Unversehrtheit und des Eigentums verstanden (*neminis corpus aut proprietatem laedere*). Der Begriff „Verkehrspflichten“ wurde dem Terminus „Verkehrssicherungspflichten“ vorgezogen, da er zum Ausdruck bringt, dass es sich nicht lediglich um Raumsicherung, sondern auch um andersartige Pflichten (z. B. zur Organisation oder Aufsicht) handelt. Auf die sehr kontroverse und schwierige Frage, wann die eben skizzierte Pflicht verletzt ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Grundlegend zum allgemeinen Problem der „Verkehrspflichten“ insbes. v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II, 71 ff. (Ges. Schriften I, 478 ff.) und *Fikentscher* § 103 III.

<sup>287</sup> Die sog. *Mangelfolgeschäden* bleiben außerhalb unserer Untersuchung, weil hier regelmäßig eine *positive Vertragsverletzung* angenommen wird (vgl. jedoch auch oben Einf. B. II. 3., S. 33 und u. in N. 980). Die c.i.c. spielt bei diesen Schadenssachverhalten anscheinend auch dort keine Rolle, wo man bereits eine vor-vertragliche Aufklärungspflichtverletzung hinsichtlich der Mängel erwägen könnte, die zu Personen- und Sachschäden geführt haben.

<sup>288</sup> Die Schreibweise mit Bindestrich, der im Französischen der besondere Ausdruck *précontractuel* entspricht, soll Verwechslungen mit *vorvertraglich* im Sinne von „auf einen Vorvertrag bezogen“ (fr.: *avant-contrat*) ausschließen. Entsprechend verstehen wir unter vertraglich „auf einen Vertrag bezogen“, wobei Vertrag für diese Arbeit mit Schuldvertrag gleichgesetzt werden kann. *Vertragsartige* (vertragsgleiche) Haftungsnormen bedeuten demgegenüber solche Regeln, die den vertraglichen Haftungsnormen *inhaltlich* entsprechen, jedoch ihre Rechtsgrundlage in einem außervertraglichen Haftungstatbestand finden.

<sup>289</sup> Vgl. dazu insbes. *Zweigert*, Strupp-Schlochauer III, 81 und *Drobnig*, Rheinsteinst-Festschr. I, 221 ff. Die von *Drobnig* (ibid.) vorgeschlagene, im Grundsatz methodisch sicher zweckmäßige Auswahl der Rechtsordnungen nach repräsentativen *Lösungstypen* ist für die vorliegende Arbeit weniger geeignet, da sich bei unserem Untersuchungsgegenstand die Lösungsansätze auf zwei Grundtypen beschränken (vgl. u. § 8, S. 230 ff.). Dagegen dürfte die Auswahl der Rechte hinsichtlich ihrer Stellung zum Institut der c.i.c. in etwa dem Vorschlag *Drobnigs* entsprechen (richterrechtliche Anerkennung; Ablehnung; Kodifikation).

Rechtsordnungen aufzuzeigen: Auf der einen Seite stehen mit Österreich und der Schweiz zwei Länder, in denen die culpa in contrahendo – ähnlich dem deutschen Recht – als „außergesetzliches“ Institut mehr oder weniger anerkannt ist. Auf der anderen Seite haben wir im französischen Recht ein System vor uns, das ohne diesen Haftungstatbestand auskommt. Mit dem Exkurs ins belgische Recht werfen wir einen Blick auf die Stellung eines legislatorisch wenig veränderten Tochterrechts des französischen *code civil*. Das italienische Haftpflichtrecht bietet sich für eine Untersuchung an, weil der *Codice civile* von 1942 – neben dem griechischen ZGB von 1940 (Art. 197, 198) – das einzige Gesetzbuch ist, das das allgemeine Prinzip der culpa in contrahendo kodifiziert hat. Die Skizze der englischen Regeln soll stellvertretend einen Lösungsansatz aus dem Common Law-Bereich zeigen.

In den angeführten Rechten suchen wir eine Antwort auf die Frage, mit welchem Ergebnis und mit welchen rechtlichen Mitteln die Probleme gelöst werden, die sich bei vorvertraglichen Personen- bzw. Sachschäden stellen und die man im deutschen Recht mit Hilfe der culpa in contrahendo zu meistern sucht. Allein der Ansatz am konkreten Sachproblem und die Suche nach funktionsgleichen Rechtsfiguren in den fremden Rechten scheinen für unser Thema nutzbringend. Ein Institutionenvergleich scheidet von vornherein aus, weil die culpa in contrahendo nicht allen herangezogenen Rechtsordnungen bekannt ist. Die Eigenart des Verschuldens beim Vertragsschluss zwingt damit zur funktionalen Methode<sup>290</sup>, d.h. zum Vergleich von Problemlösungen.

Die Untersuchung erstreckt sich im Wesentlichen auf den Zeitraum seit Inkrafttreten des BGB. Frühere Entwicklungen wurden in die Darstellung miteinbezogen, soweit dies für das Verständnis des gegenwärtigen Rechtszustandes förderlich schien.

## II. Aufbau der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in einen darstellenden (§§ 1 – 8) und einen analytischen (§§ 9, 10) Teil. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse schließt die Untersuchung ab (§ 11).

Der darstellende Teil gibt eine Übersicht über die im Schrifttum vorgeschlagenen und die in der Rechtsprechung tatsächlich durchgeführten Lösungen. Als Ausgangs- und Zielrechtsordnung wird das deutsche Recht vorweg behandelt. Daran schließen sich die Be-

---

<sup>290</sup> Dafür insbes. *Rabel*, Fachgebiete 82 (Ges. Aufsätze III, 187); vgl. auch schon *ders.*, RheinZ 13 (1924) 282 (Ges. Aufsätze III, 4); *Ascarelli*, XI, 6 ff.; 39 f.; *Drobnig*, RabelsZ 18 (1953) 305; *Esser*, Grundsatz, z. B. 357, 359 f., 371; *Kahn-Freund* 20; *Rheinstein*, University of Chicago Law Review 5 (1937/38) 618, 622 („functional comparison of legal rules and institutions“); *R. Schlesinger*, Yntema-Festschr. 73 f.; *Zweigert*, Studium Generale 13 (1960) 193 ff., u.ö.



richte über den deutschsprachigen Rechtskreis an (Österreich § 2, Schweiz § 3). Der Darstellung des französischen Rechts (§ 4) folgen Exkurse in das belgische (§ 5) und italienische (§ 6) Recht. Eine Skizze der englischen Lösungen (§ 7) beschließt die Darstellung der einzelnen Länderordnungen. § 8 fasst die Ergebnisse der Länderberichte vergleichend zusammen.

Auf dem Hintergrund des so aufbereiteten Materials analysiert der zweite Teil das geltende deutsche Recht. Er versucht den Nachweis zu führen, dass die Ausdehnung der culpa in contrahendo auf die vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden weder theoretisch zu begründen (§ 9) noch praktisch erforderlich ist (§ 10).

Der Analyse des Rechtsprechungsmaterials wurde immer dort der vollständige Entscheidungswortlaut zugrunde gelegt, wo er erreichbar war<sup>291</sup> und der veröffentlichte Text Anlass zu Zweifeln gab. Soweit Urteile infolge ihrer unzureichenden Abdrucke keine sicheren Schlüsse zuließen, wurden sie nicht oder mit entsprechendem Vorbehalt verwertet.<sup>292</sup> Alle Entscheidungen des BGH, die nicht im vollen Wortlaut im Druck erschienen sind, lagen im Originaltext vor.<sup>293</sup>

Schrifttum und Rechtsprechung wurden bis zum Sommer 1971 berücksichtigt.

---

<sup>291</sup> Die im Originalabdruck vorliegenden Entscheidungen sind mit einem \* bezeichnet. Die Erfahrung zeigt, dass gekürzt abgedruckte Entscheidungen nicht selten ein völlig falsches Bild vermitteln. Leider entsprechen nicht alle deutschen Gerichte der Bitte um Überlassung von Original-Entscheidungsabdrucken.

<sup>292</sup> Insbes. hinsichtlich der *Sachverhaltswiedergabe* lassen u.a. folgende Sammlungen zu wünschen übrig: HRR, Recht, WarnRspr.; bisweilen aber auch BB, Betr., LM, MDR, VersR. Aus dem Wortlaut der Abdrucke ist z.B. häufig nicht zu erkennen, ob sich ein Unfall vor oder nach Vertragsschluss bzw. Eintritt in die Vertragsverhandlungen ereignet hat.

<sup>293</sup> Als bemerkenswerte Ausnahme unter den deutschen Fachzeitschriften druckt WM nach der Erfahrung des Verf. die Urteile nahezu ausnahmslos im vollen Wortlaut ab.

## ERSTER TEIL

### Länderberichte und vergleichende Übersicht

#### § 1 Deutschland

##### A. Gesetzliche Regelungen

Einen allgemeinen *gesetzlichen* Tatbestand der culpa in contrahendo kennt das deutsche Recht nicht. Auch spezielle gesetzliche Vorschriften, in denen konkrete *Erhaltungspflichten* für den Zeitraum vor Vertragsschluss<sup>294</sup> normiert sind, gibt es nur vereinzelt. Als Ausformungen des Gedankens der culpa in contrahendo in diesem Bereich sind vor allem § 694 BGB (Anzeigepflicht des Hinterlegers von gefährlichen Sachen)<sup>295</sup> sowie § 362 II HGB (Fürsorgepflicht des Kaufmanns für übersandte Waren)<sup>296</sup> angesehen worden. Andere Autoren lehnen dagegen die Einordnung dieser Vorschriften in die culpa in contrahendo ab.<sup>297 298</sup> Auf diese Streitfrage braucht hier nicht eingegangen zu werden: Sieht man sich die genannten Vorschriften näher an, so ist festzustellen, dass es sich um in Tatbestand und Rechtsfolgen völlig verschiedene Regelungen von Sonderbereichen handelt. Die einzelnen Vorschriften können daher vielleicht als Grundlage für eine vorsichtige Gesetzesanalogie dienen, für eine umfassende allgemeine Rechtsanalogie vermögen sie keine Stütze zu bieten.<sup>299</sup> Soweit ersichtlich, hat auch bisher niemand versucht, einen *besonderen*, d.h. von der allgemeinen culpa in contrahendo getrennten Haftungstatbestand für vorvertragliche Erhaltungspflichtverletzungen auf (Rechts-) Analogie zu gesetzlichen Einzelsvorschriften zu stützen. Wer diese Sachverhalte vertraglichen statt deliktischen Normen unterwerfen will, konstruiert einen Haftungs-Vorvertrag (Sicherungs-Vertrag) oder dehnt die gesamte Vertragssphäre unter Einschluss der Erhaltungspflichten auf das Vorfeld des Schuldvertrages aus.

---

<sup>294</sup> Hinsichtlich anderer gesetzlich normierter Erhaltungspflichten vgl. z.B. *Dölle*, ZStW 103 (1943) 67/68.

<sup>295</sup> So z.B. *Erman*, AcP 139 (1934) 322 ff.; *Hildebrandt* 128 ff. (mit Nachweisen); *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 537.

<sup>296</sup> *Schleeh* 47; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932) 301 N. 97; *Nell* 51.

<sup>297</sup> So z.B. bzgl. § 694 BGB: *Herholz*, AcP 130 (1929) 293; *Staudinger/Kober* (9. Aufl.) § 694 Bem. 5.

<sup>298</sup> Bezüglich § 362 II HGB: *Mühlich* 24.

<sup>299</sup> Gegen die Analogiefähigkeit des § 362 II HGB beispielsweise *Dölle*, *ibid.* (N. 294) 67; *Mühlich* 24; *Planck/Siber* § 275 Vorbem. I, 4 c. Hinsichtlich § 694 BGB vgl. jedoch *Erman* (AcP 139 [1934] 322), nach dessen Auffassung das in § 694 zum Ausdruck kommende *Prinzip* „unbedingt weite und insbesondere auch vorvertragliche Anwendung“ verlangt.

Die wenigen in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften des deutschen Rechts können jedenfalls mangels Analogiefähigkeit nicht als Grundlage für die Bildung eines allgemeinen Haftungstatbestandes bei Verletzung von Erhaltungspflichten vor oder bei Vertragsschluss dienen.

## **B. Das deutsche Schrifttum**

### *Einführung*

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum des 19. Jahrhunderts teilte die Entstehungsgründe für Forderungen im Allgemeinen in Rechtsgeschäfte bzw. Vertrag einerseits und Vergehen bzw. Delikt andererseits ein.<sup>300</sup> Die Verletzung von Person und Eigentum im Stadium der Anbahnung von Verträgen als weiterer Haftungstatbestand zwischen Vertrag und Delikt war im 19. Jahrhundert sowohl der Sache wie dem Namen nach unbekannt. Dies verwundert nicht, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das Privatrechtssystem auch des späten 19. Jahrhunderts auf den aufklärerischen Grundpostulaten der Freiheit und Gleichheit beruhte, denen als Verpflichtungsgründe Vertrag und Delikt entsprachen.<sup>301</sup> Selbst *Jhering* bezog diese Fälle nicht in den Bereich der culpa in contrahendo ein, obwohl er es sich in seiner grundlegenden Abhandlung zur culpa in contrahendo ausdrücklich zur Aufgabe gesetzt hatte, „alle denkbaren Fälle, auf welche meine Theorie zur Anwendung gebracht werden kann, aufzuführen und zu entscheiden und lieber nach dieser Richtung zu viel, als zu wenig zu tun“.<sup>302</sup> Unter dem Stichwort „culpa in contrahendo“ wurden auch im übrigen Schrifttum des späten 19. Jahrhunderts im Wesentlichen nur die von *Jhering* zur Diskussion gestellten Fälle – zumeist unter dem Titel „negatives Interesse“ – erörtert.<sup>303</sup> Die hier einschlägigen Sachverhalte fielen in den Bereich der actio legis Aquiliae.

---

<sup>300</sup> Vgl. die entsprechenden Einteilungen bei *Windscheid* II (bis zur 9. Aufl.: Rechtsgeschäfte/Vergehen); *Regelsberger*, Pandekten I (Rechtsgeschäfte/unerlaubte Handlungen); v. *Savigny*, Obligationenrecht II (Vertrag/Delikt).

<sup>301</sup> Vgl. zu diesem geistesgeschichtlichen Ursprung unseres Privatrechtssystems eingehend *F. v. Hippel* 42 ff., insbesondere 44 f., 47 (mit reichen Nachweisen aus der Zeit der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert).

<sup>302</sup> *JhJb* 4 (1861) 56. *Jhering* streift lediglich die Frage der nachteiligen Folgen des Kontrakts für den Kläger, die „in unmittelbarer Beschädigung durch die Sache“ bestehen. Er meint jedoch, dieser Fall sei „ohne sonderliches Interesse“, weil er sehr selten vorkomme und unter anderem regelmäßig die actio legis Aquiliae möglich sei (ibid., 19); ähnlich *Willutzky*, *Recht* 1901, 190). Fälle dieser Art gehören also nach *Jherings* Auffassung in den Deliktsbereich. Im Übrigen handelt es sich dabei nach heutiger Terminologie um „Begleitschäden“ bzw. „positive Vertragsverletzungen“, nicht um Anwendungsfälle einer wie immer verstandenen culpa in contrahendo. Insoweit unzutreffend: *Ehwald* 3. Auch in seiner Kasuistik zählt *Jhering* die Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages nicht auf (ibid., 56 ff.).

<sup>303</sup> So z.B. *Greven* (1898) 36 f.; vgl. auch *Meisehder*, der bei seinem Vergleich der Lösungen der Fälle des „Verschuldens bei Vertragsunterhandlungen“ im 19. Jahrhundert und im BGB die Erhaltungspflichtverletzungen nicht erwähnt (38 - 41).

Nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches finden wir zunächst kaum Stellungnahmen zur culpa in contrahendo im Allgemeinen. Die vor-vertraglichen Erhaltungspflichten wurden überhaupt nicht erörtert. Die spärliche Behandlung der culpa in contrahendo im Schrifttum erklärt sich aus der Tatsache, dass das BGB keine umfassende Regelung des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen getroffen hatte. Der exegetischen Methode der ersten Zeit nach Gesetzeserlass folgend, begnügte man sich im Allgemeinen mit der Zusammenstellung und Erläuterung der gesetzlich ausdrücklich geregelten Einzelfälle. Dies geschah unter dem Gesichtspunkt und dem „Titel“ der Haftung auf das „negative Interesse“, das man mit der culpa in contrahendo weithin gleichsetzte.<sup>304</sup> Vielfach beschränkte man sich dabei auf die von *Jhering* erörterten und dann in das BGB übernommenen Fälle der §§ 122 („Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens“), 307 bzw. 309 („Unfähigkeit des Objekts“) und 179 („Unfähigkeit der Person“).<sup>305</sup> Solange man die Lehre von der culpa in contrahendo im Wesentlichen mit den im BGB geregelten Fällen des „negativen Vertragsinteresses“ identifizierte, lagen die hier interessierenden Sachverhalte zwangsläufig außerhalb des Blickfeldes. Aber auch die meisten der Arbeiten, die sich von einer Gleichsetzung der culpa in contrahendo mit den im Gesetz positivierten Fällen des negativen Vertragsinteresses lösten und den Haftungsgrund des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen eigenständig behandelten, erwähnten die Erhaltungspflichten bis in die Zeit nach dem ersten Weltkrieg mit keinem Wort.<sup>306</sup> § 694 BGB, der zu Erhaltungspflichten hinsichtlich Person und Eigentum im Stadium der Anbahnung von Verträgen hätte führen können, wurde in den ersten beiden Jahrzehnten nach Verabschiedung des BGB bei der Erörterung der culpa in contrahendo regelmäßig übersehen.<sup>307</sup> Selbstverständlich fehlte es auch an einer Erörterung der Erhaltungspflichten in contrahendo bei den Autoren, die das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen als allgemeinen Haftungsgrund überhaupt ablehnten.<sup>308</sup> In Ermangelung einer rechtsgeschäftlichen Sonderbeziehung musste man in jener Zeit die Verletzung von absolut geschützten Rechtsgütern der Part-

<sup>304</sup> Vgl. z. B. noch *Lorenzen* 1 (Dissertationsauszug 1923); *Schenk* 1 (1926) sowie die schon erwähnte Arbeit von *Greven* (36 f.).

<sup>305</sup> So z. B. die Dissertationen von *Walther F. Klein* (1903); *Fritz Schmidt* (1900) 33 ff.; *Fritsch* (1899) 48 ff.; *Greven* (1898) 36 f.; *Hammel* (1912) und noch *Lorenzen* (1897) sowie *Drechsler* (1902) 65.

<sup>306</sup> So z. B. *Hammel* (1912); *Böhme* (1921); *Paterna* (1921); *Adler* (1923); *Koch* (1923); wohl auch *Staege* (1920); *K. Eichler* (1924); *Unterhinninghofen* (1924); *Weichel* (1936). *Zitelmann* beschränkt sich in seinem grundlegenden Beitrag zur „Schlechterfüllung“ in der Krüger-Festgabe (1911) auf die vertragliche Sphäre. Das Parallelproblem „in contrahendo“ erörtert er nicht (S. 263 ff.).

<sup>307</sup> So z. B. in den Dissertationen von *Drechsler* (1902); *Fritsch* (1899); *Greven* (1898); *Walther F. Klein* (1903); *Lilie* (1898); *Petersen* (1897); *Fritz Schmidt* (1900); *Niermann* (1909); *Amberg* (1907); *Lorenzen* (1923); *Srocke* (1927) und *Weinberg* (1903).

<sup>308</sup> Vgl. z. B. *Simeon-David* 293, 295, 414.

ner während der Vertragsverhandlungen nach den Regeln der unerlaubten Handlung beurteilen. Damit kam insbesondere die für den Geschädigten ungünstige Regelung des § 831 BGB (Möglichkeit des Entlastungsbeweises bei Schädigung durch einen Verrichtungsgehilfen) zur Anwendung. Schon bald nach Inkrafttreten des BGB empfand man diese vom Gesetz getroffene Regelung als unbefriedigend. In der Folgezeit versuchte man auf verschiedene Weise, die Anwendung der Deliktsregeln auf die Fälle der Beeinträchtigung von Rechtsgütern im Zeitraum der Anbahnung von Verträgen zu umgehen. Man kann dabei zwei Gruppen von Lösungsversuchen unterscheiden: die subjektiven (rechtsgeschäftlichen) und die objektiven (nichtrechtsgeschäftlichen) Konstruktionen.

Wie immer, wenn es gilt, für unangemessen erachtete nachgiebige gesetzliche Regelungen zu umgehen, versuchte man zunächst auch in unserem Bereich, dieses Ziel mit Hilfe des Parteiwillens zu erreichen. Innerhalb dieses subjektiven Lösungsversuchs gab es wiederum zwei Gruppen, je nachdem, ob man den Willen *einer* Partei ausreichen ließ (Konstruktion des einseitigen Rechtsgeschäftes; unten § 1 B. I. 2., S. 99) oder die Übereinstimmung beider Parteien für notwendig hielt (Vertragskonstruktionen; unten § 1 B. I. 1., S. 93 ff.). Dabei ist allerdings zu betonen, dass die Vertragskonstruktionen als *selbständiger* Haftungstatbestand *neben* eine mehr oder weniger entwickelte objektive Haftung für culpa in contrahendo traten. Teils – vor allem in den ersten Jahren nach dem Erlass des BGB – wurde überhaupt keine Verbindungslinie zwischen den „Erhaltungs-Vorverträgen“ und dem Gedanken des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gezogen; teils erörterte man die Konstruktion des Erhaltungsvertrags zwar in Verbindung mit der culpa in contrahendo, trennte jedoch beide Haftungstatbestände dogmatisch scharf. Im Gegensatz zu den Vertragskonstruktionen entwickelten die Anhänger der Entstehung eines Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen durch *einseitiges Rechtsgeschäft* einen einheitlichen Tatbestand für alle vor-vertraglichen Pflichten einschließlich der Erhaltungspflichten. Die Verletzung von Erhaltungspflichten bildete für sie einen echten Anwendungsfall der culpa in contrahendo. Entsprechendes galt für jene, die – etwa seit den zwanziger Jahren – einen *eigenständigen*, weder auf besonderem Rechtsgeschäft beruhenden noch von der Gültigkeit des Zielvertrages abhängigen *Tatbestand der culpa in contrahendo* bejahten (unten § 1 B. II. 1., S. 102). Erst die Erstreckung dieser Haftung für unsere Fälle auf den Bereich *ante contrahendum* führte zu einer Spaltung des Tatbestandes in das Verschulden während der Vertragsverhandlungen bzw. beim Vertragsschluss und in die *Haftung aus geschäftlichem Kontakt* (unten § 1 B. II. 2., S. 102 ff.). Die endgültige Ablösung der Haftung vom Rechtsgeschäft vollzogen – seit Beginn der vierziger Jahre – die Befürworter einer *Haftung aus*

*sozialem Kontakt* (unten § 1 B. II. 3., S. 112 ff.). Gegen diese verschiedenen zur Ausdehnung der Vertragsordnung führenden Theorien hielten andere Autoren an einer ausschließlichen Geltung des Deliktsrechts bei vor-vertraglichen Körper- und Sachschädigungen fest (unten § 1 B. II. 4., S. 117 ff.).

## I. Rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung

### 1. Vertragskonstruktionen (Sicherungsverträge)

#### a. *Sicherungsvertrag bei geschäftlichem Kontakt*

##### aa. Ausdehnung der *vertraglichen* Sicherungs(neben-)pflichten auf den Vorbereich des Vertrages

Der historisch ältere rechtsgeschäftliche Lösungsversuch ist die Vertragskonstruktion. Sie wurde zuerst von *Schmölder* (1905) vertreten.<sup>309</sup> *Schmölder* und einige weitere Autoren<sup>310</sup> beschränkten jedoch die Erörterung eines besonderen Vertrages über die Erhaltung der Rechtsgüter des zukünftigen Vertragspartners im Wesentlichen auf das Verhältnis zwischen *Gast* und *Gastwirt* („Wirtshausvertrag“, „Gastwirtsvertrag“, „Aufenthaltsvertrag“). In diesen Fällen lag es nahe, die Sicherungspflichten des Vertrages<sup>311</sup> zeitlich/räumlich auszudehnen. Dies geschah rechtstechnisch dadurch, dass man in der Eröffnung einer Gastwirtschaft ein stillschweigendes Angebot auf Abschluss eines Vertrages über die Gewährung eines gefahrlosen Aufenthalts sah, das mit dem Betreten der Räume durch den Besucher (stillschweigend) angenommen werde.<sup>312</sup> Allerdings anerkannte man einen Vertrag nur im Bereich der Anbahnung des „geschäftlichen Kontakts“: Manche verlangten dazu bei Eintritt in die Räume die feste Absicht zur Bestellung von Speisen oder Getränken<sup>313</sup>, während andere den Willen, „möglicherweise“ etwas zu bestellen, wenigstens bei ausgedehnteren Räumlichkeiten ausreichen ließen.<sup>314</sup> Außerhalb des Schutzbereiches der Vertragsre-

<sup>309</sup> *Schmölder*, DJZ 1905, 829 ff.

<sup>310</sup> *Josef*, GruchBeitr. 52 (1908) 525 ff.; *Goldscheider*, GruchBeitr. 60 (1916) 370 ff.; *Schulze zur Wiesch* 16 ff.; *Tammena* 44 N. 23; *Leonhard*, Allg. Schuldrecht 551/552. Vgl. heute noch *Geigel*, Kap. 28 Rdnr. 152.

<sup>311</sup> Schon nach RG 11.12.1906 (RGZ 65, 11) zählte die Pflicht, für die Verkehrssicherheit der Gasträume zugunsten der Gäste Sorge zu tragen „unbestreitbar zu den Vertragsverbindlichkeiten“ (ibid., 14).

<sup>312</sup> So – mit unwesentlichen Abweichungen im Einzelnen – *Josef*, 535/536; *Goldscheider*, *Leonhard* und *Schulze zur Wiesch* (alle ibid., N. 310). Dagegen will *Wussow* (Rdnr. 908) eine vertragliche Haftung für Sicherheit „grundsätzlich nur gegenüber Gästen, die im Gasthaus wohnen bzw. im Restaurant etwas verzehren oder jedenfalls im Begriffe sind, ihre Bestellung zu machen (Verschulden bei Vertragsschluss)“ bejahen. Ebenso im Ergebnis schon *Brückner*, Recht 1907, 1115 (für Restaurateure). Vgl. jedoch die andere Auffassung *Wussows* bei Kaufhausunfällen unten N. 336.

<sup>313</sup> So *Josef*, ibid. (N. 310) 535; *Schulze zur Wiesch*, 23 f.; wohl auch *Leonhard*, ibid. (N. 310).

<sup>314</sup> *Schmölder*, ibid. (N. 309) 832; *Goldscheider*, ibid. (N. 310) 372.

geln blieben Besucher von anderen Räumlichkeiten, die ebenfalls zur Berufsausübung dienten (Räume von Anwälten, Ärzten, Friseuren, Einzelhändlern). Hier sollte selbst bei geschäftlichem Besuchszweck lediglich eine Haftung nach §§ 823 ff. BGB eintreten, da der Aufenthalt lediglich als Mittel zum Empfang der Leistung diene und daher jedes selbständigen Wertes entbehre.<sup>315</sup> Damit scheint von diesen Autoren kein eigenständiger Sicherungs-Vorvertrag angenommen zu werden. Die Konstruktion ist vielmehr die eines einheitlichen Gastaufnahmevertrages (Aufenthaltsvertrages), zu dem noch andere Elemente wie Beköstigung usw. hinzutreten.<sup>316</sup> Dieser Konzeption entspricht es, dass die culpa in contrahendo als mögliche Haftungsgrundlage in diesem Zusammenhang nicht gesehen wird. Bezeichnend für das Motiv der Konstruktion dieses „Wirtshausvertrages“ ist die wiederholte Bemerkung *Josefs*, dass der Wirt damit auf die Entlastung aus § 831 BGB verzichte.<sup>317</sup>

Ähnlich dem Wirtshausvertrag enthält auch der Beförderungsvertrag Sicherungsnebenpflichten: Die zu befördernde Person oder Sache ist *unversehrt* an den Bestimmungsort zu bringen.<sup>318</sup> Die Vorverlegung des Vertragsschlusses lässt den Reisenden<sup>319</sup> demgemäß in den Schutzbereich der entsprechenden Vertragspflicht gelangen, ohne dass es der Annahme von vertragsähnlichen Erhaltungspflichten *in contrahendo* bedarf. Das Schrifttum hat diese Möglichkeit zur Zurückdrängung des Deliktsrechts im vertragsnahen Raum schon früh erkannt: Bei der Beförderung in Straßenbahnen und Bussen pflegte der Fahrpreis häufig erst im Laufe der Fahrt entrichtet zu werden. Dennoch sah das Schrifttum den Vertrag schon vor der Bezahlung als geschlossen an: Zunächst im Zeitpunkt der Einnahme des Platzes,<sup>320</sup> später im Augenblick des Betretens des Verkehrsmittels.<sup>321</sup> Neuerdings hat diese Lösung durch die Lehre vom sozialtypischen Verhalten eine theoretische Stütze erhalten.<sup>322</sup> Bei der Beförderung mit der *Eisenbahn* bot sich der Augenblick des Lösens der Fahrkarte als Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Im Interesse der Erweiterung des vertraglichen Schutzbereiches ließ man bereits von diesem Zeitpunkt an die Si-

<sup>315</sup> Josef, *ibid.* (N. 310) 540. Im Ergebnis wohl ebenso die *ibid.* (N. 310) weiter Genannten. Vgl. ferner *Brückner*, *Recht* 1905, 330. Seiner im Text berichteten Anschauung entsprechend lehnt *Josef* auch die Entscheidung des RG v. 7.12.1911 im Linoleumrollenfall (RGZ 78, 239) ab, da noch keine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB bestanden habe (*Recht* 1916, 473 f.).

<sup>316</sup> Vgl. dazu insbesondere *Goldscheider*, *ibid.* (N. 310) 371/372; anders *Schmölder* (*ibid.*, N. 309), der zwei Verträge annimmt.

<sup>317</sup> *Ibid.* (N. 310) 534, 535/536; vgl. auch *Brückner*, *Recht* 1905, 331 und 355.

<sup>318</sup> So schon *Rundnagel*, *EhrenbergsHB.* V 2, 514/515 (1915); vgl. auch *Brückner*, *Recht* 1905, 330.

<sup>319</sup> Die Darstellung beschränkt sich im Folgenden auf den Personenbeförderungsvertrag.

<sup>320</sup> *Rundnagel*, *EhrenbergsHB.* V 2, 502 mit Nachweisen in N. 5.

<sup>321</sup> So z. B. *Staudinger/Riedel* § 631 Bem. 3; *Wussow*, *Rdnr.* 895.

<sup>322</sup> Vgl. insbesondere *Larenz*, *Allg. Teil*, § 34 II.

cherungsnebenpflichten in Kraft treten,<sup>323</sup> obwohl diese an sich der eigentlichen *Beförderungsleistung* akzessorisch sind. Damit konnte man im Allgemeinen Unfälle auf Treppen, Bahnsteigen usw. nach Vertragsrecht beurteilen. Dies war insbesondere von Bedeutung, weil die Haftung nach § 1 Reichshaftpflichtgesetz nur die beim Betrieb der Eisenbahn eintretenden Unfälle deckte und somit nicht über den Bereich des Ein- und Aussteigens hinausging.

#### bb. Selbständiger Sicherungsvertrag

Bei den Wirtshausverträgen und Personenbeförderungsverträgen hatte es sich nur darum gehandelt, den Vertragsschluss vorzuverlegen, um die vertragstypischen Sicherungs (neben)pflichten schon in *contrahendo* zur Geltung zu bringen. Soweit die intendierten Verträge jedoch keine Sicherungsnebenpflichten umfassten,<sup>324</sup> konnte mit der zeitlichen Ausdehnung des Vertrages nichts erreicht werden. Die Vorstellung, dass *jeder* Vertrag ohne Rücksicht auf seinen Leistungsinhalt unter anderen Nebenpflichten auch allgemeine *Schutzpflichten* enthalte, war der Wissenschaft und Praxis in der frühen exegetischen Periode des BGB noch weithin fremd. Erst durch die Arbeiten Heinrich *Stolls*, beginnend mit der Abhandlung über die „Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen“ aus dem Jahre 1923,<sup>325</sup> gewann diese extensive Auffassung des Vertragsbereiches in Deutschland weithin Anerkennung. Vor dem ersten Weltkrieg hatte ein engeres Verständnis von der *Funktion des Vertrags* (und des Schuldverhältnisses) vorgeherrscht. Damals bedurfte es eines *besonderen*, vom „Zielvertrag“ (*Hildebrandt*) unabhängigen Vertrages, um konkrete, auf einem schuldrechtlichen Sonderverhältnis beruhende Sicherungspflichten zu begründen. Der Inhalt dieses Kontraktes erschöpfte sich in der (Haupt-) Pflicht zur Sicherung des (zukünftigen) Vertragspartners. Diese Konstruktion geht auf *Heinrich Siber* zurück, der zugleich als erster Autor Fälle von Integritätsverletzungen im Zusammenhang mit der *culpa in contrahendo* erörterte.<sup>326</sup> *Sibers* Auffassung mag daher als Beispiel für die

<sup>323</sup> So z. B. schon *Brückner*, *Recht* 1905, 330; heute h.M. (vgl. z. B. *Wussow Rdnr.* 895).

<sup>324</sup> So lehnte z. B. *Brückner* (*Recht* 1905, 330) in der Regel eine vertragliche Haftung hinsichtlich der Verkehrssicherheit eines Verkaufslokals ab, da sich das Vertragsverhältnis hier zumeist im Kauf selbst erschöpfe und sich nicht auf die Benutzung des Ladenlokals erstrecke. *Brückner* bejahte hingegen die vertragliche Sicherungspflicht für Gastwirte, Theater sowie Bahnunternehmen (*ibid.* 329 f.).

<sup>325</sup> LZ 1923, 532 ff.; vgl. ferner vor allem AcP 136 (1932) 287 ff.; 298 ff. sowie „Die Lehre von den Leistungsstörungen“ (1936). S. auch schon die Ansätze bei *Planck/Siber* (Bem. I 3b aa vor § 275), der sich jedoch im Wesentlichen auf die *Auslegung des* (einzelnen) Vertrages (§ 157 BGB) stützt. Vgl. zur Entwicklung des Vertragsverständnisses näher unten § 9 B. I. 2. c. (S. 247 ff.)

<sup>326</sup> *Planck/Siber*, Bem. I 4 c vor § 275; *ders.*, *JhJb* 70 (1921) 258-261; *ders.*, *Schuldrecht* 105 f. Wie *Siber: Heilborn* 26; *Crodel* 31 f.; *Negendanck* 2; *Mühlich* 24 f.; wohl auch *G. Kruse* 13 ff. Grundsätzlich zustimmend *Wieacker*, *ZAkDR* 1943, 34 und *Schmidt-Rimpler* (es ist nicht ersichtlich, ob dies auch für den Er-



Konstruktion von selbständigen Sicherungsverträgen bei geschäftlichem Kontakt kurz skizziert werden. Im Gegensatz zu den oben<sup>315</sup> genannten Autoren dehnte er die Haftung für die Erhaltung der persönlichen Sicherheit nach vertraglichen Grundsätzen auf *alle* für den geschäftlichen Verkehr offengehaltenen Räume aus. Den Rechts(entstehungs)grund für diese Haftung sah *Siber* in einem – vom Zielvertrag verschiedenen – Vertrag *sui generis*, der zwischen dem Geschäftsinhaber und dem geschäftswilligen Besucher<sup>327</sup> stillschweigend zustande komme und die Sicherung der offengehaltenen Räume zum Gegenstand habe. Auf einem nur *vertragsähnlichen* Verhältnis könne diese Pflicht nicht beruhen, da ein derartiges Verhältnis mangels einer gesetzlichen Grundlage unverbindlich sei (*numerus clausus* der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse).<sup>328</sup> Ebenso wie eine Gesetzesanalogie zu § 362 II HGB<sup>329</sup> lehnte *Siber* also einen allgemeinen nicht-rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund der vertragsartigen Haftung für die Erhaltung der persönlichen Sicherheit<sup>330</sup> in *contrahendo* ausdrücklich ab. Rechtstechnisch sah *Siber* in der geschäftlichen Einladung eines Warenhausinhabers, Gastwirts, Karussellbesitzers usw. eine *Offerte ad incertam personam*, die gemäß § 151 BGB durch den Besuch angenommen werde.<sup>331</sup> Ein vertraglicher Schutz bestehe dagegen nicht für den Weinreisenden, den Überbringer einer Sammelkarte oder den Gerichtsvollzieher, da eine Einladung nicht schon darin zu erblicken sei, dass man sein Haus nicht vor mehr oder weniger unwillkommenen Besuchern geschlossen halte. Ebenso wenig werde eine Erhaltungsvertragspflicht durch eine gesellschaftliche Einladung oder eine Geschäftseinladung ge-

---

haltungsvertrag gilt: EhrenbergsHB. V 1, 731 N. 4). Möglicherweise auch *Fischbach*, ArchBürgR 41 (1915) 160 ff., 165, 167. *Fischbach* bringt seine „vorbereitenden Rechtsverhältnisse“, die er wohl im Anschluss an die Entscheidung des RG v. 7.12.1911 im Linoleumrollenfall (oben N. 475) so nennt, nicht in Beziehung zur culpa in *contrahendo*. *Oertmann* fasst die Lehre *Fischbachs* als „Abrede“ auf und schließt sich ihr an. Die c.i.c. erwähnt auch *Oertmann* in diesem Zusammenhang nicht (§ 241 Vorbem. 9). *Stoll* (LZ 1923, 535 N. 9) und *Ehwalt* (19 f.) verstehen *Fischbachs* Auffassung im Sinne der Entstehung des Haftungsverhältnisses durch eine einseitige, tatsächlich vorbereitende Handlung; die Darstellung *Fischbachs* ist insoweit nicht völlig klar. Der „Haftungsvertrag“ *Müllereiserts* gehört nicht hierher: vgl. unten N. 359.

<sup>327</sup> So der Sache nach *Planck/Siber*, *ibid.* (letzte N.).

<sup>328</sup> *Planck/Siber*, *ibid.* (vorletzte N.).

<sup>329</sup> Diese Vorschrift beruhe auf spezifischen Erwägungen handelsgewerblicher Natur, die im Regelfall keine entsprechende Anwendung zuließen (*Planck/Siber*, *ibid.* (N. 327); vgl. auch *ders.*, oben N. 299.

<sup>330</sup> Entsprechendes gelte für die Erhaltung von Sachen und Vermögen in *contrahendo* (*Planck/Siber*, *ibid.* N. 326).

<sup>331</sup> *Planck/Siber* und *Siber*, *Schuldrecht*, *ibid.* (N. 326). *Schubart* spricht (mit Bezug auf den Linoleumrollenfall des RG v. 7.12.1911) von einem „*pactum de contrahendo*“ oder „Vorvertrag“, der mit seinen beiderseitigen Sorgfaltspflichten das ganze Verweilen des Kauflustigen im Warenhaus beherrsche. Der Vertrag werde konkludent – durch das Betreten des Kaufhauses bzw. die Gestattung des Eintritts – geschlossen (Recht 1916, 508). Im Ergebnis wie *Siber*: *Mühlich* (25), der diese Lösung auf die „vernünftige Auslegung der Willensmeinung der Parteien“ stützt. Um dem Vorwurf der Fiktion zu entgehen, will *Schultz* einen „eigenen vorbereitenden Vertrag, der als Haftungsgrundlage dient“ nur annehmen, wenn die Parteien tatsächlich – wie im Linoleumrollenfall des RG v. 7.12.1911 (oben N. 475) – in eingehende Verhandlungen eingetreten seien. In „gewissen Fällen“ könne ein [Schutz-] Vertrag zugunsten Dritter bejaht werden (68).

gegenüber Ungebetenen, wie Dieben, Bettlern oder auch gegenüber Kauflustigen außerhalb der Geschäftszeit begründet.<sup>332</sup>

*Hildebrandt* erreichte zu Anfang der 1930er Jahre das Ergebnis *Sibers* auf einem komplizierteren Weg: Er nahm in den von *Siber* mit der (Sicherungs-)Vereinbarung sui generis gelösten Fällen einen „Gestattungsvertrag“ an, den er im Wege der Rechtsgeschäftsergänzung zum Erhaltungsvertrag erweiterte.<sup>333</sup> Von der culpa in contrahendo, die er nur als „Erklärungshaftung“ verstand, grenzte *Hildebrandt* diese Fälle scharf ab. Die von *Hildebrandt* vertretenen Ergebnisse stimmen mit den eben skizzierten Lösungen *Sibers* weithin überein.<sup>334</sup> Auf eine eingehendere Darstellung der *Hildebrandtschen* Auffassungen darf aus diesem Grunde und vor allem auch mit Rücksicht darauf verzichtet werden, dass seine Lehren in der späteren Zeit weder in der Doktrin noch in der Praxis nachhaltigen Einfluss gewonnen haben.

Die von *Siber* begründete, durch *Hildebrandt* weitergeführte Konstruktion des Sicherungsvertrages bei geschäftlichen Kontakten erreichte in der Darstellung *Herzbruchs* (1930) einen äußerst fragwürdigen „Höhepunkt“: *Herzbruch* konstruiert einen gegenseitigen (!) „Besichtigungsvertrag“, um diesem dann Sicherungsnebenpflichten für Gesundheit und Eigentum des Partners entnehmen zu können.<sup>335</sup>

In der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg finden sich Anklänge an die skizzierten Konstruktionen lediglich bei *Wussow*<sup>336</sup> und *Weimar*.<sup>337</sup>

---

<sup>332</sup> *Planck/Siber*, *ibid.* (N. 326). *Mühlich* will einen Erhaltungsvertrag mit Personen ablehnen, die die Räume nicht zu dem geschäftlichen Zweck besuchen, zu dem sie erkennbar offen gehalten werden (25).

<sup>333</sup> 229 ff. Der Vertrag soll mit dem Betreten des Geschäftsraumes gemäß § 151 BGB zustande kommen (229). *Klang* wirft *Hildebrandt* in seiner Besprechung im Hinblick auf den im Text skizzierten Lösungsvorschlag „allzu große Freude an der Konstruktion“ vor (JBI 61 [1932] 366). Den Vorwurf der Fiktion erhebt z. B. auch *Erman* (AcP 139 [1934] 323). Die Auffassung *Hildebrandts* ähnelt der – *Hildebrandt* anscheinend unbekannt gebliebenen – Lehre *Polenskies*; vgl. dazu unten § 1 B. I. 1. b. (S. 98).

<sup>334</sup> 227 ff. Bei kleineren Kindern nimmt *Hildebrandt* einen Erhaltungsvertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) an (227/228). *Erman* folgte insoweit *Hildebrandt*, da er sich damals (1934) noch mit der „Notkonstruktion“ von Erhaltungsverträgen begnügen zu müssen glaubte; die von *Erman* angeschlossene Bemerkung, die Entwicklung gehe jedoch sicher dahin, den § 328 BGB analog auch auf das Verhandlungsverhältnis auszudehnen (AcP 139 [1934] 325), hat sich inzwischen als richtig erwiesen: vgl. unten § 1 B. III. 2 (S. 123 bei N. 453).

<sup>335</sup> DJZ 1930, 298: Der Warenhausinhaber mache durch Eröffnung, Reklame, Auslagen usw. jedem Vorübergehenden ein Angebot für einen „Besichtigungsvertrag“, das der Besucher durch den Eintritt (stillschweigend) annehme. Aus diesem gegenseitigen Vertrag ergebe sich die Hauptpflicht des Geschäftsinhabers, dem Besucher die bequeme Besichtigung seiner Waren zu ermöglichen; die Leistung des Besuchers bestehe im Vorbeigehen an den aufgestellten Waren. Darüber hinaus treffe jede Partei die (Neben-)Pflicht, „während des Besuches und der ihn vorbereitenden Handlungen die im Warenhausverkehr erforderliche Sorgfalt zu üben, damit nicht die andere Partei bei Erfüllung des Vertrages an ihrer Gesundheit oder ihrem Eigentum Schaden nimmt“.

<sup>336</sup> *Wussow* will u.U. dort einen Besichtigungsvertrag annehmen, wo jemand zwecks Besichtigung der Ware wegen eines etwaigen späteren Kaufes einen Laden besuche. Bei Personen, die aus anderen Gründen den Laden betreten, wie z. B. Briefträger und Polizeibeamte, fehle es an vertraglichen Beziehungen: Rdrrn. 191 und 915 („Vorvertrag“), 916.

b. Sicherungsvertrag bei sozialem Kontakt

Während die bisher dargestellten Vertragskonstruktionen die vertragliche Haftung bei Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages an den (rechts-)geschäftlichen Zweck gebunden hatten, ließ *Polenske* diese Einschränkung fallen. Er nahm einen sog. „Gastschaftsvertrag“<sup>338</sup> an, unter welchen folgende Lebensverhältnisse fallen sollten: die Beziehungen zwischen Gast einerseits und Herbergs-, Verpflegungs-, Fuhr-, Stall- und Badewirt andererseits; zwischen Hausherr und Besuch; zwischen Ladeninhaber und Kunden sowie zwischen dem, der einen Verkehr eröffnet, und dem Verkehrsteilnehmer.<sup>339</sup> Damit wurden praktisch alle Fälle des später sog. sozialen Kontaktes erfasst. Erstaunlicherweise lehnte *Polenske* jedoch die Anwendung des § 278 BGB bei einer Schadensersatzpflicht ab,<sup>340</sup> so dass der praktische Zweck seiner Konstruktion dunkel bleibt. In unserem Zusammenhang ist weiter bemerkenswert, dass *Polenske* seine Gastschaftsverträge in keine Beziehung zur culpa in contrahendo gesetzt hat.

*Zusammenfassend* ist zu betonen, dass es sich bei den Vertragskonstruktionen per definitionem nicht um culpa in contrahendo, sondern um culpa *in solvendo* handelt, auch wenn die Verletzung im Vorbereich des Hauptvertrages geschieht. Mit der culpa *in contrahendo* haben diese Auffassungen lediglich insoweit einen Zusammenhang, als sie (mit Ausnahme *Polenskes*) einen Vertrag nur im Falle eines „rechtsgeschäftlichen Kontaktes“ annahmen. Um culpa in contrahendo im institutionellen Sinn dieser Bezeichnung handelte es sich nicht. Es ging um Versuche, für Körper- und Sachschäden im vor-vertraglichen Raum angemessene Haftungs-Lösungen zu finden. Dies ist das Sachproblem, dem die in diesem Abschnitt skizzierten Auffassungen mit Hilfe der Rechtsfigur des Vertrages gerecht zu werden suchten. Dieser praktische Zweck darf bei der Beurteilung dieser wie der anschließend darzustellenden Konstruktionen gerechterweise nicht außer Acht gelassen werden.

---

<sup>337</sup> MDR 1960, 994 und 1967, 459 f. (soweit ein „Besuchsvertrag“ nachweisbar sei).

<sup>338</sup> *Polenske*, AcP 114 (1916) 416 (§ 12). Gegen *Polenske* z. B. *Riezler*, KritVjschr. 54 (1919) 375 ff. („reine Fiktion“: 379). Kritisch gegenüber dem nur gesellschaftlichen Gastschaftsvertrag auch *Siber*, JhJb. 70 (1921) 260 N. 2.

<sup>339</sup> *Polenske*, *ibid.* (letzte N.) § 15.

<sup>340</sup> *Polenske*, *ibid.* (vorletzte N.) § 417: Der Wirt bediene sich seiner Betriebshelfer nicht zur Erfüllung einer *Verbindlichkeit*, die ihn nur hinsichtlich der Duldung, nicht aber hinsichtlich der Sicherheit seiner Gäste treffe. *Polenske* hält insoweit die Regelung des § 831 BGB für richtig (§§ 419 ff.).

## 2. Einseitiges Rechtsgeschäft

Den naheliegenden Einwand der Fiktion gegenüber der Konstruktion des Erhaltungsvertrages erhob als erster *Fürst* im Jahre 1910; viele andere haben seinen Vorwurf seither aufgegriffen.<sup>341</sup> *Fürst* berief sich als erster auf das *einseitige Rechtsgeschäft* als formellen Rechtsgrund für die vertragsgleiche Gebundenheit, ohne mit seinen Vorschlägen nachhaltigen Einfluss auszuüben.<sup>342</sup> Eine Verbindung zur culpa in contrahendo stellte *Fürst* nicht her. Der eigentliche Begründer und Hauptvertreter der Theorie von der Haftungsentstehung durch einseitigen Rechtsakt („einseitiges Rechtsgeschäft“ bzw. „geschäftähnliche Handlung“) war *Heinrich Stoll*: Das Verhandlungsverhältnis und damit die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen beginne mit dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen, d.h. mit Abgabe eines Angebotes, oder aber durch die Aufforderung zu Eintritt in Vertragsverhandlungen.<sup>343</sup> Der Grund für die Entwicklung dieser „Eintrittstheorie“ durch *Heinrich Stoll* dürfte darin liegen, dass er einerseits in der Annahme eines Vorvertrages eine Fiktion sah, andererseits aber ein praktisches Bedürfnis für vertragsartige Sorgfaltspflichten der Parteien bereits während der Vertragsverhandlungen anerkannte.<sup>344</sup> Auf die gesetzliche Beschränkung des Kreises der durch einseitiges Rechtsgeschäft begründbaren Schuldverhältnisse (§ 305 BGB) ging *Heinrich Stoll* nicht näher ein.<sup>345</sup> Durch seinen rechtstechni-

---

<sup>341</sup> *Fürst*, LZ 1910, 179; vgl. ferner z. B. *Leonhard*, Verschulden 20; *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 543; *Dölle*, ZStW 103 (1943) 70.

<sup>342</sup> Seine Auffassung ist im Einzelnen recht unklar und kaum von der Vertragskonstruktion zu scheiden: *Fürst* sieht das einseitige Rechtsgeschäft in der „in dem Eintritt liegenden Willenserklärung des *Gastes*, dass er zur Beherbergung oder Beköstigung in den Räumen des Wirtes verweilen wolle“ (Hervorhebung vom Verf.). Die für einen Vertrag erforderliche Zustimmung des anderen Teils hält *Fürst* für überflüssig, da ja durch die Eröffnung des Gewerbebetriebes die Erklärung abgegeben sei, dass Räume dem Publikum zur Verfügung gestellt würden. Damit sei die Gebundenheit des den Verkehr Eröffnenden geschaffen, auf deren Grundlage die Willenserklärung des Eintretenden das Rechtsverhältnis zum Entstehen bringe. Diese Haftung bestehe insbes. bei Wirten, offenen Ladengeschäften und Transportanstalten, Theater- und Konzertveranstaltern, bei den Inhabern eines Kontors, den Rechtsanwälten und Ärzten – jedoch immer nur dann, wenn die Besucher die Räume zu *den* rechtsgeschäftlichen Zwecken betreten, um derentwillen sie eröffnet wurden. Diese Haftung trete auch ein, wenn es um die Vorbereitung künftiger Rechtsgeschäfte gehe oder der Besucher erst auf dem Wege zum Kartenschalter (Theater, Konzert, Transportunternehmen) sei, um einen Vertrag zu schließen (LZ 1910, 179 ff.).

<sup>343</sup> LZ 1923, 544; *Stoll-Felgentraeger* 165; JW 1933, 36 („geschäftähnliche Handlung“),

<sup>344</sup> LZ 1923, 543 f.; JW 1933, 36.

<sup>345</sup> LZ 1923, 544. *Ostwald*, der bereits im Jahre 1920 eine „Haftung für Verkehrssicherheit“ in einer Reihe von Fällen auf ein einseitiges Rechtsgeschäft des Sicherungspflichtigen zurückgeführt hat, umging die Vorschrift des § 305 BGB dadurch, dass er als „Gesetz“ im Sinne dieser Vorschrift auch das Gewohnheitsrecht ansah. Gerichtsgebrauch und Wissenschaft könnten Gewohnheitsrecht durch Anerkennung der Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften in den Fällen der „Haftung für Verkehrssicherheit“ schaffen (148). Die Haftung für Verkehrssicherheit soll jedoch nur die Inhaber von städtischen und großstädtischen „Verkehrsmittelpunkten“ treffen, die ihre Betriebe und Unternehmen am öffentlichen Verkehr teilnehmen ließen, und daraus Nutzen zu ziehen. Nach *Ostwalds* Ansicht kommen hier vornehmlich Bahnhöfe, Theater, andere große Schaustellungen, Gasthöfe und Kaffeehäuser, aber auch große Waren- und Kaufhäuser, große Postanstalten und Banken sowie ähnliche Anstalten in Betracht, sofern der Besucher sich aus Gründen in die Räume begeben hatte, aus denen der Ersatzpflichtige die-

schen „Kunstgriff“ erstreckte *Stoll* das „Schuldverhältnis als Organismus“ auf den Bereich der Vertragsverhandlungen. Unter diesem auf *Siber* zurückgehenden, der Sprache der Naturwissenschaft entnommenen Begriff des Schuldverhältnisses als Organismus verstand *Heinrich Stoll* die „Grundlagen für die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien“. <sup>346</sup> In unserem Zusammenhang ist entscheidend, dass damit auch die Sorgfaltpflichten (im Sinne von Rechtsgütererhaltungspflichten) auf das Stadium der Vertragsverhandlungen ausgedehnt wurden. <sup>347</sup> Später setzte *Stoll* das *Schuldverhältnis als Organismus* mit dem *Vertrauensverhältnis* gleich, das vom Beginn der Vertragsverhandlungen bis zur Beendigung des Schuldverhältnisses dauere. Aus diesem Vertrauensverhältnis ergab sich für *Stoll* die gegenseitige *Schutzpflicht*, d.h. die Pflicht, in wechselseitiger Rücksichtnahme dafür zu sorgen, dass keiner den anderen durch sein Wirken schädigt. <sup>348</sup> Abschließend ist zu betonen, dass *Heinrich Stoll* – gegen die Kritik *Hildebrandts* – ausdrücklich die Schutzpflichten dem allgemeinen Grundsatz der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen unterstellte. <sup>349</sup>

## II. Nicht-rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung

### *Einführung*

Während die bisher (oben B. I.) dargestellten Auffassungen den Entstehungsgrund der Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen *in contrahendo* bzw. *ante contrahendum* auf den Parteiwillen gründeten, wird die Verantwortlichkeit in diesen Fällen – wie bei der culpa in contrahendo überhaupt – seit den zwanziger Jahren mehr und mehr auf das „objektive Recht“ gestützt. Der über Jahrzehnte hin heiß umstrittene (formale) Entstehungsgrund der Haftung (z. B. anerkannte Rechtsgrundsätze, Gesetzesanalogie, Rechtsanalogie, § 242

---

se dem öffentlichen Verkehr geöffnet hatte (149 f.). Der Zweck dieser Konstruktion besteht in der daraus folgenden Anwendbarkeit des § 278 BGB (151). Eine Verbindungslinie der „Haftung für Verkehrssicherheit“ zu den Fällen der culpa in contrahendo zieht *Ostwald* nicht.

<sup>346</sup> LZ 1923, 544 bei und in N. 20. Dieser Organismus kann seine Erscheinungsform beliebig während des rechtsgeschäftlichen Kontaktes der Parteien ändern (*ibid.*).

<sup>347</sup> LZ 1923, 535, 545; *Stoll-Felgentraeger* 165. Das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen beginnt bereits mit dem Eintritt in ein Warenhaus (LZ 1923, 535 N. 9).

<sup>348</sup> Leistungsstörungen 25 ff.; § 2 I u. III des Gesetzesentwurfes (*ibid.* 129/130). Zu dieser Vertragskonzeption vgl. näher unten § 9 B. I. 2. c. aa. (S. 247 ff.).

<sup>349</sup> JW 1933, 36. Der Lehre *Heinrich Stolls* folgen im Grundsätzlichen: *Tammena* 56 f. (Bei den Warenhausfällen will *Tammena* jedoch – im Gegensatz zu Wirtshausfällen – die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen erst mit dem Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen eintreten lassen: 44); v. *Biema* 2, 4; *Bogusch* 44, 57; *Krauße* 36, 49; *Silbermann* 25 f., 33. Gegen *Stoll* wenden sich u.a.: *Hildebrandt* 91; *Schultz* 51, *Grandpair* 22. Neuerdings gelangt *Wennberg* im Anschluss an die skandinavische Löftetheorie zu einer im Großen und Ganzen mit der Lehre *Heinrich Stolls* übereinstimmenden Auffassung (108). Hinsichtlich der Abgrenzung der Schutzpflichten folgt er indessen der (früheren) Ansicht von *Nirk* (vgl. unten N. 425).

BGB, Rechtsergänzung, Rechtsgewohnheit, Richterrecht, freie richterliche Rechtsfortbildung usw.) spielt in unserem Zusammenhang keine Rolle. Die Streitfrage dürfte im Übrigen heute überholt sein: Es handelt sich insbesondere nicht um ein gewohnheitsrechtliches Institut, sondern um eine „richterliche Rechtsfortbildung“<sup>350</sup>, deren formelle – und bei der culpa in contrahendo auch materielle – Berechtigung heute kaum mehr grundsätzlich in Zweifel gezogen wird. Ob man mit *Larenz* bei der culpa in contrahendo von einer „geglückten Rechtsfortbildung“<sup>351</sup> sprechen kann, ist eine andere Frage, die meines Erachtens wenigstens für unseren Problembereich nicht mit „Ja“ zu beantworten ist.<sup>352</sup>

Die Auffassungen derjenigen, die die Haftung in unseren Fällen auf eine „objektive“ Anspruchsnorm stützen, sind nicht einheitlich. Eine erste Gruppe von Autoren fasst die vorvertraglichen Erhaltungspflichten als *eine* Erscheinungsform der aus den eigentlichen Vertragsverhandlungen entspringenden Pflichten auf. Sie beschränkt dementsprechend den zeitlichen Anwendungsbereich der vertragsgleichen Haftung auch für die hier interessierenden Schutzpflichten auf das Stadium der Verhandlungen im eigentlichen Sinn (unten 1.). Auf diese Weise bleiben die Schädigungen vor dem tatsächlichen Eintritt in die Verhandlungen dem Deliktsrecht unterworfen. Um diese Fälle mit in die Vertragsordnung einzubeziehen, erstrecken viele den Tatbestand der culpa in contrahendo auf die von *Larenz* sog. Fälle des *geschäftlichen Kontakts*. Diese – im Einzelnen unterschiedlich ausgeformte – Theorie der Haftung aus geschäftlichem Kontakt kann heute als herrschende Meinung bezeichnet werden (unten 2.). Über diese Konzeption geht die von *Haupt* begründete und von *Dölle* für unseren Fragenkreis ausgebaute Lehre vom *sozialen Kontakt* hinaus. Sie löst die Haftung völlig vom intendierten Vertrag und stellt ganz allgemein auf den Eintritt in die von einem anderen beherrschte Rechtssphäre ab (unten 3.). Eine letzte Gruppe lehnt die Anwendung vertraglicher Haftungsnormen auf Erhaltungspflichtverletzungen außerhalb von Verträgen grundsätzlich ab – gleichgültig, ob es sich um sozialen oder geschäftlichen Kontakt bzw. um Verletzungen vor oder während der eigentlichen Vertragsverhandlungen handelt. Nach dieser Ansicht kommen hier nur die Deliktvorschriften in Betracht (unten 4.).

---

<sup>350</sup> Zum Verhältnis von Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht vgl. neuerdings insbes. *Esser*, von Hippel-Festschr. 95 ff. Die h.M. dürfte von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung ausgehen: vgl. unten N. 917. Zum inneren Geltungsgrund (Gerechtigkeitsgrund) vgl. unten § 9 B. II. 1. a. cc. (S. 265 ff.).

<sup>351</sup> Kennzeichen 5, 13 f.

<sup>352</sup> Vgl. dazu unten § 9 (S. 241 ff.).

1. Culpa in contrahendo im engen Sinn

Soweit die Erhaltungspflichten als eine Species der Pflichten in contrahendo angesehen werden und der Tatbestand des „Verschuldens bei Vertragsschluss“ auf die eigentlichen Vertragsverhandlungen beschränkt wird (culpa in contrahendo im engeren oder eigentlichen Sinn), können Schadensfälle, die vor dem Eintritt in das Verhandlungsstadium liegen, nicht nach vertraglichen Grundsätzen beurteilt werden. Dies trifft vor allem auf die praktisch wichtigen Kaufhausunfälle zu, die sich vor Beginn des eigentlichen Verkaufsgesprächs ereignen. Manche Autoren weisen auf diese Konsequenz der Beschränkung des Tatbestandes der culpa in contrahendo auf die Verhandlungen im eigentlichen Sinn nicht besonders hin, sondern belassen es bei der Feststellung, dass in contrahendo bzw. mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen auch für die Verletzung von Erhaltungspflichten gehaftet werden.<sup>353</sup> Andere sprechen jedoch ausdrücklich oder konkludent aus, dass auch die Schutzpflichten erst mit Beginn der konkreten Verhandlungen entständen<sup>354</sup> und zuvor – auch bei Kauflustigen – eintretende Schadensfälle nicht nach der Vertrags-, sondern nach der Deliktsordnung zu beurteilen seien.

2. Haftung aus geschäftlichem Kontakt (Erweiterung der culpa in contrahendo auf Erhaltungspflichten bei Anbahnung geschäftlichen Kontaktes)<sup>355</sup>

Wie wir gesehen haben (oben 1.), bietet der „klassische“ enge Tatbestand der culpa in contrahendo auch bei Einbeziehung der Erhaltungspflichten keine Möglichkeit, diejenigen Schadensfälle nach vertraglichen Grundsätzen zu beurteilen, die sich vor Eintritt in die eigentlichen Vertragsverhandlungen ereignen. Man empfand jedoch vielfach das dringende Bedürfnis, diese Fälle der Vertragsordnung zu unterwerfen, d.h. vor allem den Geschäftsherrn strikt für das Verschulden der Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) haften zu las-

---

<sup>353</sup> So z. B. *H. Eichler* 11; *Mielke* 60, 63; *Unger* 93 f., 111, 115; vgl. auch *Flume* 128; *Enneccerus-Nipperdey* § 161, IV, 2; § 163, VII, 1; *Staudinger/Ostler* § 433 Bem. 121.

<sup>354</sup> Ausdrücklich: *Fichtner* 77 f.; *Käuffer* 10; *Zilken* 59/60; *Zweig* 13/14; *Wussow* (Rdnr. 908; für Gastwirte). Konkludent: *Achilles-Greiff/Kieckebusch* §§ 276-279 Vorbem. 1; *Faber* 35; *Kober* 17, 26; *Staudinger/Werner* §§ 275 ff. Vorbem. 99 (alle durch Verweisung auf die Linoleumrollen-Entscheidung: RGZ 78, 239); ferner *Geiß* 20, 23; *Kreß* 584; wohl auch *Drenhaus* 31; *Höhn* 146 f.; *Levy* 3; *Herbert Müller* 2. Im Ergebnis – wenn auch mit anderen Konsequenzen (vgl. N. 84) – ähnlich: *Nikisch*, *Dölle-Festschr.* 90 f.; in dieser Richtung auch schon *Haupt* 9 f. Zum *Drittenschutz* beim eng verstandenen Verhandlungsverhältnis vgl. etwa *Haecker* 99 ff. und *Fichtner* 76 f.

<sup>355</sup> Ob unter „geschäftlichem“ Kontakt der auf Abschluss eines *Rechtsgeschäfts* als solches – gleich welchen Inhalts – gerichtete oder nur der auf *Austauschverträge* zielende Kontakt zu verstehen ist, wird nirgendwo ausdrücklich erörtert. Der Zusammenhang ergibt z. B. bei *Larenz* (MDR 1954, 518) u. *Soergel-Siebert/R. Schmidt* (§ 275 Vorbem. 5), dass sie die „geschäftliche Ebene“ i.S. der *Austauschbeziehungen* für den „geschäftlichen Kontakt“ als konstitutiv ansehen. In der Tat ist nahezu ausnahmslos der rechtsgeschäftliche Austauschkontakt von praktischer Bedeutung (s. jedoch u. § 1 C. II. 1. d., S. 149 ff.).

sen. Diesem Rechtsgefühl suchte und sucht eine ganze Reihe von Autoren durch eine – wenn auch in Einzelheiten unterschiedliche<sup>356</sup> – Erstreckung des Tatbestandes der culpa in contrahendo hat keinen anderen Zweck als den, die Fallgruppe der Erhaltungspflichtverletzungen vor Beginn der konkreten Vertragsverhandlungen nach Vertragsregeln beurteilen zu können. Diese Tatbestandserstreckung ist mit anderen Worten nur für Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit (und ggf. des Eigentums) Bei Gelegenheit der Anbahnung geschäftlichen Kontaktes relevant. Für eine mit dem Zielvertrag nicht in Zusammenhang stehende allgemeine Erhaltungspflicht am Vermögen des Verhandlungspartners und für die zielvertragsbezogenen Pflichten in contrahendo (Anzeige-, Aufklärungs-, Mitwirkungs-, Obhuts- und Geheimhaltungspflichten) ist die Tatbestandserstreckung a priori ohne Bedeutung.<sup>357</sup> Derartige Pflichten sind in diesem frühen Stadium der Anbahnung geschäftlicher Beziehungen mangels unmittelbaren Kontaktes zwischen den Verhandlungspartnern funktionslos.<sup>358</sup> Dies verdient hervorgehoben zu werden, bevor wir die einzelnen Varianten der Haftung aus geschäftlichem Kontakt skizzieren. Dabei wird es sich vornehmlich um den Versuch handeln, verschiedene Ansätze aufzuzeigen, die – insgesamt gesehen – eine Entwicklungslinie deutlich erkennen lassen: Das geschäftliche Motiv des „Besuchers“ verblasst als Merkmal des Tatbestandes der Haftung aus geschäftlichem Kontakt mehr und mehr.

Der dogmengeschichtlich älteste Versuch, die *vor Beginn* der eigentlichen Verhandlungen eintretenden Schadensfälle in den Vertragsschutz mit einzubeziehen, hält die Verbindung mit der culpa in contrahendo aufrecht. Dies geschieht dadurch, dass man den „Eintritt in die Vertragsverhandlungen“ vorverlegt. Als Beginn der Verhandlungen wird bereits das

<sup>356</sup> Zweifelhaft sind vor allem der Entstehungstatbestand und der (persönliche) Umfang der Haftung; vgl. dazu unten § 1 B. II. (S. 100 ff.).

<sup>357</sup> Dies scheint *Larenz* (Schuldrecht I, § 9 I 2) zu übersehen, wenn er ausführt, dass das durch die Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes begründete Schuldverhältnis sowohl Aufklärungs- und Mitteilungs-, als auch Obhuts- und Sorgfaltspflichten umfasse. Mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes können sinnvollerweise nur solche Pflichten entstehen, die nicht den Eintritt in die eigentlichen Verhandlungen voraussetzen, nämlich Erhaltungspflichten hinsichtlich Person und Eigentum. Alle anderen Pflichten in contrahendo werden erst mit Beginn des konkreten Verhandlungskontaktes relevant. Selbstverständlich kann man sagen, und in diesem Sinne wird *Larenz* wohl auch zu verstehen sein, dass die Sonderbeziehung mit Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes begründet wird und sich aus diesem Verhältnis bestimmte Pflichten ergeben, die je nach dem Stadium der Entwicklung des Sonderverhältnisses verschieden sein können (vgl. auch unten N. 367). Der Organismus des Schuldverhältnisses kann verschiedene Erscheinungsformen annehmen (*Heinrich Stoll*). In unserem Zusammenhang kommt es nur darauf an klarzustellen, dass die Erweiterung des Tatbestandes der culpa in contrahendo aufgrund der Lehre von der Haftung aus geschäftlichem Kontakt nur für die Erhaltungspflichten hinsichtlich der Integrität von Person und Eigentum relevant wird und die festgestellte Fortentwicklung allein diesem Schutzzweck dient. Die Schutzsphäre der culpa in contrahendo ist lediglich für *diese* Objekte (Person, Eigentum) zeitlich nach vorn erstreckt worden.

<sup>358</sup> Aufklärungspflichtverletzungen, die auf den Vertragsinhalt bezogen sind, können überhaupt nur bei abgeschlossenen Verträgen relevant werden. Vgl. hierzu auch *Nikisch*, *Dölle-Festschr.* 90/91.



„Herantreten“ an einen anderen zu Verhandlungen anerkannt. Dieses Merkmal sieht man schon in Anzeigen, Werbemaßnahmen oder Schaufensterauslagen verwirklicht. Das „Herantreten“ bzw. das „Eingehen“ auf solche „Aufforderungen“, d.h. *in concreto* das Betreten der Räumlichkeiten zu geschäftlichen Zwecken (Kauf, Vorbereitung eines Kaufes), lässt die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen hinsichtlich der Erhaltung der Rechtsgüter der Parteien entstehen.<sup>359</sup> Aufschlussreich für die sich hier abzeichnende Abspaltung eines eigenständigen Tatbestandes von der culpa in contrahendo bei Verletzungen des Integritätsinteresses ante contrahendum ist die Argumentation von *Diers*, dessen theoretischer Ansatz auf Gedanken *Ballerstedts*<sup>360</sup> beruht. *Diers* stellt auf das durch Erregung und entsprechende Inanspruchnahme des Vertrauens geschaffene Vertrauensverhältnis ab, das dort *ausnahmsweise* schon vor dem eigentlichen Verhandlungsbegründet sei, „wo Verträge in typischer Weise angebahnt werden, z. B. durch das Betreten eines Kaufhauses, einer Gaststätte oder dergleichen“.<sup>361</sup> Die „geschäftliche Absicht“ setzen einige Autoren dabei als selbstverständlich voraus,<sup>362</sup> oder stellen doch eine Vermutung für das geschäftliche Motiv jedes Besuchers auf.<sup>363</sup> Bei dem mehr oder weniger deutlich ausformulierten *zweiseitigen* („gesetzlichen“) und vom eigentlichen Verhandlungsverhältnis abge-

<sup>359</sup> *Herholz*, AcP 130 (1929) 289 f., 295 f. (nicht ganz eindeutig hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen bzw. nicht-rechtsgeschäftlichen Begründung der Haftung); *Ehwalz* 23 („Rechtshandlung der Ausführung des Entschlusses zu Vertragsverhandlungen“); *Steinberg* 93 f.; wohl etwas enger (Vertragshaftung nur bei konkreter Kaufabsicht): *Dömpke* 45 f.; *Hassel* 61 f.; 68; *Krauße* 44, 49 f.; *Konrad Leyer* 31 f.; *Ottensmeyer* 42 f. Vgl. auch *Esser*, Schuldrecht 1. Aufl., § 21, 4 („faktisches Eingehen engeren Kontaktes“) und *Erman*, AcP 139 (1934) 319 (das „Verhandlungsabkommen“ bezieht sich wohl nicht auf die vorvertraglichen Erhaltungspflichten: vgl. *ibid.* 319, 320, 322). Hierher gehört auch *Müllereiserts* „Haftungsvertrag“, der unabhängig vom Willen oder von Willenserklärungen der Verhandlungspartner infolge eines „generellen Einigseins der objektiven Umwelt in Bezug auf die haftungsbegründende Bedeutung des begonnenen Handelns“ entsteht (65 [Zitat] in Verbindung mit 208 ff.). Den Haftungsvertrag formuliert *Müllereisert* wie folgt (211): „Wer in einer allgemein üblichen oder in einer dieser gleich zu achtenden besonderen Weise zur vorbereitenden Unterrichtung über die Bedingungen, unter welchen er grundsätzlich zum Abschluss von Verträgen bestimmter Art und über bestimmte Gegenstände bereit ist, zu dem Betreten seiner Geschäfts-, Lagerungs-, Besichtigungs- oder Ausstellungsräume oder zum Eintritt in Vertragsverhandlungen auffordert oder sich öffentlich hierzu erbieht, haftet jedem, welcher daraufhin die Räume betritt oder sich in Vertragsverhandlungen einlässt, wenn er dabei zu Schaden kommt, aus Vertrag, auch wenn es nicht zu dem Abschluss eines Vertrages kommt.“

<sup>360</sup> Vgl. *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51) 506, 507 N. 17. *Ballerstedt* stellt heraus, dass erst das Vertrauen des Gegners auf die erklärte Absicht zum Eintritt in Verhandlungen die Beziehungen zwischen den Parteien zu einem rechtlichen Verhältnis gestaltet. Die *Ballerstedtsche* Auffassung trägt m.E. wenigstens für den Teil der Erhaltungspflichtfälle nicht, in denen der Geschädigte durch Versehen eines Angestellten verletzt wird. Hier will *Ballerstedt* den Geschäftsherrn haften lassen, weil der Geschädigte diesem, nicht dem Angestellten, vertraut habe (*ibid.* 512). Dies scheint mir zweifelhaft: Das Vertrauen, von einem Angestellten nicht verletzt zu werden, richtet sich doch sicher zunächst an diesen selbst und allenfalls *auch* gegen den Geschäftsherrn. Im Übrigen scheint es mir fraglich, ob man in diesem Bereich noch von einem „Vertrauen“ sprechen kann, das dem rechtsgeschäftlichen Bereich zuzuordnen wäre. Vgl. dazu unten § 9 B. II. 1. a. cc. (S. 265 ff.).

<sup>361</sup> 55, 61 (Zitat).

<sup>362</sup> *Hassel* 68; *Krauße* 49 f.

<sup>363</sup> *Diers* 58.

lösten Entstehungstatbestand dieser Variante der Haftung aus geschäftlichem Kontakt verflüchtigt sich der praktische Unterschied zur „vertragstheoretischen“ Auffassung bis zur Irrelevanz. Freilich entgeht diese objektive Konstruktion dem Vorwurf der Fiktion.

Eine andere Gruppe von Autoren löst die Haftung nach vertragsartigen Grundsätzen in unserem Fallbereich vom Verhandlungsverhältnis auch terminologisch und spricht von *Haftung aus geschäftlichem Kontakt*. Die fiktive Überdehnung des Verhandlungsverhältnisses wird damit aufgegeben. Diese Auffassung wurde von *Larenz* begründet und kann heute als herrschende Lehre angesehen werden. Darüber hinaus dürfte auch die deutsche Rechtsprechung dieser Auffassung wenigstens theoretisch zuneigen (s. u. § 1 C. II. 1. c.). Die *Larenzsche* Lehre soll wegen ihrer grundlegenden Bedeutung etwas ausführlicher dargelegt werden. Sie ist im Übrigen auch wegen ihres sehr klar dargelegten Ableitungszusammenhangs besonders aufschlussreich. *Larenz* geht von einigen praktischen Fällen aus, in denen der (Körper- oder Eigentums-)Schaden zwar vor (oder nach erfolglosen) Vertragsverhandlungen eingetreten ist, dennoch aber ein Schutz nach vertraglichen Grundsätzen „vernünftig“ erscheine, da mit Rücksicht auf die Regelung des § 831 BGB diese Fälle mit der (deliktischen) Verkehrssicherungspflicht nicht befriedigend – d.h. nicht unserem Rechtsempfinden entsprechend – gelöst werden könnten.<sup>364</sup> Da es bei diesen Fällen praktisch um die Anwendung des § 278 BGB gehe, komme es darauf an zu ermitteln, ob diese Vorschrift nach ihrem tragenden Rechtsgedanken diese Fälle decke oder nicht. Den Sinn der genannten Bestimmung umreißt *Larenz* dahin, dass derjenige, der einen „Vorteil von der Zuziehung des Gehilfen (in Gestalt der Erweiterung seines geschäftlichen Wirkungsbereichs) hat, dadurch nicht das Risiko seines Geschäftspartners vergrößern“ dürfe. In den hier behandelten Fällen habe der Inhaber der Geschäftsräume ein geschäftliches Interesse am Besuch von Kunden oder Kaufinteressenten als „möglichen Kunden“. Dieses geschäftliche Interesse rechtfertige den über die Verkehrssicherungspflichten deliktischer Art hinausgehenden Schutz nach vertraglichen Grundsätzen. Lasse der Geschäftsinhaber bei der Instandhaltung der Räume und der Bedienung der Kunden Hilfspersonen tätig werden, deren Tätigkeit seinem geschäftlichen Nutzen diene, so müsse er für deren Versehen wie für eigenes einstehen. *Larenz* beschränkt diese Haftung jedoch auf *Kontakte auf der Ebene des Geschäftsverkehrs*. Jeglichen Schaden, der bei pri-

---

<sup>364</sup> MDR 1954, 515 ff. Aufschlussreich ist auch die Darstellung von *Schopp* (Rechtspfleger 1966, 292): Zunächst führt er aus, dass der Beginn des gesetzlichen Rechtsverhältnisses der culpa in contrahendo umstritten sei, heute aber nach allgemeiner Meinung nicht erst mit Verhandlungen beginne. Dann fährt er unmittelbar fort: „Der ... Linoleumfall setzt keine Verhandlungen voraus.“

vaten, d.h. nichtgeschäftlichen Kontakten eintritt, will er nach Deliktsrecht behandeln.<sup>365</sup> Den Tatbestand der Haftung umschreibt *Larenz* dahin, dass jemand als Kunde oder möglicher Kunde die Geschäftsräume eines anderen betritt.<sup>366</sup> „Möglicher Kunde“ ist nach seiner Auffassung auch derjenige, der einen Geschäftsraum noch ohne jede bestimmte Kaufabsicht, sondern nur in der Absicht aufsucht, um sich über die Auslagen und die Preise zu unterrichten; sein Verhalten sei erfahrungsgemäß und typisch dazu geeignet, zu einem Kaufabschluss zu führen. Dies sei vom Geschäftsinhaber bezweckt. Dieser müsse daher ebenso haften, wie wenn jemand während der eigentlichen Kaufverhandlungen oder nach einem Kauf einen Schaden erleide. Durch den Eintritt des möglichen Kunden werde eine (vertragliche) Verantwortlichkeit bis zum Verlassen des Geschäftes begründet. Dabei spreche beim Warenhaus eine *Vermutung* dafür, dass jeder Eintretende dies als möglicher Kunde tue, so dass den Geschäftsinhaber die Beweislast dafür treffe, dass ein geschäftlicher Kontakt *nicht* aufgenommen werden sollte. *Larenz* vertritt die Auffassung, dass es sich bei dieser Haftung für die Sicherheit des möglichen Kunden in Geschäftsräumen um eine „sinn- und sachgemäße Erweiterung der vor-vertraglichen Haftung für culpa in contrahendo“ handle, die eine vertragsartige Verantwortlichkeit nicht erst mit der Aufnahme von Verhandlungen, sondern bereits mit der Anbahnung geschäftlichen Kontaktes durch das Betreten der Geschäftsräume eintreten lasse. Nachdem man die culpa in contrahendo-Haftung auf das objektive Recht gründe, stehe nichts mehr im Wege, „dem Tatbestande der Aufnahme von Vertragsverhandlungen andere Tatbestände der Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts gleichzustellen“ wenn eine gleichartige Haftung gerechtfertigt sei. Ein derartiger, gleich zu wertender Tatbestand sei der Eintritt in die Geschäftsräume eines anderen als Kunde oder möglicher Kunde. Wolle man diese Tatbestände auch terminologisch in die Haftung für culpa in contrahendo mit einbeziehen, so möge man von einem „gesetzlichen Schuldverhältnis aus Vertragsverhandlungen oder sonstigem geschäftlichem Kontakt“ sprechen.<sup>367</sup> Dementsprechend lautet der Haftungstatbestand nach *Larenz*: Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen *oder* eines geschäftlichen Kontaktes löst Sorgfaltspflichten aus, die im einzelnen Aufklärungs-, Mitteilungs-, Obhutspflichten

---

<sup>365</sup> MDR 1954, 516-518. Kritisch zu der *Larenzschen* Interpretation des § 278 BGB *Eike Schmidt*, AcP 170 (1970) 507. Für nicht-geschäftlichen Kontakt gibt *Larenz* folgende Beispiele: geselliger Verkehr, Freundschaftsbesuch, Mitnahme aus Gefälligkeit, Begegnung im Straßenverkehr, Betreten eines Warenhauses, um eine bekannte Persönlichkeit beim Einkauf zu beobachten oder um sich zu erwärmen bzw. Schutz vor Regen zu suchen und dergl.

<sup>366</sup> MDR 1954, 518.

<sup>367</sup> MDR 1954, 518. *Larenz* behandelt die Haftung aus geschäftlichem Kontakt zwar im Zusammenhang mit der c.i.c., jedoch deutlich als Sonderfall: Schuldrecht I § 9 I; vgl. auch *ders.*, Kennzeichen, 13 und Allg. Teil § 36 III.

oder Pflichten gegenseitiger Rücksichtnahme sein können.<sup>368</sup> Diese Auffassung hat sich in Lehre<sup>369</sup> und Rechtsprechung<sup>370</sup> weithin durchgesetzt. In der eben wiedergegebenen Formulierung wird ganz deutlich, dass es sich bei der Haftung aus geschäftlichem Kontakt um einen neuen, von der culpa in contrahendo im eigentlichen Sinne verschiedenen Tatbestand handelt, der nichts mehr mit der „klassischen“ culpa in contrahendo gemein hat.

Aus der Untersuchung der *Larenzschen* Lehre ergibt sich Folgendes: Motiv für die Ausdehnung des Tatbestandes der culpa in contrahendo war das Rechtsempfinden, die „an sich“ zuständige Vorschrift unserer Rechtsordnung (§ 831 BGB) führe zu ungerechten Entscheidungen. Als Mittel der „gerechten“ Falllösung bot sich die Regelung des § 278 BGB an. Rechtstechnisch wurde diese Norm dadurch anwendbar gemacht, dass man die „Sonderbeziehung“ der culpa in contrahendo auf die Fälle der Anbahnung des geschäftlichen Kontaktes erweiterte.<sup>371</sup> Tatsächlich werden dadurch zwei Haftungstatbestände geschaffen: Die echte „culpa in contrahendo“, deren Pflichten mit dem Eintritt in Verhandlungen entstehen, und als neue Anspruchsnorm die „Eröffnung eines Verkehrs für (mögliche) Kunden“.

Diese Spaltung des Tatbestandes vollzieht *Schleeh* expressis verbis – wenn er auch nicht auf die Verkehrseröffnung abstellt: Nach vertraglichen Grundsätzen hafte bereits, wer seinen Willen, geschäftlichen Kontakt zu suchen, in Tätigkeit setze; der passive Teil, dem der

<sup>368</sup> Vgl. etwa Kennzeichen 13; Schuldrecht I § 9 I 1.

<sup>369</sup> Ausdrücklich oder doch im wesentlichen Ergebnis wie *Larenz*: BGB-RGRK/*Nastelski* § 276 Bem. 106 (anders § 278 Bem. 58, wo RGWarn 1912 Nr. 410 als „unbedenklich“ bezeichnet wird, eine Entscheidung, die Vertragshaftung bei Verletzung eines Kaufhaus-Besuchers vor Beginn der Kaufverhandlungen ablehnte); *Brox* Rdnr. 56; *Bruck-Möller* § 44 Bem. 37; v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II, 58 (*de lege lata*; vgl. jedoch unten N. 422); *Canaris*, NJW 1964, 1988; *ders.*, JZ 1965, 479; *Erman* § 276 Bem. 8; *Esser*, Schuldrecht I § 52 III 2; *Frotz*, Gschnitzer-Gedenkschr. 173 f.; *Medicus* JuS 1965, 213; *Nirk*, Möhring-Festschr. 404/405 (entgegen seiner früheren Auffassung; vgl. dazu unten bei N. 425); E. *Rehbinder*, BB 1965, 443 N. 45; *Schopp*, Rechtspfleger 1966, 292 f.; *Weimar*, MDR 1967, 459 f. (soweit kein besonderer „Besuchsvertrag“ nachweisbar sei); vgl. weiter *Palandt/Heinrichs* § 276 Bem. 6, b, dd (Bezugnahme auf BGH NJW 1962, 32); *Simitis* 589 mit N. 69; *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 5; *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 421 (s. jedoch auch unten bei N. 379); HGB-RGRK/*Würdinger/Röhrich* § 373 Vorbem. 497; *Zeitmann*, VersN 1962, 3 (Anm. zu BGH NJW 1962, 31). Ausdrücklich gegen die Begrenzung der (vertragsgleichen) Haftung auf die Fälle des geschäftlichen Kontakts z. B. *Thiele*, JZ 1967, 652 f.

<sup>370</sup> Vgl. unten § 1 C. II. 1. (S. 142 ff.).

<sup>371</sup> Aus der *Larenzschen* Ableitung der erweiterten Haftung aus culpa in contrahendo für Schäden bei Anbahnung des geschäftlichen Kontaktes ergibt sich eine bemerkenswerte Parallele zur Entwicklung der culpa in contrahendo durch *Jhering*. Bei beiden stand das Gerechtigkeitsargument, das Rechtsempfinden hinsichtlich der mangelhaften Lösung konkreter Fälle durch das geltende Recht am Beginn der Argumentationskette. Vgl. die Darstellung der Genesis der culpa in contrahendo bei *Jhering* in der *Larenzschen* Methodenlehre (396 f.). Das dort von *Larenz* über den *Jheringschen* Ableitungszusammenhang der culpa in contrahendo Gesagte gilt entsprechend für seine eigene Begründung der Haftung aus geschäftlichem Kontakt. Eine vergleichbare „Deduktion“ der Anwendung vertragsrechtlicher Bestimmungen, insbesondere des § 278 auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen findet sich im Übrigen schon bei *Schütz* im Jahre 1901 in seiner Arbeit über die „Haftung für das Verschulden von Gehülfen“ (73-78).

geschäftliche Kontakt angetragen werde, hafte erst dann, wenn er sich auf den Kontakt einlasse. Die Pflichten aus culpa in contrahendo, für die eine unzulässige Willensbeeinflussung kennzeichnend sei, entstehen dagegen für *Schleeh* erst mit dem Akt, der die Aufnahme der Verhandlungen realiter einleitet.<sup>372</sup>

Während die bisher angeführten Autoren die Haftung aus (weit verstandenem) Verhandlungsverhältnis bzw. geschäftlichem Kontakt wenigstens grundsätzlich nur gegenüber Besuchern mit „geschäftlichem Motiv“ eintreten lassen,<sup>373</sup> verzichten andere auf dieses Tatbestandsmerkmal. Sie stellen allein auf den Einladenden ab und ziehen – damit verbunden – den Schutzbereich des Vertragsrechts weiter.

*Fikentscher* knüpft die „vorvertragliche Sorgfaltspflicht“ in Gestalt von Schutz, Mitteilungs- und Aufklärungspflichten sowie der Pflicht, sich zu weiteren Verhandlungen oder zu einer Vertragsannahme zur Verfügung zu halten, daran, dass jemand einem anderen „die Möglichkeit zu einem Vertragsschluss“ eröffnet.<sup>374</sup> *Fikentscher* dürfte diese weite Formulierung gewählt haben, um die vor-vertraglichen Erhaltungspflichten mit einbeziehen zu können.<sup>375</sup> Alle übrigen genannten Pflichten werden ja erst relevant, wenn die Partner in Vertragsverhandlungen treten. Lässt man, wie *Fikentscher*, die Schutzpflicht aus der Eröffnung der Möglichkeit zum Vertragsschluss entspringen, so wird jede Abgrenzung des (möglichen) Vertragspartners vom „Dritten“ (*quivis ex populo*) illusorisch: Eine Möglichkeit zum Vertragsschluss wird *jedem Besucher* eines Geschäfts geboten, zu welchem Zweck er auch die Geschäftsräume betreten mag. Dadurch, dass *Fikentscher* auf die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des Vertragsrechts anhand der – wenn auch ggf. nur vermuteten – rechtsgeschäftlichen Intention des *Besuchers* verzichtet und stattdessen einseitig auf die „Ermöglichung des Vertragsschlusses“ seitens des Geschäftsinhabers abhebt, stellt er tatsächlich *jedermann* unter Vertragsschutz. Die rechtsgeschäftliche Intention des *Besuchers* ist nicht mehr Tatbestandsmerkmal der culpa in *contrahendo*. Entscheidend ist allein der geschäftliche Wille des *Geschäftsinhabers*, der sich aus den Umständen (Betriebsöffnung) ergeben dürfte. Der Kontakt wird einseitig durch den Geschäftsinhaber hergestellt. Der „geschäftliche Kontakt“ ist zwar noch Haftungsgrund; er braucht aber nur beim

---

<sup>372</sup> 88 f. *Schleeh* beruft sich zur Unterstützung seine These der einseitigen Haftung aus geschäftlichem Kontakt auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (82 ff.).

<sup>373</sup> Die geschäftliche Absicht des Geschäftsinhabers wird dabei in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt.

<sup>374</sup> § 20 II. Ähnlich schon *Kinze* (1936), der als Haftungsgrund auf den äußerlich erkennbaren (einseitigen) Wunsch des Geschäftsinhabers, mit anderen in Vertragsverhandlungen zu treten, abstellt; insbesondere werde auch dem gegenüber gehaftet, der nicht mit Kaufabsicht die Geschäftsräume betrete (47 f.). Ähnlich wohl schon *Heldrich* 55.

<sup>375</sup> Bei den Schutzpflichten verweist *Fikentscher* u.a. auf BGH NJW 1962, 31 (Bananenschalenfall).

Geschäftsinhaber „geschäftlich“ zu sein und verflüchtigt sich als Kriterium für die Abgrenzung des Vertragsbereiches durch seine Konkretisierung in der „Eröffnung der Möglichkeit zum Vertragsschluss“. Einer Beweisvermutung zugunsten der rechtsgeschäftlichen Absicht des Besuchers wie bei *Larenz*<sup>376</sup> bedarf es nicht mehr. Wer einem anderen die Möglichkeit zu einem Vertragsschluss eröffnet, hat die (vertragsgleich) Pflicht, für den Schutz des eventuellen Vertragspartners zu sorgen. Mit anderen Worten *haftet der Geschäftsinhaber aus der Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken nach vertraglichen Grundsätzen*. Auf diesen Satz läuft im Ergebnis auch die Auffassung *Lehmann-Hübners* hinaus. Er scheint die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen mit einer „Einladung“ des Ladenbesitzers oder Gastwirts zum Besuch der Räumlichkeiten gleichzusetzen, die der Besucher durch das Betreten des Geschäftes annehme.<sup>377</sup> *Lehmann-Hübner* ersetzt auf diese Weise tatsächlich die Aufforderung zu Vertragsverhandlungen durch die Aufforderung zum Besuch der Geschäftsräume. Er verzichtet mit seiner Formulierung auf die Möglichkeit, hinsichtlich des anzuwendenden Normenkomplexes zwischen „vertragsinteressierten“ und anderen Personen zu differenzieren: *Jeder* ist eingeladen, und genießt damit Schutz nach Maßgabe vertraglicher Bestimmungen. Der Kreis der geschützten Personen wird auf diese Weise ganz erheblich erweitert. Zum gleichen Ergebnis gelangen jene Autoren, die die Entstehung der vertragsgleichen Pflichten an die „einseitig gewollte Aufnahme von Verhandlungen“ knüpfen und dem (durch die innere Einstellung des Partners bestimmten) „Eingehen“ auf die Aufforderung zu Verhandlungen keinerlei Bedeutung mehr beimessen.<sup>378</sup> Der Sache, wenn auch nicht der Terminologie nach laufen alle diese Auffassungen darauf hinaus, denjenigen nach vertraglichen Grundsätzen haften zu lassen, der einen Verkehr zu geschäftlichen Zwecken eröffnet. Ausdrücklich findet sich dieser Satz freilich nirgendwo. Lediglich *W. Weber* deutet ihn an, wenn er überall dort eine (sc. vertragsgleiche) Schutzpflicht annehmen möchte, „wo ein Verkehr in einem Gebäude oder

---

<sup>376</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 2. (S. 102).

<sup>377</sup> *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b. Im Ergebnis wohl ebenso *Nikisch*, der von einer auf beiderseitigem Einverständnis beruhenden „vertragsähnlichen Sonderbeziehung“ spricht. Der Inhalt dieser Sonderbeziehung rechtfertige es, den Geschäftsinhaber dem Vertragsrecht zu unterwerfen: Wer nämlich in seinem eigenen Interesse andere auffordere, die von ihm eingerichteten und unterhaltenen Räume zu betreten und sich dort aufzuhalten, übernehme damit eine Verantwortung für deren Sicherheit und müsse wie bei einem Vertragsverhältnis auch für ein Verschulden seiner Hilfspersonen einstehen (Dölle-Festschr. I 91). Im wesentlichen Ergebnis wie *Hübner* auch schon *Ehwalt*, die zwar bei Warenhäusern nur eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht annimmt, jedoch den Entlastungsbeweis (§ 831 I BGB) durch die schlüssige geschäftliche Einladung zum Besuch ohne Kaufzwang als *verwirkt* ansieht (30, 55, 58). Bei Gasthausverhandlungen bestehe dagegen eine besondere schuldrechtliche Erhaltungspflicht (30 f.).

<sup>378</sup> So z. B. ausdrücklich *Mielke* 71-73. Er sieht diese Aufnahme von Verhandlungen bereits in der Eröffnung eines Warenhauses, in Schaufensterauslagen oder (inhaltlich genügend bestimmten) Anzeigen in Zeitungen, Rundfunk und Fernsehen.

auf einem Weg eröffnet wird, deren Einrichtung dazu angetan ist, zu einem Vertragsabschluss zu führen“.<sup>379</sup> Auch hier genießt der Besucher ohne Rücksicht auf seine rechtsgeschäftlichen oder sonstigen Absichten vertraglichen Schutz. Vertragsregeln werden angewandt, weil der Zweck der Eröffnung von Räumlichkeiten auf rechtsgeschäftlichen Verkehr gerichtet ist. Dieser Zweck wird durch die (äußerlich erkennbare) Intention des Geschäftsinhabers bestimmt. Hierher gehört auch die von *Esser* (früher) vertretene Auffassung, die die Schutzpflichten „mit der *Eröffnung werbender Anlagen* für ein Publikum, das als Kundenkreis in Betracht kommt, beginnen lässt.“<sup>380</sup> Nur dürfte hier der räumlich/zeitliche Anwendungsbereich der vertraglichen Rechtsfolgen noch weiter gezogen sein als etwa bei *Fikentscher*, *Lehmann-Hübner* und *W. Weber*.

Die Frage der *Abgrenzung des nach vertraglichen Grundsätzen geschützten Personenkreises* wird entsprechend den verschiedenen Auffassungen unterschiedlich beantwortet: Wer den haftungsbegründenden Tatbestand ohne Rücksicht auf den konkreten Zweck des Besuchers in der geschäftlichen Einladung in die Räumlichkeiten (z. B. *Lehmann-Hübner*)<sup>381</sup>, der (weitverstandenen) einseitigen Aufnahme von „Verhandlungen“ (z. B. *Mielke*)<sup>382</sup>, der Eröffnung werbender Anlagen (*Esser*)<sup>383</sup>, der Verkehrseröffnung (z. B. *Weber*)<sup>384</sup> oder der Eröffnung der Möglichkeit zum Vertragsabschluss (z. B. *Fikentscher*)<sup>385</sup> sieht, gewährt tatsächlich *jedermann* schon mit dem Betreten der Geschäftsräume Vertragsschutz. Dasselbe Ergebnis wird im Regelfall derjenige erreichen, der zwar auf die „geschäftliche Absicht“ abhebt, diese jedoch als selbstverständlich voraussetzt<sup>386</sup> oder doch vermutet (*Larenz*)<sup>387</sup>. Nach Auffassung der übrigen Autoren muss der Geschädigte seine rechtsgeschäftliche Absicht nachweisen, um in den Genuss des

---

<sup>379</sup> *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 803; ähnlich *Enneccerus-Lehmann* § 43 III (die Stellungnahme ist nicht ganz eindeutig, möglicherweise ist *Enneccerus-Lehmann* auch so zu verstehen, dass die Haftung darauf beruht, dass jemand auf die Aufforderung zu Vertragsverhandlungen eingeht; vgl. auch § 26 II 2). Hierher gehören wohl auch *Göldner* (141 f.), *Holz* (45 f.) und grundsätzlich *Krause-Dünow* (MDR 1959, 631: Der Landwirt soll nicht aus culpa in contrahendo für ordnungsgemäße Zugänge zu seinem Hause haften, da er nur ausnahmsweise von Käufern oder Verkäufern besucht werde und die Verkehrseröffnung damit nicht auf den Vertragsabschluss abziele). Vgl. auch *Medicus* § 25 II 1: „Wo die Verkehrseröffnung Vertragsverhandlungen herbeiführen soll, (Gasthaus, Kaufhaus) wird die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht regelmäßig zugleich c.i.c. sein.“ Vgl. jedoch auch *ibid.* § 30 IV 1 c.

<sup>380</sup> *Esser*, Schuldrecht, 2. Aufl. § 10, 2 (anders die 1. [oben N. 359], 3. [unten N. 430] und 4. Aufl. [oben N. 369]).

<sup>381</sup> Oben N. 377.

<sup>382</sup> Oben N. 378.

<sup>383</sup> Oben N. 380.

<sup>384</sup> Oben N. 379.

<sup>385</sup> Oben N. 374.

<sup>386</sup> Und damit *unwiderleglich* (?) vermutet: *Krause* 49 f.; *Hassel* 68.

<sup>387</sup> Vgl. oben Text bei N. 366.

Vertragsrechtsschutzes zu gelangen.<sup>388</sup> Das Problem des Schutzes von *Begleitpersonen* von Kaufwilligen wird von manchen dadurch zu lösen versucht, dass sie – teils in Analogie zu § 328 BGB – den Vertragsschutz auf solche Dritte ausdehnen, an deren Einbeziehung in die Vertragssphäre der geschützte Verhandlungspartner erkennbar ein besonderes, objektiv begründetes Interesse hat.<sup>389</sup> Kein Vertragsschutz kann dagegen gewährt werden bei Dieben,<sup>390</sup> aber auch bei Polizeibeamten im Dienst,<sup>391</sup> Gerichtsvollziehern und Steuerprüfern,<sup>392</sup> ferner bei solchen Personen, die Geschäftsräume zur Abkürzung des Weges,<sup>393</sup> zum Aufwärmen oder als Zufluchtsort vor einem Gewitter<sup>394</sup> betreten. Soweit vom Geschäftsherrn bewiesen werden kann, dass ein Besucher zu einer dieser Gruppen gehört, entfällt selbstverständlich auch dort der vertragliche Schutz, wo zunächst eine Vermutung für das geschäftliche Motiv des Besuchers aufgestellt worden war.<sup>395</sup>

Im Ergebnis zeigt sich deutlich eine Entwicklungslinie: Sie geht von einem (zeitlich, nicht inhaltlich) eng verstandenen Verhandlungsverhältnis aus. (oben 1.) Über die Zwischenstufe einer zeitlich/räumlichen „Streckung“ des Verhandlungsverhältnisses gelangt man zum Schuldverhältnis des „geschäftlichen Kontaktes“, das wenigstens im Prinzip noch auf die beiderseitige geschäftliche Intention gestützt ist. Die Verbindung zur culpa in *contrahendo* geht mehr und mehr verloren. Am Ende der Entwicklung steht ein völlig selbständiger Tatbestand der vertragsartigen Haftung aus Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken. Die Verknüpfung mit dem Vertrag ist damit auf die geschäftliche Motivation der Verkehrseröffnung zusammengeschrumpft.

---

<sup>388</sup> Dies gilt nach *Diers* auch dort, wo geschäftliche Beziehungen *außerhalb* solcher Räume angebahnt werden, die typischerweise für die Einleitung von Vertragsverhandlungen hergerichtet sind. Hier sei nach Vertragsrecht nur zu schützen, wer ein eigenes geschäftliches Interesse gezeigt oder geäußert habe, nicht der Ehegatte oder Kinder usw. (58 ff.); vgl. jedoch auch oben im Text.

<sup>389</sup> So z. B. *Diers* 88 f., 105, 114. Vgl. auch *Weimar*, der in § 328 BGB ein „allgemeines Rechtsprinzip“ sieht, das auch im Rahmen von Vorverhandlungen entsprechend anwendbar sein müsse (MDR 1959, 266; ähnlich VersR 1960, 778); im Ergebnis ebenso *Schopp* Rechtspfleger 1966, 293; *Mühlich* 25; früher auch *Erman*, AcP 139 (1934) 325; enger *Schleeh* (166: Drittschutz von nicht selbst in geschäftlichem Kontakt stehenden Personen nur in Ausnahmefällen – etwa bei Kindern). Gegen die Analogie gemäß § 328 insbesondere *Canaris*, der auf der Grundlage seines einheitlichen vertragsüberdauernden „gesetzlichen Schutzverhältnisses“ dann eine Schutzwirkung für Dritte bei culpa in *contrahendo* bejaht, wenn die Dritten schon vor Vertragsschluss im Hinblick auf den geplanten Vertrag in das Vertrauensverhältnis mit einbezogen wurden (JZ 1965, 480). So jetzt auch *Larenz*, Schuldrecht I § 17 III: „Schuldverhältnisse aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte“.

<sup>390</sup> Z. B. *Krauße* 49 f.

<sup>391</sup> Z. B. *Diers* 57.

<sup>392</sup> Z. B. *Krauße* 49 f.

<sup>393</sup> Z. B. *Diers* (56/57; soweit die Vermutung zu Gunsten des geschäftlichen Motivs widerlegt ist).

<sup>394</sup> Z. B. *Schleeh* 81 N. 352; *Brox*, Rdnr. 56 (Aufwärmen).

<sup>395</sup> Vgl. z. B. *Larenz*, MDR 1954, 518.



### 3. Haftung aus sozialem Kontakt

Während die bisher untersuchten Lehrmeinungen (Vertragstheorie, einseitiges Rechtsgeschäft, culpa in contrahendo im eigentlichen Sinn, geschäftlicher Kontakt) die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen bei vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen wenigstens *prinzipiell* an den rechtsgeschäftlichen Zweck binden,<sup>396</sup> löst eine neuerdings vertretene Auffassung diese Haftung vom Kontrahierungszweck und gibt damit auch theoretisch jeden Zusammenhang mit der culpa in *contrahendo* auf. Die Vertreter dieser Ansicht sehen den (inneren, materiellen) Rechtsgrund der vertragsgleichen Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages nicht mehr in der Anbahnung *geschäftlicher Beziehungen*, sondern im „*sozialen Kontakt*“. Der formelle Rechtsgrund (Entstehungsgrund) wird in einem durch Rechtsergänzung geschaffenen, zwischen Vertrag und Delikt stehenden „objektiven“ Haftungstatbestand gesehen.

Der Begründer dieser Lehre ist *Haupt*, der die Fälle des Verschuldens bei Vertragsschluss unter die „faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts“ einreihet.<sup>397</sup> Seine Begründung beweist einmal mehr, dass das Rechtsempfinden häufig der „Vater der Konstruktion“ ist: *Haupt* geht von den Schwierigkeiten bei der Begründung der im Ergebnis meist bejahten vertraglichen Haftung in den Erhaltungspflichtverletzungen vor Vertragsschluss aus. Die Haftungskonstruktion mit Hilfe eines Erhaltungsvertrages lehnt er als fiktiv ab und sucht stattdessen zur Rechtfertigung der Verantwortlichkeit an „objektive Tatumstände“ anzuknüpfen. Er stellt fest, dass der Besucher des Ladens auch vor Beginn der Kaufverhandlungen nicht bloß irgendein „Dritter“ sei, zu dem Rechtsbeziehungen erst mit dem Schadensfall entstanden. Da somit kein Deliktsfall vorliege, andererseits aber auch kein Vertrag geschlossen sei, stehe das Rechtsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt. Hier klaffe eine Lücke im BGB, die nach unserem „Empfinden“ durch vertragsrechtliche Regeln geschlossen werden müsse. So sei es notwendig, hier Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluss anzuerkennen. Die besondere soziale Beziehung, die zwischen den Beteiligten typischerweise entstehe, hebe sich aus dem neutralen Nebeneinander von „Dritten“ heraus und schaffe ein Verhältnis von *Partnern*, dem die Vertragsordnung besser gerecht werde als die Deliktshaftung. Dieses faktische Vertragsverhältnis werde durch die *objektiv verwirklichte Tatsache des besonderen sozialen Kontakts* geschaffen. Der Inhalt dieser Beziehung müsse jeweils nach den Tatumständen festgestellt werden. Dabei werde es sich neben den Erhaltungspflichten vor allem um Anzeige- und Erkundigungspflichten

---

<sup>396</sup> Anders nur *Polenske*, vgl. oben § 1 B. I. 1. b. (S. 98).

<sup>397</sup> *Haupt* 9. *Wesenberg* erkennt *Haupts* Ausgangspunkt als zutreffend an (DRiZ 1953, 19).

handeln.<sup>398</sup> *Haupt* kam es bei seiner Untersuchung zunächst darauf an, die „Erscheinung“ der faktischen Vertragsverhältnisse an einigen typischen Fallgruppen zu erkennen. Er lässt es dementsprechend bewusst an jeder näheren Bestimmung des Tatbestandes des sozialen Kontaktes als Haftungsvoraussetzung fehlen.<sup>399</sup> Damit entsteht indessen die Gefahr der Uferlosigkeit dieses Tatbestandes. Die Abgrenzung zum Deliktsbereich wird zweifelhaft. Geht man von einer funktionalen Auffassung des Vertrags aus,<sup>400</sup> so wird deutlich, dass die hier betroffene Erscheinungsform eines faktischen Vertragsverhältnisses aus sozialem Kontakt nicht in den Vertragsbereich gehört. Es handelt sich nicht um Sachverhalte des Leistungsverkehrs wie bei den übrigen Fällen der „faktischen Vertragsverhältnisse“. In diesem Zusammenhang ist es aufschlussreich, dass *Haupt* bei der Skizze der Probleme, die die Anwendung der allgemeinen Vertragsgrundsätze auf die faktischen Verträge aufwerfen,<sup>401</sup> nirgendwo von den Erhaltungspflichtfällen spricht.

Die Auffassung *Haupts* konnte sich nicht durchsetzen.<sup>402</sup> Von größerer Wirkung war die auf *Haupt* aufbauende Lehre *Dölles*, der sich in seinem Beitrag über „außergesetzliche Schuldspflichten“<sup>403</sup> bemüht, die bei *Haupt* offengebliebenen Fragen nach Entstehungsvoraussetzungen, innerem Rechtsgrund und formeller Rechtsquelle des Haftungstatbestandes zu beantworten. Da die gegenwärtig vertretenen Lehren über die Haftung aus sozialem Kontakt weitgehend auf *Dölle* fußen, soll seine Auffassung etwas ausführlicher dargestellt werden. Nach *Dölle* lässt sich aus dem Gesetz eine allgemeine Norm des Inhalts

<sup>398</sup> 11 f. *Haupt* führt somit wohl *alle* vor-vertraglichen Pflichten auf den besonderen sozialen Kontakt zurück und lehnt die Scheidung in vertragszweckbezogene Pflichten einerseits und Erhaltungspflichten andererseits ab. Er spricht sich ausdrücklich für diese Einheitslösung, jedoch (mit *Titze*) gegen die sonst vorgekommene Zuordnung der Erhaltungspflichten zur culpa in contrahendo aus (12 N. 20).

<sup>399</sup> 9, 30/31. *Haupt* nimmt demgemäß weder ausdrücklich noch konkludent zu der Frage Stellung, ob er seine Lehre auf den geschäftsbezogenen sozialen Kontakt, d.h. den später von *Larenz* als geschäftlichen Kontakt bezeichneten Haftungsgrund beschränkt wissen will. Die Behandlung der Gefälligkeitsfahrt als faktisches Vertragsverhältnis aus sozialem Kontakt (12 ff.) spricht dafür, dass wenigstens die Begründung der *Erhaltungspflichten* von der rechtsgeschäftlichen Intention der Parteien unabhängig sein sollen.

<sup>400</sup> Vgl. dazu näher unten § 9 B. I. 2. c. bb. (S. 253 ff.) und § 9 B. II. 1. b. (S. 267 ff.).

<sup>401</sup> *Haupt* 30-33 (insbesondere Geschäftsfähigkeit, Anfechtung, Verbots- oder Sittenwidrigkeit).

<sup>402</sup> Vgl. statt vieler Esser, AcP 157 (1958/59) 89 (In seiner Rezension der *Hauptschen* Abhandlung hatte Esser den Gedanken des sozialen Kontaktes weniger ablehnend beurteilt: SchmJb 66 [1942] I. Halbbd. 232); s. z. B. ferner *Lehmann*, JhJb 90 (1942) 131 ff.; *ders.*, NJW 1958, 2; *Siebert*, Faktische Vertragsverhältnisse 10/11 und *Simitis* 587 N. 65. Esser begründet seine Ablehnung mit der Erwägung, dass Haftungsfragen, um die es sich hier handle, keinen Anlass geben könnten, unseren schuldrechtlichen Vertragsbegriff anders und neu zu fassen (ibid. AcP); ähnlich *Lehmann* (ibid.).

<sup>403</sup> *Dölle*, ZStW 103 (1943) 67 ff. Mit der Formulierung „außergesetzliche Schuldspflichten“ will *Dölle* dartun, dass es sich um *konkrete* Verpflichtungen handle, die vom Gesetz nicht erwähnt würden, aber auch nicht auf Gewohnheitsrecht oder Vertrag beruhen (ibid. 85 bei und in N. 5). Zur früheren Stellung *Dölles* vgl. DJZ 1934, 1018/1019 (Ablehnung des Haftungsvertrages; Ableitung der Sorgfalt in der Behandlung von Person und Vermögen aus dem Gemeinschaftsgedanken). Andeutungsweise vertritt *Dölle* seine im Text skizzierte Auffassung auch in seinem Festvortrag („Juristische Entdeckungen“) vor dem 42. Deutschen Juristentag 1957 (VerhDJT II, S. B 8 f.).

schwer ableiten, dass konkrete Erhaltungs-Schuldpflichten<sup>404</sup> für denjenigen entständen, der einen anderen in den von ihm beherrschten Lebensbereich aufnimmt. Soweit man konkrete Erhaltungspflichten aus der Lehre vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen abgeleitet habe, sei dies abzulehnen. Der Grund für die Ablehnung liege zum einen in der auf diese Weise sich ergebenden unterschiedlichen Behandlung der Fälle, je nachdem, ob die Vertragsverhandlungen mindestens eingeleitet seien oder nicht; zum anderen handle es sich hier gar nicht um Fälle des Verschuldens beim Vertragsschluss, weil das schuldhaftes Verhalten zwar *anlässlich* von Vertragsverhandlungen geschehen sei, sich jedoch *inhaltlich* nicht auf den geplanten Vertrag beziehe.<sup>405</sup> Es sei aber die Frage zu stellen, ob nicht ein sozialer Kontakt *anderer Art* als jener, der zum Zweck eines Vertragsschlusses zustande gekommen ist, *ebenfalls* den unter dem Gesichtspunkt der culpa in *contrahendo* zugebilligten besonderen Schutz verdiene. Diese Überlegungen führten *Dölle* zu dem Gedanken, „dass es in Wahrheit gar nicht der die Berührung der Parteien herbeiführende Zweck des Vertragsschlusses ist, der uns zur Annahme von Erhaltungspflichten drängt, sondern ein anderes Spezifikum des statthabenden sozialen Kontaktes“.<sup>406</sup> Anhand der Prüfung einiger typischer Sachverhalte am Maßstab des Rechtsgefühls glaubt *Dölle*, das tatbestandsbegründende Spezifikum in einem sozialen Kontakt gefunden zu haben, „vermöge dessen eine Person zur Erreichung eines bestimmten zwecks ihre Lebensgüter dem Einfluss und damit der Obhut und Sorgfalt einer anderen Person anvertraut, insbesondere beim Eintritt in die von einem anderen beherrschte Rechtssphäre“.<sup>407</sup> Dabei setzt er voraus, dass das Hineingelangen in die Rechtssphäre eines anderen mit dessen Willen oder wenigstens mit Billigung der Rechtsordnung erfolgt. Dies hat zur Folge, dass auch alle Personen, die zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder sonst zu einem im Rahmen des Rechtmäßigen liegenden Zweck eine fremde Privatwohnung betreten, den vertragsmäßigen Schutz genießen, so dass die Vertragshaftung nicht von der Öffnung von

---

<sup>404</sup> Im Gegensatz zu allgemeinen Pflichten, die nur unter Deliktssanktion ständen (ZStW 103 [1943] 67 N. 4).

<sup>405</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 67-69. *Dölle* folgt hier ausdrücklich der Kritik von *Titze* (HwbRwiss. VI, 516 f.).

<sup>406</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 73 f.

<sup>407</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 74. Unter „Rechtssphäre“ versteht *Dölle* im Zusammenhang mit den Erhaltungspflichten denjenigen einem Rechtssubjekt zugeordneten Lebenskreis, „der, seiner Größe und Art nach einer Kontrolle und Beherrschung zugänglich und nach der Verkehrsauffassung bedürftig, von seinem Subjekt üblicherweise derart beherrscht und kontrolliert wird, dass die sich innerhalb seiner abspielenden Vorgänge regelmäßig nicht ohne seinen Willen möglich sind“. Als Beispiele für die Rechtssphäre führt *Dölle* an: Wohn- und Arbeitsräume, Fabrikgelände, die Hofstätte, Haus und Gaststätte, Warenhaus, Verkaufsladen, öffentliche Verkehrsanstalten, Kraftwagen und dergl. (*ibid.* [N. 403] 77).

Räumen für den allgemeinen Verkehr abhängen.<sup>408</sup> Eine „konkrete Schuldhaftung“ komme jedoch nur in Betracht, soweit die Schadenszufügung in spezifischem Zusammenhang mit dem Zweck des bewusst herbeigeführten sozialen Kontaktes stehe und darüber hinaus auf Gefahren zurückzuführen sei, die „spezifisch aus der Berührung mit einem fremden Rechtskreis“ erwachsen.<sup>409</sup> Der *Haftungsmaßstab* ist nach *Dölle* von dem Zweck abhängig, der mit dem Eintritt in den fremden Lebens- oder Vertrauensbereich verfolgt wird.<sup>410</sup> Bei rein gesellschaftlichem Kontakt entfalle die „konkrete Schuldhaftung“ völlig.<sup>411</sup> Den (sc. inneren) *Rechtsgrund* für die Haftung sieht *Dölle* in dem entgegengebrachten Vertrauen, insbesondere in dem Eintritt in die von dem anderen beherrschte Rechtssphäre. Die „Rechtsquelle“ für die unten wiedergegebene, von ihm als geltendes Recht angesehene Norm<sup>412</sup> liegt für *Dölle* in der lückenschließenden Rechtsfindung. Eine „Lücke“ nimmt *Dölle* nicht nur bei „Anschauungslücken“ an, sondern auch da, wo sich zwar eine dem Wortlaut nach passende Norm finde, „aber deren Anwendung unserer Rechtsüberzeugung so gröblich widerstreiten würde, dass wir zu den Annahme berechtigt sind, hier solle die Norm nicht angewendet werden“.<sup>413</sup> Als Ergebnis seiner Untersuchung stellt *Dölle* folgenden Haftungstatbestand als *aktuell geltend* fest:<sup>414</sup>

„Der, dem von einem anderen bei einem sozialen Kontakt, welcher zur Erreichung eines bestimmten von der Rechtsordnung nicht missbilligten Zwecks herbeigeführt worden ist, ein besonderes Vertrauen dadurch entgegengebracht wird, dass Rechtsgüter des anderen seinem Einfluss ausgesetzt werden, ist dem anderen gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass diese Rechtsgüter nicht im Zusammenhang mit dem verfolgten Zweck Schaden leiden ... Insbesondere ist der, der in einen von ihm beherrschten (kontrollierten) Lebensbereich einen anderen (oder die Rechtsgüter eines anderen) aufnimmt, verpflichtet, dafür zu sorgen, dass dem anderen (oder dessen Rechtsgütern) nicht ein Schaden erwachse aus Vorgängen, die er infolge seiner Herrschaft (Kontrolle) über den Lebensbereich hätte verhindern können. Dasselbe gilt gegenüber solchen Personen (oder deren Rechtsgütern), die auf andere rechtmäßige Weise in den Lebensbereich des Verantwortlichen gelangt sind. Der Haftungsmaßstab ist abhängig von dem Zweck, der mit dem Eintritt in den fremden Lebensbereich verfolgt wird. Der Aufgenommene (der, dessen Rechtsgüter

---

<sup>408</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 75 f. Vertragsschutz genieße z. B. der Waren abliefernde Bote, der zur Reparatur gerufene Installateur oder der Gerichtsvollzieher. Bloße Deliktshaftung reiche dagegen aus, wenn jemand ohne Willen und ohne Rechtstitel, wie z. B. ein Handelsvertreter, eine Wohnung betrete (*ibid.*).

<sup>409</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 77 f.

<sup>410</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 77. Normalerweise werde daher für jedes Verschulden gehaftet, ausnahmsweise aber nur für grobe Fahrlässigkeit bzw. *diligentia quam in suis*, soweit der Zielvertrag eine entsprechende Haftungsbeschränkung vorsehe (*ibid.*).

<sup>411</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 77.

<sup>412</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 79 f.

<sup>413</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 83.

<sup>414</sup> *Dölle*, *ibid.* (N. 403) 84.

aufgenommen werden) ist seinerseits verpflichtet, innerhalb des fremden Lebensbereichs entsprechende Sorgfalt zu beobachten.“<sup>415</sup>

Neuerdings nimmt vor allem *Thiele* die Lehre *Dölles* auf und entwickelt sie weiter zu einem einheitlichen, culpa in contrahendo und positive Vertragsverletzung umfassenden *Schutzverhältnis*.<sup>416</sup> Während *Blomeyer* in der ersten Auflage seines Schuldrechtslehrbuches (1953) in vollem Umfang *Dölle* gefolgt war, geht er seit der zweiten Auflage (1957) noch über diesen hinaus. Er stellt für die Entstehung der quasi-vertraglichen Obhutspflicht auf die Herbeiführung des *Rechtsgüterkontaktes zu sozial-adäquaten Zwecken* (Geschäftsführung, Vertragsschluss) ab.<sup>417</sup> Bei dieser Formulierung liegt die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Vertragsordnung weithin bei der Person des Verletzten. Zum anderen ist nicht ersichtlich, welches *sachliche* Kriterium die Unterscheidung von allgemeinen deliktischen und besonderen „vertraglichen“ Pflichten hier noch rechtfertigen könnte. *Dölle* hatte demgegenüber durch die Einführung des Begriffes „Rechtssphäre“ und die Forderung nach einem besonderen „Vertrauensverhältnis“ eine Eingrenzung der vertraglichen Haftung und damit eine Abgrenzung zur Deliktssphäre versucht. Allerdings sind auch diese beiden Merkmale meines Erachtens nicht geeignet, die sichere Zuordnung eines bestimmten Sachverhaltes zur Vertragsordnung zu gewährleisten. Die „Rechtssphäre“ ist gleichbedeutend mit dem räumlichen Bereich, für den Eigentümer Verkehrssicherungspflichten treffen. Das „Vertrauen“ wäre nur dann ein Abgrenzungskriterium, wenn es gegenüber dem „Vertrauensgrundsatz“, der den *allgemeinen* Verkehr beherrscht, durch ein besonderes Merkmal qualifiziert würde. Ein derartiges spezifizierendes Kriterium fehlt jedoch in *Dölles* Haftungstatbestand.<sup>418</sup>

---

<sup>415</sup> *Dölle* folgen grundsätzlich: *Kaumanns* 28 f.; *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 105, 156-158; *Barth* 57 ff. („außervertragliche Schutzpflichten“: 59/60); weithin wohl auch *Eckardt* 47 ff. *W.-D. Lange* überträgt die Grundsätze der Haftung aus sozialem Kontakt bei Vertragsschluss auf die Drittschädigungsfälle (138).

<sup>416</sup> JZ 1967, 652 f. Vgl. jetzt auch *Gerhardt*, JuS 1970, 598 ff.

<sup>417</sup> § 17 III 1 (in allen Aufl.); für diese Lösung spreche entscheidend die Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 678 BGB). Ebenso *Baumert* in seiner unter der Anleitung von *Blomeyer* angefertigten Dissertation (1955; z. B. 31, 78). Ähnlich wohl auch *Eike Schmidt* 147 und AcP 170 (1970) 508 f.

<sup>418</sup> Vgl. zu diesem Problem unten § 9 B. II. 1. b. (S. 267 ff.). *Dölle* scheint an das Kriterium der „Nicht-Gesellschaftlichkeit“ als negatives Kriterium gedacht zu haben, wenn er die Gefälligkeitsverhältnisse von der verschärften Haftung ausnehmen will. Er führt diese Abgrenzung jedoch im Tatbestand seiner Norm nicht durch und kann dies meines Erachtens auch konsequenterweise nicht tun, da auch diese Sachverhalte von der ratio seiner Haftungsbestimmung eindeutig umfasst sind. Durch eine einfache „Erklärung“ können diese Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich der Haftungsnorm nicht ausgeschlossen werden. Es ist in diesem Zusammenhang auch bemerkenswert, dass nahezu alle übrigen Vertreter der Lehre von der Haftung aus sozialem Kontakt diesen Haftungstatbestand auch auf die Gefälligkeitsverhältnisse ausdehnen: so *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 156; *Baumert* 78; *Blomeyer* § 22, 2; *Thiele*, JZ 1967, 652. Es ist in dieser Hinsicht besonders bezeichnend, dass *Enneccerus-Lehmann* (§ 27, 6) und *Lehmann-Hübner* (§ 24 I) dem *Dölleschen* Lösungsansatz gerade *nur* für die Gefälligkeitsverhältnisse

#### 4. Haftung nach Deliktsgrundsätzen

Die Theorie von der Haftungsbegründung aus sozialem Kontakt beruht einmal auf der Überzeugung, dass die Deliktsregeln bei Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages nicht ausreichen. Zum anderen sah man die Unzulänglichkeit der bisherigen Begründungen für die wünschenswerte vertragsartige Haftung: Die rechtsgeschäftliche Begründung setzte sich dem Vorwurf der Fiktion (Sicherungsvertrag) oder der Durchbrechung des in § 305 BGB statuierten Vertragsprinzips (einseitiges Rechtsgeschäft) aus. Das „gesetzliche“ Institut der culpa in contrahendo schien durch die Anwendung auf solche Schädigungen „überdehnt“, die mit dem intendierten Vertrag in keinem inneren Zusammenhang stehen.<sup>419</sup> Mit dieser Diagnose der Anhänger einer Haftung aus sozialem Kontakt stimmt auch eine Reihe weiterer Autoren überein, die sich jedoch für verpflichtet halten, in diesen Fällen am Deliktsrecht festzuhalten.<sup>420</sup>

Heinrich *Titze* ist der Begründer dieser Lehre, die gerade in jener Zeit entstand (1925), in der Heinrich *Stoll* die Einbeziehung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen in die culpa in contrahendo und damit in den Vertragsschutz grundsätzlich befürwortet hatte (1923). Für *Titze* und die ihm folgenden Autoren<sup>421</sup> sind die ante contrahendum und in contrahendo bestehenden Schutzpflichten eines Geschäftsinhabers gegenüber einem

---

folgen, während sie für die culpa in contrahendo im weiten Sinne einen anderen Tatbestand befürworten (vgl. oben N. 379 und 377).

<sup>419</sup> *Nikisch*, Dölle-Festschr. 90/91; vgl. ferner *Schleeh* 60/70, 77 (beide vom Standpunkt des rechtsgeschäftlichen Kontaktes); s. auch *Dölle* ZStW 103 (1943) 68, 72 und *Haupt* 12 N. 20.

<sup>420</sup> Von manchen wird sogar eine Anwendung des Deliktsrechts auf die Verletzung *aller* nicht vertragsspezifisch geschuldeten Erhaltungspflichten gefordert – gleichgültig, ob diese sich vor, während oder nach Vertragsschluss bzw. -abwicklung ereignen: so insbes. *Heinsheimer* GrünhutsZ 40 (1913) 131: Obligatorisch geschützt seien nur solche Interessen, die mit der Sachleistung in einem gewissen notwendigen Zusammenhang stehen; dazu zähle das Interesse körperlicher Sicherheit durch ordnungsmäßigen Zustand der Räume des Verpflichteten nur dann, wenn der Aufenthalt in diesen Räumen zu den eigentlichen Vertragsrechten gehöre. Dies sei der Fall beim Gast. Der Verkehr der Käufer im Laden sei dagegen nicht in solcher Weise mit der Sachleistung verknüpft; er sei allgemeiner Publikumsverkehr, finde auch vor und ohne Kaufabschluss statt und sei somit nur deliktisch geschützt. Für den Bereich des später sog. geschäftlichen Kontaktes und das eigentliche Verhandlungsstadium im Ergebnis wie *Heinsheimer*: *Weigert* 12. Vgl. ferner *Delius* DJZ 1914, 208; *Eckstein* SeuffBl. 78 (1913) 285 f.; wohl auch *Ruth* (AcP 126 [1926] 356), der jedoch in manchen Fällen § 278 BGB (analog?) anwenden will. *Wussow* zieht die teilweise hierher gehörende Konstruktion der positiven Forderungsverletzung noch 1969 in Zweifel: Rdnr. 835.

<sup>421</sup> *Titze*, HwBRWiss. VI, 517; *ders.*, DJZ 1925, 490 (Bericht über *Titzes* Vortrag über „Das Verschulden beim Vertragsschluss“ vor der Juristischen Gesellschaft Berlin am 21.2.1925); *ders.*, JW 1931, 513. *Titze* folgen im Wesentlichen: HGB-RGRK/v. *Godin* § 346 Bem. 20; *Schoenemeyer* 36/37 (1929); *Scholz* 40 f. (1930); *Lorberg* 6 (1931); *Cabjolsky* 44 f. (1933); *Zimmerer* 23 ff. (1934); *Hartig* 67 (1935); *Herz* 18/19 (1935); *Wagner* 8 (1935); *Berger* 43 ff., 47 ff. (1935); im Ergebnis auch *Unterhinninghofen* 3 und wohl *Jung* 726 ff., *H. Schneider* DR 1936, 424 und *Franz* 13 N. 58, 20 (unklar, ob Deliktshaftung oder Erhaltungsvertrag). *Ehwalt* 30 (bei Warenhäusern; jedoch Verwirkung des Entlastungsbeweises durch die geschäftliche Einladung in das Warenhaus: 58); *Bopp* (49 f.), der in den Pflichten des Geschäftsinhabers die außervertraglichen Verkehrspflichten sieht, jedoch § 278 BGB analog anwenden will; vgl. ferner oben im Text und die Belege in den folgenden N.

möglichen Vertragspartner nichts anderes als die allgemeinen, jedermann gegenüber bestehenden Sorgfaltspflichten. Die Pflichtverletzung gegenüber einem Verhandlungspartner beziehe sich in diesen Fällen nicht auf den Vertragsinhalt, sie treffe den anderen nicht „als Vertragsgegner“. Diese Fälle hätten mit der culpa in contrahendo (im eigentlichen Sinn) nichts zu tun. Es handle sich lediglich um deliktische Haftung, um die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten (in heutiger Terminologie).<sup>422</sup> Auch *Rabel* hält „theoretisch“ die Betrachtung für richtiger, „dass, wer Verkehr in seinen Räumlichkeiten eröffnet, für ihre möglichste Gefahrlosigkeit zu sorgen eine allgemeine Pflicht gegenüber jedermann hat, ohne Unterschied, ob er den Raum betritt, um einen Vertrag zu schließen; die schuldhaft Verletzung müsste also immer ein Delikt sein.“<sup>423</sup>

In jüngerer Zeit haben sich vor allem – in dieser zeitlichen Reihenfolge – *Zweigert*, *Nirk*, *Lorenz* und *Esser* mit dieser Frage näher befasst. Nach *Zweigert* gehören die Unfall-Sachverhalte in das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Wo diese Einordnung nicht in befriedigender Weise gelinge, liege dies an der zu engen Fassung der Deliktstatbestände im deutschen Recht, die nach der Lehre der Rechtsvergleichung einen weiteren Anwendungsbereich erhalten müssten.<sup>424</sup> Auch für *Nirk* sind die Erhaltungspflichtverletzungen ante contrahendum bzw. in contrahendo phänomenologisch dem Deliktsbereich zuzuordnen. Nach seiner Auffassung gehören jene Fälle nicht zur culpa in contrahendo im echten Sinne, die zwar äußerlich mit Vertragsverhandlungen zusammenhängen, aber inhaltlich mit dem Vertragsschluss nichts zu tun haben, weil nur allgemeine Sorgfaltspflichten verletzt sind, die gegenüber jedermann bestehen.<sup>425</sup> Die aus dieser Zuordnung entspringenden Unzuträglichkeiten will *Nirk* durch eine Verschärfung der Anforderungen an den Exkulpationsbeweis in § 831 BGB vermeiden.<sup>426</sup> Schon 1951 hatte sich auch *Lorenz* gegen

<sup>422</sup> Teilweise anerkennt man (theoretisch) die Richtigkeit dieser deliktischen Auffassung, glaubt sich jedoch beim derzeitigen Stand des deutschen Deliktsrechts, insbes. der Regelung der Gehilfenhaftung gezwungen, auf irgendeine Weise (culpa in contrahendo, vertragliche Nebenpflichten, geschäftlicher oder sozialer Kontakt) den Schutz nach Vertragsregeln erreichen zu müssen: so insbes. v. *Caemmerer* DJT-Festschr. II 57 f.; ihm folgend *Eichler* AcP 162 (1963) 414/415; ebenso wohl schon *Löning* ZAKDR 1942, 293 und möglicherweise *Hamburger* 138. Vgl. auch *Serick*, Rev. int. dr. comp. 7 (1955) 569, *Erbe* (angeführt bei *Serick*, ibid. 568/569), *Heiss* 108 f. und *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 527.

<sup>423</sup> Warenkauf I 158. Ganz ähnlich hatte es *Riezler* für „dogmatisch und rechtspolitisch besser“ angesehen, die Schadensersatzpflicht in den vor-vertraglichen Erhaltungspflichtfällen auf unerlaubte Handlung zu stützen: *RabelsZ* 5 (1931) 569/570.

<sup>424</sup> *RabelsZ* 15 (1949) 18 und *Zweigert-Kötz* II 151 f., 354 f.

<sup>425</sup> 144, 138/139; *RabelsZ* 18 (1953) 310/311, 352. *Nirk* im Ergebnis folgend: *Wennberg* 112 f. Neuerdings hat *Nirk* diese Ansicht aufgegeben und sich der Lehre von der Haftung aus geschäftlichem Kontakt angeschlossen (*Möhring-Festschr.* 394, 404/405).

<sup>426</sup> 147. Ebenso *Zander*, solange § 831 BGB nicht geändert werde, wofür *Zander* eintritt (82). Diese Auffassung war schon von *Weigert* in den zwanziger Jahren vertreten worden. Er wollte alle Erhaltungspflichtfälle (auch während der eigentlichen Vertragsverhandlungen) nur nach Deliktsrecht beurteilen. Unbillige

die „gekünstelten Konstruktionen“<sup>427</sup> der Ausdehnung des § 278 BGB auf die vorvertraglichen Erhaltungspflichtfälle ausgesprochen; er bezeichnete diese Konstruktionen als Ausweg aus der Sackgasse, in die man durch die Fassung des § 831 BGB und eine verfehlte Handhabung des darin normierten Entlastungsbeweises geraten sei.<sup>428</sup> Unter Hinweis auf die deliktsrechtliche Lösung der Erhaltungspflichtfälle in ausländischen Rechten betont *Lorenz* später, dass die (*Hauptschen*) „faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontakts“ nicht mehr als die „soziale Unzulänglichkeit“ des § 831 BGB zeigten.<sup>429</sup> Auch *Esser* betont seit der dritten Auflage seines Schuldrechtslehrbuches, dass sich in diesen Fällen ein „zwar an gewisse Orte gebundenes, seiner Natur nach aber doch außervertragliches Unfallrisiko“ verwirkliche.<sup>430</sup>

### III. Folgen der Anwendung der Vertragsordnung

Die verschiedenen oben (I., II. 1.-3.) dargestellten Konstruktionen dienen alle dem Ziel, die Vertragsordnung auf die Erhaltungspflichtverletzungen vor oder bei Vertragsschluss anwenden zu können.

#### 1. Überlagerung der Deliktsordnung durch die Vertragsordnung

Die damit aufgeworfene Frage der Konkurrenz der Ansprüche aus culpa in contrahendo (im weiten Sinn) und Delikt wird – soweit man das Problem überhaupt erörtert – im Sinne des Nebeneinanders, d.h. der sog. *Anspruchskonkurrenz* beantwortet.<sup>431</sup> Vom Zweck der ganzen Konstruktionen her gesehen, die ja gerade die Deliktshaftung ersetzen sollen, ist diese Lösung nicht zwingend: Man könnte auch an eine Verdrängung des Deliktsanspru-

---

Ergebnisse können nach seiner Auffassung durch eine richtige, d.h. strengere Behandlung des Entlastungsbeweises in § 831 BGB vermieden werden (12, 14).

<sup>427</sup> In seiner (leider nur in Maschinschrift vorliegenden) Dissertation (109).

<sup>428</sup> 73. De lege ferenda befürwortet *Lorenz* eine unbedingte Haftung für Gehilfen im Deliktsrecht (117).

<sup>429</sup> AcP 156 (1957) 406. Dieser Auffassung entsprechend verlangt *Lorenz* auch die Einbeziehung der Drittschadensfälle in das Deliktsrecht: JZ 1960, 112, 114. Vgl. dazu *Gernhuber* JZ 1962, 554.

<sup>430</sup> § 52 III 2. In der 3. Auflage schließt *Esser* daraus, dass das in Frage stehende Haftungsproblem gegenstandslos werde, wenn der Entlastungsbeweis bei der geplanten Änderung des § 831 BGB wegfalle. Diese Fälle nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo zu beurteilen, bestehe jedenfalls dann kein Bedürfnis, wenn die deliktsrechtliche Haftung eingreifen könne, weil für einen Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB kein Raum sei – etwa, wenn der Geschäftsinhaber unmittelbar aus der Organisationspflicht hafte. In der 4. Auflage (1970) neigt *Esser* der Haftung aus geschäftlichem Kontakt zu (I § 52 III 2).

<sup>431</sup> Vgl. z. B. *Fikentscher* § 20 VIII, § 102 V; *Hildebrandt* 227 N. 12; *Georgiades* 206 mit N. 68 (Einheit der Verpflichtung, Mehrheit der begründenden Gesetzesnormen). Allgemein zur Frage der Mehrheit von *Ansprüchen* oder *Anspruchsgrundlagen* vgl. z. B. *Larenz* (Allg. Teil § 20 IV) einerseits und *Dietz* (Landesreferat 190 N. 30 mit Nachweisen) andererseits. Die Frage der Konkurrenz eines culpa in contrahendo-Anspruches mit besonders normierten *vertraglichen* Ansprüchen (etwa Mängelansprüchen) stellt sich für die hier behandelten Fallgruppen nicht.



ches durch die Ansprüche aus culpa in contrahendo (im weiten Sinn) denken (Gesetzeskonkurrenz). Dadurch entfielen freilich die Vorteile der Deliktshaftung (Schmerzensgeld, Kreis der Anspruchsberechtigten). Auch hier versucht man durch die Anspruchskonkurrenz die Vorteile des Vertrags- und Deliktsrechts für den Geschädigten und dessen Hinterbliebene optimal zu kombinieren.<sup>432</sup> Inwieweit die auf das vor-vertragliche Feld ausgedehnte Vertragsordnung ihrerseits die Deliktsordnung beeinflusst, wird im Schrifttum nicht erörtert.<sup>433</sup>

In welchem zeitlichen und persönlichen Bereich die Vertragsordnung neben die Deliktsordnung tritt, hängt von den verschiedenen formellen Entstehungstatbeständen (Vertrag, einseitiges Rechtsgeschäft usw.) ab, die ihrerseits wiederum von den unterschiedlichen materiellen („inneren“) Haftungsgründen (geschäftliches Motiv; besonderes Vertrauen u.ä.) bestimmt werden. Die verschiedenen Spielarten der Theorie von der Haftung aus rechtsgeschäftlichem Kontakt und die Lehre vom sozialen Kontakt dehnen den Vertragsbereich zeitlich weiter aus als die eng verstandene culpa in *contrahendo*. Die auf das geschäftliche Motiv als Tatbestandsmerkmal verzichtende Lehre vom sozialen Kontakt bezieht einen größeren *Personenkreis* in den Vertragsschutz mit ein.<sup>434</sup>

## 2. Unterschiede der vertraglichen Rechtsfolgen gegenüber der Deliktsordnung

Die Erstreckung der Vertragsordnung auf den – je nach der vertretenen „Theorie“ verschieden weiten – Bereich ante contrahendum und in contrahendo hat insbesondere folgende sachlichrechtliche Konsequenzen:<sup>435</sup> Die praktisch wichtigste und mit der Ausdehnung des Vertragsrechts primär bezweckte Änderung gegenüber dem Deliktsrecht ist die Ersetzung der Haftung für vermutetes Eigenverschulden des Geschäftsherrn bei Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen unerlaubten Handlung eines weisungsgebundenen Gehilfen durch die *strikte Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn* für das Verschulden von – auch weisungsunabhängigen – Hilfspersonen (§ 278 BGB statt § 831 BGB).<sup>436</sup> Von erheblicher Bedeutung kann weiter eine unterschiedliche Regelung der *Beweislast* sein. Im Schrifttum wird jedoch verhältnismäßig selten näher auf dieses Problem bei der culpa in contrahendo im Allgemeinen und den vor-vertraglichen Erhaltungspflichtfällen im Besonderen einge-

---

<sup>432</sup> Lorenz JZ 1960, 109.

<sup>433</sup> Allgemein zur Frage der gegenseitigen Beeinflussung mehrerer konkurrierender Ansprüche vgl. z. B. Lorenz, Allg. Teil § 20 IV 4.

<sup>434</sup> Zu den Einzelheiten vgl. oben § 1 B. I. und § 1 B. II. (S. 93 ff., 100 ff.).

<sup>435</sup> Zu den Unterschieden zwischen der Vertrags- und Deliktshaftung vgl. ausführlich Dietz 130 ff.; ders. Landesreferat 192 ff.

<sup>436</sup> Anders nur Polenske, der die Anwendbarkeit des § 278 BGB verneint (AcP 114 [1916] 416).

gangen.<sup>437</sup> Soweit zur Beweislastregelung bei Erhaltungspflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich Stellung genommen wird, spricht man sich vielfach für eine analoge Anwendung des § 282 BGB, d.h. die Verschuldensvermutung zuungunsten des Schädigers, aus. Häufig dient zur Begründung für diese Lösung das Argument, dass sich der Geschädigte bei vertraglichen wie bei vorvertraglichen Erhaltungspflichten in der gleichen schwierigen Beweislage befinde.<sup>438</sup> Jürgen Prölss sieht hierin einen Anwendungsfall der allgemein – im Vertrags- wie Deliktsrecht – anzuwendenden Gefahrenkreistheorie, die im Übrigen in § 694 BGB, einem Fall von culpa in contrahendo, ausdrücklich gesetzlich geregelt sei.<sup>439</sup> Andere sehen dagegen in § 694 eine nicht analogiefähige Sonderbestimmung und belassen es daher bei der allgemeinen Beweisregel.<sup>440</sup> Freilich sind auch hier die Grundsätze des Anscheinsbeweises anwendbar.<sup>441</sup> Ein weiterer, in der Praxis möglicherweise bedeutsamer Unterschied besteht in der Ersetzung der dreijährigen *Verjährungsfrist* für unerlaubte Handlungen (§ 852 BGB) durch die Verjährungsfrist des Zielvertrages, die in unseren Fällen die 30jährige Regelfrist (§ 195 BGB) ist.<sup>442</sup> Die Frage, ob eine Haftung aus culpa in contrahendo (einschließlich der Fälle der sog. Schutzpflichtverletzungen) *Geschäftsfähigkeit* voraussetzt, wurde zuletzt von *Canaris* eingehender behandelt und wie folgt beantwortet: Geschäftsunfähige werden nie, beschränkt Geschäftsfähige nur bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Aufnahme des geschäftlichen Kontaktes aus

<sup>437</sup> Ohne nähere Erörterung des Problems z. B. BGB-RGRK/Nastelski § 276; *Enneccerus-Lehmann* § 43 III; *Fikentscher* § 20; *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 2 ff.

<sup>438</sup> *Canaris*, JZ 1965, 480/481; *Dölle*, ZStW 103 (1943) 85; *Fichtner* 116 f.; *Fikentscher* § 20 III 4; *Güldner* 143 ff. (beide allgemein für die c.i.c.); *Gernhuber*, Karlsruher Forum 1963, 5; *Lorenz*, Karlsruher Forum 1963, 14; *Schleeh* 7; *Schopp*, Rechtspfleger 1966, 295.

<sup>439</sup> VersR 1964, 905; vgl. auch *Palandt/Heinrichs* § 282 Bem. 2. *Prölss* dürfte diese Regelung auf alle culpa in contrahendo-Fälle anwenden, obwohl er nur Erhaltungspflicht-Sachverhalte anführt. Auf die gesetzliche Regelung in § 694 und die entsprechende Stelle in den Protokollen (II, 400 f.) verweist auch *Güldner* 145.

<sup>440</sup> *Cabjolsky* 68; *Kinze* 48. Ferner für die allgemeine Beweislastregel: *Esser*, Schuldrecht I, § 52 IV 2 N. 26 in Verbindung mit VII 4; *Hassel* 73; *Leonhard*, Beweislast 323 ff. (335 ff.); *ders.*, Verschulden 67; *ders.*, Allg. Schuldrecht 544; *Niemann* 33 f. (§ 694 BGB nur in Gewahrsamsfällen analog anwendbar: 35); *Schlegelberger-Vogels/Weitnauer* § 282 Bem. 11 ff.; *Schultz* 83 f.; *Steinberg* 130 f.; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932) 311 ff.; *Tammena* 60; *Unger* 124. Vgl. auch *Hans Stoll* (von Hippel-Festschr. 517 ff.), dessen Lehre über die Beweislastverteilung sinngemäß auch auf das Verhandlungsverhältnis übertragen werden kann. Zur Frage der Beweislast vgl. unten § 10 B. (S. 276 ff.).

<sup>441</sup> Vgl. z. B. *Niemann* 34, *Steinberg* 131.

<sup>442</sup> H.L.: vgl. z. B. *Enneccerus-Lehmann* § 43 III; *Fikentscher* § 20 VII; *Güldner* 143; *Heck* 124. Konkurrenzfragen mit kürzeren vertraglichen Fristen, etwa §§ 477, 638 BGB entstehen in den hier behandelten Fällen im Allgemeinen nicht. Bisweilen wird die Verjährungsfrist des Zielvertrages nur auf solche Ansprüche aus c.i.c. übertragen, die auf das positive Interesse gerichtet sind (so möglicherweise *Blomeyer* [§ 33 III 2a] im Anschluss an BGH 16.11.1967 BGHZ 49, 77 ff.), so dass die hier interessierenden Fälle des Ersatzes des Integritätsinteresses nicht nach den vertraglichen Fristen zu beurteilen wären. Im Ergebnis ändert diese Auffassung jedoch nichts an der regelmäßigen Geltung der 30jährigen Verjährungsfrist für unsere Fälle, da dann § 195 BGB *unmittelbar* anwendbar ist – während man wohl sonst von einer Erstreckung der (30jährigen) Verjährungsfrist der positiven Vertragsverletzung auf die Ansprüche aus Erhaltungspflichtverletzungen sprechen könnte. Vgl. jedoch unten § 1 C. II. 4. c. (S. 159).

culpa in contrahendo verpflichtet; ihre *Berechtigung* aus Verschulden bei Vertragsschluss ist unabhängig von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.<sup>443</sup> Die Regel der rechtsgeschäftlichen *Sonderordnung* (§§ 104 ff. BGB) tritt somit auch in dieser Frage an die Stelle der *allgemeinen* persönlichen Verantwortlichkeitsvoraussetzung (Deliktsfähigkeit; § 827 f. BGB). Hinsichtlich der nach Vertragsregeln *geschützten Rechtsgüter* besteht Einigkeit, dass jedenfalls die in § 823 I BGB absolut geschützten Rechte und Lebensgüter hierher gehören.<sup>444</sup> Die vielfach – allerdings eher beiläufig und ohne weitere Vertiefung des Problems – *generell* bejahte Frage,<sup>445</sup> ob auch das Vermögen als solches in den Schutzbereich der vertragsartigen Haftung fallen soll, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.<sup>446</sup> Die herrschende Lehre überträgt auch den *Schuldmaßstab* des intendierten Vertrages *allgemein* auf das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen. Dies bedeutet praktisch, dass der Verantwortungsmaßstab vom Standard der Haftung für *omnis culpa* bei den Vertragsverhandlungen auf Vorsatz und *luxuria* (z. B. §§ 300; 521, 523, 524; 599; 680 BGB) bzw. *diligentia quam in suis* (§§ 690; 708 BGB) herabgesetzt wird, wenn für den Zielvertrag Entsprechendes vorgesehen ist.<sup>447</sup> Gleiches gilt für die Erhaltungspflichtfälle als Anwendungsfall der culpa in contrahendo, wenn dies auch nur selten ausdrücklich betont wird.<sup>448</sup> Erst in jüngerer Zeit wenden sich einige Autoren gegen diese herrschende Lehre und lassen bei den „deliktsnahen“ Schutzpflichtverletzungen ante contrahendum oder in contrahendo *immer* für *omnis culpa* haften.<sup>449</sup> Die deliktischen Vorschriften stellen

<sup>443</sup> NJW 1964, 1988 f., 1993. Die neuere Kommentarliteratur nimmt im Allgemeinen auf *Canaris* Bezug: *Erman* § 276 Bem. 8 b; *Palandt/Heinrichs* § 276 Bem. 6 a; *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 275 Vorbem. 5. Im wesentlichen Ergebnis wie *Canaris* (für die c.i.c. im Allgemeinen): *Brox* Rdnr. 56; *Cabjolsky* 51, 63; *Dömpke* 23; *Ehwalt* 24; *Fichtner* 72 ff. (mit Einschränkungen); *Hassel* 56 f.; *Heldrich* 55 ff.; *Hildebrandt* 140; *Schultz* 65; *Titze*, HwBRwiss. VI, 522. Die Genannten beschäftigen sich nur mit der Frage der Verpflichtungs-, nicht der Berechtigungsfähigkeit aus c.i.c. Zu diesem letzten Problem vgl. *Beitzke*, Ficker-Festschr. 88, 90.

<sup>444</sup> *Blomeyer* § 17 III 1 b; *Diers* 49; *Hassel* 65; *Herzbruch*, DJZ 1930, 298; *Krauße* 50; *Mielke* 29/30, 60; ähnlich *Müllereisert* 209; *Polenske*, AcP 114 (1916) 416. Vgl. auch *Esser*, Schuldrecht I, § 52 III 2 und *Engelmann*, der es offen lässt, ob man von c.i.c., Verletzung besonderer Erhaltungsverträge oder Delikt auszugehen hat (56/57).

<sup>445</sup> *Baumert* 54, 78; *Erman*, AcP 139 (1934) 325 f.; *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b; *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I 2; *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 105; wohl auch *Stoll*, LZ 1923, 535. Vgl. auch *Hildebrandt* 225 N. 2; *Planck/Siber* § 275 Vorbem. I 4 c; *Schleeh* 48-50, 88 mit N. 385, 171. Ob auch die Vermögensschadensfälle gemeint sind, die nicht aus der Verletzung *vertragszweckbezogener* Sorgfaltspflichten in contrahendo entstehen, sondern vom Vertragsinhalt unabhängige Vermögensschädigungen *bei* Gelegenheit von Vertragsverhandlungen betreffen, bleibt vielfach unklar. Die letzte Frage hat die Rspr. kaum beschäftigt.

<sup>446</sup> S. dazu auch oben Einf. D I. (S. 85).

<sup>447</sup> Vgl. z. B. (allgemein für c.i.c.) *Brox* Rdnr. 57; *Dölle*, ZStW 103 (1943) 77; *Enneccerus-Lehmann* § 43 III; *Güldner* 143; *Heck* 124; *Heldrich* 55; *Palandt/Heinrichs* § 276 Bem. 6 b; *Planck/Siber* § 275 Vorbem. I 4 e; *Schlegelberger-Vogels/Weitnauer* § 275 Vorbem. 61; *Titze*, Unmöglichkeit 226.

<sup>448</sup> So z. B. von *Fichtner* 100; konkludent auch *Canaris*, JZ 1965, 481 und *Weimar*, VersN 1954, 111 f.

<sup>449</sup> So vor allem jetzt *Gerhardt*, JuS 1970, 602 f., aber auch schon *Deutsch* 321 (ohne besonderen Bezug auf Erhaltungspflichtfälle); *Thiele*, JZ 1967, 654; *Kaumanns* 34 mit 30; *Schleeh* 90 f.; *Baumert* 59 ff., 78

den Geschädigten hinsichtlich des *Schadensumfangs* besser als das Vertragsrecht.<sup>450</sup> Im Sinne einer Anspruchskonkurrenz kombiniert man die deliktischen Ansprüche mit den vertraglichen. Ein Ausschluss der Vorteile des Deliktsrechts wird nicht erörtert.<sup>451</sup> Im Übrigen gelten für Vertragsverletzungen wie unerlaubte Handlungen die allgemeinen Grundsätze (§ 249 ff. BGB). Die Alternative negatives/positives Interesse ist in unseren Fällen ohne Bedeutung.<sup>452</sup> Die Relativität des Vertragsbandes schließt *Dritte* grundsätzlich vom Vertragsschutz aus. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch auf verschiedene Weise versucht, die Vertragssphäre auf Dritte zu erstrecken. In unserem Zusammenhang geschah dies auf verschiedene Weise: durch die Konstruktion eines besonderen Haftungsvorvertrages mit Schutzwirkung für Dritte<sup>453</sup> oder Erstreckung des Schutzbereiches des Verhandlungsverhältnisses auf Dritte<sup>454</sup> (Verhandlungsverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte). Formeller Rechtsgrund (besonderer Haftungsvertrag, Analogie zu § 328 BGB, ergänzende Auslegung des culpa in contrahendo-Verhältnisses, Gewohnheitsrecht) und Abgrenzung des geschützten Personenkreises machen dabei die gleichen Schwierigkeiten wie im Vertragsbereich. Die Lehre vom geschäftlichen Kontakt kann den Anwendungsbereich der Vertragsordnung mit Hilfe der „vermuteten geschäftlichen Absicht“ über die schon in unmittelbaren Verhandlungen stehenden Personen hinaus zu erstrecken. Wo diese Methode versagt, wie etwa bei begleitenden kleinen Kindern, pflegt man auch hier die Schutzsphäre des vor-vertraglichen Schuldverhältnisses auf Drittpersonen in gleicher Weise zu erstrecken wie bei dem Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte („Schuldverhältnis aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte“)<sup>455</sup>. Soweit die Haftung wegen Verletzung von Erhaltungspflichten auf den sozialen Kontakt zurückgeführt wird, steht einer Einbeziehung von Dritten in den Schutzbereich der Sonderbeziehung nichts im Wege. Die Haftung ist vom Vertrag, vom Verhandlungsverhältnis und damit auch von der Rechtsstellung des *Verhandelnden* gelöst. Ersatzberechtigt ist jeder, der in einer den Tatbestand des sozialen Kontaktes erfüllenden Weise zu Schaden kommt – ohne

---

(*diligentia quam in suis* nur beim Betreten von privaten Wohnungen durch Personen, die zum Betreten weder berechtigt noch verpflichtet sind: 70 ff.); in dieser Richtung wohl auch *Unger* 125.

<sup>450</sup> Schmerzensgeld (§ 847 BGB); Ansprüche Dritter (§§ 844, 845 BGB). Vgl. aber auch §§ 618 BGB; 62 III, 76 I HGB und §§ 898, 899 RVO.

<sup>451</sup> *Schopp* will bei Erhaltungspflichtfällen nur den materiellen, nicht den immateriellen Schaden ersetzen (Rechtspfleger 1966, 295). Es ist nicht ersichtlich, ob damit auch ein entsprechender Anspruch ausgeschlossen sein soll.

<sup>452</sup> Anders z. B. *Dietz* (Landesreferat 194), der den deliktischen Schadensersatzanspruch zu Unrecht mit dem negativen Interesse gleichsetzt. Hier geht es vielmehr um das sog. Integritätsinteresse; vgl. dazu unten § 9 B. I. 2. c. bb., bei N. 975 (S. 257).

<sup>453</sup> So wohl *Schultz* 68, 47.

<sup>454</sup> *Haecker* 100 f. (wohl für ein eng verstandenes culpa in contrahendo-Verhältnis).

<sup>455</sup> Vgl. die Nachweise oben N. 389.

Rücksicht darauf, ob ihn dieser Schaden bei Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinne, bei der Anbahnung des geschäftlichen Kontaktes (als „möglicher Kunde“) oder als geschäftlich uninteressierten Dritten trifft. Die Haftung ist im letzten Fall nicht akzessorisch zum Verhandlungsverhältnis eines anderen. Diese Grundsätze führt *W.D. Lange* in seiner Dissertation im Einzelnen aus und zeigt, dass die Lehre der Haftung aus sozialem Kontakt die Konstruktionen der Drittschadensliquidation und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte in den Erhaltungspflichtfällen überflüssig macht.<sup>456</sup>

#### **IV. Vertragsartige Erhaltungspflichten bei Anbahnung öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehungen**

Das Problem nicht-deliktischer Erhaltungspflichten im öffentlich-rechtlichen Bereich wird im Schrifttum kaum behandelt. Soweit es sich um Beziehungen handelt, die als privatrechtlich angesehen werden (z. B. Bundesbahn, Sparkassen, Getränelieferant von Behörden usw.), besteht auch kein Grund zu besonderen Erörterungen für den „öffentlichen“ Bereich. Hier gilt nichts anderes als im übrigen Privatrechtsgebiet.<sup>457</sup> Die entsprechende Problematik bei spezifisch *öffentlich-rechtlichen* Beziehungen ist bisher noch nicht eingehender behandelt worden. Das Problem der Erhaltungspflichten bei der Anbahnung öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehungen stellt sich zum einen beim Eintritt in Anstalten des öffentlichen Rechts,<sup>458</sup> zum anderen beim Betreten sonstiger öffentlicher Gebäude (wie Rathäuser, Finanzämter, Polizeiwachen, Postämter usw.) in der Absicht, öffentlich-rechtlich bestimmte „Geschäfte“ zu erledigen. Bei der ersten Gruppe besteht ein engerer Kontakt zwischen Anstalt und Nutzer, der als Leistungsverhältnis stark dem Vertragsverhältnis ähnelt. Die Verwaltung tritt hier in nähere, gewissermaßen fürsorgebegründende Beziehungen zum Einzelnen, die eine Anwendung vertragsartiger Rechtsfolgen begründen.<sup>459</sup> Im zweiten Bereich fehlt es an dieser „Sonderbeziehung“; es bleibt beim „allgemeinen Gewalt- bzw. Pflichtenverhältnis“, dem die „allgemeine“ Deliktsordnung zugeordnet ist.<sup>460</sup> Die Anwendung der privatrechtlichen Grundsätze der culpa in contrahendo, des geschäftlichen bzw. sozialen Kontaktes auf die genannten beiden Bereiche wird – soweit ersichtlich – lediglich von *Eckardt* näher erörtert. Ohne zwischen den beiden Arten des „Gewaltverhält-

---

<sup>456</sup> 138.

<sup>457</sup> Vgl. oben § 1 B. I. bis III. (S 93 ff.) und unten § 1 C. (S. 126 ff.; Rspr.).

<sup>458</sup> Z. B. Bibliotheken, Museen, Schwimmbäder, die im *Außenverhältnis* öffentlich-rechtlich organisiert sind.

<sup>459</sup> *Forsthoff* 392 f. mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>460</sup> Die Problematik der Abgrenzung der „privatrechtlichen Deliktshaftung“ von der Amtshaftung ist hier nicht von Bedeutung.

nisses“ zu unterscheiden,<sup>461</sup> nimmt er an, dass beim Betreten öffentlicher Gebäude (z.B. eines Rathauses, Postamtes oder städtischen Museums) eine „Sonderbeziehung“ entstehe. Diese Beziehung werde dadurch aus dem Deliktsbereich herausgehoben (und der Vertragsordnung unterworfen), dass mit dem Eintritt in die Rechtssphäre eines anderen ein wirtschaftlicher Zweck verbunden sei.<sup>462</sup>

## V. Zusammenfassung

Die am Anfang der Beurteilung vor-vertraglicher Erhaltungspflichtverletzungen nach Regeln der Vertragsordnung stehenden rechtsgeschäftlichen Konstruktionen haben heute keine Bedeutung mehr. Dies gilt sowohl für die Ausdehnung der Geltungssphäre des Zielvertrages als auch für die Anerkennung von selbständigen Sicherungsverträgen (Haftungsverträgen). Auch der Versuch *Heinrich Stolls*, den Anwendungsbereich der Vertragsordnung mit Hilfe eines einseitigen Rechtsgeschäfts in das Vorfeld des Vertrages auszuweiten, ist durch die Anerkennung der culpa in contrahendo als „gesetzliches“, d.h. nicht auf Rechtsgeschäft beruhendes Institut überholt. Die Anerkennung eines im Wege der Rechtsfortbildung geschaffenen neuen Haftungstatbestandes hat die rechtsgeschäftlichen Begründungen der Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen während der Vertragsverhandlungen überflüssig gemacht. Dieser „objektive“ culpa in contrahendo-Tatbestand, der ursprünglich nur Verletzungen während der eigentlichen Vertragsverhandlungen traf, wurde im Laufe der Zeit (für die hier interessierenden Fallgruppen) zur *Haftung aus geschäftlichem Kontakt* erweitert. Man könnte diese Erweiterung auch als Abspaltung eines neuen Tatbestandes von der culpa in contrahendo bezeichnen. Durch den Verzicht auf den Nachweis des geschäftlichen Motivs beim Partner gestaltete sich die Haftung aus geschäftlichem Kontakt nach und nach um zu einer *Haftung aus Eröffnung eines Verkehrs zu geschäftlichen Zwecken*. Der Geltungsgrund der Vertragsordnung löst sich damit immer

---

<sup>461</sup> 50, 54. *Ottensmeyer* will bei „öffentlichen Behörden“ Erhaltungspflichten nach culpa in contrahendo-Grundsätzen annehmen, soweit keine besondere Regelung für den Verkehr innerhalb der dem Publikum offenstehenden Einrichtungen getroffen ist (43 mit N. 106). Ob der privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bereich gemeint ist, wird nicht gesagt. *Polenske* scheint nach den von ihm gegebenen Beispielen auch die öffentlich-rechtlichen Fälle mit der Figur des von ihm sog. Gastschaftsvertrages lösen zu wollen (§ 153 ff.). *Simons*, der bisher als einziger die culpa in contrahendo im öffentlich-rechtlichen Bereich eingehender erörtert (und bejaht) hat, erwähnt das Problem der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten nicht (172-178).

<sup>462</sup> Mit dieser Auffassung wird ein Unterschied zwischen wirtschaftlichen und „privaten“ Beziehungen gemacht, der in diesem Zusammenhang rechtsethisch nicht gerechtfertigt ist. Im Übrigen ist der Begriff „wirtschaftlicher Zweck“ zu unscharf, um praktikabel zu sein. In den nichtwirtschaftlichen (= privaten) Bereich würden nach der Auffassung *Eckardts* eine Fülle von Beziehungen abgedrängt, die sicher „Sonderbeziehungen“ im Sinne des sozialen Kontaktes sind wie etwa Besuche auf Grund von Vorladungen zur Polizei oder zum Gericht als Beschuldigter, Zeuge oder Sachverständiger.

mehr vom „Rechtsgeschäftlichen“ – eine Entwicklung, die in der neuerdings an Boden gewinnenden *Haftung aus sozialem Kontakt* ihren folgerichtigen Endpunkt findet. Aus dieser Entwicklung wird deutlich, dass es sich im Grunde nicht um die Ausdehnung der Vertragsordnung auf solche Sachverhalte handelt, die mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zum „Rechtsgeschäftlichen“ der gleichen Wertung wie Schuldverhältnisse unterliegen sollen. Es geht nicht um eine Sonderwertung des „*geschäftlichen Kontaktes*“, sondern um die Beurteilung von Störungsfällen des nicht-rechtsgeschäftlichen Verkehrs nach Vertragsanstelle von Deliktsregeln. Diese dogmengeschichtliche Entwicklung der culpa in contrahendo in unserem Bereich scheint die Auffassung derer zu bestätigen, die vor-vertragliche Personen- und Sachschädigungen seit jeher aus dem Anwendungsbereich des Verschuldens bei Vertragsschluss heraushalten und ausschließlich der Deliktsordnung unterwerfen wollten.

### **C. Die deutsche Rechtsprechung**

#### **I. Die Rechtsprechung bis 1945**

##### **1. Die Rechtsprechung vor Anerkennung eines vom Zielvertrag unabhängigen Instituts der culpa in contrahendo**

###### ***a. Beurteilung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB***

*Vertragliche* Sicherungsnebenpflichten wurden in der deutschen Rechtsprechung schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB vor allem in solchen Fällen anerkannt, in denen sich der Vertrag auch auf die Benutzung von Räumen durch Personen erstreckte.<sup>463</sup> Bei Kaufverträgen war die Judikatur dagegen bis ins zweite Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts sehr zurückhaltend in der Annahme von „vertraglichen Verkehrssicherungspflichten“, während ein vertragsrechtlicher Schutz gegen unmittelbare Schädigungen in Ausführung von (Kaufvertrags-)Erfüllungshandlungen schon damals bejaht wurde.<sup>464</sup> Soweit sol-

---

<sup>463</sup> *Gastaufnahmevertrag*: seit RG 9.7.1903 RG-Nachschlagewerk § 278 BGB Nr. 4 (unveröffentlicht ?); vgl. ferner etwa RG 11.12.1906 RGZ 65, 11. *Bahnbeförderungsvertrag* (für Personen): vgl. z. B. RG 5.10.1903 RGZ 55, 335 (Bahnhofsaustritt); RG 24.5.1905 RG-Nachschlagewerk § 278 BGB Nr. 20 (Bahnhofsaustritt); RG 19.3.1912 JW 1912, 686 (= RG-Nachschlagewerk § 278 BGB Nr. 84).

<sup>464</sup> Vgl. RG 14.6.1910 RGZ 74, 124: Sturz der Kl. bei Dunkelheit auf der unbeleuchteten Haustreppe einer Metzgerei, in der sie eben eingekauft hatte; Klageabweisung (§ 831 BGB!). In den Gründen heißt es wörtlich: „Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, dass, wer in seinem Hause ein Gewerbe betreibt, das den Eintritt von Käufern mit sich bringt, *kraft Vertrags* den *kaufenden Personen* für eine die Sicherheit nicht gefährdende Beschaffenheit der *Räumlichkeiten* oder der *Zugänge* des Hauses einzustehen hat, ist

che vertragliche Sicherungsnebenpflichten anerkannt wurden, war dafür eindeutig der Wunsch maßgebend, die Regelung des § 831 BGB durch jene des § 278 BGB zu ersetzen.<sup>465</sup>

Die Ausdehnung der *vertragsartigen* Haftung auf den Bereich der Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) lehnte die Rechtsprechung bis etwa 1912 *allgemein* ab.<sup>466</sup> Eine Anwendung vertraglicher Haftungsgrundsätze auf *Erhaltungspflichtverletzungen* im Vorbereich des Vertrages (*culpa in contrahendo*) wurde dementsprechend bis dahin in den einschlägigen Fällen nicht erörtert; der Vertragstyp war dabei ohne Belang.<sup>467</sup>

Indessen war in jenem Zeitraum und teilweise auch später die Tendenz offensichtlich, den Augenblick des Vertragsschlusses vorzuverlegen und damit den Schutzbereich des (Haupt-)Vertrages selbst auszudehnen oder aber besondere vorbereitende (Sicherungs-)

nicht anzuerkennen. Aus dem Wesen des Kaufvertrages lässt sich ein solcher Satz nicht ableiten.“ (S. 125; Hervorhebungen vom Verf.). Neben der Haftung aus Delikt komme eine Verantwortlichkeit aus Vertrag nur dort in Betracht, wo sich die Vertragsbeziehungen – wie im Verhältnis zwischen Gast und Wirt – gerade auf die Benutzung eines Raumes erstrecken oder sonstige besondere Umstände vorlägen (S. 125 f.). Mit den zitierten Gründen nahezu wörtlich übereinstimmend: OLG Köln 27.6.1911 OLGE 24, 314 (Kl. glitt im Geschäftshaus der Bekl., wo sie einkaufen wollte, aus). S. ferner RG VI 18.11.1909 SoergelRspr. 1910 § 278 BGB Nr. 8: „Es ist sehr bedenklich, es für eine aus dem *Kaufvertrag* folgende Pflicht des Hausbesitzers anzusehen, zu seiner Ladenkasse dem *Käufer* einen gefahrlosen Zugang zu gewähren.“ (Vollständige Wiedergabe des Abdruckes; Hervorhebungen vom Verf.) und RG 8.2.1906 JW 1906, 196: Von Laufgalerie herunterfallender Karton verletzt eine Frau; unvollständiger Sachverhalt; § 278 BGB abgelehnt). In diese Richtung weisen auch: OLG Hamburg 24.11.1916 OLGE 34, 112 und OLG Kiel 12.12.1916 OLGE 34, 113 (Unfälle auf nassen Linoleumböden in Ladengeschäften; Unfallzeitpunkt nicht erwähnt; nur § 823 BGB angewandt); ähnlich OLG Colmar 5.12.1911 OLGE 24, 314. *Vertragliche Haftung aus Kauf* für schuldhafte Körperverletzung in Ausführung der Erfüllungshandlung: RG 24.2.1910 BayZ 1910, 195 (Der Kl. wurde im Glaswarenlager des Bekl. verletzt, als eine große Glastafel, aus der die vom Kl. gewünschten Scheiben geschnitten werden sollten, in den Händen des Gehilfen entzwei sprang. Haftung des Geschäftsinhabers gemäß §§ 433, 278 BGB). Vgl. auch OLG Köln 10.5.1907 (unten N. 467).

<sup>465</sup> Vgl. die in N. 463 angeführten Entscheidungen, die größtenteils zu § 278 BGB ergangen sind sowie RG 24.2.1910 (N. 464 am Ende). Die Übertragung von § 278 BGB auf die *Vertragsleistung im weiteren Sinn* (Sicherungspflichten) wird in RG 23.1.1908 (WarnRspr. 1908 Nr. 293 = RG-Nachschlagewerk § 278 BGB Nr. 57) ausdrücklich vollzogen (Eisenbahn-Personenbeförderungsvertrag; Unfall in Bahnhofshalle vor Antritt der Fahrt, *nach* Lösung der Fahrkarte).

<sup>466</sup> Vgl. z. B. RG 29.6.1907 Recht 1907 Nr. 3083 (fahrlässige Irrtumserregung); RG 16.11.1906 SoergelRspr. 1906 § 276 BGB Nr. 12 (LS; = RG-Nachschlagewerk § 278 BGB Nr. 36 = RG-Nachschlagewerk § 276 BGB Nr. 48; Vertreter-Fahrlässigkeit); RG 23.9.1908 Recht 1908 Nr. 3232 (ohne Sachverhalt). Vgl. auch RG 27.5.1910 JW 1910, 748 (= RG-Nachschlagewerk § 276 BGB Nr. 101, Warenprüfungspflicht des Verkäufers).

<sup>467</sup> Vgl. z. B. RG 23.1.1908 (oben N. 465): „Der Zugang zu den Zügen durch die Bahnhofsräume muss unter demselben Gesichtspunkte [sc. der Vertragshaftung] betrachtet werden; nur kommt in Betracht, dass, bevor durch Lösung einer Fahrkarte der Vertrag mit dem Eisenbahnunternehmer geschlossen ist, von einer vertragsmäßigen Haftung des letzteren nicht wohl gesprochen werden kann, so dass der Weg bis zu den Fahrkartenschaltern der Regel nach außerhalb des Vertrages fällt.“ (Der Vertrag war bereits geschlossen). Deliktshaftung vor Lösung der Fahrkarte: z. B. RG 20.5.1914 LZ 1914, 1530. Zum Kaufvertrag vgl. OLG Köln 10.5.1907 Recht 1907 Nr. 3459: „Wird der Käufer beim Aussuchen der Ware durch ein herabfallendes Stück Ware verletzt, bevor er die ihm passenden Stücke ausgesucht und gekauft hat, so kommt vertragliche Haftung des Verkäufers nicht in Frage, da ein Vertrag zwischen den Parteien noch nicht bestand, sondern nur eine Offerte vorlag.“ Vgl. ferner OLG Köln 27.6.1911 OLGE 24, 312 (oben N. 464). S. auch OLG Colmar 5.12.1911 OLGE 24, 314 und OLG Hamburg 22.11.1907 HansGZ 1908 B 22. S. ferner die unten (N. 473) weiter angeführten Entscheidungen.



Vereinbarungen zu konstruieren. Beide Konstruktionen (die Erstreckung des Hauptvertrages bzw. eine Sondervereinbarung) wurden nicht immer scharf auseinandergehalten. Für das erstrebte Ergebnis der Geltung vertraglicher (*nicht vertragsartiger*) Sicherungspflichten war diese Unterscheidung auch ohne Bedeutung. Die erwähnte zeitliche Erstreckung des Vertrages über dessen „eigentlichen“ Geltungsbereich hinaus fand sich insbesondere, wenn auch nicht durchgängig, in der Rechtsprechung zu den sog. Wirtshausverträgen: Hier wurde die Vertragsordnung – unabhängig vom Bestellen von Getränken o.ä. – bereits ab dem Eintritt des Gastes in die für Aufenthalt und Verkehr geöffneten Räume angewandt.<sup>468</sup> Ähnlich verhielt es sich bei Beförderungsverträgen.<sup>469</sup> Entsprechendes nahm auch eine vereinzelt gebliebene Entscheidung des OLG Breslau für ein Warenhaus an: Das OLG sah in den Einrichtungen des Kaufhauses eine Einladung zum Besuch, die der Besucher durch seinen Eintritt mit der Folge annehme, dass der Warenhausinhaber für den ungefährdeten Zu- und Ausgang vertraglich hafte – auch wenn der Besucher sich nur über Waren informieren wolle.<sup>470</sup> Das Reichsgericht lehnte es demgegenüber eindeutig ab, aus dem Kaufvertrag eine Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit von Räumen und Zugängen abzuleiten.<sup>471</sup> Dementsprechend beurteilte man die hier interessierenden Sachverhalte – soweit weder besondere gesetzliche Vorschriften einschlägig waren<sup>472</sup> noch Verträge mit Sicherungspflichten (Raumgewährung, Beförderung) angenommen werden

---

<sup>468</sup> RG 10.7.1908 WarnRspr. 1908 Nr. 640 (Unfall beim Durchschreiten des *für Gäste-Aufenthalt eingerichteten* Vorgartens oder Zugangs einer Wirtschaft durch Herabfallen eines von einer Gartenbaufirma aufgestellten Efeukastens; Vertragshaftung; Annahme eines besonderen Sicherungsvertrages); RG 18.1.1907 Recht 1907 Nr. 424 (Sturz über schadhafte Fußabstreifer beim Betreten einer Gaststätte; Vertrags- und Deliktshaftung); vgl. jedoch RG 24.6.1904 RGZ 58, 333 (nur deliktische Schutzpflichten für Zugänge von Wirtschaften; Unfall beim Verlassen einer Wirtschaft; § 831 BGB angewandt) und RG 21.5.1908 SoergelRspr. 1908 § 823 BGB Nr. 38 (Unfall auf Zugangstreppe zur Wirtschaft; § 823 BGB) sowie später RG 13.2.1913 Recht 1913 Nr. 1134 (vereiste Stufen eines Restaurant-Zuganges; § 823 BGB; ohne näheren Sachverhalt).

<sup>469</sup> Vgl. RG 24.10.1907 RGZ 66, 402 (Beschädigung eines von der Bahnverwaltung bestellten offenen Bahn-Waggons bei der Verladung; § 278 BGB relevant); s. später OLG Hamburg 5.12.1928 HansRGZ 1929 B 407 (Abschluss des Bus-Beförderungsvertrags mit Besteigen des Fahrzeugs; § 278 BGB relevant).

<sup>470</sup> 30.5.1907 OLGE 18, 62 (Unfall infolge glatter Steinfliesen auf dem innerhalb der Baufluchtlinie liegenden, zur Eingangstür führenden Zugang. Das OLG scheint einem besonderen Sicherungsvertrag zuzuneigen).

<sup>471</sup> So insbes. RG 14.6.1910; OLG Köln 27.6.1911 (beide oben N. 464). Vgl. auch die in N. 473 angeführten Entscheidungen. RG 21.9.1911 (6. Senat) erwägt die Annahme eines stillschweigenden Vertrages hinsichtlich der Raumsicherheit. Aus dem (allein) abgedruckten Leitsatz lässt sich nichts Weiteres entnehmen (Soergel-Rspr. 1911 § 823 BGB Nr. 152); die Einordnung unter § 823 BGB spricht jedenfalls gegen einen Vertrag.

<sup>472</sup> Z. B. §§ 66, 68 der Eisenbahnverkehrsordnung v. 26.10.1899, aus denen RG 9.3.1910 (RGZ 73, 148) die besondere gesetzliche Verpflichtung der Eisenbahn ableitet, dem Empfänger eines Frachtgutes sicheren Zugang zum Auslieferungsort zu gewährleisten; § 278 BGB relevant.

konnten – nach deliktsrechtlichen Grundsätzen.<sup>473</sup> Bei der deliktsrechtlichen Betrachtungsweise war der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohne Bedeutung und dementsprechend aus den Entscheidungsabdrucken nicht immer ersichtlich, ob der Schadensfall sich vor oder nach dem Vertragsschluss ereignete. In allen Fällen, in denen der Geltungsbereich des Schuldvertrages in das Vorfeld des Kontraktes erstreckt wurde, diente diese Konstruktion dazu, § 831 BGB durch § 278 BGB zu ersetzen.<sup>474</sup>

*b. Die Linoleumrollen-Entscheidung RG 7.12.1911 (RGZ 78, 239) und daran anknüpfende Urteile bis 1920*

Die dargelegte alternative Beurteilung der Erhaltungspflichtverletzungen im vorvertraglichen Bereich (Vertrags- oder Deliktshaftung bzw. Anspruchskonkurrenz) durch die deutsche Rechtsprechung scheint mit der häufig als *leading case* für die culpa in contrahendo-Haftung bei Erhaltungspflichtverletzungen angesehenen Entscheidung des 6. Senats des Reichsgerichts vom 7.12.1911 (Linoleumrollenfall)<sup>475</sup> ihr Ende gefunden zu haben. Meines Erachtens ist jedoch die oft in dieser Entscheidung gesehene Abkehr von der geschilderten früheren Rechtsprechung – jedenfalls hinsichtlich der formellen Rechtsgrundlage – nur scheinbar. Die Bedeutung, die diesem Urteil in der Folgezeit zugemessen wurde, zwingt zu einer ausführlicheren Darstellung und eingehenderen Analyse. Vorweg sei bemerkt, dass auch bei dieser Entscheidung der Wunsch, § 278 BGB anstelle von § 831 BGB anzuwenden, bei der Konstruktion eine bestimmende Rolle gespielt hat.<sup>476</sup>

---

<sup>473</sup> RG 8.12.1904 JW 1905, 48 (Sturz in offenstehende Kelleröffnung in einer Bahnhofswirtschaft; nur Deliktshaftung erörtert; Verurteilung nach § 823 I BGB); RG 14.1.1907 BadRpr. 1907, 93 (Die Kl. wurde im Lichthof der bekl. Bank, bei der sie geschäftlich zu tun hatte, von einer herabfallenden Glasscheibe verletzt, die von Arbeitern bei der Reinigung zertreten wurde; Verurteilung gemäß § 823 BGB wegen Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt: Vornahme der Reinigung des Glasdaches während der Geschäftsstunden (§§ 823, 31 BGB); nicht ersichtlich, ob der schädigende Arbeiter der Bekl. oder einer Reinigungsfirma angehörte); RG 15.4.1909 Recht 1909 Nr. 1775 (Warenhaus; schadhafte Treppe; Verurteilung gemäß § 823 BGB wegen Nichtbeseitigung des mangelhaften Treppenzustandes); RG 30.6.1910 SoergelRspr. 1910 § 823 BGB Nr. 74 (Sturz über Kellertreppe); OLG Oldenburg 12.10.1912 OldZ 40, 429 (Sturz der Kl. über einen Senkschacht, der auf dem innerhalb des Areals des bekl. Geschäftsinhabers – Schlachtereier – gelegenen Fliesenweg eingelassen war. Die Kl. behauptete, sie habe bei dem Bekl. eine Bestellung machen wollen; Abweisung der Klage aus § 823 I BGB mangels Verschulden). Vgl. ferner die in N. 467 genannten Entscheidungen: OLG Köln 10.5.1907 (echtes Verhandlungsstadium!), OLG Köln 27.6.1911 und OLG Hamburg 22.11.1907.

<sup>474</sup> Vgl. die entsprechenden in N. 469, 470 und 472 angeführten Entscheidungen sowie insbes. RG 10.7.1908 (Haftung für den „*independent contractor*“) oben N. 468. Zur Beweislastumkehr vgl. unten § 1 C. I. 3. (S. 140).

<sup>475</sup> RG 7.12.1911 RGZ 78, 239 ff. In einem im Sachverhalt ganz ähnlich gelegenen Fall hatte das OLG Köln in seiner Entscheidung vom 10.5.1907 eine Haftung nach vertraglichen Normen abgelehnt (vgl. oben N. 467).

<sup>476</sup> Vgl. die Argumentation in RGZ 78, 240/241. Möglicherweise handelte es sich in der Linoleumrollen-Entscheidung auch um den Versuch, den vom gleichen 6. Senat erstmals in der nur eine Woche später ergangenen Entscheidung (RG 14.12.1911 RGZ 78, 107) zugelassenen „dezentralisierten Entlastungs-

Die Klägerin hatte in dem Warenhaus der Beklagten bereits verschiedene Einkäufe gemacht und sich dann mit ihrem Kind in das Linoleumlager begeben, um dort einen Linoleumteppich zu kaufen. Nachdem sie aus den ihr vorgelegten Mustern einen ausgewählt hatte, setzte der Angestellte zwei Linoleumrollen etwas beiseite, um die von der Klägerin bezeichnete Rolle zu holen. Die zwei Rollen fielen um und rissen die Klägerin und ihr Kind zu Boden. Der Kauf des Teppichs kam nicht mehr zustande, weil die Klägerin – wie sie sagte – durch den Sturz in zu große Erregung geraten war. In der Entscheidung heißt es dann wörtlich (RGZ 78, 239/240): „Die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Beklagte für das Verschulden [ihres Angestellten] aus § 278 BGB hafte, ist entgegen der Rüge der Revision rechtlich nicht zu beanstanden und steht mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Einklange. W. [der Angestellte] war in Vertretung der Beklagten (§ 164 BGB, § 54 HGB) in Kaufunterhandlungen mit der Klägerin getreten. Die Klägerin hatte um Vorlegung eines Linoleumteppichs ersucht, den sie ansehen und kaufen wollte. Dem Ersuchen ist W. nachgekommen, um einen Kauf zustande zu bringen. Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufs, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beobachten.“

Aus diesen Sätzen, insbesondere aus dem Gebrauch der Worte „Antrag“ und „Annahme des Antrags“ ergibt sich meines Erachtens eher, dass das Reichsgericht an ein *vertragliches* Verhältnis, d.h. eine Art Sicherungs- bzw. Erhaltungsvertrag gedacht hat, wie er vom Reichsgericht schon wiederholt insbesondere bei Gastschafts-<sup>468</sup> und Personentransportverträgen<sup>469</sup>, aber in bestimmten Fällen auch beim Kaufvertrag<sup>468</sup> angenommen worden war. Der Wortlaut der Entscheidung ist allerdings nicht eindeutig und würde – vor allem aus heutiger Sicht – eine andere Auslegung nicht von vornherein ausschließen. Für die „subjektive“ Auffassung sprechen aber zusätzlich folgende Umstände: Von culpa in contrahendo ist in der Entscheidung nicht die Rede. Dies ist eigentlich selbstverständlich, da das Reichsgericht in dem Zeitraum, in dem es die hier erörterte Entscheidung erließ, der culpa in contrahendo noch ganz allgemein ablehnend gegenüber stand und der 3. RG-Senat dieses Rechtsinstitut erst einige Monate später im sog. Luisinlichtfall<sup>477</sup> erstmals anerkannte – jedoch *nur für den Fall eines nachfolgenden gültigen Vertragsschlusses*. Das

---

beweis“ zu umgehen. Diese Interpretation *Lönings* (52/53) ist möglich, da es sich bei dem Schädiger um einen Angestellten eines Warenhauses handelte, der vermutlich nicht von dem Inhaber selbst ausgewählt worden war. Aus den abgedruckten Urteilsgründen ergibt sich jedoch nicht, auf wen sich der Entlastungsbeweis hätte beziehen müssen. *Lönings* dürfte bei seiner Auslegung *Weigert* folgen, der sich jedoch sehr vorsichtig ausgedrückt (14, 19). *Th. Meyer*, der in der fraglichen Zeit dem 6. Senat angehörte, erwähnt jedenfalls § 278 BGB nicht als Mittel, den dezentralisierten Entlastungsbeweis zu umgehen. Er nennt als Abhilfe nur die aus § 831 BGB entnommene *Aufsichtspflicht* (Recht 1924, 314).

<sup>477</sup> RG 26.4.1912 JW 1912, 743 (3. Senat).

Reichsgericht *konnte* daher auf der Grundlage seiner damaligen Rechtsauffassung in der hier erörterten Streitsache gar keinen Fall der culpa in contrahendo sehen. Welche formelle Rechtsgrundlage – außer einem Vertrag – sollte dann die tatsächlich angenommenen vertraglichen Rechtsfolgen auslösen, wenn man die zu jener Zeit herrschende klassische Rechtsquellenlehre (Gesetz, Vertrag, Gewohnheitsrecht) in Betracht zieht? Diese Schlussfolgerung wird durch die vom Reichsgericht angegebenen „*authorities*“ bestätigt: Das Reichsgericht beruft sich zur Begründung der vertragsmäßigen Haftung auf seine eigene Rechtsprechung, insbesondere auf zwei Entscheidungen des erkennenden (6.) Senats, die „von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen“ seien.<sup>478</sup> Beide Entscheidungen – in denen es im Übrigen ebenfalls entscheidend auf die Anwendung des § 278 BGB ankam bzw. (im Fall der Zurückverweisung) ankommen konnte – stützen die hier vertretene Auffassung: In beiden Urteilen ist nicht von culpa in contrahendo, sondern von einem „vorbereitenden Vertrag“ und von „positiver Vertragsverletzung“<sup>479</sup> bzw. von „Vertragsverhältnis“ und „vorbereitender Vereinbarung“<sup>480</sup> die Rede. Zieht man die Verweisung im Linoleumrollen-Urteil auf diese beiden Erkenntnisse in Betracht und vergleicht man die Formulierungen in den drei Entscheidungen, so kann meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen, dass sie alle den gleichen (formellen) Rechtsgrund meinen, nämlich ein *Vertragsverhältnis*. Auch die in der Linoleumrollen-Entscheidung weiter als Belege für die Annahme von – aus einem „Vertrags- oder Schuldverhältnis“ fließenden – Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum angeführten Präzedenzien sprechen für unsere Ansicht: In sämtlichen zu ermittelnden Entscheidungen handelte es sich um Haftung für Unfälle, die *nach Vertragschluss* eingetreten waren<sup>481</sup> bzw. um die Verantwortlichkeit aus einem Schuldverhältnis kraft Gesetzes.<sup>482</sup> Die hier vertretene Interpretation erfährt eine weitere Stütze dadurch, dass auch in der zeitgenössischen Rechtsprechung das „vertragsähnliche Verhältnis“ der Linoleumrollen-Entscheidung als ein „den Kauf vorbereitendes *Vertragsverhältnis*“ aufgefasst wurde.<sup>483</sup> Unsere Auffassung wird darüber hinaus im Ergebnis – wenn auch zumeist ohne nähere Begründung – von einer Reihe von Autoren geteilt.<sup>484</sup>

<sup>478</sup> Ibid. (oben N. 475) 240.

<sup>479</sup> RG 13.12.1906 RGZ 65, 19 (Unfall bei Gefälligkeitsfahrt; strittig, ob die Fahrt im Zusammenhang mit Vorbesprechungen über einen möglichen Kauf eines Automobils stand).

<sup>480</sup> RG 24.10.1907 RGZ 66, 402, 405 (oben N. 469).

<sup>481</sup> RG 5.10.1903 RGZ 55, 335 (336/337; oben N. 463); RG 19.4.1904 JW 1904, 358; RG 1.7.1904 JW 1904, 484; RG 4.2.1907 SeuffBl. 1907, 537 (= RG-Nachschlagewerk § 276 BGB Nr. 60); RG 23.1.1908 (oben N. 467). In allen Fällen – außer RG 4.2.1907 (Theaterbesuch) – handelte es sich um Personenbeförderungsverträge der Eisenbahn. Nicht zu ermitteln war das Urteil RG VI 17/10.

<sup>482</sup> RG 9.3.1910 RGZ 73, 148 (150: § 66 Eisenbahnverkehrsordnung; oben N. 472).

<sup>483</sup> OLG Hamburg 2.7.1913 (unten N. 491) 106 linke Spalte (Hervorhebung im Text vom Verf.); vgl. weiter RG 2.11.1917 RGZ 91, 134 (137); RG 18.4.1929 (unten bei N. 499; Holzschuppengaleriefall); beide Er-

Danach scheint mir folgendes festzustehen: Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 7.12.1911 im Linoleumrollenfall war weder als culpa in contrahendo-Entscheidung gemeint, noch kann sie als „faktischer“ Fall eines nicht rechtsgeschäftlich verstandenen Tatbestandes des Verschuldens bei Vertragsschluss angesehen werden. Es ist unrichtig, dieses Urteil Grundsatzentscheidung für den „Durchbruch“ des Instituts der culpa in contrahendo heranzuziehen, wie es heute noch geschieht.<sup>485</sup> Das Urteil ist keine „*authority*“ für einen „gesetzlichen“, d.h. nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden culpa in contrahendo-Tatbestand – nicht einmal für den engen Bereich der Körperschädigungen durch den Verhandlungspartner<sup>486</sup> während und in innerem Zusammenhang mit dem Verhandlungsablauf.<sup>487</sup> Die formelle Rechtgrundlage der Linoleumrollen-Entscheidung war vielmehr (fiktiv-)rechtsgeschäftlicher Natur, nämlich ein besonderer, stillschweigend geschlossener vorbereitender Vertrag (Innominatkontrakt).<sup>488</sup> Die vertragliche Beurteilung erstreckte sich im Übrigen nur auf unmittelbare Körperverletzungen während der Vertragsverhandlungen. Die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht (vor oder während der eigentlichen Vertragsverhandlungen) bezog das Linoleumrollen-Urteil in die Vertragssphäre nicht ein. Das Gericht bezeichnete vielmehr ausdrücklich (wenn auch obiter) die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtlich bedenklich, wonach schon mit dem Eintritt eines Kauflustigen oder gar eines Besuchers ohne bestimmte Kaufabsicht in ein Warenhaus ein Vertragsverhältnis geschlossen werde, das Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum des Gegners zum Gegenstand habe.<sup>489</sup> Der Bereich der später von *Larenz* sogenannten Haftung aus geschäftlichem Kontakt war damit aus der Vertragsordnung verwiesen.

Genau drei Monate nach der Linoleumrollen-Entscheidung beurteilte dann der gleiche (6.) Senat sogar eine Verkehrssicherungspflichtverletzung (Unfall) *während der eigentlichen Vertragsverhandlungen* – ohne eine Haftung aus Vertrag oder culpa in contrahendo zu

---

kenntnisse ordnen die Linoleumrollen-Entscheidung als „Vertragsentscheidung“ ein. S. ferner noch RG 20.4.1914 (unten bei N. 494) und KG 20.9.1932 (unten bei N. 503).

<sup>484</sup> *Betti*, Lehmann-Festschr. I, 257 (stillschweigend geschlossener Haftungsvertrag); *Carresi*, *Temi* 1965, 451; *Faber* 36 („Vorvertrag“); *Koerfer* 54 („eine Art Vorvertrag“); *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I 1 N. 3 (S. 92); *Staudinger/Werner* § 275 Vorbem. 99; *Heinrich Stoll* LZ 1923, 538 N. 12; vgl. auch *Dölle* ZStW 103 (1943) 69 f.; *Oertmann* § 241 BGB Vorbem. 9 und *Palandt/Heinrichs* § 242 Bem. 4b bb (RGZ 78, 240 als Beleg für *vertragliche* Schutzpflichten).

<sup>485</sup> So *Erdsiek*, nach dem „die bekannte Linoleumteppichentscheidung RGZ 78, 329 [muss heißen: 239] den Durchbruch“ zur culpa in contrahendo vollzogen habe (JuristenJb 8 [1967/1968] 45); vgl. auch *Wolf*, 142.

<sup>486</sup> Das Kammergericht lehnte noch 1915 eine vertragliche Haftung (§ 278 BGB) in einem Fall ab, in dem eine in Vertragsverhandlungen stehende Kundin durch eine umschlagende Leiter verletzt wurde, die von einer nicht an den Verhandlungen beteiligten Angestellten des Geschäfts unsorgfältig aufgestellt worden war. Das Gericht meinte, diese Angestellte sei keine Erfüllungsgehilfin: 18.1.1915 KGBl 1915, 38.

<sup>487</sup> So aber z. B. *Blomeyer* § 17 III 1b; *Enneccerus-Lehmann* § 43 III; *Fikentscher* § 20 I, II 1; *Lehmann-Hübner* § 33 II 2 b δ; vgl. auch *Köbler* VersR 1969, 775 N. 36.

<sup>488</sup> *Siber*, JhJb 70 (1921) 258 f.

<sup>489</sup> *Ibid.* (oben N. 475) 241.

erörtern – allein nach deliktischen Grundsätzen.<sup>490</sup> Dieses Urteil bestätigt unsere Interpretation, dass die „*rule*“ in der Linoleumrollen-Entscheidung sich auf Körperverletzungen „durch“ die Verhandelnden bezieht: Körperschädigungen durch einen Verhandelnden während und im Zusammenhang mit den eigentlichen Vertragsverhandlungen – und nur diese – wurden als Verletzungen eines stillschweigend geschlossenen Sicherungsvertrages beurteilt.

Die bereits in der Linoleumrollen-Entscheidung als „rechtlich bedenklich“ bezeichnete Auffassung, dass schon vom Eintritt in ein Warenhaus an eine vertragliche Haftung für Sicherheit bestehe, lehnte der 6. Senat in seinem Urteil v. 26.9.1912 („Ständerfall“)<sup>491</sup> nochmals ausdrücklich ab und machte diese ablehnende Ansicht zur Grundlage des Urteils.

In dieser Streitsache fiel dem Kläger in einem Mühlhausener Warenhaus von der Galerie des 1. Stockwerks ein metallener Ständer auf den Kopf („Ständerfall“). Das Reichsgericht lehnte eine *vertragsmäßige* Haftung (§ 278 BGB) ausdrücklich ab, da der vorliegende Fall von dem in der Linoleumrollen-Entscheidung wesentlich verschieden liege. Hier sei nicht wie dort ein durch Vorlegen von Waren zur Besichtigung an einen Kauflustigen begründetes vertragsähnliches Verhältnis gegeben; der Kläger habe lediglich – sei es mit, sei es ohne Kaufabsicht – das Warenhaus betreten. Damit allein sei aber für die Annahme einer vertragsmäßigen Haftung noch keine ausreichende Rechtsgrundlage gegeben. Gerade für diesen Fall werde die Annahme eines Vertragsverhältnisses auch in der Linoleumrollen-Entscheidung als bedenklich bezeichnet; außerdem habe der 2. Senat des Reichsgerichts schon früher<sup>492</sup> eine *allgemeine* vertragliche Haftung des gewerbsmäßigen Verkäufers für verkehrssichere Verkaufsräume und -zugänge gegenüber dem Käufer zu Recht abgelehnt.

Dieser Entscheidung ist zum einen zu entnehmen, dass eine vertragliche Haftung für die körperliche Unversehrtheit im Stadium des heute sogenannten geschäftlichen Kontakts (d.h. vor Eintritt in die eigentlichen Vertragsverhandlungen) vom Reichsgericht verworfen wurde. Zum anderen ist festzuhalten, dass von culpa in contrahendo und von einer ver-

---

<sup>490</sup> RG 7.3.1912, JW 1912, 586 (Die Kl. hatte das Geschäft des Bekl. aufgesucht, um einen Ofen auszuwählen und zu kaufen. Um weitere Kachelmuster ansehen zu können, begab man sich in einen unbeleuchteten Lagerraum, wo die Kl. in eine offen gebliebene Lehmgrube stürzte. Klage auf Grund Delikts erfolgreich).

<sup>491</sup> RG 26.9.1912 JW 1913, 23 (Das RG hob die Entscheidung des Berufungsgerichts auf und verwies zur Prüfung des für den Geschäftsführer und evtl. einen weiteren Angestellten angebotenen Entlastungsbeweises betr. § 831 BGB an das OLG zurück.) Der selbe (6.) Senat hatte wohl auch einige Monate früher in einem weiteren Warenhausfall (unzeitiges Bohren) nur Deliktsrecht angewandt: 18.4.1912 Recht 1912 Nr. 1890 (dürftiger Sachverhalt). Im Ergebnis wie die Ständerfall-Entscheidung: OLG Karlsruhe 21.2.1913 BadRspr. 1913, 85 (Ausgleiten auf dem gewichsten Parkettboden eines Warenhauses hinter einem Verkaufsstand, wo sich die Verletzte mit Billigung einer Verkäuferin aufgehalten hatte, um ihre Kleidung ungestört in Ordnung bringen zu können) sowie OLG Hamburg 2.7.1913 HansGZ 1914 B 105 (Sturz über die Kellertreppe in einem Ladenraum vor Beginn der Vertragsverhandlungen; vertragliche Haftung abgelehnt; § 831 BGB: Klageabweisung).

<sup>492</sup> RG 14.6.1910 (oben N. 464).

tragsartigen Haftung, d.h. vertragsgleichen, aber nicht auf Vertrag beruhenden Verantwortlichkeit, mit keinem Wort die Rede ist. Das Reichsgericht steht noch auf dem Boden der klassischen Rechtsquellenlehre: Da es an einem Vertrag fehlt, kommen allein die Deliktvorschriften für eine Beurteilung des Falles in Betracht. Der Bereich des heute sogenannten geschäftlichen Kontakts gehört in die Deliktsordnung. Diese Auffassung galt in der Rechtsprechung der damaligen Zeit einhellig.<sup>493</sup> Die dargelegten Grundsätze wurden am 20.4.1914 vom Senat der Linoleumrollen-Entscheidung bekräftigt und sogar (mit der Folge der Klageabweisung) auf einen Fall angewandt, bei dem eine Frau in einem Warenhaus „zwischen zwei Käufen“ schwer verunglückte (Attrappenfall).<sup>494</sup> Zur vertraglichen Haftung führte das Reichsgericht dabei aus:

Die Sicherungspflicht eines Warenhaus-Inhabers ergebe sich nicht aus einem Vertrag, insbesondere nicht aus einem vom Besucher abgeschlossenen Kaufvertrag, sondern aus dem (deliktsrechtlichen) Gesichtspunkt der Verkehrseröffnung, die eine allgemeine Pflicht begründe, für die Sicherheit der eingelassenen Personen zu sorgen. Diese Pflicht bestehe auch dem gegenüber, der einen Kaufvertrag nicht abgeschlossen oder überhaupt keine Kaufabsicht habe. Anders sei es nur dann, wenn Vertragsbeziehungen beständen, die sich gerade auf die Benützung eines R a u m e s (gesperrt im Original) erstreckten – wie z. B. im Verhältnis zwischen Wirt und Gast. An diesen Grundsätzen habe das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Die Bezugnahme der Revision auf den Linoleumrollenfall gehe fehl, da dort in der Vorlage eines zu kaufenden Gegenstandes ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis erblickt worden sei, das einen vertragsähnlichen Charakter trage und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten [sic!] erzeugt habe, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwachsen sei, die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teiles zu beobachten. Im vorliegenden Fall stehe dagegen der Unfall mit irgendwelchen Kaufverhandlungen nicht im Zusammenhang. Ob – wie anscheinend das Berufungsgericht meine – eine Vertragshaftung (!) schon dann angenommen werden könne, wenn der Kauflustige zwar bei einer Kaufverhandlung verletzt werde, die Verletzung aber nicht durch die Kaufverhandlungen selbst und das vom Verkäufer bzw. dessen Angestellten dabei beobachtete Verhalten verursacht worden sei, also nur ein

---

<sup>493</sup> So die angeführten Entscheidungen des 6. Senats des Reichsgerichts v. 7.3.1912 (oben N. 490) und 18.4.1912 (oben N. 491) sowie OLG Karlsruhe 21.2.1913 (oben N. 491) und OLG Hamburg 2.7.1913 (oben N. 491); wohl auch RG 13.2.1913 (oben N. 468). Vgl. ferner die unten N. 494 und N. 495 angeführten Entscheidungen.

<sup>494</sup> RG 20.4.1914 JW 1914, 759 (Die Kl. hatte im Warenhaus des Bekl. schon einiges eingekauft und sich in eine andere Abteilung begeben, um dort weitere Einkäufe zu machen. Als die Kl. die Abteilung durchschritt, fiel eine auf einem Verkaufstisch stehende Attrappe in Säulenform um, traf die Kl. am Kopf und verletzte sie so schwer, dass sie erwerbsunfähig wurde. Das Reichsgericht bestätigte mit Rücksicht auf fehlende vertragliche Beziehungen und die Führung des Entlastungsbeweises (§ 831 BGB) die abweisende Entscheidung des OLG; zu den Gründen vgl. oben im Text). RG 8.7.1929 (LZ 1929, 1463) ließ es offen, ob dieser Entscheidung „durchweg beizutreten“ sei, da die Kl. hier (LZ 1929) *nach* dem Einkauf verletzt worden sei. Im Ergebnis wie RG 20.4.1914: OLG Colmar 26.6.1914 ElsaßLothZ 40 (1915) 301 (Unfall in Warenhaus nach Einkauf in einem abschüssigen Gang; Vertragshaftung nicht erwähnt; Verkehrssicherungspflichtverletzung des verfassungsmäßigen Geschäftsführers der Kaufhaus-GmbH angenommen); ähnlich ObG Danzig 28.5.1935 Danziger Juristen-Zeitung 1936, 92.

zeitlicher (im Original gesperrt) Zusammenhang zwischen einer Kaufverhandlung und dem Unfall bestehe, könne hiernach unerörtert bleiben.<sup>495</sup>

Die Entscheidung zeigt, dass das Reichsgericht in jener Zeit – außerhalb der Fälle der spezifischen Raumgewährung – noch nicht gewillt war, die Geltung des Vertragsrechts hinsichtlich der persönlichen Integrität über das Gebiet der eigentlichen Vertragsverhandlungen hinaus auszudehnen. Eine auf *Vertrag* beruhende Verkehrssicherungspflicht nach Vertragsschluss wurde ebenso wenig in Erwägung gezogen wie eine Verpflichtung zur Gewährleistung der körperlichen Integrität im Stadium ante contrahendum (geschäftlicher Kontakt). Von entsprechenden Pflichten aus einem objektiv verstandenen Tatbestand einer culpa in contrahendo kann in jener Zeit schon deswegen nicht die Rede sein, weil die „vertragliche Haftung für culpa in contrahendo“ unter dem Einfluss der bahnbrechenden Schrift *Franz Leonhards* „Verschulden beim Vertragsschlusse“ (1910) damals aus dem nachfolgenden gültigen Vertrag abgeleitet wurde.<sup>496</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die deutsche Rechtsprechung bis etwa zum Ende des 1. Weltkrieges noch keinen eigenständigen, in seinem Entstehungsgrund rechtsgeschäftsunabhängigen Tatbestand der culpa in contrahendo anerkannte: Eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen nahm die Rechtsprechung nur dort an, wo auch die entsprechenden Voraussetzungen der Vertragsordnung, also ein (wenn auch nur stillschweiger oder fingierter) Vertragsschluss bejaht wurde. Vertragliche Sicherungspflichten beim Kauf anerkannte man nur hinsichtlich unmittelbarer Erfüllungshandlungen in Ausführung der aus einem geschlossenen Kaufvertrag oder aus einem – nur während der eigentlichen Vertragsverhandlungen bestehenden – Schutzvertragsverhältnis fließenden Pflichten. Vertragliche *Verkehrssicherungspflichten* zog die Judikatur im Allgemeinen nur dort in Betracht, wo der Zweck des abgeschlossenen Vertrages gerade (auch) auf die Benutzung von Räumen gerichtet war. Normalerweise traf dies bei Räumlichkeiten, die Kaufzwecken dienten, nicht zu.<sup>497</sup> In diesen und allen anderen Fällen, die nicht zu den eben aufgezähl-

---

<sup>495</sup> Das Kammergericht verneinte in diesem Fall eine vertragliche Haftung (18.1.1915; oben N. 486).

<sup>496</sup> Erstmals im Luisinlichtfall (RG 26.4.1912 JW 1912, 743). Diese „Zielvertragstheorie“ bestimmte die Rechtsprechung entscheidend bis in den Anfang der zwanziger Jahre hinein. Die letzte unter ihrem Einfluss stehende Entscheidung dürfte wohl RG 24.6.1927 (JW 1927, 1993) sein. Vgl. zu dieser Entwicklung insbesondere *Hildebrandt* 62 ff.

<sup>497</sup> Anders nur „auf Grund besonderer Umstände“, jedoch unter grundsätzlicher Billigung der Entscheidung RG 14.6.1910 (oben N. 464) KG 4.10.1916 KGBl 1917, 19 (vertragliche Haftung hinsichtlich eines Unfalls in einem Warenhaus, der sich nach dem Kauf auf dem Wege zur Kasse ereignete. Eine Haftung des Warenhauses war in concreto nur über § 278 BGB zu erreichen, da der Gehilfe, der den Unfall schuldhaft verursacht hatte, nicht im Warenhaus selbst, sondern bei einer dort tätigen, selbständigen Firma angestellt war.). Im Attrappenfall (RG 20.4.1914; oben N. 494) wurde die Frage der Haftung bei einem Unfall, der nur in einem *zeitlichen* Zusammenhang mit Kaufverhandlungen steht, unerörtert gelassen.



ten Ausnahmen gehörten, galt die Deliktsordnung, culpa in contrahendo wurde als Haftungsgrund in unseren Fällen noch nicht erörtert.

## 2. Die Rechtsprechung seit Anerkennung eines „gesetzlichen“ Instituts der culpa in contrahendo

Im Lauf der zwanziger Jahre setzte sich auch in der Rechtsprechung mehr und mehr die Auffassung durch, dass es sich bei der culpa in contrahendo um einen eigenständigen, vom gültigen Zustandekommen des Zielvertrages unabhängigen Haftungstatbestand handle, der auf „gesetzlicher“, d.h. nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhe.<sup>498</sup> Gegen Ende dieses Zeitraumes wurde das eben beschriebene „objektive“ Institut der culpa in contrahendo zum *ersten* und – bis 1945 – *einzigsten* Mal in einem Fall von Erhaltungspflichtverletzungen *während der Vertragsverhandlungen* erörtert. Es handelte sich jedoch in Wirklichkeit bei dieser Entscheidung des 4. Senates des Reichsgerichts v. 18.4.1929 (Holzschuppengaleriefall)<sup>499</sup> in Bezug auf die culpa in contrahendo lediglich um *Obiter-Bemerkungen*, da die Entscheidung tragend auf ein *Vertragsverhältnis* gestützt wurde. Das Reichsgericht führte in dieser Sache, in der es um den Sturz eines Kaufinteressenten von der Galerie eines Holzschuppens während der Vertragsverhandlungen („Holzschuppengaleriefall“) ging, Folgendes aus:

Wenn es notwendig gewesen sei, die Ware vor dem Kaufabschluss zu besichtigen und zu diesem Zweck die Galerie zu betreten, so sei „bei dem regelmäßigen Verlauf der Dinge“ mit dem – sehr gefährlichen – Betreten der Galerie ein „vertragsähnliches Verhältnis des Inhalts [sc. entstanden], dass die Geschäftsinhaberin für die ausreichende Sicherung des die Anlage Betretenden gegen die Gefahren, die mit dem Betreten verbunden waren, einzustehen“ habe. Das Reichsgericht fährt dann unmittelbar anschließend fort: „Es kommt auf den festgestellten Sachverhalt *nicht nur die Haftung für Verschulden bei den Vertragsverhandlungen* [Hervorhebung vom Verfasser] in Frage, die sich auf den sog. Vertrauensschaden beschränken und die den Beweis für das Verschulden der Geschäftsinhaberin dem Verletzten aufbürden würde. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem Fall, in dem ein Kauflustiger ein Warenhaus betritt und nicht schon mit dem Betreten ein

---

<sup>498</sup> Wohl seit dem „Fernsprechfall“ RG 3.1.1920 RGZ 97, 336 (339).

<sup>499</sup> RG 18.4.1929 HRR 1929 Nr. 1313 (Der Kl. betrat auf dem Holzlagerplatz der Bekl. die Galerie eines Holzschuppens, um Holz zum Zwecke des Ankaufs zu besichtigen. Er stürzte an der durch eine Laufstange gesicherten Seite der Galerie etwa vier Meter tief ab, nachdem er sich an diese Stange angelehnt hatte. Die Vorinstanzen hatten die Schadensersatzklage – wohl mangels Beweises – abgewiesen. Das RG hob auf und verwies an das OLG Dresden zurück, das grundsätzlich eine Haftung für Verkehrssicherheit auf dem Holzplatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen angenommen hatte, auch ohne dass die Vertragsverhandlungen zum Abschluss geführt haben mussten. Das RG weist im Übrigen darauf hin, dass auch die Beurteilung des Falles nach § 823 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen des Anscheinsbeweises zum gleichen (Beweislast-)Ergebnis führen würde; daneben fehle es auch an einer Prüfung des Falles nach § 836 BGB – Bauwerkshaftung –). Zu den Gründen vgl. im Übrigen oben im Text.

Vertragsverhältnis zum Geschäftsinhaber begründet (RGZ 78, 241 – Schlussbemerkung –; RG 20.4.1914 JW 1914, 759; RGZ 74, 124); insoweit wird vielmehr für eine die Sicherheit nicht gefährdende Beschaffenheit der Räumlichkeiten und der Zugänge regelmäßig nur außervertraglich gehaftet werden. Vorliegend handelt es sich um eine bestimmte Vorrichtung, die den kauflustigen Personen zum Zwecke der Besichtigung des Kaufgegenstandes zur Verfügung gestellt wird und deren Betreten, da sie sich mehrere Meter über der Erde befindet, naturgemäß Gefahren für die körperliche Unversehrtheit hervorruft. Das ist kein nur tatsächlicher Vorgang, sondern es entsteht ein besonderes, den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erzeugt (RGZ 78, 240). Insoweit kommt das Rechtsverhältnis nahe den Rechtsbeziehungen zwischen dem Schank- und Speisewirt und dem Gast, dem von ersterem auch der erforderliche Raum zur Verfügung gestellt wird, mit der Folge der Haftung des Wirtes dafür, dass der Gast nicht durch mangelhafte Beschaffenheit der Räume zu Schaden kommt (RGZ 104, 46; 65, 13, 14). Die Haftpflicht der Beklagten den Kaufliebhabern gegenüber für Unfälle, die durch den ordnungswidrigen Zustand der Galerie einschließlich der Umwehrung verursacht werden, regelt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht. Die Beklagte hat danach zu beweisen, dass die Sorgfalt, die in Ansehung der Verkehrssicherheit der Umwehrung zu betätigen war, von ihr nicht außer Acht gelassen ist.“

Aus der Formulierung, es komme hier nicht nur culpa in contrahendo in Betracht (bei der die Beweislast dem verletzten Kläger obliegen würde), aus der Bezugnahme auf den Lino-  
leumrollenfall, aus dem Vergleich mit dem Gastwirtsvertrag,<sup>500</sup> aus der Verweisung auf die  
allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht  
und endlich aus der Überbürdung der Beweislast auf die beklagte Verkäuferin, muss ent-  
nommen werden, dass die Entscheidung nur auf einem besonderen „vertragsähnlichen“  
Rechtsverhältnis beruht. „Vertragsähnlich“ kann hier aber nur „vertraglich“ bedeuten, da  
einerseits im vorliegenden Falle damit eindeutig nicht das culpa in contrahendo-Verhältnis  
gemeint ist, andererseits aber ein *nicht-rechtsgeschäftliches* „vertragsähnliches“ Rechts-  
verhältnis während der Vertragsverhandlungen *neben* der culpa in contrahendo nicht exis-  
tiert. Die culpa in contrahendo-Haftung für Verkehrssicherheit während der Verhandlungen  
wird im Holzschuppengalerie-Urteil lediglich *obiter* bejaht, das Gericht stützt sich jedoch  
ganz klar (Beweislastumkehr!) nicht hierauf, sondern auf eine *vertragliche* Grundlage. Im  
Übrigen ist es bezeichnend für die immer noch bestehende Unsicherheit in der Annahme  
von *vertraglichen* Verkehrssicherungspflichten bei einem den Kauf vorbereitenden Schuld-  
verhältnis, dass zur Begründung auf die angebliche Analogie zu den Beziehungen zwi-

---

<sup>500</sup> Die in Bezug genommenen Entscheidungen sprechen eindeutig nur von Haftung für Sicherheit aus *abgeschlossenem* Vertrag (RG 7.2.1922 RGZ 104, 45 [46]; RG 11.12.1906 RGZ 65, II [13 f.]. Sie haben keinen culpa in contrahendo-Sachverhalt zum Gegenstand.

schen Gast und Wirt (Raumgewährung) verwiesen wird. Immerhin ist hervorzuheben, dass im Holzschuppengaleriefall erstmals ein Unfall in lediglich zeitlichem Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen nach vertraglichen Haftungsgrundsätzen beurteilt, d.h. vertragsartige *Verkehrssicherungspflichten im Verhandlungsstadium* anerkannt wurden. Das Gericht stützte diese Pflichten zum einen auf einen Sicherungsvertrag, zum anderen aber jetzt auch erstmals auf ein objektiv verstandenes Institut der culpa in contrahendo. Bis dahin waren nicht-deliktsche Sicherungspflichten ausschließlich auf Verträge gestützt und auf solche Schädigungen beschränkt worden, die mit den Vertragsverhandlungen unmittelbar zusammenhingen und nicht lediglich zeitlich mit den Vorverhandlungen zusammenfielen. Diese (vertraglichen bzw. vertragsartigen) Verkehrssicherungspflichten in contrahendo i.e.S. werden seither anerkannt.

Die übrigen Urteile des Reichsgerichts aus dem Zeitraum bis 1945, die zu unserem Problemkreis Stellung nehmen, betrafen Unfälle *nach* Vertragsabschluss. Ihre *beiläufigen* Bemerkungen zur Haftung bei Unfällen vor oder während der Vertragsverhandlungen lassen nicht eindeutig erkennen, ob die Verantwortlichkeit in diesen Fällen auf Vertrag oder aber culpa in contrahendo im Sinne einer „objektiven“ Haftung zu stützen wäre. Formulierungen und Verweisungen deuten eher auf eine „subjektive“ Rechtsgrundlage, also Sicherungsverträge. Klar bejaht wurde im Übrigen nur eine Haftung in contrahendo i.e.S., während vor Beginn der Verhandlungen eine Verantwortlichkeit entweder völlig abgelehnt oder vom Einzelfall abhängig gemacht wurde.<sup>501</sup> Im Gegensatz dazu scheinen einige Instanzgerich-

---

<sup>501</sup> RG 2.6.1928 JW 1928, 2210 (Ausgleiten auf Linoleumfußboden zwischen Vertragsschluss und Vertragserfüllung). In dieser Entscheidung bemerkte das RG, dass nach ständiger Rspr. die Sorgfaltspflichten (im Sinne der Verkehrssicherungspflichten) des Verkäufers auf Vorverhandlungen zu erstrecken seien. Dies trifft für die Erhaltungspflichten mit Sicherheit nicht zu, *wenn* das RG die Vorverhandlungen als „gesetzliches“ Schuldverhältnis verstanden haben sollte. Die als Belege für die „ständige Rspr.“ angeführten einschlägigen Entscheidungen (Linoleumrollenfall, RG 7.12.1911, oben N. 475; Ständerfall, RG 26.9.1912, oben N. 491; Attrappenfall, RG 20.4.1914, oben N. 494); RG 12.7.1923, RGZ 107, 240 [243] betrifft Sorgfaltspflichten für die Behandlung eines *Vertragsantrags*) deuten aber eher auf die Annahme eines Sicherungsvertrages hin. In der Entscheidung RG 8.7.1929 (oben N. 494: Unfall bei Fahrstuhlbenutzung nach erledigtem Kauf) heißt es, dass das RG abgelehnt habe, gegenüber jedem, der einen Laden oder ein Warenhaus in Kaufabsicht betrete, eine *vertragliche* Haftung des Inhabers für die verkehrssichere Beschaffenheit seiner Verkaufsräume anzunehmen. Es ging um die Frage der Beweislast, die das RG der Bekl. aufbürdete (Zurückverweisung). RG 15.7.1937 JW 1937, 2651 (Sturz des Kl. während des Verhandlungsstadiums auf dem Grundstück der Bekl. infolge Glatteis; Beweislastumkehr angenommen; in concreto bestanden besondere rechtsgeschäftliche Beziehungen [wohl Handelsvertretervertrag] zwischen den Beteiligten); RG: Es könne nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden, wieweit die Sicherung des Publikums gegen den gefahrdrohenden Zustand des Geschäftsraumes zu den *vertraglichen* Pflichten des Geschäftsinhabers gehöre, wenn ein Kauflustiger einen Geschäftsraum betrete oder verlasse, bevor die Kaufverhandlungen begonnen hatten oder nachdem der Kaufvertrag abgeschlossen war. Die angeführten Belegentscheidungen zeigen, dass das RG jedenfalls am Linoleumrollen- und am Ständerfall (oben N. 475 und N. 491) festhalten wollte. Vgl. auch OLG Bamberg 10.6.1930 JW 1931, 1500 (Unfall nach Vertragsschluss; c.i.c. obiter bejaht; nicht eindeutig, ob auf gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Grundlage) und KG 20.9.1932 (unten N. 503).

te generell bei Unfällen vor Beginn der eigentlichen Verhandlungen (geschäftlicher Kontakt) eine *vertragliche* Haftung für die Verkehrssicherheit von Verkaufsräumlichkeiten anzunehmen. Von culpa in contrahendo ist in den Abdrucken nicht die Rede.<sup>502</sup> Demgegenüber beschränkte das Kammergericht noch 1932 die Anwendung der culpa in contrahendo ausdrücklich auf fahrlässigerweise falsche oder unterlassene geschäftswesentliche Erklärungen („Erklärungshaftung“).<sup>503</sup> In diesem Zusammenhang verdient auch hervorgehoben zu werden, dass das Reichsgericht in der bekannten Entscheidung vom 29.10.1938, in der es die Erscheinungsformen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen aufzählte, die Erhaltungspflichtverletzungen nicht erwähnte.<sup>504</sup> Diesen hinsichtlich Geltungsgrund und (zeitlich/sachlichem) Geltungsbereich der Vertragsordnung vor Abschluss des Hauptvertrages unklaren bzw. widersprüchlichen Entscheidungen steht eine Vielzahl von Urteilen gegenüber, die bei Unfällen im Bereich des geschäftlichen Kontaktes oder sogar während der eigentlichen Vertragsverhandlungen weder den Gedanken vertragsähnlicher (culpa in contrahendo) noch vertraglicher Haftung in Betracht zogen, sondern allein nach *deliktsrechtlichen Grundsätzen* entschieden haben und auf diese Weise im Einzelfall sogar zu einer Haftung von Geschäftsherren für Schädigungen durch selbständige Unternehmer gelangten.<sup>505</sup>

<sup>502</sup> OLG Stuttgart 8.11.1929 HRR 1930 Nr. 604 (Unfall auf stark geöltem Ladenboden vor Kaufabschluss; OLG: Der Kaufmann sei „nach Vertragsgrundsätzen“ verpflichtet, dem „Kaufliebhaber“ das sichere Begehen des Ladens zu ermöglichen.) Von c.i.c. ist in dem (allerdings sehr knappen) Urteilsabdruck nicht die Rede. In concreto wurde jedenfalls mit Hilfe des Anscheinsbeweises *auch* aufgrund §§ 823, 845 (!) BGB verurteilt; LG Stolp 20.10.1933 PraxisVersR 1934, 35 (Unfall über ausgetretenen Treppenstufen im Hausinnern. Verurteilung aufgrund Vertrag oder Delikt; Gründe nicht eindeutig).

<sup>503</sup> KG 20.9.1932 JRfPrV 1933, 28 Anm. Moschel (Ausgleiten auf dem infolge verschütteter Milch feuchten Boden in einem Milchgeschäft vor Verhandlungsbeginn; eine *vertragliche* Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Gesundheit des Partners hält das KG erst mit Beginn der Verhandlungen für möglich; Klageabweisung mangels Sorgfaltsverstoßes).

<sup>504</sup> RGZ 159, 33 (55; Abschluss eines nachteiligen Vertrages). RG 5.11.1926 (JW 1927, 1086, 1087) hatte nur die „Erklärungshaftung“ im Zusammenhang mit der c.i.c. erwähnt.

<sup>505</sup> *In contrahendo*: RG 13.7.1931 PraxisVersR 1931, 68 (Kl. wollte in der Drogerie der Bekl. hinter den Ladentisch zu der Bekl. herantreten, um „bei Gelegenheit des Kaufs eines Spülapparates sie in diskreter Weise zu befragen.“ Hierbei stürzte die Kl. durch die zufällig offenstehende Kellerluke; Klage erfolgreich; c.i.c. nicht erörtert; dürftiger Abdruck). *Bei geschäftlichem Kontakt*: RG 21.3.1931 WarnRspr. 1931 Nr. 104 (Der Kl., ein alter Kunde der Bekl., besuchte die zusammenhängenden Geschäftsräume der beiden beklagten Firmen. Bei der einen Firma erkundigte er sich zunächst nach den Preisen für Radioapparate; dann begab er sich zur anderen Seite der Verkaufsräume, um dort Brillengläser auswechseln zu lassen. Auf diesem Gang kam er auf dem den ganzen Boden bedeckenden Linoleumbelag zu Fall. Das RG geht auf die Behauptung vertraglicher Haftung nicht ein; Klageabweisung mangels Verletzung der Sorgfaltspflicht, da Warnschilder aufgestellt waren); RG 18.4.1931 HRR 1931 Nr. 1216 (Aufrechterhaltung des Warenhausbetriebs während umfangreicher Ausbesserungsarbeiten, zu deren Durchführung die Aufstellung eines Gerüsts notwendig war. Der Kl. hatte die Bekl. als Vertreter einer Krawattenfirma aufgesucht. Als er mit dem Wiedereinpacken der Muster beschäftigt war, traf ihn ein Blechstück am Kopf, das einem Arbeiter auf dem Gerüst aus den Händen geglitten und durch eine Lücke im Arbeitsboden herabgestürzt war. Das RG bejahte eine schuldhafte Verletzung der Aufsichtspflicht des bekl. Warenhauses, weil kein Vorstandsmitglied bzw. verfassungsmäßiger Vertreter der Bekl. sich davon überzeugt habe, dass alles zum Schutz des Publikums Erforderliche geschehen sei. Diese Aufsichtspflicht

Für die deutsche Rechtsprechung im Zeitraum zwischen den beiden Weltkriegen darf jedenfalls *zusammenfassend* festgehalten werden, dass das „gesetzliche“ Institut der culpa in contrahendo bei der Beurteilung von Erhaltungspflichtverletzungen vor oder während der Vertragsverhandlungen keine Bedeutung hatte. Diese Rechtsfigur wurde überhaupt nur in sehr wenigen Urteilen erwähnt. Keine einzige verurteilende Entscheidung stützte sich tragend auf Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Diejenigen Urteile, die Vertragsregeln auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen anwenden, sind hinsichtlich Geltungsgrund und Geltungsbereich der Vertragsordnung uneinheitlich: Manche bejahen die vertragliche Haftung lediglich während der Verhandlungen, während andere die Vertragsordnung auch im Bereich des geschäftlichen Kontaktes gelten lassen. Der formelle Rechtsgrund für die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen scheint regelmäßig in einem Vertrag gesehen zu werden.

### 3. Beweislastverteilung

Die Frage der Beweislastverteilung spielt in der nach 1945 ergangenen Rechtsprechung zur Haftung aus geschäftlichem Kontakt eine besondere Rolle. Aus diesem Grunde soll die vor 1945 zu dieser Frage ergangene Judikatur kurz zusammenfassend analysiert werden.

Die Rechtsprechung zur Beweislastregelung der culpa in contrahendo bei den hier interessierenden Erhaltungspflichtverletzungen ist sehr spärlich. Der Grund hierfür liegt auf

---

entfalle nicht dadurch, dass die Arbeiten einer zuverlässigen Firma übertragen seien; vertragliche Haftung sowie culpa in contrahendo nicht erwähnt); RG 27.6.1931 PraxisVersR 1931, 89 (Sturz der Kl. in der Hofdurchfahrt (Torweg) des Bekl. über eine Unebenheit, als sie eben von dort die Bäckerei des Bekl. zum Einkaufen betreten wollte; Klage zu ½ erfolgreich aus §§ 823 I, 254 BGB); RG 9.2.1933 JW 1933, 1390 (Unfall der Kl. auf dem Gang durch die Bahnhofshalle zur Zugangssperre, während sich eine ihrer Begleiterinnen zum Schalter begab, um die Fahrkarte für die Kl. zu lösen; Zurückverweisung; nur § 823 BGB erörtert); RG 19.12.1935 JW 1936, 915 (Unfall infolge einer gelockerten Messingkappe an einer Treppenstufe zum dritten Stockwerk eines Kaufhauses, in dem der Gestürzte einkaufen wollte; Teilverurteilung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den als Organ anzusehenden Filialleiter der Warenhaus-GmbH bzw. – falls dies nicht zutrefte – wegen Organisationsverschuldens; c.i.c. und Vertragshaftung nicht erörtert); OLG Hamburg 17.4.1929 HansRGZ 1929 B 684 (Sturz eines Kunden in die Backgrube einer Bäckerei, als er eben einen Teig zum Garmachen abliefern wollte; c.i.c. nicht erörtert; § 823 I BGB-Haftung wegen Nicht-Hinderung des Eintritts des Kunden in die verkehrsgefährliche Backstube bejaht); OLG Kiel 14.3.1941 SchIHA 1941, 102 (Kl. hatte die Lager- und Geschäftsräume der Bekl. betreten, um dort – wie regelmäßig – Obst und Gemüse für ihren Handelsbetrieb zu kaufen; sie wurde verletzt, als ein Chauffeur der Bekl. auf einer Rampe für den Warentransport die Gewalt über eine Handkarre verlor, so dass Kisten abrutschten und die Kl. trafen; Ansprüche aus c.i.c. nicht erörtert; Verurteilung gemäß §§ 823, 847 BGB wegen Verletzung der Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflicht sowie § 831 BGB, Entlastung nach § 831 I 2 BGB nicht erbracht, da die von der Bekl. beschafften Vorrichtungen – Einrichtung der Transportanlage und der Rampe – nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bereitgestellt gewesen seien); vgl. weiter etwa RG 22.9.1927 PraxisVersR 1928, 41 (schadhaftes Pflaster einer Dampferanlegestelle; § 823 BGB) und LG Frankfurt 28.2.1929 JRfPrV 1929, 231.

der Hand: Die Judikatur zog in diesen Fällen entweder die §§ 823 ff. BGB oder einen *Vertrag* als Haftungsgrundlage heran und stützte sich dementsprechend im letzten Fall auf die Grundsätze über die Beweislastverteilung bei der Verletzung *vertraglicher Nebenpflichten*. Die Unsicherheit dieser Grundsätze erfasste damit auch die hier einschlägigen Sachverhalte. Zum Teil wurde angenommen, dass der Geschädigte das Verschulden des Vertragspartners beweisen müsse.<sup>506</sup> Freilich vermochte man mit Hilfe des Beweises des ersten Anscheins ohne Schwierigkeiten das gleiche Ergebnis zu erreichen wie bei Umkehr der Beweislast.<sup>507</sup> Andere Entscheidungen nahmen eine Entlastungspflicht des Schädigers bei Verletzung von vertraglichen Sicherungspflichten an.<sup>508</sup> Zur Beweislast bei vorvertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen im Hinblick auf eine Haftung aus *culpa in contrahendo* hat das Reichsgericht nur in der Entscheidung vom 18.4.1929 (Holzschuppengaleriefall)<sup>499</sup> Stellung genommen. Das Reichsgericht bürdete in dieser Entscheidung die Beweislast für das Verschulden des *Verhandlungspartners* dem Geschädigten auf und bejahte, gerade um diese Konsequenz der culpa in contrahendo-Haftung zu umgehen, eine „vertragsähnliche Beziehung“ *neben* der Haftung aus Verschulden bei Vertragsabschluss. Dadurch erreichte das Gericht die Beweislastumkehr. Die Beweislastverteilung bei der Haftung aus culpa in contrahendo (Erhaltungspflichtverletzungen) entsprach somit nach Auffassung des Reichsgerichts der Regelung des Deliktsrechts. Die Konstruktion einer culpa in contrahendo brachte daher dem Geschädigten in den hier interessierenden Fällen keinen Beweisvorteil. Die Beweislastregelung scheidet deshalb in unserem Zusammenhang als Motiv für die Bejahung einer Haftung aus culpa in contrahendo aus.

#### 4. Zusammenfassung

Unsere Untersuchung hat ergeben, dass die deutsche Rechtsprechung vor 1945 in keinem Fall einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von vorvertraglichen Erhaltungspflichten eindeutig allein auf der Grundlage des „objektiven“ (d.h. kraft Gesetzes bzw. Richterrechts bestehenden) culpa in contrahendo-Tatbestandes anerkannt hat. Wollten die Gerichte einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Erhaltungspflichten im eigentlichen *Verhandlungsstadium* gewähren, so wandten sie Deliktsrecht an oder stützten

---

<sup>506</sup> Vgl. z. B. OLG Stuttgart 8.11.1929 (oben N. 502); wohl auch RG 10.7.1908 (oben N. 468). Für Nebenpflichtverletzungen *nach* Abschluss des Hauptvertrages vgl. z. B. RG 27.4.1922 JW 1923, 286 Anm. *Rabel* (= RG-Nachschlagewerk § 276 BGB Nr. 167).

<sup>507</sup> Vgl. z. B. in unserem Zusammenhang OLG Stuttgart 8.11.1929 (oben N. 502).

<sup>508</sup> RG 18.4.1929 (oben bei N. 499; Holzschuppengalerie-Fall); RG 8.7.1929 (oben N. 494); RG 15.7.1937 (Handelsvertretung, oben N. 501). Für Nebenpflichtverletzungen *nach* Abschluss des Hauptvertrages vgl. z. B. RG 23.1.1908 (oben N. 465).

den Anspruch auf einen Sicherungsvertrag bzw. ein besonderes „vertragsähnliches“ Verhältnis, das nach dem oben (insbes. 1. b.) Ausgeführten nur ein Vertrag sein konnte. Dabei ging es zunächst ausschließlich um vertragliche Sicherung gegen unmittelbar zur Schädigung führendes *Tun*. Haftungsverträge hinsichtlich der *Verkehrssicherung* während der *Vertragsverhandlungen* finden sich in der Judikatur erst in der zweiten Entwicklungsphase (1920 – 1945; s. oben 2.). In diesem Zeitraum wurde die „subjektive“ (d.h. Vertrags-)Lösung praktisch beibehalten, obwohl ein „objektiver“ culpa in contrahendo-Tatbestand bereits anerkannt war. Urteilsgründe, die Erhaltungspflichten (i.S. von Verkehrssicherungspflichten) in contrahendo aus dem „gesetzlichen“ Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen entnehmen – so erstmals in der Holzschuppengalerie-Entscheidung des Reichsgerichts von 1929 – tragen die jeweilige Entscheidung nicht. An dieser Begründung der Urteile mit einer „subjektiven“ Rechtsgrundlage kann auch die Fiktivität dieses Haftungsgrundes nichts ändern. In Personen- und Sachschadensfällen während eines später sog. *geschäftlichen Kontakts*, also vor Beginn konkreter Verhandlungen, anerkannte das Reichsgericht – im Gegensatz zu einigen Untergerichten – bis 1945 *nicht einmal obiter* eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen. Eine vertragsartige Verantwortlichkeit auf „objektiver“ Grundlage wurde in der Judikatur des Reichsgerichts in diesen Fällen des geschäftlichen Kontakts nicht einmal erörtert. Der Grund für die *vertragliche* Abstützung der zusprechenden Entscheidungen ist einmal in der Ersetzung des § 831 BGB durch § 278 BGB, zum anderen in der Umkehr der Beweislast zuungunsten des Sicherungspflichtigen zu sehen. Die von Haupt im Jahre 1941 propagierte sog. *Haftung aus sozialem Kontakt* blieb bis 1945 in der deutschen Rechtsprechung unbeachtet.

## II. Die Rechtsprechung seit 1945

Während in der deutschen Rechtsprechung vor 1945 die Anerkennung von *vertraglichen* Sicherungsnebenpflichten nicht unumstritten war, gibt es in der Judikatur der Bundesrepublik Deutschland keine Stimmen mehr, die derartige Pflichten grundsätzlich in Zweifel ziehen.<sup>509</sup> Bisweilen wird auch der Vertragsschluss sehr weit vorverlegt<sup>510</sup> oder der Ver-

---

<sup>509</sup> Vgl. z. B. die Nachweise bei *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 153; ferner etwa LG Hildesheim 9.12.1954\* MDR 1956, 33 (LS; Unfall in einem Warenhaus *nach* Einkäufen). Zu den Sicherungsnebenpflichten vgl. eingehend *Köpcke* 80 ff. Die von *Knopp* (ibid., Bem. 154) als Ausnahmen angeführten Entscheidungen lehnen die Sicherungsnebenpflichten nicht generell ab: OLG München 17.9.1954 (VersR 1955, 44) verneint in concreto lediglich Sicherungsnebenpflichten *über die Erfüllung der Hauptpflicht hinaus* (gelegentlicher Detailverkauf von Eiern und Geflügel durch Landwirt; Käufer stürzt beim Verlassen des Hauses). In der Entscheidung des LG Osnabrück vom 5.8.1955 (VersR 1956, 460) wurde das Vor-

tragsschutz beim Bahn-Beförderungsvertrag nach Lösen der Fahrkarte vor Antritt der Reise auch auf die Benutzung von Nebengebäuden erstreckt.<sup>511</sup> In der Gerichtspraxis finden sich jedoch häufig Entscheidungen, die bei Verletzungen von evident *vertraglichen* Sicherungsnebenpflichten ausschließlich deliktsrechtliche Haftungsnormen anwenden<sup>512</sup> oder bei Verurteilung auf Grund Deliktsrechts eine Vertragsverletzung dahingestellt sein lassen.<sup>513</sup> Diese abweichenden Entscheidungen stellen jedoch die grundsätzliche Anerkennung der vertraglichen Sicherungsnebenpflichten und damit die Möglichkeit ihrer Erstreckung in den vor-vertraglichen Bereich mit Hilfe des „gesetzlichen“ Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen nicht in Frage. Den damit aufgezeigten Weg scheint die Rechtsprechung seit 1945 dezidierter zu beschreiten als früher. Inwieweit sich diese Veränderung bzw. Festigung der Grundeinstellung in der Fallentscheidung tatsächlich auswirkt, wird zu prüfen sein.

#### 1. Anwendung der Vertragsordnung im Vorbereich von Schuldverträgen

##### a. *Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten auf die Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinn*

Entscheidungen zu Erhaltungspflichtverletzungen während der Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinn finden sich kaum. Entsprechende Bemerkungen in der Rechtsprechung sind zumeist beiläufiger, d.h. nicht die Entscheidung tragender Natur. Die wenigen ein-

---

liegen eines Vertrages überhaupt abgelehnt (gefälligkeitshalber erfolgte Beherbergung eines volltrunkenen Motorradfahrers in einem Wirtshaus).

<sup>510</sup> Vgl. z. B. LG Frankfurt 26.2.1953\* VersR 1953, 373 (Sturz in Gastwirtschaft vor dem Platznehmen; Abweisung vertraglicher [§§ 276, 278 BGB] und deliktischer [§§ 823, 831, 847 BGB] Ansprüche mangels Verschuldensbeweises).

<sup>511</sup> OLG Neustadt 7.12.1955 VersR 1956, 181 (Sturz auf dem Weg zu der außerhalb des Bahnhofs gelegenen Toilettenanlage nach Lösung der Fahrkarte; Klage erfolgreich; Anspruchskonkurrenz Vertrag/Delikt).

<sup>512</sup> Das Übergehen der Vertragsordnung dient *nicht* dazu, Klageabweisungen zu fördern. Nur Deliktsrecht wenden an: z. B. BGH 23.2.1955 VersR 1955, 251 (Unfall in Badeanstalt; Klageabweisung); BGH 10.11.1955 VersR 1956, 35 (Sturz einer Kundin auf dem Linoleumfußboden von Bank-Schalerräumen; Klage erfolgreich wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht seitens der beklagten Bank); OLG Karlsruhe 13.1.1956 VersR 1956, 556 (§ 844 BGB-Klage zu ½ erfolgreich); OLG Köln\* 18.11.1969 VersR 1970, 229 (Körperverletzung durch Stromschlag bei Betreten eines Verkaufswagens „um Wurstwaren abzuholen“; Klage erfolgreich; knapper Sachverhalt: evtl. ist diese Entscheidung auch ein Fall des geschäftlichen Kontaktes); vgl. ferner OLG Neustadt 3.12.1954 VersR 1955, 90; OLG Nürnberg 19.7.1967 RdL 1967, 331; OLG Stuttgart 13.2.1964 BB 1964, 1453 (LS); LG Kassel 9.11.1966 VersR 1969, 69; LG Köln 6.2.1959\* MDR 1960, 48 (LS); LG Traunstein 11.3.1957 VersR 1957, 689; wohl auch LG Fulda 24.2.1955 VersR 1955, 352 und möglicherweise LG München II 24.10.1968 VersR 1969, 360.

<sup>513</sup> Vgl. z. B. BGH 25.10.1966\* VersR 1966, 1190 (Sturz in Warenhaus auf glatter Stelle des Fußbodens; Verurteilung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht: § 823 BGB, zusätzlich § 831 BGB; vertragliche Ansprüche „unentschieden“ gelassen); BGH 11.3.1969 VersR 1969, 665 (Sturz eines Kindes im Treppenhaus des Gebäudes, das es mit seinen Eltern [= Mieter] bewohnte; Schadensersatz zugesprochen; Ersatzpflicht aus Vertrag zu Gunsten Dritter offengelassen); OLG Schleswig 28.2.1952 VersR 1952, 214 (Ausgleiten auf einem Stück Cremekuchen nach dem Einkaufen beim Verlassen des Ladens; Schadensersatzklage erfolgreich: § 823 BGB; prima-facie-Beweis); vgl. auch BGH 10.2.1954\* ZMR 1954, 214 (unzureichende Sachverhaltswiedergabe).



schlägigen Urteile haben Fälle zum Gegenstand, in denen Kaufinteressenten einen im Rahmen von Vertragsverhandlungen zur Probefahrt überlassenen Wagen beschädigten. Im Gegensatz zu den statistischen „Normalfällen“ betrifft die Verletzung hier das Eigentum des Verkäufers. Die Streitfälle werden unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo und des Deliktsrechts beurteilt.<sup>514</sup>

*b. Erstreckung des Verhandlungsverhältnisses auf unwirksame Verträge*

In das Anwendungsfeld der culpa in contrahendo gehören nach der Rechtsprechung auch die *unwirksamen Verträge*. Das Rechtsverhältnis der Partner von äußerlich vollzogenen, aber – unerkannt – unwirksamen Verträgen beurteilt die Judikatur somit nicht nach den „eigentlich“ anwendbaren Normen (insbes. §§ 987 ff.; 823 ff.; 812 ff. BGB), sondern dehnt das Verhandlungsverhältnis auf die „Vertragsbeziehungen“ aus: Die Vertragsnormen wurden im Ablauf der Rechtsfortbildung zunächst auf den Vorbereich des Vertrags erstreckt. Diese Erstreckung wurde dann durch Annahme eines „gesetzlichen“ Rechtsentstehungsgrundes verselbständigt. Die im Entstehungstatbestand verselbständigten „Vertragsnormen“ werden nun wiederum in umgekehrter Richtung erstreckt, zurückübertragen auf den Vertragsbereich. Sie beherrschen jetzt die auf unwirksamen Vertragsschluss beruhenden Beziehungen der „Vertrags“partner. Eine nähere Begründung für diese Rückübertragung, die im Ergebnis die (rechtlich unwirksamen) vertraglichen Erhaltungspflichten wiederaufleben lässt,<sup>515</sup> fehlt. Aus dem untersuchten Material ergibt sich, dass der praktische Grund für diese Konstruktion auch hier in der Umgehung der Vorschrift des § 831 BGB liegt.<sup>516</sup> Meines Erachtens wäre es systematisch angemessener, hier eine positive Forderungsver-

---

<sup>514</sup> BGH 18.2.1964\* LM § 852 BGB Nr. 21 (konformes Berufungsurteil: OLG Celle 1.10.1962 NJW 1962, 2302); BGH 21.5.1968\* LM § 852 BGB Nr. 36. In beiden Entscheidungen ging es um die Verjährungsfrist; vgl. dazu unten § 1 C. II. 4. c. (S 159). Vgl. ferner OLG Düsseldorf 20.3.1967 DAR 1967, 323. Das RG hatte in einem entsprechenden Fall noch von einem „vorbereitenden Vertrag“ gesprochen (13.12.1906, vgl. oben N. 479) und das OLG Karlsruhe hatte noch 1937 lediglich vertragliche und deliktische Haftung geprüft (10.6.1937 HRR 1938 Nr. 96).

<sup>515</sup> Vgl. insbesondere BGH 14.10.1953\*, wo Verschulden bei Vertragsschluss und positive Vertragsverletzung tatsächlich und terminologisch gleichgesetzt werden (s. unten N. 516).

<sup>516</sup> BGH 14.10.1953\* BB 1953, 956 (schwere Beschädigung eines Kraftfahrzeugs durch Verschulden eines Gehilfen der Reparaturwerkstätte; § 278 durch § 831 BGB in Reparaturbedingungen ersetzt; Annahme fehlender Vollmacht des Kfz-Fahrers bezüglich der Vereinbarung dieser Klausel; vertragsloser Zustand; § 278 über Verhandlungsverhältnis angenommen). Vgl. ferner z. B. BGH 20.5.1964\* LM § 278 BGB Nr. 39 (mietvertragsloser Zustand hinsichtlich von Räumen, über die früher ein Mietverhältnis bestanden hatte und über deren Weiterüberlassung Verhandlungen schwebten, während der „Mieter“ die Räume weiter benutzte. Durch Angestellte des „Vermieters“ verursachter Brand vernichtet die Räume mit dem Inventar des „Mieters“; unter Hinweis auf § 278 – aufgrund angebahnter Vertragsverhandlungen – zurückverwiesen. Das OLG gab darauf dem Schadensersatzanspruch des „Mieters“ gem. §§ 278, 276 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsschluss statt: OLG München 29.7.1965\* – 14 U 238/64 – unveröffentlicht).

letzung anzunehmen, indem man die vertraglichen *Schutzpflichten* von der Nichtigkeitswirkung – ausnimmt – falls man nicht überhaupt innerhalb des Haftungssystems die Deliktshaftung für (funktional) zuständig hält. Die untersuchten Fälle hätten auch mit Hilfe des Deliktsrechts befriedigend gelöst werden können. Der erzwungenen Konstruktion einer culpa in contrahendo bedarf es jedenfalls nicht, um angemessene Ergebnisse zu erreichen.

c. *Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten auf den geschäftlichen Kontakt*

Vor 1945 hatte die Rechtsprechung eine vertragsartige Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen, die sich vor dem Eintritt in die eigentlichen Vertragsverhandlungen ereigneten, wiederholt ausdrücklich abgelehnt. Nach dem zweiten Weltkrieg scheint die deutsche Judikatur mit dieser Tradition zu brechen und die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen schon mit dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in dem ein Kunde sich in die vom Partner beherrschte Sphäre begibt.

Zunächst lehnte jedoch der OGHBrZ eine Haftung aus (Vertrag und) culpa in contrahendo gegenüber Fahrlustigen ab, die sich nach der Aufforderung zum Zurücktreten und nach Abfahrt des Wagens auf den Trittbrettern eines Straßenbahnwagens befanden.<sup>517</sup> Dann verneinten einige landgerichtliche Urteile Schadensersatzansprüche, die auf Delikt und culpa in contrahendo gestützt waren, in Fällen geschäftlichen Kontakts mit der Begründung, dass keine schuldhafte Verletzung der Verkehrssicherungspflicht vorliege,<sup>518</sup> während das Kammergericht diese Ausdehnung der Haftung auf den von *Larenz* später sogenannten geschäftlichen Kontakt offenließ.<sup>519</sup> Der BGH hatte sich erstmals in der bekannten Entscheidung vom 26.9.1961 (Bananenschalenfall) mit der Problematik der Haftung aus geschäftlichem Kontakt zu befassen.<sup>520</sup> In diesem Fall ging es gleich um beide Prob-

---

<sup>517</sup> 24.6.1949 ZJBI 1949, 155.

<sup>518</sup> LG Karlsruhe 6.1.1954\* VersR 1954, 88 (Sturz über eine Stufe, die zum bereits im Hause gelegenen Vorplatz vor der Tür eines Ladens führte); LG Berlin 14.4.1961 NJW 1961, 1926 (Sturz im Selbstbedienungsgeschäft über einen in einem Gang abgestellten Korb). Kurioserweise beurteilte das LG *Berlin* (15.6.1953 VersR 1953, 325) sogar einen Fall nach § 823 I BGB u. culpa in contrahendo, in dem die Kl. beim *Verlassen* des Geschäfts durch eine Pendeltür verletzt wurde, nachdem sie dort eingekauft hatte.

<sup>519</sup> KG 7.4.1952 VersR 1952, 242 (Offen gelassen, ob eine vertragliche Haftung schon mit dem Betreten des Geschäfts zum Zwecke des Abschlusses eines Kaufvertrages eintrete; der Vertrag war im Unfallzeitpunkt schon zustande gekommen. Vertragliche und deliktische Haftung angenommen).

<sup>520</sup> BGH 26.9.1961 LM § 276 (Fa) BGB Nr. 13. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das OLG Köln zurück. Der Rechtsstreit wurde dann vor dem Berufungsgericht am 25.3.1963 durch Vergleich beendet (Mitteilung des Senatspräsidenten Dr. *Deuster* an den Verfasser v. 23.1.1968). Zu Sachverhalt und Gründen vgl. oben im Text.

leme, die in der Rechtsprechung bei der Ausdehnung der Vertragssphäre auf den Vorbereich des Kontraktes bedeutsam gewesen sind: die Haftung für Leute und die Beweislastregelung – wenn auch das Schwergewicht eindeutig auf der zweiten Frage lag. Da diese Entscheidung des BGH als *leading case* der neueren Rechtsprechung auf diesem Gebiet betrachtet wird, ist sie hier ausführlicher darzustellen: 20 Minuten nach der morgendlichen Geschäftseröffnung glitt die 58jährige Klägerin in einem Gang der noch wenig belebten Textilabteilung eines Warenhauses in Köln auf einer auf dem Boden liegenden Bananenschale aus und zog sich beim Sturz einen Oberschenkelhalsbruch zu, der einen mehrmonatigen Krankenhausaufenthalt und zwei Operationen erforderlich machte. Die Klägerin beanspruchte Ersatz von Aufwendungen und Verdienstausschlag sowie ein Schmerzensgeld; darüber hinaus begehrte sie Feststellung weiterer Ersatzpflicht. Das LG hatte abgewiesen, das OLG dagegen aufgrund der (vom BGH verworfenen) Annahme eines Prima-facie-Beweises zugesprochen. Der BGH hob auf und verwies zurück, wobei er für die neue tatrichterliche Prüfung auf folgende Grundsätze hinwies: Die Rechtsprechung habe in zunehmendem Maße eine Beweislastumkehr für den Vertragsgegner und dessen Leute (§ 278 BGB) zugunsten des Geschädigten bei gewissen Fällen der Verletzung von vertraglichen Schutz- und Fürsorgepflichten, insbesondere bei Dienst-, Werk- und Gastaufnahmeverträgen anerkannt. Allerdings sei von der Judikatur bislang keine *generelle* Regel über die Umkehr der Beweislast bei positiver Vertragsverletzung nach Art des § 282 BGB aufgestellt worden. Die Rechtsprechung habe immer der Art der Vertragsbeziehung und der Art der Schadensfälle Bedeutung beigemessen. Gerade unter Berücksichtigung dieser Momente sei aber die Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens der Eigenart des vorliegenden Falles angemessen. Der rege Publikumsverkehr in einem Warenhaus erfordere es, dass der Unternehmer mit besonderer Sorgfalt Vorkehrungen dagegen treffe, dass die häufig abgelenkten Besucher durch Glätte des Fußbodens oder durch dort liegende Gegenstände zu Fall kommen. Liege auf dem Boden eine Bananenschale, über die Besucher leicht gefährlich fallen könnten, so sei eine solche Gefahrenquelle genauso dem Gefahren- und Organisationsbereich des Warenhauses zuzurechnen, wie es zu Lasten des Gastwirts angenommen worden sei, in dessen Gasträumen Speisereste lagen, über die ein Gast gefallen sei. Dabei rechtfertige sich die Umkehrung der Beweislast auch dann, wenn der Besucher noch keinen Vertrag geschlossen habe, sondern zum Zwecke des Vertragsschlusses den Raum betrete (*culpa in contrahendo*). Der Kunde, der sich mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses in die vom Warenhausinhaber beherrschte Sphäre begeben habe, habe schon von dem Augenblick an, in dem er das Warenhaus betrete,

Anspruch auf vertraglichen Schutz seiner persönlichen Sicherheit (Zitate von RGRK-BGB § 276 Bem. 106; *Larenz*, MDR 1954, 515; *Erman*, AcP 139, 273, 324, 325). Demgemäß werde die Beklagte zu beweisen haben, dass von ihr die zur Vermeidung solcher Unfälle erforderlichen Organisations- und Überwachungsmaßnahmen getroffen worden sind und dass auch ihre Erfüllungsgehilfen alle nach Lage der Sache erforderliche Sorgfalt beobachtet haben. Hierzu gehöre insbesondere, dass auch während der Geschäftszeit in Abständen darauf geachtet werde, dass nicht Obstreste oder andere Gegenstände auf dem Boden herumliegen. Blieben Zweifel übrig, ob das Personal die ihm übertragene Pflicht zur Beobachtung und zur Wegräumung erfüllt habe, so gingen diese Zweifel zu Lasten des Warenhauses. Soweit Ansprüche auf Delikt gestützt würden, könne die Klägerin sich nur auf die Beweiserleichterung des ersten Anscheins stützen, während der Beklagten ggf. der Entlastungsbeweis des § 831 BGB offenstände.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH eine jahrzehntelange gefestigte, in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausnahmslos durchgehaltene Auffassung aufgegeben: Culpa in contrahendo wird jetzt bereits für möglich gehalten, wenn jemand mit Vertragsabschlusswillen ein Warenhaus betritt. Mit anderen Worten bejaht der BGH der Sache, wenn auch nicht der Terminologie nach, die „Haftung aus geschäftlichem Kontakt“, die theoretisch vor allem von *Larenz* (den der BGH auch zitiert) begründet wurde. Es ist bemerkenswert, dass der BGH als weitere Belege nur Äußerungen in der Literatur (RGRK-BGB und *Erman*) anführt, jedoch keine einzige Gerichtsentscheidung nennt und im Übrigen auf jede sachliche Begründung verzichtet. Ein Gericht, das für die einheitliche Kontinuität der Rechtsprechung verantwortlich ist, hätte eine derartige Wendung oder zumindest entscheidende Fortbildung nicht ohne jede Begründung und Auseinandersetzung mit einer ausnahmslos abweichenden Jahrzehnte alten höchstrichterlichen Rechtsprechung vornehmen sollen. Die angesprochene Änderung der Rechtsprechung liegt neben der Ausdehnung der Vertragssphäre auf den Bereich vor Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen (d.h. auf den geschäftlichen Kontakt) in der Übertragung der vertraglichen Grundsätze hinsichtlich der Umkehr der Beweislast auf den vor-vertraglichen Bereich. Das Reichsgericht hatte diese Übertragung nicht durchgeführt.<sup>521</sup> Zweck der Ausdehnung der Vertragssphäre auf den Bereich des geschäftlichen Kontaktes ist im vorliegenden Fall weniger die Anwendbarkeit des § 278 als die Beweislastumkehr. Meines Erachtens hätte es dieser Konstruktion nicht bedurft, wenn man die prima-facie-Beweisregeln in angemessener Weise berück-

---

<sup>521</sup> Vgl. oben § 1 C. I. 3. (S. 140). Zur Rechtsprechung nach 1945 vgl. unten § 1 C. II. 4. b. (S. 157 ff.).

sichtigt hätte: Kommt jemand in einem großen Warenhaus durch eine auf dem Boden liegende Bananenschale zu Fall, so ist dies typischerweise darauf zurückzuführen, dass die Warenhausleitung bzw. ihr Personal der Reinigungspflicht (Verkehrssicherungspflicht bzw. Überwachungs- oder Organisationspflicht) nicht genügend nachgekommen ist. Ein objektiv verkehrswidriger Zustand liegt vor. Die Anerkennung der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen würde hier sogar zu einer klaren Beweislastumkehr führen.<sup>522</sup> Dass es möglich ist, derartige Fälle auch ohne Anwendung vertraglicher Normen mit Hilfe der Grundsätze über die Verkehrssicherungspflicht und den Beweis des ersten Anscheins unschwer in befriedigender Weise zu lösen, beweist eine Vielzahl von einschlägigen Urteilen (unten 2).

Seit der grundlegenden Entscheidung des BGH im Bananenschalenfall sind nur wenige Urteile ergangen, die den dort eingeschlagenen Weg verfolgen. Diese stützen sich jedoch tragend (Schmerzensgeld!) auf deliktische Vorschriften<sup>523</sup> oder weisen trotz Prüfung der culpa in contrahendo als Anspruchsgrundlage die Klage ab.<sup>524</sup> Das OLG Frankfurt scheint in seiner am 12.3.1965 – also nach dem Bananenschalenfall – ergangenen Entscheidung eine Haftung aus geschäftlichem Kontakt sogar völlig abzulehnen. Es handelte sich hierbei jedoch um einen atypischen Sachverhalt.<sup>525</sup>

Als rechtstatsächliches *Ergebnis* ist somit festzuhalten, dass in der veröffentlichten deutschen Gerichtspraxis bisher kein Fall entschieden wurde, in dem ein Schadensersatzanspruch *tragend* auf die Grundsätze der *Haftung aus geschäftlichem Kontakt* gestützt worden ist. Auch der Ausdruck „Haftung aus geschäftlichem Kontakt“ ist bisher in der deutschen Judikatur noch nicht benutzt worden.

---

<sup>522</sup> Vgl. dazu unten § 10 B. (S. 276 ff.).

<sup>523</sup> OLG Oldenburg 26.5.1964\* BB 1964, 1148 (Sturz auf Rolltreppe; c.i.c. und Verletzung der Verkehrssicherungspflicht; §§ 823, 847 BGB: Schmerzensgeld).

<sup>524</sup> BGH 25.6.1968\* (unten N. 533); OLG Bamberg 13.7.1966 VersR 1966, 1037 (Sturz auf den Treppenstufen eines Cafés; Pflichtverletzung nicht nachgewiesen). S. ferner OLG Stuttgart 2.5.1969\* NJW 1969, 1966 (Beschädigung eines Münztankautomaten zur Nachtzeit infolge Schneeglätte durch den Bekl., der dort den Wagen auftanken wollte; Klage der Eigentümerin gem. § 823 BGB stattgegeben; Mitverschulden der Kl. – unter § 823 BGB stattgegeben; Mitverschulden der Kl. – unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht bzw. der besonderen Fürsorgepflicht gegenüber möglichen Tankkunden (Verschulden bei der Vertragsanbahnung) – mangels nächtlicher Streupflicht verneint).

<sup>525</sup> OLG Frankfurt 12.3.1965 NJW 1965, 1334 Anm. *Rother* (Ein Kraftwagenfahrer hatte einen anderen durch Winken zum Überqueren einer Kreuzung veranlasst. Der überquerende Wagen war daraufhin mit einem anderen zusammengestoßen. Das OLG lehnte ein Vertragsverhältnis zwischen dem winkenden und dem daraufhin verunglückten Kraftfahrer ab und verwarf auch eine Haftung aus culpa in contrahendo. Zur Begründung der Ablehnung der culpa in contrahendo führte es an, dass der Abschluss eines Vertrages zwischen den Parteien gar nicht in Frage gestanden habe. Der *Eintritt in Vertragsverhandlungen* und die Begründung eines vertragsähnlichen Verhältnisses seien aber unerlässliche Voraussetzungen für diese Haftung, wie ihre Ableitung aus den §§ 179, 307, 309, 463 Satz 2, 663 BGB ergebe; Hervorhebung vom Verf.).

d. *Erstreckung der vertragsartigen Sicherungsnebenpflichten über den geschäftlichen (Austausch-)Kontakt hinaus*

Vereinzelte Entscheidungen erstrecken die vertragsartigen Rechtsfolgen unter dem Etikett der culpa in contrahendo noch über den Bereich des geschäftlichen Kontaktes hinaus. Die Erweiterung vollzieht sich in zweifacher Hinsicht: Zum einen wird das Tatbestandsmerkmal des „geschäftlichen“ Kontaktes i.S. des *rechtsgeschäftlichen* Kontaktes, nicht des *Austauschkontaktes* interpretiert: Man erstreckt die Grundsätze der culpa in contrahendo auch auf den Auftrags-<sup>526</sup> und Leihvertrag<sup>527</sup>, d.h. auf „Gefälligkeitsverträge“. Die „geschäftliche

<sup>526</sup> OLG Koblenz 17.5.1955\* VersR 1955, 576 (Der Kl. kam mit seinem PKW auf einem vereisten Stück Straße ins Rutschen, der Wagen überschlug sich und geriet in den Straßengraben. Eine Insassin wurde dabei verletzt. Um den raschen Abtransport der Verletzten zu ermöglichen, stellte sich der Kl. auf die Straße neben seinen PKW und veranlasste den mit seinem Wagen herankommenden Bekl. durch Winken zum Anhalten. Der Wagen des Bekl. kam dabei ebenfalls ins Rutschen, fuhr auf den Wagen des Kl. auf und beschädigte den verunglückten PKW noch weiter. Der eigene Wagen des Bekl. wurde dabei ebenfalls beschädigt. Der Kl. verlangte Schadensersatz, der Bekl. erhob Widerklage. Das OLG gab der Klage (§ 7 StVG; *nicht* § 823 BGB) und Widerklage (§ 823 II in Verbindung mit § 1 StVO) je zur Hälfte statt und führte zur Widerklage des „Samariters“ weiter [obiter !] aus: Die Haftung des Kl. ergebe sich zudem aus vertraglichen Gesichtspunkten. Der Kl. habe den Bekl. durch sein Winken zur Hilfeleistung für die verletzte Insassin seines Wagens beauftragen und der Bekl., der den verunglückten Wagen im Graben habe liegen sehen, habe diesen Auftrag durch sein Anhalten annehmen wollen. Es könne dahingestellt bleiben, ob das Auftragsverhältnis zwischen den Parteien im Augenblick des Unfalls bereits bestanden habe. Zumindest habe sich auf diese Weise ein entsprechendes vor-vertragliches Verhältnis angebahnt. Der Kl. habe hierbei – im Sinne der culpa in contrahendo – fahrlässig gehandelt, da er den Bekl. an einer solch gefährlichen Stelle zum Anhalten und damit zum Eingehen auf sein Auftragsangebot veranlasst habe.)

*Quo usque tandem?* Selbst bei großzügiger Auslegung des tatsächlichen Verhaltens von Parteien als (konkludente) Willenserklärungen scheint es kaum haltbar, im Winken ein Angebot auf Abschluss eines Auftragsvertrages zum Abtransport einer Verletzten zu sehen, die der Kraftfahrer offensichtlich gar nicht gesehen hatte – sonst hätte das Urteil sicher darauf abgestellt. Der „Inhalt“ (Sinn) dieses Winkens ist doch jedenfalls für den normalen Empfänger in einem herannahenden Wagen so unbestimmt, dass man unmöglich darin ein Angebot sehen kann, auf das sich der Wagenfahrer durch Anhalten einlassen würde. Die Vertragschlussregeln werden denaturiert, wenn man im Anhalten eines Kraftfahrers die Annahme eines völlig unbestimmten Angebotes sieht. Konsequenter weitergedacht, würde dies bedeuten, dass jedermann, der in einer vergleichbaren Situation anhält, durch Auftragsvertrag gebunden wäre, das zu tun, was der Winkende sich vorgestellt hatte – und dies unentgeltlich und unter rechtlichem Zwang zur Erfüllung bzw. Schadensersatzleistung. Tatsächlich handelt es sich hier zwischen den Parteien nicht um der Rechtssphäre angehörende Beziehungen, sondern um ein dem Gesellschaftlichen zuzuordnendes Verhältnis. Dass dem unbarmherzigen Samariter möglicherweise strafrechtliche Sanktionen (§ 330c StGB) drohen, ist für die Qualifizierung der zwischenparteilichen Beziehungen unerheblich. Eine schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber dem Verletzten oder „gegenüber dem Winkenden vermag das strafrechtliche „Liebesgebot“ nicht zu begründen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch OLG Frankfurt 12.3.1965 NJW 1965, 1334 (Anm. *Rother*, oben N. 525).

<sup>527</sup> OLG Düsseldorf 27.10.1949\* – „*Derrickfall*“ – BB 1950, 35 Anm. *Carl* (Die Parteien waren Bergungsunternehmen und arbeiteten nicht weit voneinander entfernt an einem Fluss. Ein Vorarbeiter und ein weiterer Arbeiter der Bekl. begaben sich zur Baustelle der Kl., um einen dieser gehörenden Kahn zu entleihen – wie es schon mehrfach geschehen war. Nachdem die beiden dort niemanden antrafen, versuchten sie den Kahn mit einem Derrick (Kran) der Kl. auf den Fluss zu setzen, obwohl sie wussten, dass der Derrick nur von mindestens fünf Mann bedient werden konnte. Als sie den Kran in Betrieb setzten, stürzte dessen Ausleger auf eine unmittelbar benachbarte Bahnlinie. Ein Zug fuhr auf den Ausleger auf und beschädigte den Derrick schwer. Die Eigentümerin klagte auf Schadensersatz. Das OLG sah in der unentgeltlichen Überlassung des Kahns einen Leihvertrag, dessen wiederholter Abschluss zwischen den Parteien ein Vertrauensverhältnis geschaffen habe, in dessen Rahmen die Parteien die im Verkehr erforder-

Ebene<sup>528</sup> i.S. des Austauschvertrages wird also verlassen. Neben dieser Ausweitung des Anwendungsbereichs der culpa in contrahendo-Grundsätze in *sachlicher* Hinsicht zeigt sich zum anderen eine Vorverlegung des *Haftungsbeginns* in einen Bereich, in dem man schwerlich von geschäftlichem Kontakt, geschweige denn von einem Verhandlungsverhältnis sprechen kann.<sup>526) 527)</sup>

Die skizzierten Auffassungen sind in der neueren Rechtsprechung nicht aufgegriffen worden. Immerhin zeigen diese Entscheidungen deutlich die Tendenz zur Auflösung eines klar umrissenen Haftungstatbestandes der culpa in contrahendo. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>527</sup> bildet darüber hinaus ein Beispiel dafür, zu welchen Umgehungsstrukturen nicht (nicht mehr?) gebilligte Normen (§ 831 BGB) die Rechtsprechung verführen.

Den in den angeführten Entscheidungen tendenziell angelegten Übergang von der culpa in contrahendo (bzw. geschäftlicher Kontakt) zur Haftung aus sozialem Kontakt hat die Rechtsprechung nicht vollzogen (unten 3).

---

liche Sorgfalt zu beachten gehabt hätten. Diese beherrsche namentlich das Vorstadium eines zu schließenden Leihvertrages. Dadurch, dass die beiden Arbeiter der Bekl. die Baustelle der Kl. mit dem Willen und der Befugnis betreten hätten, mit der Kl. einen Leihvertrag über den Kahn zu schließen, sei zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis entstanden, das die Beteiligten verpflichte, im Verhältnis zueinander die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten, damit der anderen Partei kein Schaden entstehe. Im Rahmen dieser vor-vertraglichen Verpflichtung zur Sorgfalt – zu der auch die Bedienung des Derricks als Vorbereitung für die Benutzung des Kahns gehöre – hatte die Bekl. für das Verschulden ihrer Leute.)

Offenbar kam es in dieser Entscheidung auf § 278 BGB an. Das Landgericht hatte mangels vertraglicher Haftung abgewiesen; der Exkulpationsbeweis des § 831 BGB war wohl als geführt angesehen worden. Die Entscheidung hätte ohne weiteres auf § 831 BGB wegen mangelnder Beaufsichtigung oder Instruktion der Leute bei ihrer Verrichtung – der Bekl. wusste von der „Entleihung“ des Kahns durch seine Leute – gestützt werden können. Stattdessen konstruiert das OLG ein vor-vertragliches Verpflichtungsverhältnis, ohne dass der „Partner“ in concreto etwas von dem beabsichtigten Vertrag weiß. Vertragsverhandlungen im engeren Sinne liegen hier sicher nicht vor. Auch von geschäftlichem Kontakt kann man nicht sprechen, sofern man diesen auf die „geschäftliche“ (= Austausch-)Ebene beschränkt. Ein culpa in contrahendo-Verhältnis zu bejahen, wenn keine „geschäftliche“ (= Austausch-)Beziehung intendiert ist und darüber hinaus dem Partner noch nicht einmal die Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen individuell oder wenigstens generell (z. B. beim Warenhaus) zugegangen ist, entbehrt der rechtlichen Grundlage. Selbst wenn man vom Erfordernis der Austauschbeziehung absieht, könnte eine entsprechende Haftung nicht bejaht werden, da hier von einem konkreten „Anvertrauen“ der Rechtsgüter des Kl. an die Arbeiter der Bekl. kaum gesprochen werden kann.

<sup>528</sup> Die „geschäftliche Ebene“ i.S. von *Austauschbeziehungen* wird – soweit eine Stellungnahme überhaupt ersichtlich ist – als Konstitutivum für die Haftung aus geschäftlichem Kontakt angesehen; vgl. oben N. 355.

## 2. Anwendung der Deliktsordnung im Vorbereich von Schuldverträgen bzw. schuldrechtlichen Sonderbeziehungen

### a. *Anwendung der Deliktsordnung auf Erhaltungspflichtverletzungen während der Vertragsverhandlungen im eigentlichen Sinn bzw. bei geschäftlicher Kontakt*

Gelegentlich wird bei Unfällen während eines geschäftlichen Kontaktes<sup>529</sup> oder auch während der eigentlichen Vertragsverhandlungen<sup>530</sup> offengelassen, ob ein Verhandlungsverhältnis mit der Folge rechtsgeschäftlicher Sicherungspflichten anzunehmen sei. Dies geschieht, wenn weder culpa in contrahendo noch Delikt den geltend gemachten Schadensersatzanspruch begründen würde. Sehr häufig wenden jedoch Instanzgerichte, aber auch der BGH, bei Unfällen im Rahmen von geschäftlichen Kontakten sogar *ausschließlich Deliktsrecht* an – zumeist ohne die Anspruchsgrundlage der culpa in contrahendo zu erörtern.<sup>531</sup> Bisweilen erwähnt man neben einem deliktischen Schadensersatzanspruch beiläufig

---

<sup>529</sup> OLG Oldenburg 27.11.1970\* (vgl. unten N. 533).

<sup>530</sup> OLG Tübingen 16.10.1952\* (vgl. unten N. 567).

<sup>531</sup> BGH 13.12.1960\* LM § 823 (Db) BGB Nr. 10 - „Spirituskocherfall“- (Vor dem Geschäftshaus des Freiburger Filialbetriebes eines Kaufhauses führte ein „Propagandist“ im Einvernehmen mit dem Filialleiter und mit Genehmigung der städtischen Wegepolizeibehörde an einem Stand auf dem Gehweg unmittelbar neben dem Haupteingang des Geschäftshauses die Zubereitung von Popcorn aus Ohio-Mais vor. Er röstete den Mais auf einem Tisch und mit einem Spirituskocher aus den Beständen des Kaufhauses und verkaufte den Mais in von ihm selbst beschafften Cellophantüten, die er zum Teil in Tüten mit dem Firmenaufdruck des Kaufhauses steckte. Das Kaufhaus war an seinem Umsatz mit 40 % beteiligt. Der damals acht Jahre alte Kl., der neben anderen Passanten am Vorführtisch zusah, erlitt schwere Brandwunden, als der Propagandist Spiritus in die brennende Flamme des Kochers nachschüttete und es dabei zu einer Brennstoffexplosion kam. In der ersten Instanz [LG Freiburg 23.12.1958 – 1 O 83/58 – unveröffentlicht] war die Frage der culpa in contrahendo-Haftung aufgeworfen worden; in der zweiten Instanz [OLG Karlsruhe 31.12.1959\* - 4 U 52/59 – unveröffentlicht] hatte der Kl. diesen Gesichtspunkt nicht mehr aufgegriffen. Deshalb konnte sich das OLG mit dem Hinweis begnügen, dass dadurch, dass der Kl. – ohne die Absicht, Popcorn oder Mais zu kaufen – den Vorführungen des Propagandisten zuschaute, ein vorvertragliches oder gar vertragliches Verhältnis zwischen Kl. und Bekl. auch dann keinesfalls begründet worden wäre, wenn, was bestritten und auch sehr zweifelhaft sei, der Propagandist tatsächlich in ihrem Auftrag die Vorführungen veranstaltet und den Mais für sie verkauft hätte [S. 10/11 des Originalurteils]. Das OLG lehnte eine Haftung der Bekl. aus § 831 BGB ab, weil der Propagandist mangels Weisungsbefugnis kein Verrichtungsgehilfe der Bekl. gewesen sei. Es verurteilte die Bekl. jedoch wegen schuldhafter Verletzung der auch gegenüber Passanten und Zuschauern bestehenden Verkehrssicherungspflicht durch die Geschäftsführer der das Kaufhaus betreibenden Gesellschaft [§§ 823, 831 u. 823, 31 BGB; Aufsichts- bzw. Organisationsverschulden; S. 11 ff. des Originalurteils]. Der BGH bestätigte die Entscheidung, wobei er die Haftung auf das Organisationsverschulden der Geschäftsführer der Gesellschaft und daneben auf § 831 BGB wegen vermuteten (Überwachungs-?) Verschuldens der eben genannten Personen stützte. *Nirk* (Möhring-Festschr. 405) sieht keinen Grund, warum in diesem Fall keine Haftung nach c.i.c. angenommen werden könne); BGH 21.1.1958\* VersR 1958, 245 (Sturz auf einer Treppe beim Verlassen einer Möbelausstellung an deren Eröffnungstag, auf den in Zeitungsanzeigen hingewiesen worden war; Verurteilung aufgrund Verletzung der Verkehrssicherungspflicht; § 823 I BGB); BGH 26.5.1964\* VersR 1964, 974 (Sturz des *Begleiters* eines Kaufinteressenten durch eine ungesicherte Treppenöffnung im Ausstellungsraum eines Möbelgeschäfts; Verurteilung nach § 823 I BGB); BGH 18.4.1967\* VersR 1967, 751 (Sturz auf vereister Aussichtsterrasse; Absicht des Verletzten, die Gaststätte zu besuchen, bestritten; culpa in contrahendo nicht erwähnt; Verurteilung aufgrund § 823 BGB); OLG Nürnberg 4.4.1967\* VersR 1967, 1083 (Sturz auf nassem Fußboden eines Kaufhauses, das der Verletzte eben betreten hatte um einzukaufen; Klageabweisung mangels schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht; keine Erwähnung der culpa in contrahendo, obwohl sich das LG damit auseinandergesetzt hat).



fig eine Haftung aus culpa in contrahendo<sup>532</sup> oder weist hypothetisch für die erneute Prüfung des Falles durch das Berufungsgericht auf diese Anspruchsgrundlage hin.<sup>533</sup> Hierher dürfte auch eine Reihe weiterer Urteile gehören, bei denen sich der rechtsgeschäftliche Zweck des Besuches zwar nicht ausdrücklich aus dem Entscheidungstext ergibt, jedoch aufgrund des Sachverhalts nahe liegt. In allen diesen Fällen werden nur deliktsrechtliche Vorschriften als Haftungsgrund erwähnt.<sup>534</sup> Den *Larenzschen* Gedanken, die Vertragsnormen auf den „möglichen Kunden“ zu erstrecken, greifen die Gerichte auch dort nicht

---

setzt und der Kl. in der Berufung darauf hingewiesen hatte); OLG Stuttgart 28.6.1956\* BB 1957, 562 (Sturz der Kl. über eine glitschige Fußmatte beim Verlassen eines Einzelhandelsgeschäfts, in dem sie hatte einkaufen *wollen*; Klage 2/3 erfolgreich, nur auf Verletzung der Verkehrssicherungspflicht [§ 823 I BGB] in Verbindung mit dem Anscheinsbeweis gestützt, obwohl in den Vorinstanzen auf den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo hingewiesen worden war); LG Nürnberg-Fürth 27.2.1956\* VersR 1956, 213, bestätigt durch OLG Nürnberg 17.9.1956\* - 2 W 121/56 – unveröffentlicht (Antragsteller benutzte die Rolltreppe eines Warenhauses, um in den Erfrischungsraum zu gelangen; dabei wurde er von einer stürzenden MitfahrerIn zu Boden gerissen und zog sich eine Wirbelverletzung zu; Armenrecht versagt). Vgl. z. B. ferner BGH 4.10.1963\* - VI ZR 178/62 – unveröffentlicht (Sturz auf der Treppe einer Auslagenpassage vor einem Spielwarengeschäft nach Betrachten der Schaufenster; Verurteilung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht infolge nicht verkehrssicherer Gestaltung der Anlage; § 823 I BGB); OLG Celle 17.3.1954 VersR 1954, 292 (Unfall infolge schadhafte Eisenroste vor Auslagenschaufenster einer Bäckerei, während die verletzte Klägerin die Schaufensterauslagen betrachtete, weil sie etwas Backwerk kaufen wollte. Verurteilung des *Hauseigentümers*; § 823 I BGB); LG Bonn 14.7.1961 VersR 1961, 932 (LS); LG Stade 17.4.1951 VersR 1951, 183; AG Lüneburg 19.10.1955 VersR 1956, 651; möglicherweise auch OLG Köln 18.11.1969\* (oben N. 512). Vgl. ferner die Urteile unten N. 534

<sup>532</sup> BGH 3.6.1969\* VersR 1969, 850 (Unmittelbar vor Beginn der Vertragsverhandlungen erfolgter Sturz eines Kunden in einem Möbelgeschäft durch eine im Fußboden des Ausstellungsraumes eingelassene Luke zum Möbellager im Keller; Klage zu 1/3 stattgegeben aufgrund Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und Mitverschulden. Die Frage der culpa in contrahendo wird – auf einen Hinweis der Revision – nur unter dem Gesichtspunkt erwähnt, dass die Begründung der Haftung mit mehreren Anspruchsgrundlagen [Verkehrssicherungspflicht und culpa in contrahendo] für die im vorliegenden Fall allein in Frage stehende Abwägung des Mitverschuldens [§ 254 BGB] ohne Belang sei. Vgl. auch OLG Stuttgart 2.5.1969\* (oben N. 524)

<sup>533</sup> BGH 25.6.1968\* VersR 1968, 993 (Sturz des Kl. über Wurstpelle in oder vor dem Eingang einer Metzgerei während der Mittags-Schließungszeit. Kaufabsicht bestritten; Zurückverweisung wegen Übergehens eines relevanten Beweisangebotes. Hilfsweise – falls Deliktsansprüche nicht begründet sein sollten – wies der BGH in seinem aufhebenden Urteil das OLG Oldenburg auf die [Beweis-] Grundsätze im Bananenschalenfall vom 26.9.1961 (oben bei N. 520) hin. Die darauf inzwischen ergangene – unveröffentlichte – Entscheidung des OLG vom 27.11.1970\* weist die Deliktsansprüche aus §§ 823 oder 831 BGB wegen fehlenden Beweises einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ab. Auf die Beteiligung von Verrichtungsgehilfen geht das Gericht nicht näher ein. Zur culpa in contrahendo bemerkt es lediglich, dass derartige Ansprüche schon deswegen nicht in Betracht kämen, weil nicht zuverlässig festgestellt werden könne, ob zur Zeit des Unfalls der Kl. im Bereich des Zugangs zu einem Fleischerladen des Bekl. überhaupt ein objektiv verkehrswidriger Zustand bestanden habe. S. 6 des Originalurteils).

<sup>534</sup> Vgl. z. B. OLG Köln 30.3.1954\*, 464 (Sturz auf dem Natursteinfußboden eines großen Bank-Verwaltungsgebäudes; Armenrecht aus Beweisgründen versagt); OLG Nürnberg 9.2.1953\* VersR 1953, 263 (Sturz des Kl. beim Betreten eines Restaurants auf der vom Eingang zum Vorraum führenden Stufe; Klageabweisung mangels schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht); LG Wuppertal 4.6.1958\* VersR 1960, 23 (Sturz der Kl. im Geschäft der Bekl.; Klageabweisung mangels Verletzung der Verkehrssicherungspflicht); AG Biberach 28.1.1955\* VersR 1955, 255 (Kl. kam beim Betreten des Geschäfts des Bekl. auf der innerhalb des Ladens an der Ladentür befindlichen, mit Linoleum belegten Stufe zu Fall; Klageabweisung mangels Verstoßes gegen die Verkehrssicherungspflicht); vgl. auch BGH 10.7.1962 VersR 1962, 990 (Unfall im Gedränge vor einem eben anfahrenen Raupenkarussell; Klage im Wesentlichen erfolgreich; Verkehrssicherungspflichtverletzung) und OLG Nürnberg 18.3.1958\* VersR 1958, 791 (LS), (erstmaliges Betreten fremder Räumlichkeiten).

auf, wo der zugrundeliegende Sachverhalt dies nahegelegt hätte.<sup>535</sup> Ebenso wenig findet sich die konnexe Vermutung, wonach der Besucher von Geschäftsräumen bis zum Beweise des Gegenteils als „möglicher Kunde“ anzusehen ist.<sup>536</sup> In diesem Zusammenhang sind auch jene Urteile zu nennen, die ausschließlich § 823 BGB als Rechtsgrundlage heranziehen, bei denen jedoch aus dem wiedergegebenen Sachverhalt nicht ersichtlich ist, ob der intendierte Vertrag überhaupt geschlossen wurde<sup>537</sup> bzw. ob der Schadenseintritt vor oder nach geschehenem Vertragsschluss lag.<sup>538</sup> Die Haftung für Leute (§ 831 BGB) spielt in all diesen Entscheidungen kaum eine Rolle (Näheres unten 4. a.).

*b. Anwendung der Deliktsordnung auf öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen „in contrahendo“*

Ein kurzer Blick auf die Rechtsprechung zu vergleichbaren Sachverhalten aus dem „öffentlich-rechtlichen“ Bereich zeigt, dass hier die Haftungsgrundlagen der culpa in contrahendo oder des geschäftlichen Kontaktes kaum in Betracht gezogen worden sind.

Die wenigen Entscheidungen des Reichsgerichts und des BGH, die zur Anwendung der culpa in contrahendo im öffentlich-rechtlichen Bereich ausdrücklich Stellung nehmen, beziehen sich nicht auf die Verletzung von Erhaltungspflichten.<sup>539</sup> Wo es tatsächlich um Fälle der Verletzung von „vor-vertraglichen Erhaltungspflichten“ im öffentlichen Bereich geht, bleiben die obengenannten zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen unberücksichtigt. Eine Ausnahme bildet in gewisser Hinsicht das OLG Köln mit seiner Entscheidung vom 10.5.1961.<sup>540</sup> Das OLG lehnt die Anwendung der culpa in contrahendo für diese Rechts-

---

<sup>535</sup> Vgl. z. B. die oben in N. 531 angeführten Urteile.

<sup>536</sup> Vgl. z. B. den unmittelbar einschlägigen Fall BGH 18.4.1967\* (oben N. 531).

<sup>537</sup> Vgl. z. B. LG Duisburg 1.6.1966 VersR 1968, 100 (Kl. suchte die Verkaufsräume der Bekl. auf um einzukaufen; beim Verlassen der Räume kam sie auf Kehrspänen zu Fall; Klage erforderlich).

<sup>538</sup> Vgl. z. B. LG München II 24.10.1968 VersR 1969, 360 (Sturz auf der Treppe in einer Pension).

<sup>539</sup> RG 13.3.1925 RGZ 110, 293; RG 10.1.1933 HRR 1933 Nr. 1307 (LS); BGH 21.12.1964 DVBl 1965, 276 (277).

<sup>540</sup> OLG Köln 10.5.1961 JR 1962, 24 (Der Adressat einer Post-Geldsendung, dem das Geld infolge Abwesenheit in seiner Wohnung nicht ausgehändigt werden konnte, verunglückte beim Abholen der Geldsumme im Postamt infolge Ausgleitens auf Bohnerwachs. Das OLG lehnte mit dem LG eine Haftung aus Vertrag ab, da im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Bundespost und ihren Benutzern derartige rechtlich wirksame vertragliche Vereinbarungen nicht geschlossen werden könnten. Ebenso wie das LG verneinte auch das OLG eine Haftung aus culpa in contrahendo, da die Tätigkeit der Post aufgrund der Benutzungsordnung kraft öffentlichen Rechts erfolge. Der Kl. könne einen Anspruch aus culpa in contrahendo auch nicht darauf stützen, dass die Aushändigung des für ihn bestimmten Geldbetrages am Abholschalter im Zeitpunkt des Unfalls unmittelbar bevorstand. Auch wenn man annehme, dass die Eigentumsübertragung an der Geldsumme durch vertragliche Einigung (und nicht durch Verwaltungsakt) geschehe, so sei diese Einigung nicht auf die Begründung eines schuldrechtlichen Verhältnisses gerichtet, sondern nur auf die Eigentumsübertragung an der Sache selbst. Eine culpa in contrahendo-Haftung sei aber immer nur gegeben, wenn der Abschluss eines schuldrechtlichen Vertra-

beziehungen zwar nicht grundsätzlich, wohl aber in concreto aus „zivilrechtlichen“ Erwägungen ab. Die in dem entschiedenen Fall naheliegende Haftung aus geschäftlichem Kontakt wird nicht erwähnt: Alle übrigen mir bekannten Entscheidungen beurteilen die hier einschlägigen Fälle ohne weitere Erörterung nach deliktsrechtlichen Haftungsgrundsätzen. Dies gilt zunächst für den Bereich des „allgemeinen Gewalt- bzw. Pflichtenverhältnisses“, dem die Verkehrssicherungspflicht zugeordnet wird.<sup>541</sup> Die Gerichtspraxis ordnet die Verkehrssicherungspflicht auch in diesem Bereich mangels eines abweichenden, das Außenverhältnis betreffenden Organisationsaktes in das Privatrecht ein.<sup>542</sup> So genießt der zur Polizei einbestellte Bürger bei einem Unfall im Dienstgebäude ebenso nur deliktsrechtlichen Schutz<sup>543</sup> wie derjenige, der sich bei einer Behörde nach der Bearbeitung eines früher eingereichten Antrages erkundigen will.<sup>544</sup> In allen zuletzt angeführten Entscheidungen bildete allein die Verkehrssicherungspflicht der beteiligten öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit die Grundlage der rechtlichen Beurteilung<sup>545</sup> – obwohl es sich dabei sicher um Fälle des „sozialen Kontaktes“ im Sinne *Dölles* und vielleicht sogar um eine dem geschäftlichen Kontakt oder den Vertragsverhandlungen vergleichbare Situation auf öffentlich-rechtlicher Ebene<sup>546</sup> handelte. Die Beziehungen zwischen den Beteiligten waren in den angeführten Fällen jedenfalls enger als in dem bekannten Bananenschalenfall,<sup>547</sup> dem im öffentlich-rechtlichen Bereich etwa ein erstmaliger Besuch bei einer Behörde zur Antragstellung oder ähnliche Situationen entsprechen würden. Es ist (*a maiore ad minus*) kaum anzunehmen, dass die Rechtsprechung bei derartigen Fällen eines weniger engen sozialen Kontakts von der „Verkehrshaftung“ abgehen würde.

---

ges bevorstehe. Der Anspruch aus § 823 BGB wurde wegen Verjährung und mangelnden Verschuldens abgelehnt).

<sup>541</sup> Forsthoff 373; Simons 173.

<sup>542</sup> BGH 30.4.1953 BGHZ 9, 373 (Wasserstraße; leading case); weitere Nachweise bei Forsthoff 371 N. 2.

<sup>543</sup> BGH 14.12.1956 VersR 1957, 111 (Kl. stürzte die Kellertreppe hinab; Verurteilung zu 2/3; §§ 823, 89, 31 254 BGB); vgl. auch BGH 23.2.1956 VersR 1956, 257 (Sturz auf der Treppe vor dem Sitzungssaal eines Landgerichts; nur Verkehrssicherungspflicht geprüft) und OLG Tübingen 11.6.1953 VersR 1953, 293 (Sturz beim Verlassen des Bürgermeisteramts; Zweck des Besuches nicht ersichtlich. Klage mangels Beweises abgewiesen; Prüfung nach §§ 823, 831, 89, 31 BGB). Vgl. auch schon KG 7.10.1932 JW 1933, 66 (Schadensersatzanspruch eines Empfängers von Arbeitslosenunterstützung wegen eines im Gedränge vor der Zahlstelle erlittenen Armbruches gem. §§ 89, 31, 823 I BGB bejaht).

<sup>544</sup> BGH 16.5.1961 VersR 1961, 799 (Sturz über schlecht sichtbare Stufe; Verurteilung zu 2/3 gemäß §§ 823 I, 254 BGB).

<sup>545</sup> Allgemein in diesem Sinn auch Schnitzerling RiA 1960, 131 f. und Unger 55. Nur „Verkehrshaftung“ legte das OLG Karlsruhe (3.5.1967\* VersR 1968, 457) auch der Prüfung des Falles zugrunde, dass ein dienstlich gerufener Polizeibeamter beim Betreten einer Gastwirtschaft zu Fall kam; geschäftlicher oder sozialer Kontakt wurde nicht erörtert; Klageabweisung mangels schuldhafter Verletzung der Verkehrssicherungspflicht. Entsprechend für Briefträger OLG Stuttgart 1./8.12.1936 ArchPT 1937, 257 (Unfall im Hausflur).

<sup>546</sup> Z. B. Besuch auf Vorladung; Erkundigung nach bereits gestelltem Antrag.

<sup>547</sup> BGH 26.9.1961\* (oben bei N. 520).

Selbst im Bereich der unmittelbaren Anbahnung der *besonderen* öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen des Postbenutzungsverhältnisses<sup>548</sup> werden Schadensersatzklagen wegen Unfällen nur unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht<sup>549</sup> oder eines *eng* verstandenen Tatbestandes der culpa in contrahendo geprüft.<sup>550</sup>

Als *Ergebnis* ist zu verzeichnen: Bei der Anbahnung öffentlich-rechtlicher Sonderbeziehungen (im untechnischen Sinn)<sup>551</sup> wurde in keinem Fall eine Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, des geschäftlichen oder sozialen Kontaktes erörtert. Gleiches gilt für Unfälle bei der Anbahnung der besonderen öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen des Postbenutzungsverhältnisses.<sup>552</sup>

### 3. Nichtanerkennung der Haftung aus sozialem Kontakt

Wie wir eben (2. b.) gesehen haben, konnte sich die Lehre von der Haftung aus sozialem Kontakt bei „öffentlich-rechtlichen“ Fällen in der Rechtsprechung nicht durchsetzen. Gleich-

---

<sup>548</sup> Unabhängig davon, ob es sich bei der Bundespost um eine öffentliche Anstalt handelt oder nicht (vgl. H.J. Wolff, § 98 I b 4) unterliegen nach allgemeiner Auffassung sämtliche Postbenutzungs- und Leistungsverhältnisse dem öffentlichen Recht (vgl. statt aller H.J. Wolff § 99 V 2).

<sup>549</sup> OLG Köln 26.10.1953\* MDR 1954, 102 (Sturz über eine Fußbodenmatte in einem Landpostamt, dessen Räume der Posthalter der Bundespost im Rahmen seines Posthalterverhältnisses zur Verfügung gestellt hatte. Der Sturz ereignete sich, als die Kl. die Gebühren für gerade übergebene Postsendungen entrichten wollte. Klage erfolgreich wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Vorstehers des übergeordneten „Leitpostamtes“ als eines „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ der Post bzw. wegen Organisationsverschuldens – falls der Vorsteher des Leitpostamtes nach dem inneren Organisationsplan der Post nicht zur Wahrung der Verkehrssicherungspflicht berufen wäre; Anscheinsbeweis bejaht); s. schon RG 10.6.1937, ArchPT 1937, 283 (gebohrter Linoleumbelag vor Postschaltern; Unfall beim Gang zum Schalter, um Briefmarken zu kaufen; c.i.c. nicht erwähnt; Haftung bejaht gemäß §§ 31, 89, 823 BGB wegen fahrlässiger Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Gestalt einer Aufsichtspflichtverletzung des Vorstehers des Postamtes). Vgl. auch RG 8.2.1934 Nr. 798 (= RG-Nachschlagewerk § 823 o Nr. 38: Ablehnung eines Vertragsverhältnisses zwischen den Fleischern und dem Städt. Schlachthaus wegen Benutzungszwangs; lediglich Bejahung einer Haftung für Verkehrssicherheit insbesondere des Fußbodens nach Deliktsrecht). Wenn das Gericht hier einen vertraglichen Schutz der Verkehrssicherheit ablehnt, muss davon ausgegangen werden, dass diese Ablehnung auch für den vorvertraglichen Bereich ausgesprochen würde. Entsprechend dürfte der BGH entscheiden, der sogar Unfälle von Schülern auf dem Weg zur Schultoilette ausschließlich nach § 823 BGB beurteilt; § 839 BGB wird abgelehnt. Eine andere Haftungsgrundlage („öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung“, besonderes Gewaltverhältnis) zieht der BGH nicht in Betracht (5.5.1969 VersR 1969, 799). Ähnlich schon BGH 13.4.1967 MDR 1967, 656 und früher RG 5.12.1931 RGZ 135, 12 (Unfall eines Schülers auf Schultreppe). Der BGH nimmt im Übrigen an, dass es sich bei der Fürsorge für die Gesundheit eines *Strafgefangenen* um eine *Nebenpflicht* handle, deren Verletzung nicht zum Schadensersatz nach vertraglichen Grundsätzen führe, sondern nur eine Haftung nach den Amtshaftungsvorschriften (d.h. Delikt!) nach sich ziehe: 9.7.1956 BGHZ 21, 214 (220). Durch die Amtshaftungsgrundsätze entfällt die Problematik der Anwendung des § 278 BGB!

<sup>550</sup> OLG Köln 10.5.1961\* (oben N. 540).

<sup>551</sup> D.h. „Sonderbeziehungen“ im allgemeinen Gewaltverhältnis betreffend. Vgl. die oben in N. 543 und 544 angeführten Urteile.

<sup>552</sup> Das Urteil des OLG Köln vom 10.5.1961\* (oben N. 540) betraf einen Fall der *Entgegennahme* einer Geldsendung, also die *Abwicklung* der Leistungsbeziehungen eines Dritten mit der Bundespost.

ches gilt für die Beurteilung „rein“ privatrechtlicher Sachverhalte durch die Judikatur: Dem Verfasser ist kein Urteil bekannt geworden, das diese Lehre zugrunde gelegt oder auch nur erörtert hätte. An einer Diskussion dieses Vorschlages fehlt es auch dort, wo der Tatbestand dies nahegelegt hätte.<sup>553</sup>

#### 4. Folgen der Anwendung der Vertragsordnung

##### a. *Haftung für Leute*

Bekanntlich ging die Erstreckung der Vertragsgrundsätze auf den Bereich der *eigentlichen Vertragsverhandlungen* durch die Rechtsprechung auf einen Fall zurück, in dem es darauf ankam, § 831 BGB durch § 278 BGB zu verdrängen.<sup>554</sup> Das gleiche Motiv veranlasste *Larenz*, sich für die weitergehende Ausdehnung der vertragsartigen Haftung auf das Stadium des *geschäftlichen Kontaktes* auszusprechen.<sup>555</sup> In der *neueren Rechtsprechung* hat die Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen von Gehilfen im vor-vertraglichen Raum im Gegensatz zum deutschen Schrifttum dagegen kaum mehr eine Rolle gespielt. Die einzige – im Übrigen mehr als 20 Jahre zurückliegende – Entscheidung, die die Grundsätze der culpa in contrahendo offensichtlich allein zu dem Zweck heranzog, um die Haftungsnorm für Erfüllungsgehilfen anwenden zu können, überdehnt ohne Zweifel den legitimen Bereich des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen und liegt überdies nicht auf *geschäftlicher* Ebene (Leihe).<sup>556</sup> Seither ist kein hier einschlägiges Urteil mehr veröffentlicht worden, für das § 278 BGB eine die endgültige Entscheidung tragende Bedeutung gehabt hätte.<sup>557</sup> Gelegentlich wird die Frage, ob Hilfspersonen an dem Schadensfall beteiligt waren, weder

<sup>553</sup> Vgl. z. B. BGH 5.7.1966\* VersR 166, 978 (Unfall bei der auf Einladung erfolgten Besichtigung eines landwirtschaftlichen Hofes; Beurteilung nach § 823 BGB); OLG Celle 2.5.1957\* VersR 1959, 111 (Sturz der Kl. in den Fahrstuhlschacht im Geschäftshaus der Bekl., als sie mit dem Aufzug in das 4. Stockwerk fahren wollte, um die dort liegenden Praxisräume eines Arztes aufzusuchen; Ablehnung der Haftung aus culpa in contrahendo; Beurteilung des Sachverhalts nur nach § 823 I BGB); LG Hof 31.10.1955 VersR 1957, 620 (bestätigt durch OLG Bamberg 2.2.1956 VersR 1957, 621: Die Antragstellerin (ASt.) nahm als eingeladene Verwandte an der Konfirmationsfeier des Sohnes der Antragsgegnerin (AG) teil. Man feierte im Gastzimmer der Wirtschaft der AG. Nach dem Mittagessen half die ASt. gefälligkeitshalber beim Abtragen von Geschirr, glitt dabei aus und verletzte sich. Versagung des Armenrechts mangels Erfolgsaussicht, Beurteilung des Sachverhalts lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht gem. § 823 BGB). S. ferner BGH 21.1.1958\* (oben N. 531); OLG Frankfurt 12.3.1965 (oben N. 525) sowie die oben N. 534 berichteten Urteile. Die oben N. 526 und 527 angeführten Entscheidungen erörtern die zugrundeliegenden Sachverhalte unter dem Gesichtspunkt der c.i.c., nicht des sozialen Kontaktes – wengleich tatsächlich die Grenzen der c.i.c. bereits überschritten sein dürften.

<sup>554</sup> RG 7.12.1911 (Linoleumrollenfall; oben N. 475).

<sup>555</sup> *Larenz*, MDR 1954, 515 ff.; vgl. auch oben in und bei N. 371.

<sup>556</sup> OLG Düsseldorf 27.10.1949\* (Derrickfall; vgl. oben N. 527).

<sup>557</sup> Die oben (N. 516) erwähnten Erhaltungspflichtverletzungen bei (unwirksamem) Vertrag sind keine echten „vor-vertraglichen“ Schadensfälle. Im Bananenschalenfall (BGH 26.9.1961\*, oben N. 520) wurde das Verschulden von Erfüllungsgehilfen nur abstrakt (im Hinblick auf die Zurückverweisung) erörtert; die Streitsache wurde dann durch Vergleich beendet.

in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht erörtert – obwohl der berichtete Sachverhalt eine derartige Mitwirkung vermuten ließ.<sup>558</sup> In anderen Fällen ergibt sich mit Sicherheit aus dem Sachverhalt, dass Hilfspersonen an der Verursachung des Unfalls beteiligt waren. Dennoch übergehen viele dieser Urteile das Problem einer Anwendung des § 831 BGB stillschweigend und prüfen unmittelbar die deliktische (oder vertragliche) Verkehrssicherungs- und/oder Organisationspflicht des Geschäftsinhabers bzw. Organs der beklagten Körperschaft.<sup>559</sup> Mit Hilfe des „Durchgriffs“ auf den Geschäftsherrn – ggf. mittels des für alle juristischen Personen und Personengesellschaften geltenden § 31 BGB<sup>560</sup> – wird das Problem des Exkulpationsbeweises bei der Haftung für den Verrichtungsgehilfen umgangen. Im Übrigen ist zu betonen, dass seit dem Attrappenfall des Reichsgerichts (20.4.1914)<sup>494</sup> in der veröffentlichten deutschen Rechtsprechung zu Unfällen bei geschäftlichem Kontakt keine Klageabweisung mehr auf einen geglückten Entlastungsbeweis im Sinne des § 831 I 2 BGB gestützt worden ist. *Ausschließlich* auf § 831 BGB fußende *Verurteilungen* sind allerdings in unserem Bereich selten, während Urteile, die *auch* auf § 831 BGB beruhen, durchaus vorkommen.<sup>561</sup> Die Übergehung der Hilfsperson bei der Haftungsanknüpfung ist im Übrigen für den Geschädigten insbesondere dort von Vorteil, wo zwischen dem Gehilfen und dem Geschäftsherrn kein Abhängigkeitsverhältnis besteht.<sup>562</sup>

#### b. Beweislastverteilung

Manche Formulierungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach 1945 scheinen die Annahme nahe zu legen, dass sich die Beweislast bei culpa in contrahendo bzw. geschäftlichem Kontakt gegenüber der normalen deliktsrechtlichen Regelung „ändere“.<sup>563</sup> Eine nähere Untersuchung des Rechtsprechungsmaterials ergibt demgegenüber folgendes: Das Verhandlungsverhältnis bzw. der geschäftliche Kontakt bewirkt keine generelle Umkehr

---

<sup>558</sup> Etwa in Entscheidungen, die Verletzungen infolge Ausgleitens auf dem Boden von Ladengeschäften betreffen; erfahrungsgemäß pflegt der Geschäftsinhaber den Fußboden nicht selbst. Vgl. z. B. LG Duisburg 1.6.1966 (oben N. 537).

<sup>559</sup> OLG Köln 26.10.1953\* (oben N. 549; Verkehrssicherungspflicht oder Organisationsfehler); OLG Oldenburg 26.5.1964\* (oben N. 523 Verkehrssicherungspflicht und c.i.c.); vgl. auch BGH 14.12.1956 (oben N. 543; Verkehrssicherungspflicht); LG Berlin 14.4.1961\* (oben N. 518; Verkehrssicherungspflicht und c.i.c.); LG Bonn 14.7.1961\* (oben N. 531; Verkehrssicherungspflicht); LG Nürnberg-Fürth 27.2.1956\* (bestätigt durch OLG Nürnberg 17.9.1956\* oben N. 531; Verkehrssicherungspflicht); LG Wuppertal 4.6.1958\* (oben N. 534; Verkehrssicherungspflicht).

<sup>560</sup> *Soergel-Siebert/Schultze von Lasaulx* § 31 Bem. 8 ff. § 31 BGB schließt die Anwendung des § 831 BGB aus (ibid., Bem. 3).

<sup>561</sup> BGH 13.12.1960\* (Spirituskocherfall, oben N. 531: § 831 zugleich mit Organisationsverschulden angenommen; den Exkulpationsbeweis scheint die Bekl. nicht angetreten zu haben); BGH 3.6.1969\* (oben N. 532; Verurteilung wohl allein auf §§ 831, 823 BGB gestützt).

<sup>562</sup> Vgl. z. B. BGH 13.12.1960\* (Spirituskocherfall, oben N. 531).

<sup>563</sup> Vgl. z. B. die Formulierung in der zurückverweisenden Entscheidung BGH 25.6.1968\* (oben N. 533).

der Beweislast derart, dass derjenige, der einen Schaden verursacht, beweisen müsste, dass er an dessen Eintritt keine Schuld trägt (Verschuldenspräsomption). Eine Exkulpationslast trifft den Schädiger vielmehr nur dort, wo feststeht, „dass ein objektiver Mangel oder ein Zustand der Verkehrswidrigkeit im Organisations- und Gefahrenbereich des Unternehmers eine Verletzung ausgelöst hat“.<sup>564</sup> Diese von der Rechtsprechung ursprünglich für die positiven Verletzungen von bestimmten (insbesondere Dienst-, Werk- und Gastaufnahme-) Verträgen bejahte Übertragung der Regel des § 282 BGB befürwortet der BGH im Bananenschalenfall<sup>564</sup> auch für den Bereich der culpa in contrahendo (geschäftlichen Kontakt). Dies bedeutet, dass jedenfalls die Warenhausunfälle und vergleichbare Sachverhalte den oben skizzierten Grundsätzen unterliegen. Mit anderen Worten muss der Geschädigte ggf. die objektive Pflichtwidrigkeit eines schadensursächlichen, dem Gefahrenkreis des Schädigers zuzurechnenden Verhaltens dartun, während sich der Schädiger exkulpieren, d.h. den Mangel der subjektiven Pflichtwidrigkeit dieses Verhaltens (seiner selbst oder seines Erfüllungsgehilfen) zu beweisen hat.<sup>565</sup> Dabei kann freilich der erste Anschein den Beweis der objektiven Pflichtwidrigkeit ersetzen.<sup>566</sup> Diese Grundsätze werden heute in der Rechtsprechung überwiegend anerkannt<sup>567</sup>, soweit die Gerichte nicht Fälle geschäftlichen Kontaktes allein nach deliktischen Regeln beurteilen. Hier führt die Bejahung des Anscheinsbeweises zum gleichen Ergebnis wie die auf vertragsrechtlichen Grundsätzen beruhende Beweislastumkehr.<sup>568</sup> Theoretisch trifft es also zu, dass die Beweislastgrundsätze bei der culpa in contrahendo bzw. dem geschäftlichen Kontakt gegenüber der Deliktsregelung „geändert“ sind; es sind jene der positiven Vertragsverletzung. Im tatsächlichen Ergebnis führt diese Verschiedenheit jedoch – mit Rücksicht auf den Anscheinsbeweis – nicht zwangsläufig zu unterschiedlichen Falllösungen.

---

<sup>564</sup> BGH 26.9.1961\* (Bananenschalenfall; oben N. 520).

<sup>565</sup> Vgl. in diesem Sinne etwa OLG Bamberg 13.7.1966\* (oben N. 524).

<sup>566</sup> Vgl. z. B. LG Berlin 14.4.1961\* (oben N. 518).

<sup>567</sup> S. – neben den in N. 563-566 genannten Entscheidungen – OLG Tübingen 16.10.1952\* VersR 1952, 436 (Klage einer „Propagandistin“ und Reisevertreterin für Waschmittel, die den bekl. Molkereibesitzer besuchte, um einen Vortrag über Henkel-Erzeugnisse zu halten und möglicherweise eine Bestellung zu bekommen. Sturz auf einer Treppe bei der vom Bekl. geführten Besichtigung der Molkerei; Klageabweisung. Die Kl. hatte sich – neben § 823 ff. BGB – auf culpa in contrahendo berufen und aus diesem Gesichtspunkt die Umkehr der Beweislast herleiten wollen. Das OLG ließ dahingestellt, ob zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Verhältnis bestanden habe, das dem Bekl. die rechtsgeschäftliche Pflicht auferlegt hätte, die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit der Kl. zu beachten; auch bei einem solchen Verhältnis sei der Bekl. nur dann entlastungspflichtig, wenn sich aus der Sachlage zunächst der Schluss rechtfertige, dass er die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt habe. So liege es hier aber nicht; Anscheinsbeweis abgelehnt); vgl. auch LG Frankfurt 26.2.1953\* (oben N. 510: Vertrag und Delikt).

<sup>568</sup> OLG Stuttgart 28.6.1956\* (oben N. 531); vgl. auch OLG Köln 30.3.1954\* (oben N. 534) und AG Biberach 28.1.1955\* (oben N. 534); beide Entscheidungen lehnen in concreto den Anscheinsbeweis ab.

c. *Verjährung*<sup>569</sup>

Nach der ausführlich begründeten Entscheidung des BGH v. 16.11.1967 (3. Senat)<sup>570</sup> gilt die *allgemeine* Verjährungsnorm des § 195 BGB grundsätzlich auch für Ersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss. Danach verjähren Ansprüche aus culpa in contrahendo in 30 Jahren, sofern keine kürzeren Fristen gesetzlich vorgesehen sind. Nach Auffassung des BGH können Schadensersatzansprüche wegen Verschulden bei den Vertragsverhandlungen „in aller Regel“ nicht den für das intendierte Vertragsverhältnis geltenden Verjährungsfristen unterstellt werden.<sup>571</sup> Der 6. Senat entwickelte für die genannte Fallgruppe eine eigenständige Lösung des Verjährungsproblems, ohne sich mit der wenigstens dem ersten Anschein nach abweichenden Auffassung des 3. Senats<sup>572</sup> auseinander zu setzen.

Der BGH<sup>573</sup> lehnt einen Leihvertrag im Hinblick auf die Überlassung des Kraftfahrzeuges im Rahmen von Kauf-Vertragsverhandlungen ab und bejaht dementsprechend ein (Kaufvertrags-)Verhandlungsverhältnis. Die Überlassung des Wagens stehe jedoch *mit dem in Aussicht genommenen Abschluss eines Kaufvertrages nicht in solchem rechtlichen Zusammenhang, dass für die beiderseitigen Rechte und Pflichten kaufrechtliche Grundsätze maßgeblich* (Hervorhebung durch Verfasser) gewesen wären. Für die praktisch wichtigsten Fälle der entgeltlichen oder unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung von Sachen (Leihe, Miete, Pacht, Nießbrauch) habe das Gesetz in §§ 558, 581 II, 606, 1057 BGB bestimmt, dass Schadensersatzansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache in 6 Monaten von der Rückgabe an verjähren. Darin komme ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck, der nach seinem Sinn und Zweck – rasche Abwicklung von Gebrauchsüberlassungsverhältnissen – auch Fälle der vorliegenden Art umfasse und daher entsprechend anwendbar sei. Diese kurze Verjährungsfrist müsse auch für etwaige Ansprüche aus Delikt gelten, da sonst der Zweck der kurzen Frist vereitelt würde. Diese für die Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus Vertrag und anderen Vorschriften begründe-

---

<sup>569</sup> Entscheidungen zu Verantwortungsfähigkeit, Schuldmaßstab oder Drittschutz sind dem Verf. nicht bekannt geworden.

<sup>570</sup> BGH 16.11.1967 BGHZ 49, 77 (80 ff.: Schadensersatzanspruch wegen pflichtwidrig schuldhafter Nichtvergabe von Bauarbeiten an den Kl.).

<sup>571</sup> BGH 18.2.1964\* LM § 852 BGB Nr. 21 (Beschädigung eines im Rahmen von Vertragsverhandlungen überlassenen Vorführowagens durch den Kaufinteressenten; Ansprüche aus Delikt und culpa in contrahendo als verjährt abgelehnt; vgl. im Übrigen oben im Text); konforme Entscheidung des Berufungsgerichts OLG Celle 1.10.1962 NJW 1962, 2302; s. auch BGH 21.5.1968\* (oben N. 514; in Sachverhalt und Gründen ähnlich wie BGH 18.2.1964).

<sup>572</sup> Die Entscheidung des 3. Senates (16.11.1967\*, oben N. 570) erging etwa sechs Monate vor der *zweiten* Entscheidung des VI. Senats zu diesem Problem (21.5.1968, oben N. 514).

<sup>573</sup> 18.2.1964\*; ähnlich BGH 21.5.1968\* (oben N. 514).



te Rechtsauffassung sei nach ihrem Sinn und Zweck auch auf das Verhältnis zwischen Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo und unerlaubter Handlung anzuwenden. Diese Entscheidung ist sicher richtig, da ansonsten die kurze Verjährungsnorm wirkungslos wäre und damit die besondere vertragliche Interessenwertung leer liefe.<sup>574</sup>

Die Untersuchung hat deutlich gemacht, dass der BGH weder streng an seiner 30jährigen Regelverjährung für Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss festhält, noch ohne Rücksicht auf die Problemlage der einzelnen Fallgruppe die Verjährungsnormen des intendierten Vertrags auf die genannten Ansprüche überträgt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung versucht vielmehr, jeweils *die* Verjährungsnorm ins Spiel zu bringen, die der einzelnen Fallgruppe am gerechtesten zu werden scheint. Das kann die 30jährige Regelfrist, die Verjährungsfrist des intendierten Vertrags, aber auch die Verjährungsregelung für einen vom Zielvertrag verschiedenen Vertragstyp sein. Eine allgemeingültige Verjährungsnorm für *die* culpa in contrahendo, d.h. alle Fallgruppen des Verschuldens bei Vertragsschluss, gibt es nicht. Diese differenzierende Beurteilung muss auch in den hier interessierenden Fallgruppen der Erhaltungspflichtverletzungen im vor-vertraglichen Bereich zu unterschiedlichen Verjährungsfristen führen. Die *ratio* der kurzen Sechsmonatsfrist ab Rückgabe bei Schadensersatzansprüchen aus Gebrauchsüberlassungsverhältnissen wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache deckt die „normalen“ Unfälle vor oder während Vertragsverhandlungen nicht. Hier kann die 30jährige Regelfrist oder besser die dreijährige Verjährungsfrist für Deliktsansprüche in Betracht kommen. Die Rechtsprechung hat diese Frage bisher nicht entschieden.

## 5. Zusammenfassung

Die Entwicklung der Rechtsprechung nach 1945 ist durch zwei verschiedene Tendenzen gekennzeichnet:

Eine Entscheidungsreihe führt die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts angelegte Linie der vertragsartigen Haftung für Erhaltungspflichtverletzungen in contrahendo fort, gibt jedoch – der allgemeinen Entwicklung folgend – die subjektive (vertragliche) Begründung dieser Haftung zugunsten einer objektiven („gesetzlichen“) Rechtsgrundlage auf.

---

<sup>574</sup> Arens AcP 170 (1970) 398 ff. Die Frage der Konkurrenz wird nur in der Entscheidung des BGH vom 21.5.1968\* (oben N. 514) expressis verbis erörtert; in der Sache hatte schon BGH 18.2.1964\* stillschweigend ebenso entschieden. Die im Text wiedergegebene Argumentation für die Prävalenz der kürzeren Verjährungsfrist müsste den BGH eigentlich dazu führen, die Verjährungsfrist bei positiven Vertragsverletzungen, die gleichzeitig Delikte (ohne Bezug zum Leistungsobjekt) darstellen, auf drei Jahre (§ 852 BGB) zu beschränken; in diesem Sinne auch Esser I, § 52 VII 3.

Zugleich wird die vertragsartige Haftung der Sache nach auf den „geschäftlichen Kontakt“ erstreckt – wohl im Anschluss an *Larenz*, jedoch ohne dessen Terminologie zu übernehmen. Den „geschäftlichen Kontakt“ ordnet der BGH terminologisch und sachlich der culpa in contrahendo zu. Im Übrigen ist unter rechtstatsächlichem Gesichtspunkt jedoch hervorzuheben, dass *in unserem Untersuchungsfeld* bisher in der deutschen Rechtsprechung keine einzige Verurteilung *tragend* allein auf die Grundsätze der Haftung aus culpa in contrahendo (geschäftlichem Kontakt) gestützt worden ist – sieht man von den *unwirksamen* Verträgen und dem extremen, nicht auf *geschäftlicher* Ebene liegenden „Derrickfall“ (Leihvertrag) ab (oben 4. a., N. 527). Eine Haftung aus sozialem Kontakt hat in der Rechtsprechung keine Rolle gespielt.

Eine zweite Entscheidungsreihe übergeht die Haftung aus culpa in contrahendo bei vorvertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen mehr oder weniger stillschweigend und löst die entsprechenden Fälle nach dem – im Laufe der Zeit fortentwickelten – Recht der unerlaubten Handlung (Überwachungs- und Organisationsverschulden; Anscheinsbeweis). Eine gewisse Tendenz, die Regel des § 831 zugunsten des § 823 I BGB zu überspielen, ist unverkennbar. Ebenso deutlich ist das Bestreben der Gerichte, wenigstens zu einer Verurteilung *auch* auf deliktsrechtlicher Grundlage zu gelangen, da nur auf diese Weise Schmerzensgeld (§ 847 BGB) und Ansprüche Dritter (§§ 844, 845 BGB) durchgesetzt werden können.

In der *tatsächlichen Fallentscheidung* sind die Unterschiede zwischen den beiden Anspruchsgrundlagen hinsichtlich der in der Diskussion im Vordergrund stehenden Fragen somit heute weniger groß als man erwarten möchte: Bei der *Haftung für Leute* verdrängt die unmittelbare Haftung des Zuordnungssubjekts (Geschäftsherr) wegen Organisations- oder Überwachungsverschuldens weithin die Regel des § 831 BGB. Die normativ erheblichen Divergenzen in der *Beweislast* sind bei näherem Zusehen dank der Grundsätze des Anscheinsbeweises in der praktischen Falllösung kaum relevant. Die *Verjährungsfrist* hat in unserem Zusammenhang bisher lediglich bei Gebrauchsüberlassungsverträgen Anlass zu Gerichtsentscheidungen gegeben. Das Problem der Erstreckung der kurzen sechsmonatigen *Verjährungsfrist* auf den vorvertraglichen Bereich stellt sich hier für culpa in contrahendo und Delikt in gleicher Weise. Es ist im Ergebnis gleichgültig, ob man die kurze Frist auf die culpa in contrahendo und von dieser auf ein konkurrierendes Delikt überträgt oder ob man den aquilischen Anspruch unmittelbar nach der kurzen Frist beurteilt. Der Umweg der ersten Konstruktion ist nur erforderlich, wenn man das Verhandlungsverhältnis auch auf die Erhaltungspflichten erstreckt.

## **D. Haftpflichtversicherungsrecht**

Will man nicht Gefahr laufen, an der Rechtswirklichkeit vorbeizugehen, so ist gerade bei den hier interessierenden Sachverhaltsgruppen eine Skizze der Vertragspraxis der Haftpflicht-Versicherung unerlässlich. Die folgende knappe Übersicht leidet allerdings unter dem Mangel an genauen Zahlen, da die Statistiken der Versicherer nicht nach den hier interessierenden, sondern nach anderen Gesichtspunkten aufgebaut sind.

### **I. Betriebshaftpflicht-Versicherung**

#### **1. Allgemeines**

Der prozentuale Anteil der versicherten Unternehmen an der Gesamtzahl der Betriebe ist nach Schätzungen<sup>575</sup> mehrerer großer Haftpflichtversicherungsunternehmen sehr hoch. Man kann davon ausgehen, dass *regelmäßig* eine Betriebshaftpflicht-Versicherung abgeschlossen wird. Die große Masse der Schadensfälle dürfte sich daher in Betrieben ereignen, die durch eine Haftpflicht-Versicherung gedeckt sind. Auf der anderen Seite wird nach übereinstimmenden Schätzungen der befragten Haftpflicht-Versicherer bzw. eines bedeutenden Maklerbüros in einer süddeutschen Großstadt nur ein verschwindend geringer Anteil der Haftpflichtfälle vor Gericht ausgetragen.<sup>576</sup> In aller Regel geschieht die Erledigung auf gutlichem Wege durch Vergleich. Nur bei Schadenssachen größeren Umfangs mit guten Prozesschancen wird der Rechtsweg beschritten.

---

<sup>575</sup> Vgl. auch die bei Weyers (117/118) berichteten, sich mit meinen Umfrageergebnissen in etwa deckenden Schätzungen. Statistisches Material bezüglich bestehender *Betriebs*-Haftpflichtverträge und hinsichtlich der Zahl der eingetretenen Schadensfälle konnten mir die betroffenen befragten Wirtschaftsverbände nicht geben, da diese Versicherungssparte nicht gesondert ausgewiesen wird. Die Gesamtzahl aller in der Bundesrepublik Ende 1969 bestehenden Haftpflicht-Versicherungsverträge belief sich nach einer Auskunft des HUK-Verbandes auf 14 Millionen, auf die 1,5 Millionen Schadensfälle gemeldet wurden. Um die zahlenmäßige Bedeutung der potentiellen Unfallstellen zu beleuchten, genügt es daran zu erinnern, dass in der Bundesrepublik Deutschland 1961 allein annähernd 600 000 Arbeitsstätten des Einzelhandels gezählt wurden. Die besonders „unfallträchtigen“ Arbeitsstätten von Kreditinstituten und Gaststätten werden zusammen mit über 200 000 ausgewiesen (Arbeitsstättenzählung 1961; Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1967, 191).

<sup>576</sup> Gesonderte Statistiken hinsichtlich der streitig ausgetragenen Fälle von Haftpflichtversicherungssachen werden weder bei den Versicherern oder deren Verbänden noch beim Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen geführt. Von verschiedenen Haftpflichtversicherern wurde mir übereinstimmend berichtet, dass etwa 1 % der anfallenden Schadenssachen vor Gericht ausgetragen würden. Eine gewisse Bedeutung für die Bereitschaft der Versicherer zur unmittelbaren gütlichen Regelung dürfte die Berichtspflicht über die im jeweiligen Geschäftsjahr anfallenden *Deckungsprozesse* an das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen haben.

## 2. Versicherung des Arbeitgebers

Die Betriebshaftpflicht-Versicherung deckt alle auf privatrechtliche gesetzliche Haftpflichtbestimmungen gestützten Ansprüche gegen den Betriebsinhaber auf Ersatz von Personen und Sachschäden, soweit der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand eine innere Beziehung zum Betrieb (Unternehmen) aufweist.<sup>577</sup> Die Versicherung umfasst also insbesondere auch Ansprüche, die auf die §§ 278, 831 BGB, 485 HGB, 7 StVG usw. gestützt werden, in denen der Schaden also nicht durch den Versicherungsnehmer selbst, sondern durch andere Personen verursacht ist (§ 1 I AHB).

## 3. Versicherung des Arbeitnehmers

§ 151 I VVG (v. 30.5.1908) schreibt die Mitversicherung der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie solcher Personen vor, die der Inhaber zur Leitung oder Beaufsichtigung angestellt hat. Beide Personengruppen werden in der Versicherungspraxis sehr weit gefasst. Beispielsweise fällt unter die zweite Gruppe auch ein Vorarbeiter, der ein Gerüst mangelhaft erstellen lässt.<sup>578</sup> Von der Möglichkeit, die Mitversicherung der genannten Personenkreise im Versicherungsvertrag auszuschließen, wurde kein Gebrauch gemacht. Seit mehreren Jahrzehnten ist es im Gegenteil allgemein üblich geworden, die persönliche Haftpflicht „aller übrigen Angestellten und Arbeiter“ bei der Betriebshaftpflicht mitzuversichern.<sup>579</sup> Seit 1959 bezieht sich die Mitversicherung auf „sämtliche übrigen Betriebsange-

---

<sup>577</sup> Mitversichert sind unter anderem auch Haftpflichtansprüche gegen den Versicherungsnehmer als Haus- und Grundbesitzer. Vgl. den bei *Bruck-Möller/Johannsen* (Bd. IV 21/22) abgedruckten Text.

<sup>578</sup> *Oberbach/Kürsten* C 2 Vorbem. S. 13. Der Kreis der mitversicherten Personen richtete sich wohl an § 2 des ReichshaftpflichtG v. 7.6.1871 aus.

<sup>579</sup> *Heimbücher*, *Versicherungswirtschaft* 1962, 596. Bis Anfang der dreißiger Jahre geschah dies gegen einen besonderen Zuschlag, seither ohne besondere Zusatzprämie (*Heimbücher*, *ibid.* mit Nachweisen). Erkundigungen bei verschiedenen Haftpflichtversicherern und beim HUK-Verband bestätigen die Angaben *Heimbüchers* im Wesentlichen. Nachforschungen in der Literatur ergaben folgendes: Vereinzelt erstreckten Versicherungsbedingungen den Versicherungsschutz auch schon vor dem ersten Weltkrieg auf alle Angestellten des Versicherungsnehmers (*Julius v. Gierke*, *ZHR* 60 [1907] 24/25; vgl. auch *Grünebaum*, *LZ* 1912, 140, 142). Noch 1922 sahen die Versicherungsbedingungen jedoch nur „bisweilen“ die Mitversicherung von einfachen Angestellten vor (*Hagen* in *EhrenbergsHb* VII, 2 S. 306 N. 5). In dem Privatversicherungsrechts-Lehrbuch von *Bruck* war 1930 noch nicht von genereller Ausdehnung der Haftpflicht-Versicherung auf alle Angehörigen des Betriebes die Rede (421, 605). Nach Auskunft des HUK-Verbandes war in einem dort vorliegenden Haftpflichttarif des Jahres 1936 bei Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherungen die gesetzliche Haftpflicht von Angestellten und Arbeitern für Schäden, die sie in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen, prämienfrei eingeschlossen. Dem entspricht die Bemerkung *Oberbachs* (1947), dass die Mitversicherung des § 151 VVG „vertraglich weitgehend ausgedehnt [sei] auf die Haftpflicht der Arbeiter und Angestellten des Versicherungsnehmers (AHB 211)“. Bei *Prölss* findet sich ein Hinweis auf die häufige vertragliche Erstreckung auf weitere Dritte (d.h. außer den in § 151 I VVG Genannten) erstmals in der 8. Auflage (1954; § 151 Bem. 2). Das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen konnte über den Zeitpunkt der Aufnahme der Betriebsangehörigen in die Betriebshaftpflichtversicherung keine Angaben machen, da die betreffenden Erweiterungen des Versicherungsschutzes nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliegen. In

hörigen.<sup>580</sup> Eine Berufsversicherung für Unselbständige im Rahmen der Allgemeinen Haftpflicht-Versicherung ist daher nicht nötig und wird aus Rationalisierungsgründen auch auf dem deutschen Versicherungsmarkt heute nicht mehr angeboten.<sup>581</sup> Die Betriebshaftpflicht umfasst somit die *gesetzliche Haftpflicht aller Betriebsangehörigen*, soweit die Schäden bei Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen eintreten.<sup>582</sup> Ein Unterschied danach, ob der Schaden im Rahmen der Erfüllung einer bestehenden schuldrechtlichen Sonderbeziehung oder außerhalb einer obligatorischen Sonderverbindung verursacht wird, ist für den Versicherungsschutz ohne Belang. Mit anderen Worten ist es gleichgültig, ob eine Vertragsverletzung (Verletzung einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung) oder ein Delikt (im weiten Sinn) vorliegt. Die Betriebshaftpflicht-Versicherung sucht grundsätzlich das gesamte betriebliche Geschehen – aber auch nur dieses – zu erfassen und abzudecken, soweit die Versicherungstechnik dies erlaubt. Der Grund für die Ausdehnung der Betriebshaftpflicht-Versicherung auf alle Betriebsangehörigen wurde schon in den Motiven zum VVG klar ausgesprochen, bezogen allerdings auf die in § 151 I VVG genannten Personengruppen. Die dort ausgesprochenen Erwägungen gelten jedoch in gleicher Weise für *alle* Betriebsangehörigen: Die Verrichtungen der Betriebsangehörigen stehen unter sich in einem engen Zusammenhang, so dass es beim Eintritt eines Haftpflichtfalles häufig zweifelhaft bleibt, gegen wen sich der Schadensersatzanspruch richtet. Ebenso unsicher ist die Aufteilung der Verantwortlichkeit bei mehreren haftenden Betriebsangehörigen. Genießt lediglich der Betriebsinhaber oder eine Gruppe von Personen des Betriebes Versicherungsschutz, so kann dies zu ungunsten Verhältnissen in dem betroffenen Betrieb führen.<sup>583</sup> Die Mitversicherung aller Betriebsangehörigen schließt diese Schwierigkeiten aus. Darüber hinaus werden auf diese Weise oft sehr schwierige und ggf. kostspielige Beweisaufnahmen und Gutachten überflüssig.

---

der allgemeinen Haftpflichtversicherung gehören die Tarifbestimmungen nicht zum genehmigungspflichtigen Geschäftsplan.

<sup>580</sup> D.h. die nicht in § 151 I VVG genannten Betriebsangehörigen; vgl. *Heimbücher*, *ibid.* (N. 579). Zur entsprechenden Entwicklung in Schweden vgl. *Hellner*, *Scandinavian Studies in Law* 6 (1962) 158.

<sup>581</sup> *Heimbücher*, *ibid.* (N. 579). Über die wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen vgl. *ibid.* bei und in N. 4.

<sup>582</sup> Die entsprechenden Klauseln werden Inhalt der Versicherungsverträge. Die Klauseln haben im allgemeinen folgenden Wortlaut: „Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht ... der gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers (z. B. Direktoren, Teilhaber) oder solcher Personen, welche er zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teils desselben angestellt hat, in dieser Eigenschaft; sämtlicher übrigen Betriebsangehörigen für Schäden, die sie in Ausführung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen.“ Vgl. *Bruck-Möller/Johannsen* Bd. IV 22. Die an sich überflüssige ausdrückliche Anführung der ersten Gruppe dürfte durch die Entstehungsgeschichte der Betriebshaftpflicht-Versicherung bedingt sein (§ 2 ReichshaftpflichtG; § 151 I VVG). Auf die Haftpflichtversicherung in unserem Bereich weist z. B. *Weitnauer* hin (*JuristenJb* 4 [1963/1964] 230); vgl. auch *v. Caemmerer*, *DJT-Festschr.* II, 115.

<sup>583</sup> Motive zum VVG 205.

Beim Fehlen einer den Arbeitnehmer mit einschließenden Betriebshaftpflicht-Versicherung kann dieser wenigstens bei leichter Fahrlässigkeit und schadensgeneigter Arbeit einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber geltend machen.<sup>584</sup> Es wird auch schon die Auffassung vertreten, dass sich aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Pflicht ergebe, den Arbeitnehmer in eine Haftpflicht-Versicherung mit einzuschließen.<sup>585</sup>

## II. Privathaftpflicht-Versicherung<sup>586</sup>

Nach den heute üblichen Bedingungen der Privathaftpflicht-Versicherungen sind neben dem Ehegatten des Versicherungsnehmers und seinen minderjährigen oder noch in Ausbildung stehenden unverheirateten Kindern auch alle im Haushalt des Versicherungsnehmers tätigen Personen bei der Ausübung dienstlicher Verrichtungen mitversichert.<sup>587</sup> In neuester Zeit wurde der Versicherungsschutz auch auf Personen ausgedehnt, die aus Arbeitsvertrag oder *gefälligkeitshalber* Wohnung, Haus und Garten betreuen oder den Streudienst versehen.<sup>588</sup>

---

<sup>584</sup> Vgl. z. B. *Staudinger/Nipperdey* § 611 Bem. 148; *Staudinger/Schäfer* § 831 Bem. 11; BAG (Großer Senat) 25.9.1957 BAGE 5, I.

<sup>585</sup> Vgl. z. B. Referentenentwurf II, 99; *Goujet*, VersPr. 1968, 148.

<sup>586</sup> Ende 1968 bestanden nach einer Auskunft des HUK-Verbandes in der Bundesrepublik Deutschland ca. 7,7 Millionen Verträge, auf die rund 457 000 Schäden entfielen. Zur Versicherungsdichte vgl. auch die bei *Weyers*(117) berichteten Angaben, die jedoch nur beschränkte Aussagekraft besitzen. Immerhin bestätigen sie die auch mir von mehreren Versicherern mitgeteilten Schätzungen der *Tendenz* nach: Die Versicherungsdichte ist erheblich geringer als bei der Betriebshaftpflicht-Versicherung (weniger als 50 %). Die Zahl der streitig ausgetragenen Fälle ist nicht bekannt.

<sup>587</sup> *Heimbücher*, Versicherungswirtschaft 1962, 599. Vgl. den bei *Bruck-Möller/Johannsen* (Bd. IV 21) unter A II 2 abgedruckten Text. Nach mündlichen Auskünften von Versicherern ist diese Erweiterung des Versicherungsschutzes seit den dreißiger Jahren allgemein üblich geworden. Dies wird bestätigt durch eine Auskunft des HUK-Verbandes, wonach ein dort vorliegender Haftpflichttarif aus dem Jahre 1936 in den Anmerkungen zu Tarif IX für Privat- und Sporthaftpflicht folgende Klausel enthält: „Eingeschlossen ist die Haftpflicht der Hausangestellten gegenüber dritten Personen in Ausübung der dienstlichen Verrichtung im Privathaushalt des Versicherungsnehmers.“ Nach einer Bemerkung von *Oberbach* (1947) schließt die Privathaftpflicht-Versicherung u.a. das Hauspersonal für die Verrichtungen im Dienst des Versicherungsnehmers ein (AHB 211). Das Bundesaufsichtsamt konnte in dieser Frage keine Auskunft geben. Vgl. oben N. 579 a.E.

<sup>588</sup> Vgl. Tarif IX (Privathaftpflicht) Abschnitt II Ziff. 2 des Tarifes für die Allgemeine Haftpflicht-Versicherung (1968). Die Klausel lautet: „Mitversichert ist ... die gesetzliche Haftpflicht der im Haushalt des Versicherungsnehmers beschäftigten Personen gegenüber Dritten aus dieser Tätigkeit. Das gleiche gilt für Personen, die aus Arbeitsvertrag oder gefälligkeitshalber Wohnung, Haus und Garten betreuen oder den Streudienst versehen.“ Diese Klauseln sind Inhalt des Antrages auf Abschluss einer Privathaftpflicht-Versicherung und werden damit Vertragsbestandteil.

### III. Haus- und Grundbesitzerhaftpflicht-Versicherung<sup>589</sup>

Nach den heute allgemein üblichen Bedingungen der Haftpflicht-Versicherung als Haus- und Grundstücksbesitzer ist neben dem Versicherungsnehmer auch derjenige geschützt, der durch Arbeitsvertrag mit der Verwaltung, Reinigung, Beleuchtung und sonstigen Betreuung des Grundstücks beauftragt ist, soweit die gegen ihn gerichteten Ansprüche aus Anlass der Ausführung dieser Verrichtungen erhoben werden.<sup>590</sup>

### IV. Schlussfolgerung

Die hier interessierenden Fälle von Personen- und Sachschädigungen ante contrahendum (geschäftlicher Kontakt) und in contrahendo, darüber hinaus aber auch wesentliche Bereiche des sog. sozialen Kontakts sind somit seit den dreißiger Jahren zunehmend und heute in aller Regel durch die Haftpflicht-Versicherung (Betriebs-, Privat-, Haus- und Grundbesitzerversicherung) abgedeckt. Bei der praktisch im Vordergrund stehenden Betriebshaftpflicht-Versicherung ist allein entscheidend, ob im Bereich des als Einheit aufgefassten Betriebes ein zu vertretendes Verhalten zu einem Schadenseintritt geführt hat. Ob diese „Verantwortung“ bei einem einfachen oder zur Überwachung angestellten Betriebsangehörigen oder bei der Betriebsleitung selbst liegt, ist für den Geschädigten tatsächlich und – dank der alle Betriebsangehörigen umfassenden Versicherung – in der Regel auch wirtschaftlich gleichgültig. Das damit angesprochene Argument der wirtschaftlichen Mittellosgkeit hat für die Anwendung des § 278 BGB auf außervertragliche Bereiche eine entscheidende Rolle gespielt. Gerade in den uns interessierenden Fallgruppen ist dies ganz eindeutig: Der tragende innere (rechtspolitische; Gerechtigkeits-) Grund für die Anwendung des § 278 BGB im Linoleumrollenfall, der ersten „positiven“ und seither insoweit maßgebend gewordenen Entscheidung des Reichsgerichts, ist die Nichtanwendung bzw. Umgehung des § 831 BGB. Diese Umgehung erfolgte offensichtlich im Hinblick auf die Befürchtung, der Geschädigte werde bei dem sehr häufigen Gelingen des Entlastungsbeweises an den „zumeist mittellosen Angestellten“ verwiesen werden.<sup>591</sup> Dieses wirtschaft-

---

<sup>589</sup> Die Gesamtzahl der Verträge dieser Versicherungssparte ist dem HUK-Verband nicht bekannt. Im Jahre 1968 wurden dem HUK-Verband für diese Versicherungsform ca. 30 000 Schäden gemeldet. Die Zahl der streitig ausgetragenen Fälle ist unbekannt. Vgl. zu Versicherungsdichte auch oben N. 577.

<sup>590</sup> Vgl. den Abdruck des Textes bei *Bruck-Möller-Johannsen* (Bd. IV 23) sub C II 3; *Heimbücher, Versicherungswirtschaft* 1962, 599. Diese Erweiterung erfolgte 1936: *Oberbach/Boettinger* C 2 – VIII, S. 3.

<sup>591</sup> RG 7.12.1911 (Linoleumrollenfall; oben N. 475): „... Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprechen, wenn in Fällen, wo der Geschäftsangestellte beim Vorzeigen oder beim Vorlegen von Waren zur Besichtigung, zum Verkosten, um einen Versuch zu machen u. dgl. den Kauflustigen durch Unvorsichtigkeit schädigt, der Geschäftsinhaber – mit dem der Kauflustige den Kauf hat abschließen wollen – nur nach Maßgabe des § 831 BGB und nicht unbedingt haftete, *der Verletzte also beim Gelingen des Entlas-*

liche Argument war im Zeitpunkt der Linoleumrollen-Entscheidung – im Jahre 1911 – zutreffend. Der Schutz der Betriebshaftpflicht-Versicherung erstreckte sich zu jener Zeit von Gesetzes wegen nur auf die leitenden Angestellten des Betriebes (§ 151 I VVG). Und die vertragliche Ausdehnung des Versicherungsschutzes auf alle Betriebsangehörigen war damals noch nicht üblich und offensichtlich in dem entschiedenen Linoleumrollen-Fall auch nicht erfolgt. Seit jedoch in den dreißiger Jahren die Mitversicherung aller Betriebsangehörigen allgemein üblich wurde,<sup>592</sup> hat das Argument der Mittellosigkeit der einfachen Angestellten sein Gewicht verloren. Es ist heute für den Regelfall unzutreffend.<sup>593</sup> Dennoch wird das Argument der fehlenden Zahlungsfähigkeit der Verrichtungsgehilfen auch gegenwärtig noch ins Feld geführt.<sup>594</sup> Da der wirtschaftlich Betroffene weder der Verrichtungsgehilfe noch der Geschäftsherr,<sup>595</sup> sondern der Versicherer ist, erreicht der Geschädigte durch eine nicht selten erzwungen wirkende Anwendung des § 278 BGB und die dadurch erlangte zusätzliche Haftung des Geschäftsherrn keinen realen Vorteil. Der Schadensersatzanspruch wird nur einmal, und zwar von dem – im Allgemeinen zahlungsfähigen – Versicherer erfüllt. Die Versicherungsgesellschaft dürfte die Ansprüche des Geschädigten befriedigen, wenn ein das Versicherungsrisiko betreffendes Schadensereignis durch eine mitversicherte Person „vertretbar“ hervorgerufen wurde. Die Gesellschaft mag allenfalls in geeigneten Fällen versuchen, eine Minderung des Schadensersatzanspruches wegen Mitverschuldens des Verletzten zu erreichen. Allen Beteiligten bleibt es jedoch durch den Eintritt des Versicherers erspart, nach dem „eigentlich Schuldigen“ zu suchen. Möglicherweise schwierige und teure Beweisaufnahmen sind überflüssig. Streit innerhalb einer Betriebsgemeinschaft (Hausgemeinschaft) kann vermieden werden. Das Mittellosigkeits-Argument hat danach jedenfalls für den Anwendungsbereich der culpa in *contrahendo* im wirtschaftlichen Verkehr nur noch in wenigen Fällen Gewicht: so etwa wenn eine

---

*tungsbeweises an den zumeist mittellosen Angestellten verwiesen würde.*“ (ibid. 240/241; Hervorhebung vom Verf.) Zum Beweis für die damals sehr häufig zur Entlastung des Geschäftsherrn führende Gerichtspraxis mag es genügen, auf die folgenden Äußerungen des in einem Haftungssenat tätigen OLG-Rats *Grünebaum* hinzuweisen. Dieser schreibt in einem etwa drei Monate nach der Linoleumrollen-Entscheidung veröffentlichten Aufsatz, dass § 831 BGB nach seinen Erfahrungen „in mindestens 9/10 aller Fälle zu einer Rechtsverweigerung für den Verletzten führt, dass es geradezu als eine seltene Ausnahme bezeichnet werden darf, wenn der Dienstherr sich nicht entlasten kann.“ (LZ 1912, 140).

<sup>592</sup> Vgl. die Skizze der Entwicklung oben N. 579.

<sup>593</sup> Ausfälle wegen zu geringer Deckungssummen sind möglich, kommen aber in der Praxis nach Auskunft eines großen Haftpflichtversicherers (bisher) kaum vor. Die entsprechende Vermutung von *Weyers* (118) wird damit bestätigt. Statistiken konnte ich nicht ermitteln.

<sup>594</sup> Vgl. z. B. *Esser*, Schuldrecht II, § 110 I 1 c; *Larenz*, Schuldrecht I, § 20 VIII; Referentenentwurf II, 96 (jedoch unter Hinweis auf die Haftpflicht-Versicherung 97, 99); *Fikentscher* § 107 I 2 e α und § 107 I 1 b (unter Hinweis auf die Haftpflicht-Versicherung der Betriebe); *Enneccerus-Lehmann* § 241 III 1 c; *Horn* 39 („allein solventer Geschäftsherr“); früher z. B. *Beck* § 27, 2 (S. 81). Aus der Rspr. vgl. BGH 17.10.1967 NJW 1968, 247 (249).

<sup>595</sup> Von der Prämienzahlungspflicht einmal abgesehen.



Betriebshaftpflicht-Versicherung überhaupt fehlt, ein vorhandener Versicherungsvertrag nicht wirksam ist, der Versicherungsschutz mangels Prämienzahlung entfällt (§§ 38, 39 VVG) oder die Versicherungssumme zur Schadensdeckung nicht ausreicht.<sup>596</sup> Nur für diesen sehr engen Bereich besitzt der Mittellosigkeits-Hinweis Gültigkeit. Im Regelfall trifft er für das Untersuchungsgebiet dieser Arbeit nicht zu. Die geplante Reform des § 831 BGB würde dem Geschädigten im wirtschaftlichen Ergebnis keine Besserstellung bringen. Die Haftungsverschärfung für den Geschäftsherrn (Unternehmer) schlägt nicht zu Buch: Die Haftungserweiterung hat lediglich rechtliche Konsequenzen,<sup>597</sup> die keine (versicherungstechnische) Gefahrerhöhung mit sich bringen und daher nicht zu einer Prämienhöhung führen. Damit ist noch nicht entschieden, ob nicht aus anderen Gründen die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts geforderte Anpassung der Haftung für Verrichtungsgehilfen an jene für Erfüllungsgehilfen zu befürworten ist.<sup>598</sup> Bei allen entsprechenden Erörterungen sollte jedoch die geschilderte versicherungsrechtliche Praxis nicht außer Acht gelassen werden.

---

<sup>596</sup> Vgl. *Goujet*, *VersPr.* 1968, 148.

<sup>597</sup> Man gelangt hier je nach den zur Rechtswidrigkeit deliktischen Handelns (Erfolgsunrecht/Handlungsunrecht) und zur Beweislastregelung (nach Gefahrenkreisen ?) vertretenen Auffassungen zu verschiedenen Ergebnissen. Die im Text aufgestellte These gilt vor allem vom Standpunkt der Lehre vom Erfolgsunrecht aus.

<sup>598</sup> Auf Einzelheiten dieser Materie ist hier nicht einzugehen. Vgl. jedoch unten § 10 C. II. (S. 291).

## § 2 Österreich

### A. Einführung

Das österreichische Recht nimmt in unserem Problemzusammenhang insofern eine Sonderstellung ein, als in § 1295 I ABGB die vertragliche und deliktische Schadensersatzhaftung gleichgestellt sind: Jede schuldhaftige Schädigung verpflichtet zum Ersatz; „der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“ (§ 1295 I Halbsatz 2). Eine Kodifizierung der culpa in contrahendo als allgemeines „Institut“ kennt das ABGB daneben nicht. Auch gesetzliche c.i.c.-Einzelatbestände, die in unserem Sachverhaltsbereich unmittelbar oder entsprechend angewandt werden könnten, gibt es im österreichischen Recht nicht. Die culpa in contrahendo kann jedoch ohne Schwierigkeiten aus dieser auf vernunftrechtlichem Gedankengut beruhenden schadensersatzrechtlichen Generalklausel abgeleitet werden.<sup>599</sup> Die „Konstruktion“ der culpa in contrahendo als vertragliche oder deliktische Anspruchsnorm scheint daher ohne Bedeutung zu sein. Der Schein trügt. Tatsächlich ist diese Qualifizierung der culpa in contrahendo gerade im österreichischen Recht für die praktisch wichtigsten Fragen der *Gehilfenhaftung* und *Beweislast* von erheblichem Gewicht.

Wir hatten bei der Darstellung des *deutschen* Rechts gesehen, dass der historische Beweggrund für die Ausdehnung der vertraglichen Haftungsgrundsätze auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen<sup>600</sup> der Wunsch war, die Regelung der *Haftung für Verrichtungsgehilfen* (§ 831 BGB), die den Geschäftsherrn zu sehr zu begünstigen schien, durch die Regelung der Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) zu ersetzen. Im österreichischen Recht finden wir eine analoge Unterscheidung und Entwicklung: Dem deutschen § 278 BGB entspricht § 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfe); dem § 831 BGB ähnelt § 1315 ABGB (Besorgungsgehilfe). Während die Haftung für Erfüllungsgehilfen im Jahre 1916 durch die III. Teilnovelle zum ABGB (§ 159) nach deutschem Vorbild geordnet wurde, stammt die Regelung des § 1315 noch aus der Rechtsschicht des ursprünglichen ABGB: Nach *Gemeinem Recht* war der Geschäftsherr nur für *culpa in eligendo* verantwortlich. Dementsprechend haftete und haftet der Geschäftsherr gemäß § 1315 ABGB nur, wenn er

---

<sup>599</sup> So wohl *Krasnopolski-Kafka* 1968. *Herz* schließt aus dieser Norm zu Unrecht, dass die „Qualifikation“ der culpa in contrahendo als vertragliche oder deliktische Haftung ohne Bedeutung sei (23/24); vgl. dazu oben im Text.

<sup>600</sup> Die Frage der Beweislast ist im deutschen Recht erst neuerdings in den Vordergrund getreten; vgl. oben § 1 C. II. 4. b. (S. 157 ff.).

sich einer untüchtigen Person<sup>601</sup> oder wissentlich<sup>602</sup> einer gefährlichen Person bedient. Eines Verschuldens der Hilfspersonen bedarf es nicht.<sup>603</sup> Es handelt sich – wenigstens dem Ursprung nach – wie im deutschen Recht um eine Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden. Der sachliche Anwendungsbereich des § 1315 ABGB entspricht ungefähr dem des § 831 BGB, da auch im österreichischen Recht einerseits die Haftung für Betriebsgefahren im Wesentlichen in Sondergesetzen geregelt ist<sup>604</sup> und es andererseits an einem weiten Werkhaftungs-Tatbestand (Halter-Haftung)<sup>605</sup> fehlt. Die skizzierte Regelung der Haftung für Verrichtungsgehilfen wird in Österreich als unbefriedigend empfunden.<sup>606</sup> Deshalb versucht man auch hier, *de lege ferenda* die Haftung für Besorgungsgehilfen im geschäftlichen Bereich zu verschärfen<sup>607</sup> und *de lege lata* wenigstens das Anwendungsgebiet des § 1313a ABGB<sup>608</sup> sowie entsprechender Bestimmungen<sup>609</sup> zu Lasten

<sup>601</sup> *Gschnitzer* (Schuldrecht, Bes. Teil, 185) spricht von einer Art schematischer, erstarrter *culpa in eligendo*; vgl. auch *Ostheim*, JBI 1969, 537. Die Vorschrift wird im Übrigen dadurch ausgeweitet, dass man unter Umständen auch schon aus einmaligem Versagen „Untüchtigkeit“ ableitet (*Gschnitzer*, *ibid.* 189); strittig, vgl. hierzu *Klang-Gschnitzer/K. Wolff* § 1315; *Kapfer* § 1315 Bem. 12. Die Rechtsprechung hat geschwankt; seit 1952 verlangt der OGH wieder einen „habituellen Zustand“ (OGH 19.3.1952, SZ XXV Nr. 68; OGH 2.4.1952 SZ XXV Nr. 84 mit eingehender Darstellung der verschiedenen Auffassungen des OGH auf S. 248). Nach OGH 15.12.1970 (JBI 1971, 308) kann jedoch ausnahmsweise auch schon eine einmalige grobe Sorgfaltsverletzung die Untüchtigkeit des Gehilfen dartun.

<sup>602</sup> Um die Grenzen des Anwendungsbereiches des § 1315 auszudehnen, stellt man bisweilen die grobfahrlässige Unkenntnis dem Wissen gleich (vgl. *Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil, 189); strittig, vgl. hierzu *Klang-Gschnitzer/K. Wolff* § 1315 bei N. 31: *Wolff* will denjenigen, der sich fahrlässig einer gefährlichen Person bedient, im Rahmen des § 1295 ABGB haften lassen.

<sup>603</sup> *Edlbacher* 18.

<sup>604</sup> Die Lösungen entsprechen weithin dem deutschen Recht. Teilweise gelten sogar frühere reichsdeutsche Gesetze noch heute weiter: vgl. z. B. *Gschnitzer* (Schuldrecht, Bes. Teil, 194 ff). Allerdings bejaht die österreichische Praxis im Gegensatz zum deutschen Recht eine Gefährdungshaftung für gefährliche Betriebe *entsprechend* den Bestimmungen aus den Einzelhaftpflichtgesetzen (vgl. *Gschnitzer*, *ibid.* 202; OGH 18.3.1953 SZ XXVI Nr. 75). Der Anwendungsbereich dieser Analogie ist jedoch eng.

<sup>605</sup> Vgl. im Gegensatz dazu etwa die weite Fassung des Art. 58 schw. OR. Der „Werkhaftungstatbestand“ für Bauwerke (§ 1319 ABGB) ist § 836 BGB nachgebildet und daher wie sein Vorbild in seinem Anwendungsbereich verhältnismäßig eng. Vgl. etwa OGH 1.7.1964 SZ XXXVII Nr. 97 (unten N. 659). Die Erfolgshaftung des „römisch-rechtlichen“ § 1318 ABGB (*actiones de iectis et effusis* bzw. *de posito vel suspenso*) hat in unserem Zusammenhang trotz der Ausdehnung der Vorschrift auf Geschäftsräume (vgl. z. B. OGH 26.3.1958, JBI 1958, 402 [403]) bisher keine Bedeutung erlangt. Immerhin sei angemerkt, dass mit dieser jahrtausendealten Norm sehr „moderne“ Fälle gelöst werden: etwa durch Wasseraustritt aus schlecht funktionierenden Geschirrspülmaschinen eintretende Schäden. In der Sprache des ABGB wird dabei das Wasser zu einer „gefährlich aufgestellten Sache“: OGH 8.10.1964 SZ XXXVII Nr. 140.

<sup>606</sup> *Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil 186, 188.

<sup>607</sup> Vgl. unten § 2 B. III. (S. 181).

<sup>608</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei *Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil 188 f. *K. Wolff* (*Klang-Gschnitzer* § 1313a Bem. 3; Grundriss 163) will § 1313a sogar auf gesetzliche Pflichten, die der *Allgemeinheit gegenüber* bestehen, anwenden. *Ehrenzweig* (II 1, 295) bejaht in diesen Fällen wenigstens eine *analoge* Anwendung des § 1313a ABGB. Die herrschende Meinung lehnt diese Ausdehnung jedoch ab: vgl. *Gschnitzer*, *ibid.* (188); *Kapfer* § 1313a Bem. 2 (mit Rechtsprechungsnachweisen); OGH Judikat Nr. 50 (neu) = Plenarbeschluss vom 27.10.1936, SZ XVIII Nr. 150. Vor dieser Entscheidung hatten viele Gerichte in klarer Erkenntnis, *contra legem* zu entscheiden, § 1313a ABGB auf Pflichten gegenüber der Allgemeinheit angewandt: vgl. etwa OGH 5.9.1928 JBI 1929, 231. In Deutschland hat *Weimar* einen ähnlichen (erfolglosen) Versuch unternommen: Aus der Teilnahme am Straßenverkehr ergebe sich eine „Ver-

des § 1315 ABGB auszudehnen. Insbesondere wendet die österreichische Literatur § 1313a ABGB auch auf die culpa in contrahendo an.<sup>610</sup>

Ein weiterer praktisch wichtiger Unterschied zwischen Vertrags- und Deliktshaftung liegt in der *Beweislastregelung*. Besteht eine vertragliche (oder gesetzliche) Verbindlichkeit („Schuld“), so hat der Geschäftsherr im Falle der vom Verletzten bewiesenen schädigenden Nichterfüllung dieser Verpflichtung seinerseits zu beweisen, „dass er an der Erfüllung ... ohne sein Verschulden verhindert worden sei“ (§ 1298 ABGB). Entsprechendes gilt bei Schädigung durch einen Erfüllungsgehilfen (§§ 1313a, 1298 ABGB).<sup>611</sup> Bei deliktischer Haftung muss dagegen der Geschädigte das Verschulden des Schädigers beweisen<sup>612</sup> bzw. – bei Verletzung durch einen Besorgungsgehilfen – dartun, dass der Geschäftsherr wissentlich eine gefährliche Person angestellt hat oder dass der Besorgungsgehilfe untüchtig ist.<sup>613</sup> Allerdings ist hier auf eine praktisch sehr bedeutsame Entwicklung in der Beweislastregelung hinzuweisen: Bei Schädigungen durch *Unterlassen* schiebt man dem Geschäftsherrn den Beweis für die Tüchtigkeit seiner Besorgungsgehilfen in der Weise zu, dass sich der Geschäftsherr nur durch den Nachweis von der Haftung befreien kann, er habe einen tüchtigen Gehilfen mit der Verrichtung betraut und gehörig überwacht.<sup>614</sup> Dies ist in der Sache nichts anderes als das vermutete Auswahl- und Überwachungs(eigen-)verschulden des § 831 BGB. Auf diese Weise gewinnt die in dem Begriff der „Untüchtigkeit“ erstarrte culpa in contrahendo (*et custodiendo*) neues Leben. Die „Erfolgshaftung“ hinsichtlich der Auswahl wird insoweit in eine Haftung für vermutetes Verschulden umgeformt. Trotz dieser wichtigen Fortentwicklung scheint die Lage des Geschädigten nach österreichischem Recht zunächst noch ungünstiger zu sein als nach deutschem Recht: § 1315 ABGB ist trotz einer teilweise extensiven Auslegung schwerlich in eine allgemeine

---

kehrsgemeinschaft“, die die Verkehrspflichten zu Verbindlichkeiten i.S. des § 278 BGB umforme: VersPr. 1952, 95 f.

<sup>609</sup> So erstreckt die Praxis die unbedingte Haftungsvorschrift des Unternehmers für das Verschulden seiner Gehilfen nach § 2 des in Österreich insoweit noch geltenden ReichshaftpflichtG von 1871 bzw. des § 64 BergG v. 10.3.1954 (Öst. BGBl 1954 Nr. 73) auf andere gefährliche Betriebe (*Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil 188); vgl. auch *Ehrenzweig* II 1, 690 f. und *Kapfer* § 1315 Bem. 4 (mit Rspr.nachweisen).

<sup>610</sup> Vgl. unten bei und in N. 626.

<sup>611</sup> *Ehrenzweig* II 1, 298/299; *Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil 185; *Kapfer* § 1298 Bem. 5; OGH 30.3.1955 SZ XXVIII Nr. 87 = JBI 1955, 624; *Max Wilburg* ZBI 48 (1930) 665. A.A. *Klang-Gschnitzer/K. Wolff* § 1313a Bem. 5 (§ 1296 ABGB insoweit anwendbar: s. N. 14).

<sup>612</sup> Vermutung der Schuldlosigkeit (§ 1296): „Im Zweifel gilt die Vermutung, dass ein Schade ohne Verschulden eines anderen entstanden sei.“

<sup>613</sup> *Gschnitzer*, Schuldrecht, Bes. Teil 185; *Klang-Gschnitzer* § 1315 (Untüchtigkeit); *Kapfer* § 1315 Bem. 17 (Untüchtigkeit) mit Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>614</sup> OGH 17.12.1963 SZ XXXVI Nr. 159 (S. 463, unter Berufung auf *Ehrenzweig* II 1, 689, *ibid.* in N. 11 ältere Rspr.); OGH 25.10.1966 öJZ 1967, Nr. 112 (S. 126); OGH 23.4.1968 JBI 1969, 498 (499). Eine Begründung für die Beweislastumkehr hebe ich nicht gefunden. Abweichend OGH 15.10.1964 JBI 1965, 469 (471).

Schadensabwendungspflicht des Geschäftsherrn mit durchgängiger Beweislastumkehr umzugestalten, wie sie Art. 55 des schweizerischen Obligationenrechts kennt. Auch eine Interpretation des § 1315 ABGB i.S. einer strikten Haftung für Gehilfenverschulden erscheint kaum möglich. Indessen ist zu berücksichtigen, dass dieses dem ersten Anschein nach ungünstige Bild durch die Anerkennung einer *unmittelbaren* Haftung des Geschäftsherrn nach § 1295 ABGB wegen Auswahl-, Überwachungs-, Instruktions- oder Ausrüstungsverschuldens bzw. wegen Organisationsmangels<sup>615</sup> erheblich korrigiert wird. In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus auch auf § 1311 ABGB hinzuweisen, wonach derjenige, der eine Schutznorm schuldhaft übertritt, für jeden Schaden haftet, der durch die Schutznorm verhindert werden sollte – es sei denn, er beweise, dass der Schaden auch bei schutznormkonformem Verhalten eingetreten wäre.<sup>616</sup>

<sup>615</sup> *Auswahlverschulden*: z. B. *Bydlinski* ZAS 1966, 175; *Ehrenzweig* II 1, 687; möglicherweise anders *Max Wilburg* ZBI 48 (1930) 736, 741. Der OGH hatte § 1315 ABGB zunächst als *abschließende* Regelung des Auswahlverschuldens interpretiert und dementsprechend die subsidiäre Anwendbarkeit der deliktischen Generalklausel des § 1295 ABGB auf eine culpa in eligendo des Geschäftsherrn abgelehnt: 28.9.1950 SZ XXIII Nr. 273. Anders jedoch OGH 2.4.1952 SZ XXV Nr. 84 (obiter bezüglich culpa in eligendo; tragend hinsichtlich culpa in custodiendo et instruendo) und OGH 15.10.1964 JBI 1965, 469 (470 1. Sp.).

*Überwachungsverschulden*: OGH 2.4.1952, *ibid.*; OGH 26.3.1958 JBI 1958, 402 (403); OGH 15.10.1964, *ibid.*; ältere Rspr. bei *Kapfer* § 1311 Bem. 22 a und § 1313 Bem. 3. Aus dem *Schrifttum*: *Bydlinski* ZAS 1966, 174 f. (Aufsichtspflicht im weiten Sinn, d.h. Anleitung, Belehrung und Überwachung umfassend: 174; weitere Rechtsprechungsnachweise *ibid.* N. 30); *ders.* öZöR 9 (1958/59) 566 f.; *Ostheim* JBI 1969, 537; *Tomandl* 367 N. 97, 386; *Max Wilburg* ZBI 48 (1930) 736 (Verschulden in der Aufsicht, Organisation der Arbeit, Belehrung, Beistellung erforderlicher Gerätschaften, Vorrichtungen und Materialien; *Max Wilburg* fasst diese Verschuldensformen im „Aufsichtverschulden“ i.w.S. zusammen). Eine für die Haftung vorausgesetzte Verpflichtung zur Aufsicht (i.w.S.) wird auf Grund von Gesetz oder Verkehrssitte angenommen: *Max Wilburg*, *ibid.*

*Instruktionsverschulden*: z. B. OGH 2.4.1952, *ibid.*; OGH 9.3.1967 JBI 1968, 88; *Bydlinski* (ZAS), *Max Wilburg* und *Ostheim*, alle *ibid.*

*Ausrüstungsverschulden*: *Ehrenzweig* II 1, 687 f.; *Max Wilburg*, *ibid.*

*Organisationsverschulden* bei juristischen Personen: Wird durch einen Mangel der *betrieblichen* Organisation hinsichtlich Leitung oder Überwachung ein Dritter geschädigt oder die Schädigung wesentlich begünstigt, so haftet die juristische Person, ohne dass es des Nachweises des Verschuldens eines leitenden Mitarbeiters („Machthabers“) bedarf: *Ostheim*, *Gschnitzer-Gedenkschrift* 31 ff. Vgl. weiter z. B. *Bydlinski* ZAS 1966, 174 (in Verbindung mit *Max Wilburg*, *ibid.*, Aus der Rechtsprechung: OGH 26.3.1958 JBI 1958, 402 (403); OGH 6.11.1968 öJZ 1969 Nr. 119. Die – dogmatisch fragwürdige – Rechtsfigur des sog. *körperschaftlichen* Organisationsmangels des deutschen Rechts kennt man in Österreich ohne Schwierigkeiten möglich, die strikte Haftung der juristischen Person auf alle Personen auszudehnen, die „in verantwortlicher, leitender und überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, die man der juristischen Person vor dem Hintergrund des sorgfältigen und verantwortungsbewussten Einzelunternehmers unmittelbar zurechnen kann.“: *Ostheim*, *Gschnitzer-Gedenkschrift* 330/331; vgl. auch *Bydlinski* ZAS 1966, 170/171. Anders *Tomandl*, der sich hinsichtlich des körperschaftlichen Organisationsverschuldens jedoch lediglich auf deutsche Stimmen beruft (366).

<sup>616</sup> § 1311 lautet: „... hat (sc. jemand) ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten ... so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“ Zur Haftung für Hilfspersonen in diesem Fall vgl. *Klang-Gschnitzer/K. Wolff* § 1311 Bem. II 2.

Ein weiterer, allerdings weniger wichtiger Unterschied zwischen Schuld- und Deliktshaftung besteht im österreichischen Recht hinsichtlich der Verantwortungsfähigkeit.<sup>617</sup> Dagegen gibt es in Österreich weder einen allgemeinen Gerichtsstand für Ansprüche aus unerlaubter Handlung noch ein allgemeines Forum am Erfüllungsort;<sup>618</sup> Unterschiede zwischen vertraglichem und deliktischem Anspruch können daher insoweit nicht bestehen. Das gleiche gilt für die Verjährungsfrist, die für beide Fälle ausdrücklich gleich geregelt ist (drei bzw. dreißig Jahre: § 1489 ABGB). Ebenso wenig unterscheiden sich die Ansprüche im Umfang des zu ersetzenden Schadens: Die Abstufung nach dem Grad des Verschuldens gilt für unerlaubte Handlungen wie für Schuldverletzungen.<sup>619</sup>

## **B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten**

### **I. Schrifttum**

Die ältere österreichische Rechtslehre hat dem *Jheringschen* Gedanken der culpa in contrahendo kaum Aufmerksamkeit gewidmet.<sup>620</sup> Der Grund mag vor allem darin, dass vor der III. Teilnovelle (1916) – wie im Gemeinen Recht – für Schuldverletzungen wie Delikte gerade bei der Haftung für das Verhalten von Gehilfen die gleiche Regelung galt (§ 1315 ABGB).<sup>621</sup> Im Übrigen bot die Generalklausel des § 1295 ABGB – im Gegensatz zum späten Gemeinen Recht – genügend Spielraum, um auch bei fahrlässigen *Vermögensschädigungen in contrahendo* einen Schadensersatzanspruch zusprechen zu können. Die culpa in contrahendo bildete lediglich einen unselbständigen Anwendungsfall des allgemeinen Haftungstatbestandes in § 1295 ABGB.<sup>622</sup> Unter diesen Umständen ist es einleuchtend, dass das Problem der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten in jener Zeit nicht besonders erörtert wurde.

Erst seit *Wellspacher* in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB (1911) die Verbindungslinie zwischen der modernen culpa in contrahendo und der naturrechtlichen Vertrau-

---

<sup>617</sup> Volle Deliktsfähigkeit besteht ab dem vollendeten 14. Lebensjahr (§§ 1308, 21 ABGB); die Geschäftsfähigkeit tritt mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein (§§ 21, 152, 244, 865 Satz 2 ABGB).

<sup>618</sup> *Peschek-Stagel* 117 f.

<sup>619</sup> Vgl. z. B. *Ehrenzweig* II 1, 66.

<sup>620</sup> Vgl. hierzu insbesondere *Nirk* 26 ff. und neuerdings *Frotz* (Gschnitzer-Gedenkschrift 166 f.).

<sup>621</sup> *Krasnopolski-Kafka* 177 f.; strittig: Andere bezogen § 1315 auch vor Einführung des § 1313a ABGB nur auf *außerkontraktliches* Verschulden des Gehilfen (vgl. *Krasnopolski-Kafka*, *ibid.*). In diesem Fall bestand erst recht kein Anlass, die – keine Sanktion vorsehende – Vertragshaftung auf den culpa in contrahendo-Bereich auszudehnen.

<sup>622</sup> *Krasnopolski-Kafka* 168 (1910); *Stubenrauch* § 1295 II c (1903); *Hasenöhr* (I 547 N. 17) lehnt die Theorie (anlässlich der Irrtumslehre) aus praktischen Gründen und darüber hinaus deswegen ab, weil sich „in den römischen Quellen nur höchst dürftige ..., im ABGB aber gar keine Anhaltspunkte finden (1881); ebenso noch die 2. Aufl. (1892). Teilweise wird die c.i.c. überhaupt nicht erörtert: so z. B. v. *Randa*.

enstheorie zog und darüber hinaus die einzelnen Anwendungsfälle (§§ 878, 866, 248, 869 ABGB) als Ausfluss eines allgemeinen Prinzips interpretierte, das wenigstens in den Fällen eines nicht zustande gekommenen Vertrages angewendet werden dürfe,<sup>623</sup> fand die Lehre vom Verschulden bei den Vertragsverhandlungen im österreichischen Schrifttum größere Aufmerksamkeit.<sup>624</sup> Mit ausschlaggebend für die Nachhaltigkeit des neu geweckten Interesses an diesem Institut dürfte die Einführung der unbedingten Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB) durch die III. Teilnovelle (1916) gewesen sein.<sup>625</sup> Diese Vorschrift wurde und wird daher auch nahezu allgemein auf die culpa in contrahendo angewandt, ohne dass man nach einzelnen Sachverhaltsgruppen differenziert.<sup>626</sup>

Die hier interessierenden vor-vertraglichen Erhaltungspflichten bleiben in der anhebenden Erörterung der culpa in contrahendo zunächst vielfach unberücksichtigt.<sup>627</sup> Erst *Wilhelm Schlesinger*, *Gschnitzer*, *Max und Walter Wilburg* sowie in jüngerer Zeit *Bydlinski* haben diesen Problembereich behandelt. In seinem Aufsatz „Haftung für Gehilfen“ nimmt *Max Wilburg*<sup>628</sup> (1930) in ausdrücklicher Abweichung vom deutschen Reichsgericht an, dass es sich bei den vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen um Verstöße gegen die der Allgemeinheit gegenüber bestehenden Verkehrssicherungspflichten handle. Er begründet seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass eine Abgrenzung zwischen Käufer (im weiten Sinne) und Nichtkäufer unbillig sowie praktisch undurchführbar sei; überdies würden auch Räume ohne jedes geschäftliche Interesse dem öffentlichen Verkehr geöffnet. Folgerichtig lehnt er die Anwendung des § 1313a ABGB auf diese Fallgestaltungen ab. *Schlesinger* leitet (1934) eine allgemeine Haftung für Arglist und Fahrlässigkeit beim Vertragsabschluss aus den §§ 248, 866, 878, 932 II ABGB ab. Es handelt sich nach seiner Auffas-

<sup>623</sup> 196 f.

<sup>624</sup> S. hierzu die Darstellung der Entwicklung bei *Nirk* (37 ff.) und neuestens *Frotz* (Gschnitzer-Gedenkschr. 167). Vgl. über die bei *Frotz* genannten Beiträge hinaus die unten (N. 628-631, 637, 649) aufgeführten Arbeiten, insbesondere von *Max und Walter Wilburg* sowie *Bydlinski*. Die eher negative Beurteilung der Leistung der öst. Rechtswissenschaft auf diesem Gebiet durch *Frotz* (ibid. 166 f.) vermag ich gerade im Hinblick auf diese Arbeiten nicht zu teilen. S. jetzt vor allem auch *Welser* 73 ff. Ohne Stellungnahme zur c.i.c. beispielweise *Mayr*, Albert A. *Ehrenzweig*, K. Wolff (Grundriss).

<sup>625</sup> Vgl. dazu unten im Text bei N. 631.

<sup>626</sup> *Gschnitzer*, Schuldrecht, Allg. Teil, 7; *ders.*, Schuldrecht, Bes. Teil, 188; *ders.*, *Klang-Gschnitzer* § 861 Bem. III; *Max Wilburg* ZBI 48 (1930) 663/664; *Ehrenzweig* II 1, 297 unter Bezugnahme (u.a.) auf RGZ 78, 239; *Dolinski* (zitiert bei *Ehrenzweig*, ibid. N. 23); *Bydlinski* JBI 1960, 361 f.; *Welser* 79 ff., 85; a.A. *Klang-Gschnitzer/K. Wolff* § 1313a bei N. 31 (ohne Begründung); *E. Weiß*, Gehilfenhaftung im Bankverkehr, Mitteilung des Bankenverbandes 1925 Nr. 2 (zitiert bei *Ehrenzweig*, ibid. N. 23 in Verbindung mit N. 9 auf S. 294).

<sup>627</sup> So etwa bei *Wellspacher* (Festschr. zur Jahrhundertfeier des ABGB, 196 f.); *Swoboda* 9; *Ehrenzweig* II 1, 160 und *Mauczka* 215 f.

<sup>628</sup> *Max Wilburg*, ZBI 48 (1930) 664 (738-740).

sung „zunächst“ um vertragsbezogene schädliche „Irreführung“.<sup>629</sup> Ferner müsse aber ein „vorbereitendes Rechtsverhältnis“<sup>630</sup> angenommen werden, wo jemand schon im Bereich der Vertragsvorbereitung die Möglichkeit habe, auf Person oder Vermögen des künftigen Vertragspartners im Zusammenhang mit dem geplanten Vertrag einzuwirken. Auf dieses „vorbereitende Rechtsverhältnis“ seien die Vertragsgrundsätze, insbesondere auch § 1313a ABGB (Gehilfenhaftung) entsprechend anzuwenden. In der Anwendbarkeit dieser Vorschrift liege vor allem „die praktische Bedeutung der Sache“ für das österreichische Recht.<sup>631</sup> Es ist aus dem gegebenen Beispiel und den angeführten Belegen<sup>632</sup> nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob *Wilhelm Schlesinger* eine subjektive (Vertrag) oder objektive (Analogie) Rechtsquelle für das „vorbereitende Rechtsverhältnis“ annimmt.<sup>633</sup> *Gschnitzer* will (1934) § 878 Satz 3 ABGB – der ungefähr § 307 BGB entspricht – in vorsichtiger Weise analog auf andere Fälle der culpa in contrahendo ausdehnen;<sup>634</sup> darunter begreift er u.a. auch die Fälle, in denen „es zu gar keinem Verträge kommt, sondern bei den Vorverhandlungen die eine [Partei] die andere schädigt.“<sup>635</sup> In seinem 1965 erschienenen Schuldrechtslehrbuch<sup>636</sup> dehnt *Gschnitzer* die culpa in contrahendo-Haftung ausdrücklich auch auf geschäftliche Kontakte aus: Der Geschäftsherr habe für die körperliche Sicherheit in den Verkaufsräumen zu haften. *Schlesinger* und *Gschnitzer* stützen sich bei der Einbeziehung der vertraglichen Erhaltungspflichten in die culpa in contrahendo nur auf deutsche Schrifttums- und Rechtsprechungsnachweise. Österreichische Referenzen geben sie nicht. *Walter Wilburg* führt in seinen „Elementen des Schadensrechts“ (1941) unter der

<sup>629</sup> *Schlesinger* in *Klang* § 861 Bem. III.

<sup>630</sup> Von einem „vorbereitenden Rechtsverhältnis“ (im Gegensatz zu den [vertraglichen] „Vorbereitungspflichten“) sprach *W. Schlesinger* bereits in seinem Aufsatz über „Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen“ (ZBI 44 [1926] 721 ff., 735 f.) – wohl im Anschluss an den gleichnamigen, von *Wilhelm Schlesinger* zitierten Aufsatz *Fischbachs* (ArchBürgR 41 [1915] 160 ff.). Dieses „vorbereitende Rechtsverhältnis“ soll „vertragliche oder doch vertragsähnliche Beziehungen zwischen den Parteien“ schaffen, die jedoch „vor und außerhalb des eigentlichen Schuldverhältnisses liegen“ (ibid. 736). Eine Beziehung zur c.i.c. stellte *W. Schlesinger* in diesem Zusammenhang ebenso wenig her wie *Fischbach*. Den Ausdruck „Erhaltungspflichten“ beschränkt *W. Schlesinger* auf den vertraglichen Bereich (ibid. 744 ff.).

<sup>631</sup> *Schlesinger*, ibid. (N. 629) u.a. unter Bezugnahme auf *Heinrich Stoll*, übereinstimmend *Gschnitzer* in der 2. Aufl. (ibid.); vgl. auch *Bydlinski* JBI 1960, 361 u. 362.

<sup>632</sup> Ibid. (N. 629) N. 54: Beistellung von Waggons durch die Bahn zur Selbstverladung durch den Absender vor Annahme des Gutes mit dem Frachtbrief. *Schlesinger* zitiert (ibid.) Autoren, die hinsichtlich des formellen Rechtsgrundes unterschiedliche Auffassungen vertreten: *Fischbach*, *Siber*, *Riehl*, *Heldrich*, *Stoll* und RGZ 78, 239.

<sup>633</sup> Für die Begründung der Haftpflicht beim Vertragsschluss überhaupt und der Erhaltungspflicht im Besonderen mittels „Rechtsergänzung unmittelbar aus dem Gesetz“ *Klang* (JBI 1932, 366), anlässlich der Ablehnung des *Hildebrandtschen* Erhaltungsvertrages, in dem er „allzu viel Freude an der ‚Konstruktion‘“ sieht.

<sup>634</sup> In *Klang* § 878 Bem. II 5 b; ebenso in der 2. Aufl. (ibid. Bem. B. V 2) – bezeichnenderweise unter Verzicht auf die „Vorsicht“ bei der Empfehlung der Analogie (1952).

<sup>635</sup> Unter Berufung auf *Heinrich Stoll* (LZ 1923, 532 ff.).

<sup>636</sup> *Gschnitzer*, Allg. Teil 6 (ohne Belege).



Überschrift „Haftung aus anderen Gemeinschaften“ (sc. „als Vertragsgemeinschaften“) auch das „Verhältnis der Vertragsverhandlung“ auf, das die Haftung für sog. culpa in contrahendo begründe.<sup>637</sup> Er hegt keinen Zweifel, dass das „Verhältnis der Vertragsverhandlung“ eine Schutzpflicht (hinsichtlich Eigentum und Leben) begründe.<sup>638</sup> *Walter Wilburg* sieht in dieser Haftung jedoch nur einen Anwendungsfall eines weiteren Prinzips nach dem die Schutzpflicht auf dem *Gemeinschaftsverhältnis* beruhe, das „durch die Aufnahme von Gästen in eine Anlage oder ein Unternehmen“ entstehe.<sup>639</sup> Der „Hauptwert“ dieses Gemeinschaftsverhältnisses für das geltende Recht beruhe darin, dass die Gemeinschaftsangehörigen auch ein Verschulden ihrer Gehilfen zu vertreten hätten.<sup>640</sup> Die haftungsbegründende Gemeinschaft entstehe vor allem durch eine rechtsgeschäftliche Handlung, die den Willen zum Ausdruck bringe, ein bestimmtes tatsächliches Verhältnis zu begründen; diese Handlung gestatte weiter den Zutritt in das Unternehmen. Die wichtigste Folge dieser Handlung, die Entstehung der Schutzpflicht, ergebe sich „allerdings aus objektiver Norm, die der Notwendigkeit eines sicheren Verkehrs und der Interessenlage“ entspreche.<sup>641</sup> Weder das Verhalten des Ersatzberechtigten noch das des Haftpflichtigen müsste daher den Willen zum Ausdruck bringen, eine besondere Verantwortlichkeit zu begründen; diese beruhe auf einer Wertung des objektiven Rechts.<sup>642</sup> Da auch das Handeln des Ersatzberechtigten, seine Willensrichtung und sein Vertrauen für das Schutzverhältnis Bedeutung gewinnen könnten,<sup>643</sup> liege „die Annahme einer Vertragsgemeinschaft nahe, mit der sich kraft objektiven Rechts eine besondere Schutzpflicht verbinde.“<sup>644</sup> Der Inhalt der Schutz- (und Erklärungs-) Pflichten sei von der Art der Gemeinschaft und der Gefahrenlage abhängig. Bei den Schutzpflichten spiele vor allem der Gegensatz zwischen eigennützigem und uneigennützigem Handeln eine Rolle.<sup>645</sup> Eine strenge Haftung (ohne jedes Verschulden) treffe die gefährlichen Unternehmen, die im geschäftlichen Interesse den Zutritt in ihre Betriebe eröffneten – unabhängig vom Abschluss eines Vertrages.<sup>646</sup> Für

---

<sup>637</sup> *Walter Wilburg* 162/163.

<sup>638</sup> *Walter Wilburg* 164 i.V.m. 163.

<sup>639</sup> *Walter Wilburg* 164 f. Die deliktische Haftung lehnt *Walter Wilburg* ab, weil sie dem Bedürfnis in gefährlichen Betrieben nicht genüge (165).

<sup>640</sup> *Walter Wilburg* 168.

<sup>641</sup> *Walter Wilburg* 165 f.

<sup>642</sup> *Walter Wilburg* 166. Die mangelnde Geschäftsfähigkeit auf der einen oder anderen Seite sei für den Eintritt der Haftung ohne Bedeutung (ibid.).

<sup>643</sup> Z. B. Ausschluss der „Gemeinschaft“ bei Missbrauch: 166.

<sup>644</sup> *Walter Wilburg* 167.

<sup>645</sup> *Walter Wilburg* 168.

<sup>646</sup> *Walter Wilburg* 170. Die Verantwortlichkeit sei durch das „allgemeine Interesse an der Besucherschaft“ gerechtfertigt. Im Übrigen bestehe die typische Interessenlage und die Notwendigkeit einer Sicherung vor und während der Vertragsabwicklung in gleicher Weise (ibid.).

Unternehmen, die nur geringe Gefahren schafften, sei auch im geschäftlichen Verkehr eine nur „mäßige“ Haftung ausreichend: So werde der Inhaber eines Kaufhauses nur bei eigenem Verschulden oder Gehilfenverschulden haftbar zu machen sein. In gleicher Weise will *Walter Wilburg* den privaten Besitzer von Grundstücken gegenüber allen befugten Besuchern (Mietern; geschäftlichen, staatlichen, persönlichen Besuchern) haften lassen.<sup>647</sup> Im *Ergebnis* – wenn auch mit dogmatisch und interessenmäßig selbständiger Begründung – entspricht die Lehre *Walter Wilburgs* der *Haftung aus Gemeinschaftsverhältnis* im Wesentlichen der Lehre von der *Haftung aus sozialem Kontakt*.<sup>648</sup>

Nach dem zweiten Weltkrieg hat unter den österreichischen Autoren vor allem *Bydlinski* – anlässlich der Frage nach der Rechtfertigung der *vertraglichen* Schutzpflichten – zum Problem der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten eingehender Stellung genommen.<sup>649</sup> Er sieht den (inneren) Rechtsgrund der besonderen Schutzpflichten im Anschluss an *Larenz* *zum einen* in dem Vertrauen, das der eine Teil dem anderen dadurch entgegenbringe, dass er seine Rechtsgüter dem Einfluss des anderen anvertraue, *zum anderen* in dem eigenen, vor allem wirtschaftlichen Interesse, aus dem heraus der Empfänger des Vertrauens tatsächlich in Kontakt mit den ihm eröffneten Rechtsgütern trete.<sup>650</sup> Der besondere Rechtsgrund spezieller Sorgfaltspflichten bestehe somit im Zugänglichmachen der Rechtsgüter durch den einen Teil, verbunden mit der in Verfolgung eigener geschäftlicher Zwecke erfolgten tatsächlichen Kontaktaufnahme durch den anderen Teil.<sup>651</sup> Mit anderen Worten begründet die (potentielle) „Entgeltbeziehung“ die besondere, die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABG umfassende Sorgfaltspflicht im Gegensatz zur allgemeinen deliktischen Sorgfaltspflicht. Damit steht *Bydlinski* der *Larenzschen* Auffassung sehr nahe.<sup>652</sup>

---

<sup>647</sup> *Walter Wilburg* 172; gegebenenfalls Milderung gegenüber unentgeltlichen Bewohnern (ibid.).

<sup>648</sup> Soweit nicht „gefährliche Betriebe“ betroffen sind, bei denen *Walter Wilburg* eine verschuldensunabhängige Haftung befürwortet (vgl. oben bei N. 646).

<sup>649</sup> *Bydlinski*, JBI 1960, 359 ff. S. jetzt auch *Kozioł-Welser* 16, 92, 94 f. Die vor-vertraglichen Sorgfaltspflichten sollen die Person und die sonstigen Rechtsgüter des Partners schützen, die durch den Geschäftskontakt besonders gefährdet werden (99). Der Sache nach ebenso *Welser* 73 ff. (80 ff.). *Frotz* schließt sich der in Deutschland überwiegenderen Lehre von der Haftung aus „rechtsgeschäftlichem Kontakt“ an (vgl. oben N. 369); zu *Frotz* vgl. auch unten N. 1004 und bei N. 1010 (S. 265, 267).

<sup>650</sup> *Bydlinski*, ilbid. (N. 649) 361.

<sup>651</sup> *Bydlinski*, ilbid (N. 649) 362 mit N. 16.

<sup>652</sup> Interessant an *Bydlinskis* weiteren Ausführungen (zur Frage des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte) ist u.a., dass er die „Reichweite des vertraglichen Schutzes durch Ermittlung des objektiven Vertragssinnes“ bestimmen und damit für das Vertragsrecht den Grundsatz konkretisieren will, wonach sich der Umfang der Schadensersatzpflicht nach dem Zweck und Ziel der verletzten Norm bestimme (Theorie des Rechtswidrigkeitszusammenhangs). Dies ist sicher im Grundsatz richtig. Nur setzt sich *Bydlinski* dem Einwand aus, dass er den „objektiven Sinn“ des Vertrages, den er durch Vertragsergänzung gemäß § 157 BGB ermitteln will, in angreifbarer Weise bestimmt. Meines Erachtens ist der Einwand *Gernhubers* (Nikisch-Festschr. 265), dass der Vertrag nicht lückenhaft sei, stichhaltig. *Gernhuber* sieht sehr richtig, dass die Vertragsauslegung durch die Annahme von Schutzwirkungen für Dritte überfordert wird. Dies ist nicht nur praktisch zutreffend, sondern erfährt auch die „systematische“ Bestätigung durch eine funktio-

Die *Haftung aus sozialem Kontakt* wird im österreichischen Schrifttum in unserem Zusammenhang nicht erörtert.

## II. Rechtsprechung

Die österreichische Rechtsprechung zu unserem Problembereich ist verhältnismäßig spärlich. Die wenigen hierzu ergangenen Entscheidungen lassen aber eindeutig die Ablehnung eines irgendwie gearteten *objektiven* Haftungstatbestandes<sup>653</sup> für Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages erkennen. Hinsichtlich des *geschäftlichen Kontakts* ist bezeichnend, dass möglicherweise einschlägige Urteile den *Zweck* des Besuches des Verletzten überhaupt nicht erwähnen.<sup>654</sup> Andere Entscheidungen lehnen den Haftungsgrund des geschäftlichen Kontaktes zwar nicht ausdrücklich, wohl aber der Sache nach eindeutig ab. So erklärt der 7. Senat des OGH am 23.10.1957 in einem unmittelbar einschlägigen Fall,<sup>655</sup> dass § 1313a ABGB nur anwendbar sei, wenn ein „zivilrechtliches Verhältnis“ im Sinne einer schuldrechtlichen Verpflichtung zwischen dem Verletzten und dem in Anspruch Genommenen bestehe. Ein Geschäftsmann sei aber noch nicht zur Leistung aufgrund eines Privatrechtsverhältnisses demjenigen gegenüber verpflichtet, der den Geschäftsraum betrete. Es sei auch unrichtig, dass jeder, der ein dem allgemeinen Zutritt

---

nale Sicht des Vertrages. Der „normale“ Vertrag hat seinem Sinn nach in unserem System gerade *nicht* die Aufgabe, Dritte mit einzubeziehen – schon gar nicht, sie zu schützen. Der „objektive Vertragssinn“ ist von der *Vertragsfunktion* her, nicht von einem subjektiven rechtspolitisch motivierten Verständnis zu bestimmen. Das rechtspolitische Anliegen der Verfechter des Vertrages zugunsten Dritter ist berechtigt. Nur darf dieses berechtigte Anliegen nicht dazu führen, unsere Rechtsinstitute ohne Not umzubiegen. Abhilfe muss mit dem funktional zuständigen Rechtsinstitut – hier dem Deliktsrecht – geschaffen werden. Das Deliktsrecht ist den gewandelten Verhältnissen und Anschauungen anzupassen, nicht das Vertragsrecht zu überdehnen. Solange der Gesetzgeber nicht gesprochen hat, kann dies auch durch Rechtsfortbildung seitens der Rechtsprechung geschehen. Die Rechtsfortbildung ist zu begrüßen; sie hat aber am funktional richtigen Institut, am systematisch richtigen Ort anzusetzen und darf nicht zur Verbiegung funktional nicht zuständiger Rechtsinstitute führen. Dazu näher u. § 9 (S. 240 ff.) und § 10 (S. 275 ff.).

<sup>653</sup> Culpa in contrahendo im engen Sinn, geschäftlicher oder sozialer Kontakt im Gegensatz zur vertraglichen (subjektiven) Haftungsgrundlage

<sup>654</sup> Vgl. OGH 2.4.1952 SZ XXV Nr. 84 (Sturz in einen Aufzugsschacht; Verurteilung des Eigentümers gemäß § 1311 – Schutznormübertretung – und § 1295 ABGB – culpa in custodiendo des Unternehmers bezüglich seines von ihm mit der Wartung des Aufzugs betrauten Besorgungsgehilfen). Vgl. ferner OGH 24.7.1907 GIUNF XI Nr. 4470 (Sturz auf dem Flur eines Gerichtsgebäudes; Verurteilung des Fiskus unter dem – später so genannten – Gesichtspunkt der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht).

<sup>655</sup> ÖJZ 1958 Nr. 19 (Die Kl. wollte im Geschäft der Bekl. einkaufen. Als sie die Stufe zum Geschäft betrat, die Tür öffnen und gerade nach der dort befindlichen Stange greifen wollte, rutschte sie auf der vereisten, mit Sägespänen bestreuten Stufe aus und stürzte. Die Stufen vor der Eingangstür waren etwa eine Stunde zuvor, bei einer Temperatur von weniger als 0° von einer Angestellten feucht aufgewaschen und nachgewischt worden. Eine andere Angestellte hatte vor dem Unfall die Stufen mit Sägespänen bestreut. Auf der Stufe hatte sich eine dünne Eisschicht gebildet. Das Berufungsgericht hatte die gemäß § 1313a ABGB verurteilende Entscheidung des Erstgerichtes aufgehoben und zurückverwiesen, da § 1313a ABGB nicht anwendbar, jedoch die Prüfung eines Eigenverschuldens der bekl. Partei erforderlich sei. Der OGH bestätigte diese Entscheidung aus den im Text wiedergegebenen Gründen.) Gegen dieses Urteil und für § 1313a ABGB: *Welser* 80/81.

offenstehendes Lokal betrete, in rechtsgeschäftlicher Absicht komme. Diese fehle z. B. bei Schaulustigen in einem Warenhaus oder bei Leuten, die ein Geschäft betreten, um eine Auskunft zu erlangen. Aufgrund dieser Erwägungen sei eine Haftung aus § 1313a ABGB abzulehnen; dagegen könne eine Verantwortlichkeit wegen deliktischen Unterlassens gemäß §§ 1294 ff. ABGB und dabei eventuell eine Haftung für Besorgungsgehilfen (§ 1315 ABGB) vorliegen. Aus dieser Entscheidung ergibt sich eindeutig die Ablehnung des geschäftlichen Kontaktes als Haftungsgrund und die Beurteilung dieser Fälle nach deliktsrechtlichen Grundsätzen. Die gleiche Auffassung war zwei Jahre zuvor schon vom 2. Senat des OGH (für unsere Fälle obiter) vertreten worden.<sup>656</sup> Der OGH meint unter Berufung auf deutsches Schrifttum, es sei zwar als vertragliche Nebenpflicht eines Vertragsteiles anerkannt, den Vertragspartner nicht körperlich zu verletzen. Der Umfang dieser vertraglichen Nebenpflicht dürfe aber nicht soweit ausgedehnt werden, dass eine vertragliche Haftung des Verkäufers für die verkehrssichere Beschaffenheit der Ladenräume gegenüber den die Räume in Kaufabsicht betretenden oder den Laden nach Kaufabschluss verlassenden Personen anzunehmen wäre. Es bestehe hier ein Unterschied gegenüber den Verpflichtungen, die z. B. einem Gastwirt, Pensionsinhaber oder dem Unternehmer eines Bade- und Kurmittelhauses<sup>657</sup> in der Art oblägen, ihren Gästen das Verweilen in den zum Betrieb gehörenden Räumen zu gewährleisten.<sup>658</sup> Danach ist es nicht erstaunlich, wenn der Tatbestand der culpa in contrahendo (im Sinne des geschäftlichen oder sozialen Kontaktes) in einem Falle überhaupt nicht erwähnt wird, in dem ein Besucher der Wiener

---

<sup>656</sup> 18.5.1955 SZ XXVIII Nr. 135 (Die Kl. kam in einem Lederwarengeschäft infolge Bodenglätte *nach* dem Einkauf zu Fall und verletzte sich. Klageabweisung aus tatsächlichen Gründen). Vgl. auch unten N. 658.

<sup>657</sup> Vgl. hierzu beispielsweise OGH 30.4.1952 SZ XXV Nr. 113 (Haftung eines Sanatoriumsinhabers für den Schaden, den ein Besuchsgast durch den Sturz auf einer in schlechtem Zustand befindlichen Treppe erleidet. Annahme eines Vertrages; hilfsweise auch Haftung ohne Vertrag bejaht); OGH 3.4.1968 öRiZ 1968, 158 (Sturz der Kl. über einen Teppich in ihrem Pensionszimmer, in dem sie bereits vier Wochen gewohnt hatte, ohne den Teppich zu beanstanden. Keine Überspannung der vertraglichen Sicherungspflichten; Klageabweisung).

<sup>658</sup> Mangels Anwendbarkeit des § 1313a ABGB könne nur eine Haftung des Bekl. wegen außervertraglichen Verschuldens oder Verantwortlichkeit für seine Angestellte (§ 1315 ABGB) in Betracht kommen. Die tatsächlichen Voraussetzungen (mangelnde Beaufsichtigung der Hilfskräfte oder verfehlte Arbeitseinteilung; Erfolgshaftung für habituelle Untüchtigkeit) seien jedoch nach den tatsächlichen Feststellungen nicht gegeben. Klageabweisung. Neuerdings hat der OGH (11.1.1968 öJZ 1968 Nr. 341) bei einem Gastwirt – entgegen der oben im Text wiedergegebenen obiter-Bemerkung – einen einschlägigen Fall nur unter dem Gesichtspunkt des § 1295 ABGB erörtert, ohne andere Anspruchsmöglichkeiten (Vertrag, Vertrag zugunsten Dritter, sozialer oder geschäftlicher Kontakt) zu erwähnen: Die Kl. hielt sich aus Anlass einer Hochzeit in dem im ersten Obergeschoss gelegenen Saal des Gasthauses des Bekl. auf. Als sie ins Erdgeschoß gehen wollte, rutschte sie auf der Treppe, die keinen Handlauf besaß, aus, stürzte nach vorn und verletzte sich. Klageanspruch bejaht; Zurückverweisung aus prozessualen Gründen.

Herbstmesse von einer 70 cm über den allgemein zugänglichen Gehweg ragenden, herabstürzenden Baggerschaufel eines Traktors verletzt wurde.<sup>659</sup>

Eine besondere Stellung nimmt auch im österreichischen Recht der Beförderungsvertrag ein. Hier schuldet der Unternehmer das „körperliche Wohlbefinden“ als Nebenpflicht mit der Rechtsfolge, dass er sich und gegebenenfalls auch seinen Erfüllungsgehilfen gemäß § 1298 ABGB bei Nichterfüllung dieser Pflicht exkulpieren muss, um einer Haftung zu entgehen.<sup>660</sup> Das Beförderungsvertragsrecht erleichtert die Beweislage des Geschädigten damit außerordentlich. Im Interesse der Verletzten besteht daher die Neigung in der Rechtsprechung, den Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglichst früh anzusetzen und damit den Vertragsschutz auszudehnen: In dem einschlägigen Urteil des OGH vom 19.11.1952<sup>661</sup> hatte die Klägerin bereits die Griffstange eines Straßenbahnwagens erfasst, um ihren schon im Wagen befindlichen Eltern zu folgen, als die Straßenbahn – infolge eines Versehens des Fahrpersonals – abfuhr. Die Klägerin stürzte und wurde schwer verletzt. Der OGH stellte zunächst fest, dass ein Ersatz des Schadens gemäß § 1315 ABGB (Haftung für Besorgungsgehilfen) infolge Fehlens der tatsächlichen Voraussetzungen<sup>662</sup> nicht möglich sei. Dagegen liege eine Haftung aus § 1313a ABGB vor, weil der Sachverhalt „zu den Annahme zwingt, dass der Beförderungsvertrag mit der beklagten Partei im Zeitpunkt des Unfalls schon zustande gekommen war“.<sup>663</sup> Bei Eisenbahnfahrten möge der Beginn des Beförderungsvertrages von dem Lösen der Fahrkarte abhängig sein, bei der Straßenbahn komme der Beförderungsvertrag schon zustande, wenn der Fahrgast an der Haltestelle einsteige. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass sie § 1313a ABGB nicht mit dem Gedanken der culpa in contrahendo, sondern durch eine *Vorverlegung des Vertragsschlusses* anwendbar macht. Mit anderen Worten wird keine Verletzung von

---

<sup>659</sup> OGH 1.7.1964 SZ XXXVII Nr. 97 (Ablehnung der Haftung unter dem Gesichtspunkt des § 1319 – Bauwerkshaftung – ; Verurteilung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht gem. § 1295 ABGB). In der deutschen Literatur sind derartige Sachverhalte in den Tatbestand des geschäftlichen Kontaktes (culpa in contrahendo) einbezogen worden: *Schopp*, Rechtspfleger 1966, 293.

<sup>660</sup> Vgl. OGH 30.3.1955 SZ XXVIII Nr. 87 (Unfall eines entgeltlich beförderten Fahrgastes eines Kraftfahrzeug-Anhängers).

<sup>661</sup> SZ XXV Nr. 306.

<sup>662</sup> Die Untüchtigkeit des Schaffners konnte nicht bewiesen werden.

<sup>663</sup> Der Vertragsanspruch ist neben dem Anspruch aus § 1 Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz v. 21.1.1959 (EKHG) von Bedeutung, weil er unbeschränkt ist (Ersatz des entgangenen Gewinns: § 1323 ABGB: im Gegensatz zu §§ 15 ff. EKHG) und insbesondere ggf. Schmerzensgeld umfasste (§ 1325 ABGB im Gegensatz zu §§ 12 ff. EKHG). Dagegen bestehen keine größeren Unterschiede hinsichtlich der Haftung für Gehilfen (§ 1313a ABGB; § 19 II EKHG) und bezüglich der Verjährung (§ 1489 ABGB; § 17 I EKHG; vgl. jedoch z. B. die Anzeigepflicht in § 18 EKHG). Dem EKHG in den hier interessierenden Teilen im Wesentlichen entsprechende Vorschriften bestanden auch schon vor 1959 (vgl. etwa *Veit*, EKHG § 15 Bem. 1; § 19 Bem. 5). Die Möglichkeit, auch bei bloßer Gefährdungshaftung Schmerzensgeld zu fordern, ist erst neuestens durch eine Änderung der §§ 12 (1) Ziff. 4 und 13 EKHG eröffnet worden.

Pflichten in *contrahendo*, sondern von vertraglichen (Neben-) Pflichten angenommen. Bei den gegebenen Umständen (Kausalität der spezifischen Betriebsgefahr; Verschulden des Betriebspersonals) war das erzielte Ergebnis sicher angemessen und rechtfertigte die Vorverlegung des Vertragsschlusses.<sup>664</sup>

*Zusammenfassend* ist jedenfalls festzustellen, dass die Rechtsprechung in Österreich – im Gegensatz zum neueren österreichischen Schrifttum – eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen bei Verletzung von allgemeinen Erhaltungspflichten im Vorbereich des Vertrages (*culpa in contrahendo*, geschäftlicher Kontakt) ablehnt. Abhilfe sucht die Rechtsprechung dadurch zu schaffen, dass sie den Vertragsschluss nach vorn verlegt oder ein Eigenverschulden des Geschäftsherrn wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht oder einer Auswahl-, Aufsichts- oder Organisationspflicht annimmt.

### III. Reformvorschläge

Der österreichische Entwurf für die §§ 1315a und 1315b ABGB von 1961<sup>665</sup> würde das Problem der Erhaltungspflichten vor-vertraglicher Natur insoweit lösen können, als die Verletzung durch Gehilfen des Geschäftsherrn erfolgt. Nach dem genannten Entwurf soll der Betriebsunternehmer für den Ersatz des Schadens haften, den eine im Rahmen der Verrichtungen des Unternehmens und in dessen Interesse tätige Person (Gehilfe) bei Ausführung solcher Verrichtungen schuldhaft einem Dritten zugefügt hat.<sup>666</sup> Keine Haftung soll gegenüber solchen Personen bestehen, die den räumlichen Arbeitsbereich unerlaubt oder mit der Absicht der Inanspruchnahme einer (nicht gemeinnützigen) Gefälligkeit betreten und dort durch einen Gehilfen verletzt werden. Mit dieser Regelung würden insbesondere die Schadensfälle im Rahmen des geschäftlichen Kontaktes, die von Hilfspersonen verschuldet sind, befriedigend gelöst werden können. Die „Remedien“ der Rechtsprechung (Ausdehnung des Vertragsbereichs, fiktive Annahme eines eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn) könnten so aufgegeben werden.

---

<sup>664</sup> Freilich darf die Gefahr der Umgehung gesetzlicher Wertentscheidungen in den Haftpflichtgesetzen durch eine großzügige Anwendung des Vertragsrechts nicht außer Acht gelassen werden.

<sup>665</sup> Abgedruckt in: Karlsruher Forum 1962, 47 f.

<sup>666</sup> Soweit der Gehilfe nicht hierbei für den anderen Unternehmer tätig war oder sich seine Verrichtungen in der Teilnahme am allgemeinen Verkehr erschöpft haben.

### C. Haftpflichtversicherungsrecht

Das österreichische Versicherungsvertragsrecht stimmt im Wesentlichen mit dem Rechtszustand in der Bundesrepublik Deutschland überein.<sup>667</sup> Dies gilt auch für die Erstreckung der Betriebshaftpflichtversicherung auf die „Vertreter“ des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht solcher Personen, die der Versicherungsnehmer zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder eines Teiles des Betriebes angestellt hat (§ 151 I VersicherungsvertragsG 1958). Spezielle Veröffentlichungen über die Haftpflichtversicherungspraxis aus neuester Zeit fehlen. Als Außenstehender ein zuverlässiges und umfassendes Bild des tatsächlichen Versicherungsschutzes gegen Haftpflichtansprüche zu bekommen, ist dementsprechend kaum möglich.<sup>668</sup> Immerhin ergibt die Überprüfung der „Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHVB 1963)“, dass im Rahmen des versicherten Risikos (Personen- und Sachschäden) unter anderem die gesetzliche Haftpflicht

- 1) „der gesetzlichen Vertreter des Versicherungsnehmers oder solcher Personen, die er zur Leitung oder Beaufsichtigung des versicherten Betriebes oder eines Teiles desselben angestellt hat, in dieser Eigenschaft“ sowie
- 2) „sämtlicher übrigen Angestellten und Arbeiter für Schäden, die sie in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen“

eingeschlossen ist.<sup>669</sup> Diese AHVB 1963 sind wie alle allgemeinen Versicherungsbedingungen in Österreich der Genehmigung der Aufsichtsbehörde unterworfen und stimmen bei allen Versicherern nahezu ohne Ausnahme wörtlich überein.<sup>670</sup> In den „Ergänzenden Allgemeinen Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (EHVB 1963)“ ist im Übrigen die Haftpflicht der Hilfspersonen des Haus- und Grundbesitzers<sup>671</sup> und die Haftpflicht der Hausangestellten<sup>672</sup> mitversichert. Die österreichische versicherungsvertragliche Praxis entspricht damit in etwa den Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland. Die auch in Österreich in Aussicht genommene Reform der Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Besorgungshelfen dürfte damit den Geschädigten in jenen Fällen

---

<sup>667</sup> Das österreichische „Versicherungsvertragsgesetz 1958“ (v. 2.12.1958 öst. BGBl. Nr. 2/1959) ersetzt formell die nach 1939 in Österreich eingeführten „reichsdeutschen“ Normen, stimmt jedoch in der Regel mit den deutschen Vorschriften wörtlich überein.

<sup>668</sup> Rechtstatsächliches (statistisches) Material konnte ich nicht ermitteln.

<sup>669</sup> Art. 2 I k bzw. I AHVB 1963. Die Prämienhöhe richtet sich nach der Gesamtjahreslohnsumme: *Hochhauser-Findeis* 84.

<sup>670</sup> *Hochhauser-Findeis* 8.

<sup>671</sup> EHVB 1963 Ziff. 10 Punkt 1 b lautet: „Die Versicherung erstreckt sich auch auf die gesetzliche Haftpflicht ... b) der mit der Verwaltung, Bedienung, Reinigung und Beleuchtung dieses Hauses oder Grundstückes beauftragten Personen für Ansprüche, die gegen sie aus Anlass der Ausführung dieser dienstlichen Verrichtungen erhoben werden“.

<sup>672</sup> EHVB 1963 Ziff. 21 Punkt 2 b lautet: „Die Versicherung erstreckt sich auch ... b) auf die gesetzliche Haftpflicht der Hausangestellten gegenüber dritten Personen in Ausübung der ihnen übertragenen häuslichen Verrichtungen ...“.

keine Verbesserung ihrer Stellung bringen, in denen bisher schon Versicherungsschutz für die Hilfspersonen bestand. Insoweit ist der auch in der neuesten Literatur zu findende Hinweis auf die häufige Mittellosigkeit des Besorgungsgehilfen und die daraus abgeleitete „große praktische Bedeutung“ der Haftung für Leute<sup>673</sup> in Frage zu stellen.

---

<sup>673</sup> *Koziol-Welser* 169. Vgl. auch noch die von der Versicherungsvertrags-Praxis in tatsächlicher Hinsicht jedenfalls schon seit 1963 überholte Argumentation der Revision in der Entscheidung OGH 23.4.1968 JBI 1969, 498 (499) und aus früherer Zeit OGH 28.12.1912 GIUNF XV Nr. 6182 (S. 895).



## § 3 Schweiz

### A. Einführung

Das schweizerische Obligationenrecht von 1911 (OR) kennt ebenso wenig einen allgemeinen selbständigen Tatbestand der culpa in contrahendo wie das deutsche BGB oder das österreichische ABGB. Auch die gesetzlichen Einzelschriften, die aus dem Gedanken der culpa in contrahendo „erklärt“ werden (insbes. Art. 26, 39 OR, 411 ZGB), betreffen zumeist die *Jheringschen* Fälle des Schadensersatzes bei unwirksamen Verträgen. Sie sind in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung.

Wie mehrfach hervorgehoben, hat in Deutschland die unzureichende Regelung der *Haftung des Geschäftsherrn* für Verrichtungsgehilfen in § 831 BGB den entscheidenden Anstoß für die Erstreckung der Vertragsordnung auf den vor-vertraglichen Bereich gegeben. § 831 BGB hatte sein Vorbild in Art. 62 des alten schweizerischen Obligationenrechtes von 1881. Art. 55 des geltenden OR von 1911 hat dessen Regelung im Wesentlichen beibehalten. Danach haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten. Im Unterschied zum Wortlaut des § 831 BGB statuiert Art. 55 OR demnach keine Einzelpflichten, sondern eine allgemeine *umfassende Schadensverhütungspflicht*. Der zweite Befreiungsgrund – mangelnde Schadens-Kausalität des Sorgfaltsverstoßes – wurde 1911 nach dem Vorbild von § 831 BGB neu in das OR aufgenommen. Die schweizerische Regelung der Haftung für *Erfüllungsgehilfen* in Art. 101 OR scheint den Geschäftsherrn zunächst schlechter zu stellen als das deutsche Recht, da der angerichtete Schaden von der Hilfsperson nach dem Gesetzeswortlaut nur verursacht, nicht verschuldet zu sein braucht. So wurde der Text auch ursprünglich ausgelegt. Später ging man dazu über, Art. 97 OR analog anzuwenden. Dies bedeutet, dass sich der Geschäftsherr durch den Beweis mangelnden Verschuldens der Hilfsperson entlasten kann, schuldhaftes Verhalten des Gehilfen also vorausgesetzt und vermutet wird.<sup>674</sup> Da das schweizerische Recht in der Ordnung der Haftung des Geschäftsherrn für seine Verrichtungsgehilfen dem ersten Anschein nach weitgehend mit der deutschen Lösung übereinstimmt, wäre eigentlich zu erwarten, dass auch in der Schweiz die zur Vertragsordnung

---

<sup>674</sup> *Guhl* 196; *von Büren* 395 mit weiteren Nachweisen.

führende Konstruktion der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten (*culpa in contrahendo*) versucht worden wäre, um die als unbefriedigend empfundene Regelung des Art. 55 OR<sup>675</sup> durch die Vorschrift des Art. 101 OR zu ersetzen.

Auch die unterschiedliche Länge der *Verjährungsfrist* für Schadensersatzansprüche aus Delikt bzw. Vertrag<sup>676</sup> sowie die für beide Fälle grundsätzlich verschieden verteilte *Beweislast*<sup>677</sup> hätten neben anderen Abweichungen<sup>678</sup> Anlass geben können, die vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen in den Anwendungsbereich der vertragsartigen Haftung einzubeziehen. Dennoch ist dies weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung erfolgt. Eine derartige Lösung wurde nicht einmal ernsthaft erwogen. Das Deliktsrecht gewährleistet befriedigende Falllösungen. Dabei ist die *Haftung des Werkeigentümers* (Art. 58 OR) von besonderer Bedeutung (unten B. II.).

## **B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten**

### **I. Schrifttum**

Im Schrifttum standen wenigstens früher die meisten Autoren auf dem Standpunkt, dass die *culpa in contrahendo* ein Anwendungsfall der deliktischen Generalklausel (Art. 41 OR) sei.<sup>679</sup> Die Vertreter dieser Ansicht hatten keinen Anlass, bei den vor-vertraglichen Erhaltungspflichten von der allgemeinen Regel der Anwendbarkeit des Deliktsrechts abzuweichen. Das Problem der Ausdehnung der Vertragsordnung stellte sich für diese Auffassung nicht und wurde daher auch kaum erörtert. Die Diskussion unter dem Stichwort „*culpa in*

---

<sup>675</sup> V. Tuhr-Siegwart 379; Piotet 81. Becker (in Berner Kommentar Art. 26 OR Bem. 1) hält die Haftung für Gehilfen beim Vertragsabschluss nach Art. 55 OR für „ganz ungenügend“. Neuerdings schlägt Gilliard in seinem Referat für den Schweizerischen Juristenverein (ZSR 108 [1967] II 295 ff.) die Verschärfung der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen zur Erfolgshaftung vor. Sein Gesetzesvorschlag lautet, soweit er hier von Interesse ist: „Art. I. Si le lésé prouve que le travail n’a pas été effectué conformément aux règles de l’art, l’employeur est responsable du dommage causé par ses commis, employés de bureau et ouvriers dans l’accomplissement de leur travail. Il ne peut se libérer qu’en prouvant la force majeure, la faute grave du lésé ou celle d’un tiers. Lorsque la loi subordonne la réparation à une faute grave, il incombe au lésé d’apporter la preuve que l’employeur ou ses auxiliaires ont commis une telle faute.“ (ibid., 297/298). Vgl. auch Jäggi (ibid. ZSR 756): „Art. 55 OR ist den modernen Organisationsformen nicht gewachsen.“

<sup>676</sup> *Delikt*: Einjahresfrist von dem Tag an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat; in jedem Fall aber in zehn Jahren vom Tag der schädigenden Handlung an (Art. 60 I OR). Falls für die Handlung eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist besteht, gilt diese (Art. 60 II OR). *Vertrag*: Zehnjahresfrist ab Fälligkeit (Art. 127, 130 OR).

<sup>677</sup> *Delikt*: Beweislast des Verletzten für das Verschulden des Schädigers (Art. 42 OR, 8 ZGB). *Vertrag*: Verschuldensvermutung zulasten des Schuldners (Art. 97 I OR).

<sup>678</sup> S. dazu Piotet 51 ff.

<sup>679</sup> Vgl. die Nachweise bei Piotet 45 N. 76; ferner Oser-Schönenberger in Zürcher Kommentar, Vorbem. 102 zu Art. 1-67; Merz, ZBJV 104 (1968) 491 f. (Besprechung der „*culpa in contrahendo*“ von Piotet); Hans B. Müller 59 ff. (61); so jetzt auch die 1. Zivilkammer des BGr 11.6.1968 (Valloton c. Gonin), unveröffentlicht, zit. nach Châtelain, ZBJV 105 (1969) 223, ibid. Nachweise der (schwankenden) BGr-Rspr.

contrahendo“ beschränkte sich weithin auf die schon von *Jhering* behandelten Fallgruppen.<sup>680</sup>

*Piotet* befasst sich als einziger „Deliktstheoretiker“ ausdrücklich<sup>681</sup> mit der Frage der vorvertraglichen Erhaltungspflichten. Er stellt diese Erscheinungsform der culpa in contrahendo als deutsche Lehre dar,<sup>682</sup> die auf die mangelhafte Regelung des Deliktsrechts im deutschen BGB zurückzuführen sei. In diesen Fällen (vorvertragliche Erhaltungspflichten, sozialer Kontakt) habe man „avec raison, jamais songé en Suisse à une responsabilité non délictuelle“.<sup>683</sup> Für die schweizerische Auffassung ist besonders kennzeichnend, dass *Piotet de lege lata* für die Verletzung von Erhaltungspflichten im Vorbereitungsbereich des Vertrages durch Hilfspersonen in ausdrücklicher Abweichung von der „majorité des auteurs allemands“ an den normalen Deliktsregeln (Art. 55 OR) festhält<sup>684</sup> – obwohl er sonst den Geschäftsherrn für das Verschulden seiner Hilfspersonen in contrahendo ohne Befreiungsmöglichkeit haften lassen will.<sup>685</sup> Im „Linoleumfall“ (RGZ 78, 239) besteht nach *Piotet* demgemäß eine Haftung des Geschäftsherrn nur, wenn dieser den Exkulpationsbeweis nicht geführt hat. Diese Lösung sei möglicherweise nicht vollkommen; sie entspreche jedoch dem geltenden Recht. Wenn *de lege ferenda* Bedenken gegen sie bestünden, dann träfen diese auch in anderen Fällen zu, etwa wenn die Frau und das Kind, die durch die stürzenden Linoleumrollen verletzt wurden, auf Einladung des befreundeten Geschäftsinhabers gekommen wären, um das neue Geschäft zu besichtigen. In diesem Fall liege „aucun rapport précontractuel“ vor.<sup>686</sup>

Auch für diejenigen Autoren, die in der culpa in contrahendo eine *vertragsähnliche Haftung* sehen, gilt die oben wiedergegebene Feststellung *Piotets*: Niemand erörtert die Frage der

<sup>680</sup> Mangel des Subjekts, Objekts oder Willens. Vgl. etwa die Arbeiten von *Mellinger, Henrici, Simonius, Hans B. Müller* (insbes. 62), *Scherrer* und *M. Keller*. S. ferner das (ausgezeichnete) Sachregister des Zürcher Kommentars zu Teil 1-3 OR (Art. 1-529) von *Schönenberger* sub „culpa in contrahendo“ (47).

<sup>681</sup> *Merz* (in Berner Kommentar, Art. 2 Bem. 264) spricht von der *Verwandtschaft* der Schutzpflichten in contrahendo mit den Sorgfaltsregeln im Gebiet der unerlaubten Handlung. Sie seien auf Verhütung außervertraglicher Schädigung und auf Zuordnung der Ersatzpflicht angelegt, nicht auf Sicherung einer rechtsgeschäftlichen Leistungspflicht. Eigentlich hätte man aufgrund der allgemeinen Befürwortung des Deliktscharakters der c.i.c. durch *Merz* (vgl. *ibid.*, Bem. 491, 497; ZBJV 104 [1968] 491 f.) erwartet, dass nicht von „Verwandtschaft“, sondern etwa von „Konkretisierung“ allgemeiner Pflichten gesprochen worden wäre. In dieser Richtung scheinen mir seine Bemerkungen zur vertraglichen Schutzpflicht zu gehen (*ibid.*, Bem. 269).

<sup>682</sup> *Piotet* 15, 45 f. *Piotet* führt nur deutsche, keine schweizerischen Belege an (15 N. 5; 46 N. 127, 128). Die von ihm genannte Arbeit des Deutschen *Herz* (46 N. 127) ist nicht auf das schweizerische Recht ausgerichtet.

<sup>683</sup> *Piotet* 45-47 (das Zitat befindet sich auf S. 47); vgl. auch *Neuenschwander* 16 f.

<sup>684</sup> *Piotet* 81.

<sup>685</sup> *Piotet* 4 ff., insbes. 80 ff. Die Begründung fußt im Wesentlichen auf Analogie zu den gesetzlichen Einzelbestimmungen der culpa in contrahendo im OR.

<sup>686</sup> *Piotet* 81/82.

Erhaltungspflichten im Vorbereitungsbereich des Vertrages mit Bezug auf das *schweizerische* Recht.<sup>687</sup> Und *Herz* lehnt in seiner rechtsvergleichenden Zürcher Dissertation die Behandlung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten ab.<sup>688</sup>

Eine Sonderstellung innerhalb der schweizerischen Lehre nimmt *Jäggi* ein. Er bejaht als einziger einen *Vertragsschluss* als Entstehungsgrund für das „Vertragsverhandlungs-Verhältnis“.<sup>689</sup> Es handle sich dabei um ein Gefälligkeitsverhältnis in der Art einer Gesellschaft.<sup>690</sup> Da das Vertragsverhandlungs-Verhältnis somit nicht auf einem Schuldvertrag beruhe, enthalte es auch keinerlei Leistungspflichten.<sup>691</sup> Es sei lediglich als „potentielles Leistungsverhältnis“ und damit als Schuldverhältnis im weiteren Sinn zu bezeichnen.<sup>692</sup> Das Vertragsverhandlungs-Verhältnis stelle jedoch ein sich aus konkreten Einzelvorgängen des Lebens ergebendes „Sonderverhältnis“<sup>693</sup> dar. Als solches gebe es Anlass zur Konkretisierung und Aktualisierung jener allgemeinen und latenten Pflichten, die auf den zwischenmenschlichen „Grundverhältnissen“, d.h. den gesellschaftlichen Dauerzuständen

<sup>687</sup> *Rabel* ZSR 27 (1908) 296 ff. (323 ff.: Gesammelte Aufsätze I, 173 ff.); v. *Tuhr-Siegwart* I 183 f.; *Becker* in Berner Kommentar Art. 26 OR Bem. 1; *von Büren* 209 ff.; *Guhl* 93; vgl. auch *Yung*, *Schönenberger-Festgabe* 170 f. Bei *Oftinger* sind im Sachregister die einschlägigen Schlagworte nicht erwähnt (*culpa* in *contrahendo*, Erhaltungspflichten, Schutzpflichten) bzw. haben keine einschlägigen Unterschlagnamen (so bei *Verschulden*, *Verschuldenshaftung*, *Vertrag*). Auch die Beispiele, die *Lanz* zur Einleitung seiner Arbeit (3, 4) als *culpa* in *contrahendo*-Fälle bringt, umfassen keinen einzigen Erhaltungspflichtfall. Später bestimmt er die vor-vertraglichen *Diligenzpflichten* inhaltlich als „Wahrheits- und Anzeigepflichten“ (29). Auch die neueste schweizerische Darstellung der „Haftpflicht im Privatrecht“ von *Alfred Keller* (1970) erwähnt die hier interessierenden Fälle in dem Abschnitt über „Verschulden beim Vertragsschließen“ (385 ff.) nicht.

<sup>688</sup> *Herz* 18 f. Mit dem schweizerischen Recht befasst er sich in dieser Frage nicht besonders. Er verweist nur auf deutsche *Rspr.* und *Literatur*.

<sup>689</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 568, 569: Verhandelt werde stets in beiderseitigem Einvernehmen, „somit gestützt auf die Abrede, miteinander zu verhandeln“. Das Verhandlungsverhältnis gründe also – im Unterschied zu den vertragsähnlichen Verhältnissen – immer auf einem Vertrag. Allerdings handle es sich dabei um eine primitive Art von Vertrag. Der Verpflichtungswille fehle; es handle sich somit um ein Gefälligkeitsverhältnis. Darüber hinaus liege zumeist nur eine schlüssige Erklärung des Verhandlungswillens vor (*ibid.*, Bem. 568, 570). Vgl. auch *Jäggi*, *Schönenberger-Festgabe* 189/190).

<sup>690</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 569, 570.

<sup>691</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 574.

<sup>692</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Vorbem. 107 vor Art. 1 OR und „Übersicht über die Rechtsverhältnisse“ (*ibid.*, N. 123. S. 193). Man könnte i.S. *Jäggis* hier vielleicht auch von „Schuldverhältnis im weiteren Sinn“ sprechen.

<sup>693</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 574. *Jäggi* teilt die Rechtsverhältnisse dichotomisch in *Grund-* und *Sonderverhältnisse* ein. Hauptfall der *Sonderverhältnisse* bildet das Schuldverhältnis im Sinne von „Leistungsverhältnis“ (*Jäggi* in Zürcher Kommentar Vorbem. 108, 112 vor Art. 1 OR). Bei diesen unterscheidet *Jäggi* nach dem Entstehungsgrund zwischen Schuldverhältnissen aus *Normal-* und *Fehlkontakten* (*ibid.*, Vorbem. 121, 122). Zu den hier allein interessierenden Schuldverhältnissen aus *Normalkontakten* werden neben den Schuldverhältnissen im wörtlichen Sinn (*Leistungsverhältnissen*) und den „einfachen Leistungsverhältnissen“ (*Handgeschäften*) auch die „potentiellen Leistungsverhältnisse“, zu denen auch die *Vertragsverhandlungs-Verhältnisse* gehören, gezählt (s. die in der letzten N. angeführte „Übersicht“). Zum „Grundverhältnis“ vgl. im Text und in der folgenden N.

beruhen.<sup>694</sup> Auf dem allgemeinmenschlichen Grundverhältnis beruhe u.a. die Pflicht, nicht in fremde persönliche und Sachgüter einzugreifen.<sup>695</sup> Auf das „Vertragsverhandlungs-Verhältnis“ bezogen, folge daraus die konkrete Pflicht jedes Verhandlungspartners, in seinem eigenen Bereich alle Schutzmaßnahmen zu treffen, damit im Verlauf der Vertragsverhandlungen eine Verletzung der Rechtsgüter des Partners vermieden werde.<sup>696</sup> Eine schuldhaft Verletzung dieser allgemeinen, aber konkretisierten Pflicht des *neminem laedere* verpflichte zum Schadensersatz.<sup>697</sup> Aus dem Text ergibt sich nicht eindeutig, ob die Erhaltungspflichtverletzungen *ante contrahendum* (vor Beginn der eigentlichen Verhandlungen) für *Jäggi* in den Bereich des „Vertragsverhandlungs-Verhältnisses“ fallen oder nicht. Die Hervorhebung des Vertragsschlusses als Entstehungsgrund und die angeführten Beispiele scheinen eher dafür zu sprechen, dass das Vertragsverhandlungs-Verhältnis erst mit den eigentlichen Verhandlungen beginnen soll.<sup>698</sup> Immerhin ist dies nicht ganz zweifelsfrei. In jedem Fall gelten die im Folgenden skizzierten Lösungsvorschläge für die Erhaltungspflichtverletzungen *in contrahendo* (i.e.S.): die Streitfrage, ob die culpa in contrahendo vertragliche oder deliktische Rechtsnatur habe, ist für *Jäggi* unrichtig gestellt. Die Ermittlung der Rechtsnatur sei irrelevant, da es im Bereich jener Schadensersatzpflichten, die – wie bei der culpa in contrahendo – unabhängig vom Willen des Verpflichteten entstanden, nicht sinnvoll sei, zwischen vertraglichen und außervertraglichen Pflichten zu unterscheiden.<sup>699</sup> Vielmehr seien die Fragen nach Voraussetzungen und In-

<sup>694</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 568, 569 in Verbindung mit Vorbem. 113 vor Art. 1 OR. *Jäggi* unterscheidet innerhalb der „Grundverhältnisse“ die umfassenden allgemeinmenschlichen und die individuellen Verbands-Grundverhältnisse (z. B. Familie, Anstalt, Staat).

<sup>695</sup> Neben dieser Pflicht fließe aus dem allgemeinmenschlichen Grundverhältnis das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben und – unter besonderen, seltener vorliegenden Voraussetzungen – das Gebot der Solidarität gegenüber den Mitmenschen: *Jäggi* in Zürcher Kommentar Vorbem. 115 vor Art. 1 OR.

<sup>696</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 578.

<sup>697</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 585, 590.

<sup>698</sup> Vgl. *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 567, 568, 578, 585.

<sup>699</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 592; *ders.*, Schönenberger-Festgabe 181 ff. Diese Auffassung ist geeignet, viele unnötige Divergenzen zu beseitigen, die durch ein *Nebeneinander* sich inhaltlich deckender vertraglicher und deliktischer Pflichten entstanden sind. Allerdings scheint es mir gerade unter diesem richtigen Gesichtspunkt der „Willensunabhängigkeit“ der im „Vertragsverhandlungs-Verhältnis“ konkretisierten allgemeinen Pflichten nicht konsequent zu sein, in Bezug auf dieses Verhältnis von einem *Vertragsabschluss* und *Vertragsverhältnis* zu sprechen. *Alle wesentlichen Pflichten* entstehen gerade ohne den Willen der Beteiligten. Wozu dient die Annahme eines Vertrages *praktisch*, wenn dieser keine *vertragsspezifischen* Pflichten hervorbringen kann, weil er sich in dem Bereich der „Gefälligkeitsgeschäfte“ bewegt? Was hat die Annahme eines Vertragsschlusses für einen Zweck, wenn eben dieser außerechtsgeschäftlichen Natur (Gefälligkeit) wegen auch die „Pflichten“ aus der Gesellschaft – wie *Jäggi* das Vertragsverhandlungs-Verhältnis inhaltlich charakterisiert (*Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 569) – nicht durchsetzbar sind? Wenn die „Gesellschaftsbeiträge“, d.h. Verhandlungen und anteilige Übernahme gemeinsamer Kosten (*ibid.*) nicht beigetrieben werden können? Ich vermag die praktische Funktion dieser Konstruktion insoweit nicht einzusehen. Es ist wahrscheinlich, dass *Jäggi* ein „Sonderverhältnis“ doch wohl deswegen annimmt, um die entsprechenden Regeln hinsichtlich Beweislast und

halt einer Schadensersatzforderung aus dem Vertragsverhandlungs-Verhältnis autonom zu stellen und zu beantworten. Zu Recht führt *Jäggi*<sup>700</sup> dieses Programm für jedes spezifische Teilproblem gesondert durch: Hinsichtlich der *Beweislast* für das Verschulden des Schädigers könne keine allgemein gültige Antwort gegeben werden, da die einzelnen Fälle zu verschieden lägen.<sup>701</sup> Bei Schäden, die *Hilfspersonen* in funktionellem Zusammenhang mit den Verhandlungen verursachten, sei eben wegen dieses Zusammenhangs die Haftung nach Art. 101 (nicht 55) OR angemessen.<sup>702</sup> Für eine Abweichung von der *Verjährungs*-Grundregel des Art. 60 OR lasse sich dagegen kein sachlicher Grund finden.<sup>703</sup> *Zusammenfassend* kann jedenfalls gesagt werden, dass im schweizerischen Schrifttum keine einzige Stimme zu vernehmen ist, die sich für die Beurteilung der Rechtsgüter-Schädigungen im Vorbereich des Vertrags auf das Institut der culpa in contrahendo als „gesetzlichen“ Haftungsentstehungsgrund stützt. Als Haftungsgrundlage gilt das Recht der unerlaubten Handlung (Art. 41 ff. OR).<sup>704</sup>

## II. Rechtsprechung

In der schweizerischen Rechtsprechung konnte ich kein Urteil finden, das die Frage der Haftung in den hier interessierenden Fällen in Zusammenhang mit der culpa in contrahendo erörtert hätte. Bei *möglicherweise* einschlägigen Fällen ergibt sich aus den veröffentlichten Gründen nicht, ob der (den Gegenstand des Rechtsstreits bildende) Unfall vor oder nach der geschäftlichen Besorgung erfolgt ist.<sup>705</sup> Aus anderen Urteilen ist der Zweck des

---

Gehilfenhaftung (vgl. unten N. 701 und 702) anwenden zu können. Ließe sich dann der naheliegende Einwand der Fiktion nicht durch die Anerkennung eines „Sonderverhältnisses“ ex lege (Analogie, richterliche Rechtsfortbildung) vermeiden? Die schw. Rechtsprechung zeigt im Übrigen, dass man die hier relevanten Fälle auch ohne Annahme eines „Sonderverhältnisses“ mit Hilfe der deliktsrechtlichen Vorschriften befriedigend lösen kann (vgl. unten § 3 B. II., S. 189 ff.).

<sup>700</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 592.

<sup>701</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 593. Das Prinzip *Jäggis* für die Anwendung einer Culpapräsumption lautet: Die Verschuldensvermutung (Art. 97, 103 OR) rechtfertigt sich immer dann, wenn der Schädiger mit der Schadensursache kraft eines Sonderverhältnisses in besonderer Beziehung steht (Schönenberger-Festgabe 194).

<sup>702</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 594. Ob das Kriterium des „funktionellen Zusammenhangs“ auch für Schädigungen zutrifft, die mit dem Inhalt des intendierten Vertrages nichts zu tun haben, aber während der Verhandlungen eintreten, bleibt bei *Jäggi* unerörtert. Der allgemeine Grundsatz für die Anwendung der strikten Gehilfenhaftung lautet nach *Jäggi*: Art. 101 OR ist immer dann anzuwenden, wenn eine Hilfsperson anstelle des an einem Sonderverhältnis Beteiligten (Geschäftsherrn) handelt und in funktionellem Zusammenhang mit diesem Verhältnis einen Schaden anrichtet (Schönenberger-Festgabe 194). Art. 55 OR ist demgegenüber die Grundregel.

<sup>703</sup> *Jäggi* in Zürcher Kommentar Art 1 OR Bem. 595; s. ferner Schönenberger-Festgabe 195.

<sup>704</sup> Dies trifft hinsichtlich des systematischen Ausgangspunktes und des Pflichten*inhalts* (allgemeinmenschliche Pflichten) auch für *Jäggi* zu.

<sup>705</sup> BGr 23.10.1962 BGE 88 II, 417 (Sturz auf den harten, polierten und glatten Steinplatten in der Halle einer Bank, in der der Verletzte geschäftlich zu tun hatte. Vertrag als Haftungsgrundlage nicht erwähnt; Verurteilung aufgrund Art. 58 OR – Werkhaftung – wegen „vice de construction“).

Besuches, bei dem sich ein Unfall ereignete, überhaupt nicht zu ersehen.<sup>706</sup> Wo der Zweck des Kontaktes nicht geschäftlicher Natur ist, wird auch der Gedanke der Haftung aus sozialem Kontakt nicht erörtert.<sup>707</sup> Aus diesen Entscheidungen ist zu folgern, dass der Zweck eines (befugten) Besuches für die Haftungsgrundlage bei etwaigen Schadensfällen des Besuchers keine Bedeutung hat. Eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen aus geschäftlichem oder sozialem Kontakt wird in der schweizerischen Rechtsprechung bei Erhaltungspflichtverletzungen im vor-vertraglichen Bereich<sup>708</sup> nicht anerkannt. Aus dem Entscheidungsmaterial ergibt sich vielmehr, dass die einschlägigen Fälle durchweg nach den Vorschriften des Deliktsrechts entschieden werden. Dabei spielt die Generalklausel des Art. 41 OR eine verhältnismässig geringe Rolle. Von ungleich größerer Bedeutung ist der vom Schrifttum in unserem Zusammenhang anscheinend übersehene Werkhaftungstatbestand des Art. 58 OR, der bewusst zu Lasten des Anwendungsgebietes des Art. 41 OR ausgedehnt wird.<sup>709</sup> Nach Art. 58 OR hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen „Werkes“ (fr. „*ouvrage*“) den Schaden zu ersetzen, der infolge von mangelhafter Anlage oder Herstellung (fr. „*vices de construction*“) oder von mangelhafter Unterhaltung

<sup>706</sup> Cour de justice civile Genève 24.2.1967 Sem. jud. 90 (1968) 464 (Der Kl. war nach Arbeitsschluss in der nicht beleuchteten Autoreparaturwerkstätte des Bekl. in einen nicht abgedeckten Arbeitsgraben gestürzt. Der Bekl. hatte ihn gebeten anderswo zu warten. Haftung aus Art. 58 OR und Art. 41 OR erörtert und abgelehnt.)

<sup>707</sup> KGr Graubünden 20./21.2.1957 SJZ 55 (1959) 108 (Ein Tourist hatte in einem Hotel, in dem er weder Gast war noch etwas konsumierte, darum gebeten, in einem dunklen Raum einen Film in seinen Fotoapparat einlegen zu dürfen. Der Portier brachte ihn zur Kellertreppe; als dieser eben das Licht im Keller anknipten wollte, stieß der Tourist den Portier hastig beiseite und stürzte die Kellertreppe hinab. Das Gericht verneinte unter den gegebenen Umständen einen Vertrag und damit die Anwendbarkeit des Art. 101 OR – Haftung für Erfüllungsgehilfen –. Die Haftung gemäß Art. 55 OR für die Hilfsperson wurde wegen Eigenverschuldens des Verletzten, jene aus Art. 58 OR infolge Fehlens eines Konstruktions- bzw. Unterhaltungsmangels des Gebäudes abgelehnt). Vgl. auch Appellationshof Bern 20.10.1961 ZBJV 99 (1963) 143 (Unfall bei unentgeltlicher Hilfe beim Dreschen. Beurteilung nach Art. 41 OR – deliktische Generalklausel –).

<sup>708</sup> Auch einen Schadensersatzanspruch wegen eines Unfalles *nach Vertragsabwicklung* hat der Appellationshof des Kantons Bern (20.3.1943 ZBJV 80 (1944) 365) lediglich nach Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) geprüft (Sturz auf der Treppe beim Verlassen eines Einzelhandelsgeschäfts). Vielfach werden auch Unfälle beim Bestehen von Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien nur nach deliktischen Vorschriften, insbes. Art. 58 OR (Werkeigentümerhaftung) beurteilt: vgl. z. B. BGr 7.6.1946 BGE 72 II 176 (Sturz des Kindes eines Mieters im Treppenhaus; nur Art. 58 OR herangezogen); BGr 25.10.1955 BGE 81 II 450 (Sturz einer Angestellten in den Räumen des Geschäftsherrn); KGr Graubünden 17./18.1.1957 SJZ 54 (1958) 168 (Sturz eines Gastes beim Gang zur Toilette); Appellationsgericht Tessin 27.4.1949 SJZ 46 (1950) 96 (Sturz eines Gastes auf dem frisch gewachsenen Linoleumboden); OGr Zürich 15.10.1964 ZR 65 Nr. 107, bestätigt durch BGr 18.5.1965, *ibid.* (Unfall eines Hotelgastes im Hotellift).

<sup>709</sup> Vgl. *Oftinger* II 1, 42/43. Die weite Ausdehnung des Art. 58 OR führt dazu, dass der größte Teil der bei uns mit den Verkehrspflichten mühsam bewältigten Schadensfälle ohne Schwierigkeiten mit der Werkhaftung gelöst werden können. Der auch in der Schweiz anerkannte, auf Art. 41 OR gestützte allgemeine Satz, wonach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder aufrechterhält, Schutzmaßnahmen zu treffen hat, gilt nur dort, wo ein gefährlicher Umstand *nicht* auf ein Werk zurückgeht (*lex generalis*; *Oftinger* *ibid.*). Ein sehr plastisches Bild der Spannweite des Art. 58 OR vermittelt die von *Oftinger* (II 1, 53 ff. u. 77 ff.) zusammengestellte Kasuistik. Zur Ausweitung des Art. 58 OR vgl. auch die folgende N.

des „Werkes“ verursacht wird. Die an sich redundante ausdrückliche Erwähnung der Verantwortlichkeit für *Gebäude* ist wohl darauf zurückzuführen, dass der allgemein gefasste Tatbestand historisch aus dem Sonderfall der Gebäudehaftung entstanden ist. Der ausfüllungsfähige und ausfüllungsbedürftige Begriff des „Werkes“<sup>710</sup> verleiht dem Art. 58 OR eine ähnliche Anpassungsfähigkeit wie der Ausdruck „*chose*“ dem Art. 1384 fr.c.c. Die Kausalhaftung des Werkeigentümers in Art. 58 OR<sup>711</sup> entbindet den Geschädigten vom Beweis des Verschuldens und nimmt dem in Anspruch genommenen Eigentümer die Möglichkeit des Exkulpationsbeweises. Der Verletzte hat lediglich zu beweisen, dass ihm ein Schaden entstanden ist, der durch die Mangelhaftigkeit der Konstruktion oder Unterhaltung des Werkes verursacht wurde.<sup>712</sup> Eine Entlastung kann der Eigentümer nur erreichen, wenn er höhere Gewalt, Selbstverschulden des Geschädigten oder Drittverschulden nachzuweisen vermag.<sup>713</sup> Mit Hilfe dieser Norm können die Personen- und Sachschadensfälle, die in *contrahendo* (i.w.S.) oder im Zusammenhang mit anderen sozialen Kontakten entstehen, ohne Schwierigkeiten in befriedigender Weise gelöst werden. Die Bestimmung des Haftpflichtigen durch das *Eigentum* an dem mangelhaften Werk erlaubt es dabei, eine mögliche Mitbeteiligung von Hilfspersonen außer Acht zu lassen und damit die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn in Art. 55 zu umgehen. Die Kausalhaftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR umfasst auch die mit dem mangelhaften Werk zusammenhängende Haftung für Hilfspersonen und verdrängt damit als *lex specialis* die generelle Norm des Art. 55 OR.<sup>714</sup> Hieraus erklärt sich, dass die schweizerischen Gerichte die nach deutschem Recht unter die Verkehrssicherungspflicht fallenden Tatbestände auch dann lediglich nach Art. 58 OR prüfen, wenn ein Fehlverhalten eines Gehilfen am Schadenseintritt mitbeteiligt ist. Die Haftung für Hilfspersonen nach Art. 55 OR erörtert die

---

<sup>710</sup> Unter „Werk“ werden alle stabilen, mit der Erde direkt oder indirekt verbundenen, künstlich hergestellten oder angeordneten Gegenstände verstanden (*Oftinger* II 1, 31). „Werke“ sind z. B.: Gebäude und sonstige Bauwerke, Sport- u. Verkehrsanlagen, Abschränkungen, Hecken, Zäune, Stangen, Gräben, Kanalisationen, Gasleitungen, Straßen, Plätze, Gehsteige, Maschinen; vgl. die Kasuistik bei *Oftinger* II 1, 53 ff. u. 77 ff.

<sup>711</sup> *Oftinger* II 1, 7 (mit Nachweisen).

<sup>712</sup> *Oftinger* II 1, 27 ff. Die Mangelhaftigkeit des Werkes kann dabei mit Hilfe des folgenden, von *Oftinger* (II 1, 42) aufgestellten Leitsatzes bestimmt werden: „Der Eigentümer muss eine, niemanden und nichts gefährdende, Existenz und Funktion des Werkes garantieren.“ Der Eigentümer hat dementsprechend insbes. auch – soweit erforderlich – Schutzmaßnahmen zu treffen: z. B. Beleuchtung, Abschränkung, Warnsignale, Streuen usw.; vgl. die Kasuistik bei *Oftinger* II 1; 42 f., 53 ff., 77 ff.

<sup>713</sup> *Oftinger* II 1, 65 f.; I 103, 105 f.

<sup>714</sup> *Alfred Keller* 117/118 i.V.m. 31; *Oftinger* II 1; 2, 65, 96 (der Sache nach). In der Literatur wird Art. 55 OR dementsprechend als *allgemeine* Norm der Haftung für Hilfspersonen angesehen. Diese kommt nur in Betracht, wenn keine besondere Kausalhaftung besteht, da diese jeweils die Haftung für Hilfspersonen mit umfasst. Art. 55 OR beschränkt sich auf den Restbereich, also jene Fälle außervertraglicher Haftung, in denen der Geschäftsherr – hätte er selbst gehandelt – nach Art. 41 OR haften würde (*Alfred Keller* 117/118).



schweizerische Rechtsprechung – neben Art. 58 OR – nur dann, wenn Gehilfen *unmittelbar* an dem Schadensfall beteiligt waren.<sup>715</sup> Der Anwendungsbereich des Art. 55 OR wird hierdurch stark eingeengt. Dies zeigt sich auch darin, dass in der von *Oftinger* angeführten Kasuistik zu Art. 55 OR<sup>716</sup> kein einziger einschlägiger Fall von Erhaltungspflichtverletzungen im vor-vertraglichen Bereich berichtet wird. Im Übrigen enthalten auch die weiteren, neben Art. 58 OR bestehenden Kausalhaftungstatbestände des OR, des ZGB und der verschiedenen Sonder-Haftpflichtgesetze<sup>717</sup> Regelungen über das Entstehen für Handlungen von Hilfspersonen. Damit wird jedenfalls *tatsächlich* der Anwendungsbereich des Art. 55 OR noch weiter eingeschränkt.<sup>718</sup> Im Übrigen besteht bei der generalklauselartigen Weite des gesetzlichen Tatbestandes für die Gehilfenhaftung in Art. 55 OR und angesichts der Auslegung, die die schweizerische Rechtsprechung dieser Norm in neuerer Zeit gegeben hat, weniger Anlass als im deutschen Recht, die Regelung des Art. 101 OR (Erfüllungsgehilfen) auf den Vorbereich des Vertrages auszudehnen. Den ursprünglich – wie § 831 BGB – als Verschuldenshaftung des Geschäftsherrn mit Umkehr der Beweislast verstandenen Art. 55 OR haben Literatur und bundesgerichtliche Praxis gegen 1910, später auch die kantonalen Gerichte, in eine Kausalhaftung umgewertet.<sup>719</sup> Praktisch hat sich dieser Wandel zum einen dahin ausgewirkt, dass eine Haftung auch dann angenommen wird, wenn dem Geschäftsherrn die Urteilsfähigkeit (Deliktsfähigkeit) fehlt. Zum anderen lässt man den Geschäftsherrn auch dann haften, wenn „der in der gesetzlichen Formulierung des Befreiungsbeweises liegende Vorwurf ungenügender Sorgfalt in objektiver Hinsicht nicht auf denjenigen Grad von Unsorgfalt schließen lässt, den man als Verschulden qualifiziert“. <sup>720</sup> Der Geschäftsherr kann sich von der Haftung nicht durch den Nachweis befreien, dass er den Schaden nicht gewollt habe bzw. nicht habe voraussehen können; der „*Exkulpationsbeweis*“ steht ihm nicht offen.<sup>721</sup> Der Besteller kann sich nur dadurch ent-

<sup>715</sup> Vgl. KGr Graubünden 20./21.2.1957, *ibid.* (N. 707).

<sup>716</sup> II 1, 129 ff. Bezeichnenderweise erwähnt auch *Zander*, der sich in seiner Dissertation rechtsvergleichend mit der Frage der Gehilfenhaftung befasst, bei der Darstellung des schweizerischen Rechts das Problem der Gehilfenhaftung im Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss nicht, obwohl er diesen Punkt beim deutschen Recht anführt: 45 ff. bzw. 19 ff.

<sup>717</sup> Vgl. die Nachweise bei *Oftinger* I 14 f.

<sup>718</sup> Zur Frage der Konkurrenz zwischen der Regelung der Haftung für Hilfspersonen in den Spezialgesetzen und Kausalhaftungstatbeständen einerseits und der allgemein Norm der Haftung für Hilfspersonen in Art. 55 OR andererseits vgl. *Oftinger* II 1, 102 f.

<sup>719</sup> *Oftinger* II 1, 97 f. (mit Nachweisen).

<sup>720</sup> *Oftinger* II 1, 99; vgl. auch *Guhl* 164; *Nater*, 23 mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum (N. 86).

<sup>721</sup> *Guhl* 164 in Verbindung mit 68 f. Der Entlastungsbeweis scheint im schw. Recht wohl eher im Sinne der Ausräumung der Vermutung *subjektiv vorwerfbaren Verhaltens* verstanden zu werden (vgl. etwa *Guhl* *ibid.*; *von Büren* 255). Der so aufgefasste Exkulpationsbeweis ist auch im deutschen Recht nicht zugelassen („objektiver“ Fahrlässigkeitsbegriff). Der deutsche „Exkulpationsbeweis“ (§ 831 BGB) entspricht anscheinend dem schw. „Exzeptionsbeweis“ (Art. 55 OR; vgl. etwa BGr 17.9.1930 BGE 56 II 287: „be-

lasten, dass er den Beweis führt, alle „objektiv gebotenen Maßnahmen“ getroffen zu haben. Nach der schweizerischen Gerichtspraxis ist dieser Entlastungsbeweis nicht leicht zu erbringen.<sup>722</sup>

Eine gewisse Rolle für das fehlende Bedürfnis für die Ausdehnung der Vertragshaftung auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen im schweizerischen Recht dürfte auch der Umstand spielen, dass der in Deutschland (noch?) anerkannte „dezentralisierte Entlastungsbeweis“ nicht zugelassen wird. Ein Geschäftsherr ist somit nicht schon dann von der Haftung freigestellt, wenn er seinen Personalchef bzw. den unmittelbar übergeordneten Vorgesetzten des schädigenden Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat. Er haftet vielmehr nur dann nicht, wenn er den Beweis geführt hat, dass der *unmittelbare Vorgesetzte* der handelnden Hilfsperson die in Art. 55 OR geforderte Sorgfalt angewendet hat.<sup>723</sup>

Das Ergebnis unserer Untersuchung geht dahin, dass in der schweizerischen Rechtsprechung Schadensfälle, die sich im Vorbereich des Vertrages ereignen, nicht nach vertraglichen Grundsätzen, sondern nach den Regeln der unerlaubten Handlung beurteilt werden. Die culpa in contrahendo ist insoweit in keiner ihrer verschiedenen Spielarten (Haftungsvertrag, culpa in contrahendo im engeren Sinn, geschäftlicher Kontakt) von Bedeutung. Ohne Bedeutung ist auch eine Haftung aus sozialem Kontakt.

### **C. Haftpflichtversicherungsrecht**

Ein Grund für die spärlichen einschlägigen Urteilsveröffentlichungen in der Schweiz wird auch darin zu finden sein, dass – ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland – auch in unserem Nachbarland die gewerblichen Betriebe ganz überwiegend eine *Betriebshaftpflichtversicherung* abgeschlossen haben dürften und die weitaus größte Zahl aller Haftpflicht-Schadensfälle auf gutlichem Wege erledigt wird.<sup>724</sup> Dabei ist von Bedeutung, dass

---

stimmt umschriebener Entlastungsbeweis“). Allerdings dürfte die schw. Gerichtspraxis schärfere Sorgfaltsmaßstäbe anlegen. Vgl. die Nachweise in der folgenden N.

<sup>722</sup> Vgl. *Guhl* 164 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Nater* 76 mit N. 149. Vgl. neuerdings BGr 20.5.1969 BGE 95 II 93; 17.2.1970 BGE 96 II 27. Nach herrschender Auffassung ist es ohne Bedeutung, ob das Verhalten des Gehilfen als schuldhaft oder schuldlos zu bezeichnen ist: Vgl. *Offtinger* II 1, 147/148 mit Nachweisen. Anderer Ansicht von *Büren* 254 f.

<sup>723</sup> *Offtinger* II 1, 158/159; *Nater* 46 f.

<sup>724</sup> Nach einer Auskunft des Verbandes schweizerischer Versicherungsgesellschaften gibt es bisher keine publizierten Statistiken über die Anzahl der Versicherungsverträge auf dem Gebiet der Betriebs- und Privathaftpflicht. Die Erfahrungen eines großen schweizerischen Schadensversicherers deuten jedoch auf eine ähnlich weite Verbreitung wenigstens der Betriebshaftpflichtversicherung wie in der Bundesrepublik Deutschland hin. Schätzungsweise dürften 80 % der Betriebe eine derartige Versicherung abgeschlossen haben. Der Prozentsatz der gütlich bereinigten Schadensfälle entspricht in ähnlicher Weise den deutschen Erfahrungswerten: Nach Auskunft des obengenannten Verbandes werden allgemein über

sich nach Art. 59 des schweizerischen Versicherungsvertragsgesetzes die Betriebshaftpflichtversicherung auch auf die privatrechtliche Haftpflicht<sup>725</sup> der *Vertreter* des Versicherungsnehmers sowie auf die „Haftpflicht“ der mit der Leitung der Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen“ (sog. Repräsentanten) erstreckt. Diese Vorschrift ist zwingend<sup>726</sup> und entspricht inhaltlich in etwa § 151 I des deutschen VVG – wie sich das schweizerische und deutsche Privatversicherungsrecht auch sonst in mancher Hinsicht ähneln. Die Haftpflicht-Versicherungsbedingungen in der Schweiz gehen – wie in der Bundesrepublik Deutschland – zumeist über den gesetzlich umschriebenen Personenkreis hinaus und versichern das gesamte Personal gegen die Inanspruchnahme aus persönlicher Haftpflicht.<sup>727</sup> Desgleichen umfasst die Betriebshaftpflichtversicherung wohl regelmäßig auch die Haftpflicht der Versicherten als Eigentümer, Mieter oder Pächter von Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen, soweit sie dem versicherten Betrieb dienen; mitversichert sind also insbesondere die Ansprüche aus Art. 58 OR (Halterhaftung).<sup>728</sup> Die Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn für Schädigungen von Personen und Sachen durch seine Hilfspersonen verliert somit im Bereich des Geschäftslebens ebenso wie in der Bundesrepublik Deutschland ihre praktische Bedeutung.

Die Versicherungen für die Haftpflicht als *Privatmann* oder als *Hausbesitzer* schließen nach den üblichen Bedingungen regelmäßig auch die Haftpflicht von Hilfspersonen ein, soweit sich deren Tätigkeit auf die Angelegenheiten des Versicherungsnehmers bzw. auf

---

99 % der Schadensfälle ohne Prozess erledigt. Diese Auskunft wird auch durch die Bemerkungen *Farners* (80) gestützt.

<sup>725</sup> Zu diesem Begriff im schw. Recht, der in etwa dem dt. Recht entspricht, vgl. *Koenig* 496 ff.

<sup>726</sup> *Koenig* 501.

<sup>727</sup> *Farner* 50 N. 2, 72. Die Prämienhöhe richtet sich nach der Zahl der beschäftigten Personen bzw. der Lohnsumme (*Farner* 86). Bestimmte Betriebe, insbes. Fabriken, unterliegen der obligatorischen staatlichen Unfallversicherung (*Farner* 83 f.). Art. 2 der „Allgemeinen Bedingungen für Haftpflichtversicherung“ (Stand 1967) der *Zürich-Versicherungsgesellschaft* lautet beispielsweise, soweit er hier interessiert: „a) Versichert ist die Haftpflicht der nachstehenden Personen: des Versicherungsnehmers als Betriebsinhaber ... der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb; der Angestellten, Arbeiter und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers (mit Ausnahme von selbständigen Unternehmern und Berufsleuten, deren sich der Versicherungsnehmer bedient, wie Unterakkordanten usw.) aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb ...“ Gleichlautend insoweit Art. 2 der „Allgemeinen Bedingungen für die *Betriebshaftpflichtversicherung* (AVB)“ der *Basler Unfall, Allgemeine Versicherungsgesellschaft* in Basel (Ausgabe A 1967).

<sup>728</sup> So z.B. Art. 1 b Ziff. 1 der „Allgemeinen Bedingungen für Haftpflichtversicherung“ der *Zürich-Versicherungsgesellschaft*. Die genannten Bedingungen umfassen auch die Haftpflicht der oben (N. 727) genannten Personen u.a. aus der Verwendung von Fahrrädern und ihnen hinsichtlich Haftpflicht und Versicherung gleichgestellten Motorfahrzeugen, soweit es sich um Fahrten für den versicherten Betrieb (unter Ausschluss von Fahrten von und zur Arbeit) handelt (Art. 1 b Ziff. 2). Entsprechend lauten die Bedingungen der *Basler Unfall* (N. 727, a.E.) Art. 1 Ziff. 2. Vgl. auch *Farner* 88.

das versicherte Grundstück bezieht.<sup>729</sup> Auch diese versicherungsrechtliche Vertragspraxis ist bei der Beurteilung der Regelung in Art. 55 OR mit in Betracht zu ziehen.

---

<sup>729</sup> - *Privathaftpflicht*: Art. 2 der „Allgemeinen Bedingungen“ für die Privat-Haftpflichtversicherung der Zürich-Versicherungsgesellschaft (Stand 1968) lautet, soweit er hier interessiert: „Versicherte Personen. Als Versicherte gelten: ... das Privatdienstpersonal und die im dienstvertraglichen Verhältnis zum Versicherungsnehmer stehenden, mit der Verwaltung, Wartung und dem Unterhalt der in Pos. 10 des Antrages erwähnten eigenen Gebäude (d.h. insbesondere vom Versicherungsnehmer selbst bewohnten Gebäude) betrauten Personen; die letztgenannten Personen und das Privatdienstpersonal jedoch nur für die Tätigkeit im Dienste des Versicherungsnehmers ...“ Art. 2 III der „Allgemeinen Bedingungen für die Privat-Haftpflichtversicherung“ der Basler-Unfall, Allgemeine Versicherungsgesellschaft in Basel (Ausgabe 1969) lautet: „Mitversichert ist die Haftpflicht der Hausangestellten des Versicherungsnehmers (einschließlich Aushilfen), für Schäden, die sie in dieser Eigenschaft verursachen ...“ - *Haus-Haftpflichtversicherung*: Nach Art. 1 der „Allgemeinen Bedingungen“ für die Haus-Haftpflichtversicherung der Zürich-Versicherungsgesellschaft (Stand 1965) ist „in die Versicherung eingeschlossen ... auch die persönliche Haftpflicht der im dienstvertraglichen Verhältnis zum Versicherungsnehmer stehenden, mit der Verwaltung, Wartung und dem Unterhalt des Gebäudes oder Grundstücks betrauten Personen für Schäden, die sie in Ausübung ihrer dienstlichen Verrichtungen verursachen“. Ähnlich Art. 1 III der „Allgemeinen Bedingungen (AVB)“ für Haus-Haftpflichtversicherung der Basler Unfall, Allgemeine Versicherungsgesellschaft in Basel (Ausgabe B 1966).

## § 4 Frankreich

### A. Einführung

Der französische *code civil* kennt keinen allgemeinen Tatbestand der culpa in contrahendo bzw. *responsabilité précontractuelle*. Einige Einzeltatbestände, die man dem Gedanken der culpa in contrahendo zuordnen könnte,<sup>730</sup> sind für eine Beurteilung der hier fraglichen Fälle von Güterverletzungen im vor-vertraglichen Bereich nicht relevant.

Das französische Haftpflichtrecht weicht in mancher Beziehung stärker vom deutschen Schadensersatzsystem ab als das österreichische und das schweizerische Recht. Diese beiden Rechtsordnungen sind in dem hier interessierenden Bereich der Grundstrukturen des Schadensersatzsystems dem deutschen Recht so nahe verwandt, dass auf eine systematische Einführung verzichtet werden konnte, ohne damit Gefahr zu laufen, von einem falschen Vorverständnis grundlegender Strukturen auszugehen. Die vielfach abweichenden Ansatzpunkte und Entwicklungen des französischen Rechts lassen es dagegen angezeigt erscheinen, mit einer auf unsere Zwecke zugeschnittenen Skizze des Haftpflichtsystems den Hintergrund für die französische Lösung unserer Sachprobleme zu umreißen.

Das französische System der *responsabilité civile* ist von bestechender Durchsichtigkeit. Die Haftung nach Vertragsregeln wird als „besondere“ Haftung, die Deliktshaftung (im weiteren Sinn) als allgemeine Haftung (*responsabilité de droit commun*) verstanden.<sup>731</sup> Demnach fällt jeder Schadenssachverhalt, der nicht in den Bereich der Vertragshaftung gehört, in das Anwendungsgebiet der Deliktsregeln.<sup>732</sup> Die „Spezialität“ der Vertragsordnung findet ihren prozessualen Ausdruck in dem insbesondere von der Rechtsprechung ständig durchgehaltenen Grundsatz des Ausschlusses der deliktischen Haftung, soweit eine Verletzung vertraglicher Pflichten gegeben ist (*théorie du non-concours bzw. non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle*).<sup>733</sup>

---

<sup>730</sup> Insbes. Art. 1599 und Art. 1601 fr.c.c.: Verkauf einer fremden bzw. zugrunde gegangenen Sache.

<sup>731</sup> Heute h.M. Vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 416; *Mazeaud-Tunc* I, Nr. 103 (mit Nachweisen von abweichenden Stimmen aus früherer Zeit in N. 4), Nr. 119; *Mazeaud-de Juglart* II 1, Nr. 391 f.; Cass. civ. 27.2.1929 S. 1929, I, 297. Nachweise zur Konkurrenzfrage s. unten N. 733.

<sup>732</sup> Vgl. z. B. *Marty-Raynaud* II 1, Nr. 367; *Savatier* I, Nr. 108. Dies gilt auch für die Fälle der *responsabilité quasi contractuelle* und *responsabilité légale* (im eigentlichen Sinn): *Mazeaud-Tunc* I, Nr. 103, *Mazeaud-de Juglart* II 1, Nr. 392.

<sup>733</sup> Vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 417 (mit Hinweisen auf hier nicht interessierende Ausnahmen); *Rodière* Nr. 1687; *ders.*, D. 1971 Chron. 46 f.; *Marty-Raynaud* II 1, Nr. 368. Aus der Rspr. vgl. vor allem die Entscheidung Cass. civ. 21.1.1890 S. 1890, I, 408. Weitere Nachweise bei *Marty-Raynaud* (ibid.).

*Vertragshaftung* liegt dann vor, wenn einem Vertragspartner durch die Nichterfüllung bzw. Schlechterfüllung einer Vertragspflicht ein Schaden entstanden ist.<sup>734</sup> Dementsprechend setzt die Haftung zunächst einen (gültigen) Vertrag zwischen Schädiger und Geschädigtem voraus.<sup>735</sup> Darüber hinaus muss der Vertrag eine Pflicht enthalten, deren Nichterfüllung als Ursache des vom Vertragspartner erlittenen Schadens angesehen werden kann.<sup>736</sup> Eine gewisse Tendenz der Rechtsprechung, diese Pflichten mit Hilfe der Auslegung des Vertrags (Art. 1135 fr.c.c.) auszuweiten, ist unverkennbar; insbesondere ist hier auf die *obligations de sécurité* (Sicherungspflichten) bei bestimmten Verträgen (z. B. Transporte, Messeveranstaltungen) hinzuweisen.<sup>737</sup> Wo überhaupt kein Vertrag vorliegt oder aber – bei bestehendem Vertrag – die Schädigung nicht auf die Nicht- bzw. Schlechterfüllung einer Vertragspflicht beruht, ist die Schadenshaftung deliktsrechtlicher Natur. Neben dem hier weniger interessierenden Fall der Vertragsnichtigkeit ist die Haftung demnach vor allem auch dann aquilisch, wenn der Vertrag noch nicht geschlossen ist, man sich also in der *période précontractuelle* befindet.<sup>738</sup>

Die *Deliktshaftung* weicht in einigen Bereichen, die hier wichtig sind, von den bisher untersuchten Rechtsordnungen ab. Im Gegensatz zum deutschsprachigen Rechtskreis haftet der *Geschäftsherr* (*commettant, maître*) strikt für schuldhaftige Schädigungen seitens seiner *Hilfspersonen*, soweit diese in Ausübung ihrer Verrichtungen tätig geworden sind

<sup>734</sup> Vgl. z. B. Colin-Capitant-Julliot de la Morandière II, Nr. 1266; Carbonnier IV, 416; Mazeaud-Tunc I, Nr. 108 ff.

<sup>735</sup> Mazeaud-de Juglart II 1, Nr. 397 f.

<sup>736</sup> Vgl. z. B. Lalou-Azard Nr. 400.

<sup>737</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung beispielsweise Lalou-Azard I, Nr. 130 ff. Jossierand (Etudes Gény II, 340 ff.) nennt diese Vertragsauslegung ein „forçage du contenu contractuel“ (340). Für die „Erfindung“ der *obligations de sécurité* dürfte im Übrigen von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sein, dass es im entscheidenden Zeitraum im französischen Recht weder eine gesetzliche noch eine richterrechtliche Regelung der Gefährdungshaftung gegeben hat, die den Beweis des Verschuldens des Schädigers überflüssig werden lässt. Der Durchbruch der *obligations de sécurité* (de résultat) ist nicht von ungefähr im Falle des Personenbeförderungsvertrags, d.h. des an die Technik ausgelieferten Reisenden, und zu einer Zeit erfolgt, in der die Rspr. die Möglichkeiten des Art. 1384 I fr.c.c. (*responsabilité du fait des choses*) noch nicht wirklich „entdeckt“ hatte: Cass. civ. 21.11.1911 S. 1912 I, 73 Anm. Lyon-Caen; D. 1913, I, 249 Anm. Sarrut. Noch Cass. civ. 10.11.1884 (D. 1885, I, 433) hatte demgegenüber die allgemeine Deliktsregel mit der Folge der Beweislast für den Geschädigten angewandt. – Bezeichnenderweise hatte der Procureur général Sarrut in seiner Stellungnahme (in dem eben erwähnten Rechtsstreit Cass. civ. 21.11.1911) den Art. 1384 nur ganz beiläufig als Drittmeinung erwähnt (ibid. 251, linke Sp.). Die „Entdeckung“ des Art. 1384 I fr.c.c. erfolgte erst in den dreißiger Jahren im Zusammenhang mit den immer zahlreicher werdenden Autounfällen (Carbonnier IV, 379), in denen im Allgemeinen keine Möglichkeit bestand, auf vertragliche *obligations de sécurité* zurückzugreifen, und zum anderen der Schaden endgültig von einem Versicherungsunternehmen zu tragen war. Diese Entwicklung einer prätorischen Rechtschöpfung fand in der Entscheidung der Vereinigten Senate des Kassationshofes vom 13.2.1930 (*affaire Jand'heur*) ihren vorläufigen Abschluss (s. unten N. 745).

<sup>738</sup> Vgl. z. B. Marty-Raynaud II 1, Nr. 367. Die aquilische Haftung wird auch dann angewandt, wenn es sich um eine Gefälligkeitsmitnahme in einem Fahrzeug handelt oder eine Vereinbarung vorliegt, die keine echten Pflichten begründet, wie etwa eine Verlobung (Marty-Raynaud ibid.; Carbonnier IV, 416).

(Art. 1384 V fr.c.c.). Eine Befreiungsmöglichkeit besteht nicht.<sup>739</sup> Insofern kann die Frage der Gehilfenhaftung für die Erstreckung etwaiger vertraglicher Schutzpflichten auf den vorvertraglichen Bereich keine Rolle spielen.<sup>740</sup> Neben der Leutehaftung (Art. 1384 V fr.c.c.) ist in unserem Zusammenhang heute vor allem Absatz 1 des Art. 1384 fr.c.c. von erheblicher Bedeutung. Bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde in diesem Absatz lediglich ein normierungsfreier Überleitungstext von der in Art. 1382 (deliktische Generalklausel) und 1383 geregelten *responsabilité du fait personnel* zur Haftung für *fait d'autrui* (Art. 1384 V) und zur *responsabilité du fait des choses* (Art. 1385, 1386) gesehen.<sup>741</sup> Die *responsabilité du fait des choses* bestand somit zunächst nur für die beiden besonderen Kategorien der Tierhaftung (Art. 1385) und Gebäudehaftung (Art. 1386). Beide Haftungstatbestände spielen in unserem Zusammenhang faktisch keine Rolle. Die relative Bedeutungslosigkeit insbesondere des Art. 1386 fr.c.c. (Gebäudehaftung) dürfte mit auf ein geändertes Verständnis des eben erwähnten Absatzes 1 in Art. 1384 fr.c.c. zurückzuführen sein. Seit der Entscheidung des Kassationshofes vom 16. Juni 1896<sup>742</sup> wurde dem erwähnten Überleitungssatz der Charakter einer „*règle générale sur la responsabilité du fait des choses*“ zuerkannt,<sup>743</sup> also die Rechtsnormqualität dieses Satzes „entdeckt“. Im Laufe der Zeit leitete die französische Rechtsprechung aus diesem Satz eine umfassende, noch weit über die Werkhaftung des schweizerischen Rechts (Art. 58 OR) hinausgehende Haftung des Halters (*gardien*) von beweglichen oder unbeweglichen Sachen<sup>744</sup> ab. Der endgültige Durchbruch bei der Ausbildung dieser allgemeinen Halterhaftung war die Entscheidung der vereinigten Kammern des Kassationshofes vom 13.2.1930 in der *affaire Jand'heur*.<sup>745</sup> Seither besteht eine Haftungsvermutung (*présomption de responsabilité*) gegenüber demjenigen, der „*l'usage, la direction et le contrôle*“<sup>746</sup> einer irgendwie beschaffenen, beweglichen oder

<sup>739</sup> Vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 356.

<sup>740</sup> Vgl. auch *Serick*, *Rev.int.dr.comp.* 7 (1955) 569. Die Haftung für fahrlässig verursachte *Vermögensschädigungen* auch außerhalb einer schuldrechtlichen Sonderverbindung (Art. 1382 fr.c.c.) ist in unserem Zusammenhang nicht von Bedeutung.

<sup>741</sup> Vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 367; *Ripert-Boulanger* II, Nr. 1030 ff. Art. 1384 I lautet: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, [= Art. 1382, 1383] mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, [= Art. 1384 IV, V] ou des choses que l'on a sous sa garde“ [= Art. 1385, 1386].

<sup>742</sup> D. 1897, I, 433 Anm. *Saleilles*; S. 1897, I, 27 Anm. *Esmein*.

<sup>743</sup> *Ripert-Boulanger* II, Nr. 1032; *Carbonnier* IV, 367.

<sup>744</sup> Im Anwendungsbereich der Art. 1385 (Tierhaftung) und 1386 (Gebäudehaftung) findet Art. 1384 als allgemeinere Norm keine Anwendung: vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 379.

<sup>745</sup> *Cass. civ.* 21.2.1927 [S. 1927, I, 137 Anm. *Esmein*; D.P. 1927, I, 97 Anm. *Ripert*], und – nach der gegenteiligen Entscheidung der Cour d'appel de Lyon [7.7.1927, D.H. 1927, 423], an die die Streitsache zur erneuten Entscheidung verwiesen worden war – *Cass. chambres réunies* 13.2.1930, S. 1930, I, 121 Anm. *Esmein*; D.P. 1930, I, 57 Anm. *Ripert*). Zur Beweislastfrage vgl. unten bei N. 752.

<sup>746</sup> So die ständige Rspr.: vgl. z. B. *Cass. civ.* 5.1.1956 D. 1957, 261 Anm. *Rodière*; J.C.P. 1956, II, 9095 Anm. *Labou-Azard*.

unbeweglichen, gefährlichen oder ungefährlichen, von Menschen in Bewegung gesetzten oder „selbständigen“ Sache hat, sofern diese einen Schaden verursacht.<sup>747</sup> Im Gegensatz zu anderen Entlastungsgründen<sup>748</sup> kann sich der *gardien* (Halter) der Sache durch den Beweis fehlenden Verschuldens nicht von der Haftung befreien.<sup>749</sup> Diese weite Auslegung des Art. 1384 I fr.c.c. schränkt naturgemäß das Anwendungsgebiet der deliktischen Verschuldenshaftung (Art. 1382 fr.c.c.) ganz erheblich ein.<sup>750</sup> Soweit sich die Anwendungsbereiche der Art. 1384 I (Halterhaftung) und 1384 V (Haftung für Hilfspersonen) fr.c.c. überschneiden sich, kann sich der Geschädigte im Schadensfall möglicherweise auf beide Vorschriften berufen.<sup>751</sup>

Die Zuordnung eines Sachverhalts zur Delikts- oder Vertragsordnung hat wegen der in beiden Bereichen vielfach unterschiedlichen Regelungen erhebliche Bedeutung. Von den Unterschieden zwischen Vertrags- und Deliktshaftung<sup>752</sup> war bei den hier interessierenden Fällen die Frage der *Beweislast* oft von streitentscheidender Bedeutung, während die übrigen Regelungsdifferenzen bei den Entscheidungen keine Rolle gespielt haben. Wir dürfen uns daher auf eine Skizze der Entwicklung der für das Verständnis der französischen Problemlösung wichtigen Beweislastfrage beschränken.

Die Grundregeln zur Beweislast lauteten ursprünglich: Im *Vertragsrecht* wird die Haftung des Schuldners vermutet. Dieser kann sich nur durch den Nachweis entlasten, dass der Schaden auf eine *cause étrangère* zurückzuführen ist (Art. 1147 fr.c.c.);<sup>753</sup> der Beweis sorgfältigen Verhaltens (Exkulpation) befreit den Schuldner nicht. Eine Haftung aufgrund der *deliktischen Generalklausel* des Art. 1382 fr.c.c. setzt dagegen voraus, dass der Ver-

<sup>747</sup> Vgl. z. B. Carbonnier IV; 380 ff.

<sup>748</sup> Zu möglichen Entlastungsgründen s. unten bei N. 757.

<sup>749</sup> So seit dem *arrêt Jand'heur* Cass. civ., chambres réunies 13.2.1930 (oben N. 745). Über die andere Auslegung des Art. 2317 Louisiana Civil Code, der etwa Art. 1384 fr.c.c. entspricht, s. *Theall*, Tulane L. Rev. 43 (1968-1969).

<sup>750</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung z. B. *Lalou-Azard* I, Nr. 326 ff.

<sup>751</sup> Vgl. Cass. civ. 19.6.1969 Bull. 1969, II, Nr. 224 (Autounfall durch einen Angestellten, dessen Verschulden nicht bewiesen war; Kassation des Instanzurteils zur Prüfung der Haftung nach Art. 1384 I fr.c.c. - Halterhaftung).

<sup>752</sup> Die wichtigsten rechtlichen Unterschiede (vgl. hierzu etwa die Darstellung bei *Lalou-Azard* Nr. 415 ff.): - *Beweislast*: vgl. dazu oben im Text; - *Schadensumfang*: Nach Art. 1150 fr.c.c. wird bei Vertragsverletzung nur der *voraussehbare* Schaden ersetzt.; - *Haftungsausschluss* wirkt nur gegenüber vertraglicher Haftung; - *Verjährung*: Ein Anspruch aus Delikt, das gleichzeitig eine Straftat darstellt, verjährt mit dem öffentlichen Strafanspruch in einem Jahr (Übertretung), in drei (Vergehen) oder in zehn (Verbrechen) Jahren (Art. 7-10 Code de procédure pénale). Die gewöhnliche Verjährungsfrist beträgt demgegenüber für vertragliche und deliktische Ansprüche nach Art. 2262 fr.c.c. 30 Jahre; - *Verantwortungsfähigkeit*: Deliktsfähig sind auch die *incapables*, soweit sie über ein genügendes Unterscheidungsvermögen (*discernement*) verfügen; dagegen können die *incapables* sich vom Vertrag und damit auch von den Folgen einer etwaigen Vertragsverletzung lösen (*Lalou-Azard* Nr. 605).

<sup>753</sup> Vgl. z. B. Carbonnier IV 246. Die *cause étrangère* wird in *force majeure* („höhere Gewalt“), *fait du créancier* („Gläubigerverschulden“) und *fait d'un tiers* („Drittverschulden“) aufgegliedert: z. B. Carbonnier IV 242 ff.



letzte eine *faute* (Verschulden) des Schädigers beweist.<sup>754</sup> Diese Regeln erfuhren im Laufe der Rechtsentwicklung gerade in unserem Interessensfeld wichtige Modifizierungen. Im *Vertragsrecht* gilt die Haftungsvermutung bei den hier interessierenden Sicherungspflichten nur, wenn es sich um eine *obligation de sécurité de résultat* (Sicherungsgarantie) handelt. Soweit eine Sicherungspflicht nur als *obligation de moyens* (einfache Sicherungspflicht) angesehen wird, hat der Verletzte – wie im gemeinen Deliktsrecht – eine *faute* des Schädigers zu beweisen.<sup>755</sup> Eine *obligation de sécurité de résultat* anerkennt die französische Rechtsprechung neuerdings nurmehr in den Bereichen, in denen der Geschädigte keinerlei Initiative ergreift bzw. nicht aktiv mitwirkt, in Situationen also, in denen er dem Fachmann und dessen Apparaten ausgeliefert ist.<sup>756</sup>

Im *Deliktsrecht* hat die Praxis die ursprüngliche Grundregel der Beweislastverteilung im Laufe der Zeit gerade hinsichtlich der für unsere Fälle sehr wichtigen Norm des Art. 1384 I fr.c.c. entscheidend modifiziert: Heute muss der Halter der Sache die bestehende Haftungsvermutung entkräften. Er kann dies jedoch ebenso wenig wie im Vertragsrecht durch den Nachweis sorgfältigen Verhaltens (Exkulpation), sondern nur durch den Beweis von *force majeure* (höhere Gewalt), *faute de la victime* (Eigenverschulden des Opfers) oder *fait d'un tiers* (Drittverschulden) erreichen.<sup>757</sup> „Beweislastumkehr“ in den hier einschlägigen Fällen bedeutet somit etwas anderes als im deutschen Recht, das anstelle eines *numerus clausus* von bestimmt umschriebenen Befreiungsgründen den allgemeinen Nachweis standardkonformen Verhaltens als Entlastung zulässt. Dies gilt es vor Augen zu haben, wenn hier von „Beweislastumkehr“ oder von „Haftungsvermutung“ gesprochen wird.

Die hier angedeutete Entwicklung der Beweislastregelungen in *beiden* Bereichen hat dazu geführt, dass man in der Frage der Beweislast heute kaum mehr nach der Zugehörigkeit zu den Kategorien Vertrag/Delikt unterscheidet, sondern im Anschluss an *Henri Mazeaud*<sup>758</sup> die *Art der verletzten Pflicht* für entscheidend hält. *Mazeaud* unterscheidet die „*simple obligation générale de prudence et diligence*“ (oder „*de moyen*“) und die „*obligation déterminée*“ (oder „*de résultat*“). Im ersten Fall liegt eine Pflichtverletzung nur bei *imprudence ou négligence* vor, die der Verletzte beweisen muss. Im zweiten Fall ist

<sup>754</sup> S. z. B. *Carbonnier* IV 325/326.

<sup>755</sup> Vgl. etwa *Marty-Raynaud* II 1 Nr. 470.

<sup>756</sup> *Marty-Raynaud* *ibid.* (letzte N.). Eine *obligation de sécurité de résultat* wird von der Rspr. vor allem bei Transportverträgen angenommen, während in den übrigen Fällen eine Tendenz zur *obligation de moyens* nicht zu übersehen ist (vgl. *Julliot de la Morandière* II Nr. 446). Die Unterscheidung von *obligation de résultat* und *obligation de moyens* geht auf *Demogue* (V Nr. 1237) zurück. Zur neueren Terminologie vgl. oben im Text.

<sup>757</sup> Vgl. z. B. *Carbonnier* IV 325/326.

<sup>758</sup> Vgl. z. B. *Mazeaud-de Juglart* II 1 Nr. 377, 394.

Nichterfüllung (Pflichtverletzung) schon dann gegeben, wenn das erstrebte Ergebnis nicht erreicht worden ist. Hier kann der Schuldner seiner Haftung nur durch den Beweis entrinnen, dass die Nichterfüllung (Pflichtverletzung) auf eine *cause étrangère* zurückzuführen ist. *Beide* Arten von Pflichten gibt es aber sowohl im Vertrags- als auch im Deliktsbereich.<sup>759</sup> Ob die eine oder die andere Art der Pflicht mit der entsprechenden Beweislastfolge vorliegt, ist eine Frage der Auslegung durch die Gerichte: entweder der Vertragsauslegung oder – im Deliktsbereich – der Gesetzesauslegung. Die Befugnis zur Auslegung bedeutet gleichzeitig die Möglichkeit der Differenzierung. So hat es die Rechtsprechung in der Hand, Vertragspflichten als *obligations déterminées* oder aber als *obligations générales de prudence et diligence* zu qualifizieren – sogar für verschiedene Stadien desselben Vertrages unterschiedlich. Die entsprechende Qualifizierungsmöglichkeit steht der Rechtsprechung aber auch im Deliktsbereich offen, insbesondere durch die Beurteilung eines Falles nach den Art. 1384-1386 fr.c.c. Die Zuordnung eines Sachverhalts zum vertraglichen oder deliktischen Bereich spielt daher für die Beweislastfrage *heute* keine entscheidende Rolle mehr. Ohne die Kenntnis der entsprechenden *Rechtsentwicklung* sind jedoch die sich wandelnden Stellungnahmen der französischen Doktrin und Praxis zu unserem Problemkreis nicht zu verstehen.

## **B. Culpa in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten**

Auf dem Hintergrund der eben skizzierten Entwicklung des französischen Haftpflichtrechts untersuchen wir im Folgenden die Anerkennung des Instituts der culpa in contrahendo bei Personen- und Sachschädigungen vor und während der Vertragsverhandlungen in Schrifttum (I) und Rechtsprechung (II). Anschließend gehen wir der tatsächlichen Entscheidung der hier interessierenden Fallgruppen im französischen Recht nach (III).

### **I. Schrifttum**

Das Problem einer *responsabilité précontractuelle* (vor-vertraglichen Haftung) wurde im französischen Schrifttum erstmals im Jahre 1907 von *Raymond Saleilles*<sup>760</sup> aus Anlass einer 1906 von dem Italiener *Fagella*<sup>761</sup> vorgeschlagenen Theorie aufgeworfen. Auf diese Untersuchung von *Saleilles* geht auch der Ausdruck „*responsabilité précontractuelle*“ zu-

<sup>759</sup> Vgl. zu alledem *Mazeaud-de Juglart* II 1 Nr. 377, 394 und *Mazeaud-Tunc* I Nr. 103-2 bis 103-10; *Lalou-Azard* I Nr. 113, *van Ryn* Nr. 17.

<sup>760</sup> *Saleilles*, *Rev.trim.* 6 (1907) 697 ff.

<sup>761</sup> *Fagella*, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica* (Studi giuridici in onore di C. Fadda, 1906, Bd. III 271 ff.).

rück, der in Frankreich die *Jheringsche* Wortschöpfung der culpa in contrahendo in den Hintergrund gedrängt hat. Bis zu der eben genannten Abhandlung war im Zusammenhang mit einer derartigen Haftung nur die eventuelle Schadensersatzpflicht bei Widerruf einer (nichtbindenden) Offerte behandelt worden.<sup>762</sup> Demgegenüber erörterte *Saleilles* – unter dem Einfluss der erwähnten Abhandlung *Fagellas*<sup>761</sup> – im Zusammenhang mit der *responsabilité précontractuelle* auch das allgemeine Problem des Abbruchs von Vertragsverhandlungen.<sup>763</sup> Vor-vertragliche Erhaltungspflichten in dem hier gemeinten Sinne erwähnt *Saleilles* in seiner für das französische Recht grundlegenden Untersuchung mit keinem Wort. Den von *Jhering* – neben dem Offertenwiderruf – im Zusammenhang mit der culpa in contrahendo weiter behandelten Problembereich der Schadensersatzhaftung bei nichtigen Verträgen berührt *Saleilles* bei seinen Erörterungen nicht, obwohl er sich mit der Lehre *Jherings* auch insoweit schon 1889 bzw. 1901 in seiner „*Théorie générale*“<sup>764</sup> eingehend auseinandergesetzt hatte.

In der späteren literarischen Erörterung der Haftung während der *période précontractuelle* ist diese Terminologie *Saleilles*‘ und die entsprechende Zuordnung der Sachprobleme nur teilweise beibehalten worden. Die unter der Bezeichnung „*responsabilité précontractuelle*“ oder culpa in contrahendo erörterten Problembereiche variieren; das *Verhältnis* von culpa in contrahendo und *responsabilité précontractuelle* erfährt unterschiedliche Beurteilungen.<sup>765</sup> In unserem Zusammenhang ist nur von Bedeutung, dass das ganz überwiegende

<sup>762</sup> *Saleilles*, *ibid.* (N. 760) 697.

<sup>763</sup> *Saleilles*, *ibid.* (N. 760) 734 ff.

<sup>764</sup> Nr. 153 ff. Die Problematik des Schadensausgleichs bei nichtigen Verträgen behandelt er hier unter der Überschrift: „*Dommages-intérêts pour nullité de contrat*“. Vgl. ferner *Saleilles*, *Déclaration* (1901) 44 ff., 343 ff.

<sup>765</sup> Ein Teil des Schrifttums versteht unter *responsabilité précontractuelle* nur die Haftung wegen nicht-perfizierten Vertrages – sei es wegen Offertenwiderrufs (*Lalou-Azard* I, Nr. 115; vgl. auch *Carbonnier* IV, 416), sei es wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen (*Demogue* II, Nr. 554). Teilweise erörtert man unter dem Stichwort der *responsabilité précontractuelle* neben den eben genannten Fragen auch die Haftung wegen *nullité du contrat* (*Gaudemet* 198) oder *refus de contracter* (*Roubier* 120 ff.). Andere fassen die Fälle des Offertenwiderrufs und der Abschlusspflichtverletzung (*refus de contracter*) unter „*faute précédant le contrat*“ zusammen (*Lalou-Azard* Nr. 401). Wieder andere verstehen unter *responsabilité précontractuelle* die Haftung wegen *rupture de pourparlers (contrat manqué)* und *contrat nul*: so wohl *Dalloz*, *Rep. civ.*, sub „*responsabilité civile*“ Nr. 577 ff.; *Hilsenrad* Nr. 4. Unter der Überschrift „culpa in contrahendo“ wird ebenfalls völlig Verschiedenes behandelt – wenn auch die traditionelle Auffassung *Jherings* zu überwiegen scheint. So verstehen den Anwendungsbereich der c.i.c. im *Jheringschen* Sinne: *van Ryn* Nr. 99 f.; *Baudry-Lacantinerie/Barde* Nr. 362; *Demogue* II, Nr. 559 und V, Nr. 1240; *Brun* Nr. 133 ff., Nr. 141. Für *Weill* (Nrn. 340, 341, 763) ist die c.i.c. mit der als Delikt eingeordneten *responsabilité en cas d'annulation du contrat* (Vertragsanfechtung) gleichbedeutend. Manche zählen darüber hinaus auch den Fall der Abschlusspflichtverletzung (*refus de contracter*) zur c.i.c.: *Mazeaud-Tunc* I, Nr. 116 ff. Das Verhältnis von culpa in contrahendo und *responsabilité précontractuelle* wird kaum erörtert. Lediglich *Carbonnier* (IV, 62) setzt beide Institutionen gleich, ohne auf die sich aus der Literatur ergebende Unsicherheit des Verhältnisses der beiden Haftungsformen einzugehen. Insgesamt ist festzustellen, dass weder für die *responsabilité précontractuelle* noch die culpa in contrahendo ein klar abgegrenztes Anwendungsgebiet anerkannt ist. Die Wahl des einen oder anderen Ausdrucks scheint keine grundsätz-

Schrifttum jedenfalls hinsichtlich der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten mit *Saleilles* übereinstimmt: Diese Pflichten werden bis auf ganz wenige Ausnahmen bei der Erörterung einer Haftung in der *période précontractuelle* (*responsabilité précontractuelle* bzw. *culpa in contrahendo*) nicht einmal erwähnt.<sup>766</sup> Dabei spielt es auch keine Rolle, ob man die *culpa in contrahendo* als vertragliche<sup>767</sup> oder – ganz überwiegend – als deliktische<sup>768</sup> Haftung versteht. Aus dem Kontext und den gewählten Beispielen ergibt sich eindeutig, dass die hier interessierenden Fälle nicht im Zusammenhang mit der *responsabilité précontractuelle* bzw. *culpa in contrahendo* gesehen werden.<sup>769</sup> Auch *Lacombe*<sup>770</sup>, der in einem längeren grundsätzlichen Aufsatz die Frage der Haftpflicht von Geschäftsinhabern bei Unfällen erörtert und dabei die *période précontractuelle* ausdrücklich mit einbezieht,<sup>771</sup> erwähnt den Haftungstatbestand der *culpa in contrahendo* bzw. *responsabilité précontractuelle* mit keinem Wort. Nur *Mazeaud-Tunc*, *Rodière*, *Hilsenrad* und *Demogue* betreffen diese Fallgruppe mehr oder weniger beiläufig.

*Mazeaud-Tunc* weisen – bezeichnenderweise am Ende einer längeren Fußnote – auf das „*problème très différent*“<sup>772</sup> des Beginns und des Endes der „*obligation de sécurité des magasins à l'égard d'un client*“ hin und geben im Anschluss daran noch eine Referenz für die Behandlung der entsprechenden Frage beim Transportvertrag.<sup>773</sup> Das Erhaltungspflichtproblem wird also gerade *nicht* in Zusammenhang mit der *responsabilité précontractuelle* bzw. *culpa in contrahendo* gebracht, sondern als Frage des Beginns der Haftung

---

liche Bedeutung zu haben, sondern eher auf dem persönlichen Vorzug des jeweiligen Autors zu beruhen. jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass nur die *Jheringschen* Fälle unter der Bezeichnung *culpa in contrahendo* behandelt würden und die restlichen Sachverhalte, die zu Haftung im vor-vertraglichen Bereich Anlass geben könnten, der „*responsabilité précontractuelle*“ zugeordnet wären. Ebenso wenig ist es möglich, die Trennung zwischen den beiden „Instituten“ danach zu treffen, ob es sich um nicht-perfizierte (*responsabilité précontractuelle*) oder aber perfizierte, jedoch nichtige Verträge (*culpa in contrahendo*) handelt. Es lässt sich lediglich feststellen, dass in der französischen Literatur im Rahmen der Haftung in der „*période précontractuelle*“ folgende Fälle behandelt werden: *rupture des pourparlers* (Abbruch der Vertragsverhandlungen); *retrait d'offre* (Offertenwiderruf); *refus de contracter* (Vertragsabschlusspflichtverletzung); *nullité du contrat* (Vertragsnichtigkeit); *dol et violence „incidents“* (d.h. nicht zur Nichtigkeit führende Arglist und Drohung).

<sup>766</sup> *Brun* Nr. 128 ff.; *Colin-Capitant-Julliot de la Morandière* II Nr. 1270; *Carbonnier* IV 62, 416; *Crome* 39; *Dalloz*, Rep.civ., sub „*responsabilité civile*“ Nr. 577 ff.; *Demogue* II Nr. 553; *Julliot de la Morandière* Nr. 693; *Lalou-Azard* Nrn. 401, 646; *Marty-Raynaud* II 1, Nrn. 214, 367-2; *Planiol-Ripert/Esmein* VI Nr. 131 N. 2; *Ripert-Boulanger* II Nr. 765 f.; *Roubier* 120 ff.; *van Ryn* Nr. 99 f.; *Lalou-Azard* I Nr. 114 ff.

<sup>767</sup> Z. B. *Planiol-Ripert/Esmein* *ibid.* (N. 766).

<sup>768</sup> Z. B. *Brun*, *Colin-Capitant-Julliot de la Morandière*, *Carbonnier*, *Lalou-Azard*, *Marty-Raynaud*, *Ripert-Boulanger*, *Weill* alle *ibid.* (N. 766).

<sup>769</sup> Vgl. auch *Nirk* 69 N. 5 und *Ulrich Hübner* 22 N. 44.

<sup>770</sup> *Lacombe*, Rev. trim. 61 (1963) 242-275.

<sup>771</sup> *Lacombe*, *ibid.* (letzte N.) 242: „*acheteurs futurs ou virtuels*“.

<sup>772</sup> Sc. von der Haftung in der *période précontractuelle*.

<sup>773</sup> *Mazeaud-Tunc* I Nr. 116 N. 1 *in fine*.

aus *Vertrag* – im Gegensatz zur Deliktshaftung – gesehen. *Rodière*<sup>774</sup> erörtert in unserem Zusammenhang einschlägige Transportvertrags-Fälle ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der „*durée de la situation contractuelle*“, d.h. der Abgrenzung des Geltungsgebietes von Delikts- und Vertragshaftung. Er schließt seine Bemerkungen mit der Feststellung, dass die „*responsabilités dites ‚précontractuelle‘ et ‚postcontractuelle*“ zum Deliktsbereich gehörten. Für *Rodière* ist die *responsabilité précontractuelle* in diesem Zusammenhang also nur eine besondere Sachverhaltsgruppe, ein spezieller Anwendungsfall der aquilischen Haftung ohne rechtliche Besonderheiten. *Hilsenrad*, der in seiner Arbeit<sup>775</sup> gerade die im Stadium der Vertragsvorbereitung möglicherweise entstehenden Pflichten behandelt, spricht zwar gelegentlich<sup>776</sup> im Zusammenhang mit Unfällen während der Phase der Vorbereitung eines Vertragsschlusses von *responsabilité précontractuelle*, meint aber damit – wie *Rodière* – keine spezifische, rechtlich besonders ausgestaltete Haftung in *contrahendo*, sondern lediglich die sich im Vorbereitungsstadium eines Vertrages ereignenden Verletzungen deliktischer oder vertraglicher Haftungsnormen. *Hilsenrad* schließt sich dabei grundsätzlich der französischen Rechtsprechung an, die diese Fälle nach den Regeln der aquilischen Haftung (Art. 1382-1386 fr.c.c.) beurteilt.<sup>777</sup> *Demogue* nimmt bei der Erörterung des Problems von Unfällen während der Vertragsverhandlungen lediglich auf die Deliktshaftung (Art. 1384 ff. fr.c.c.) Bezug.<sup>778</sup>

### Zusammenfassung

Das französische Schrifttum kennt keine *vertragsartige* Verantwortlichkeit für Personen- und Sachschädigungen in der *période précontractuelle* im Sinne einer „dritten“, zwischen

---

<sup>774</sup> *Rodière* Nr. 1677.

<sup>775</sup> Der Titel lautet: „Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat“ (1932).

<sup>776</sup> *Hilsenrad* Nr. 129.

<sup>777</sup> *Hilsenrad* 186; ebenso im Ergebnis *Cohérier* (58 f.), der unter dem Titel „Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats“ im Übrigen nahezu ausschließlich (vgl. z. B. 7/8, 52) die Haftung wegen Abbruchs der Vertragsverhandlungen erörtert. Mittels vertraglicher Haftung will *Hilsenrad* lediglich Lücken füllen, von denen zwei für uns von Bedeutung sind (187 f.): 1.) Kaufinteressenten, die bei einer Probefahrt in dem eventuell zu kaufenden Wagen verletzt werden (weitere Nachweise unten N. 789) und 2.) Unfälle während „travail à essai“. Die erste Fallgruppe wird heute von der Rechtsprechung nach Art. 1384 I fr.c.c. in befriedigender Weise entschieden (vgl. unten § 4 B. III. 2. a., S. 208). Zum Zeitpunkt des entsprechenden Vorschlages *Hilsenrads* (1932) hatte der Kassationshof die Anwendung der genannten Vorschrift dagegen noch mit der (leider unzutreffenden) Begründung abgelehnt, dass ein Auto für die Insassen nicht gefährlich sei (7.1.1929, S. 1929, I, 249). Die zweite Fallgruppe fällt heute im Wesentlichen unstreitig in den Vertragsbereich, da das Arbeitsverhältnis auf Probe – im Gegensatz zu 1932 (vgl. *Hilsenrad* Nr. 140 ff. mit Nachweisen) – als echter Vertrag (mit Rücktrittsmöglichkeit) aufgefasst wird (*Camerlynck*, *Contrat de travail* Nr. 81). Eine außervertragliche Haftung käme heute allenfalls noch während der zeitlich eng begrenzten „épreuves préliminaires“ in Betracht. Auch hier könnte wohl jetzt mit dem gegenüber 1932 weiter entwickelten Art. 1384 I fr.c.c. in befriedigender Weise geholfen werden.

<sup>778</sup> *Demogue* II Nr. 553 quater.

der Vertrags- und Deliktsordnung stehenden Haftung. Die hier interessierenden Sachverhalte werden in den Deliktsbereich eingeordnet, soweit dessen Normen nicht durch die speziellere Vertragsordnung verdrängt werden.<sup>779</sup>

## II. Rechtsprechung

Das eben für das Schrifttum festgestellte Ergebnis trifft auch für die französische Rechtsprechung zu. In keinem mir bekannt gewordenen Urteil wird die Frage einer mit vertragsartigen Rechtsfolgen ausgestatteten *responsabilité précontractuelle* auch nur angedeutet. Die Judikatur kennt lediglich die Alternative der vertraglichen bzw. deliktischen Haftung. Mit Rücksicht auf die Verdrängungswirkung der Vertragsordnung<sup>779</sup> bedeutet der Augenblick des Vertragsschlusses die Zäsur zwischen den Anwendungsbereichen der Delikts- bzw. Vertragsregeln. Damit wird die Festlegung dieses Zeitpunktes zu einem Hauptproblem hinsichtlich der hier interessierenden Fallgruppen. Daneben ist neuerdings die Frage von besonderer Bedeutung geworden, ob und wann eine vertragliche Sicherungspflicht eine Haftungsvermutung mit sich bringt, d.h. als eine *obligation „déterminée“ de sécurité* anzusehen ist. Die Stellungnahme der Rechtsprechung und der daran anschließenden Literatur zu diesen Problemen und damit die tatsächliche Lösung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen im französischen Recht soll im Folgenden am Beispiel der beiden praktisch wichtigen Fälle des Personenbeförderungs- sowie des Kaufvertrags dargestellt werden.

## III. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden

### 1. Personenbeförderungsverträge

Für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterscheidet man im französischen Recht zwei verschiedene Fallgruppen: Zum einen den Fall, dass der Zugang zu den Transportmitteln nur demjenigen gestattet ist, der einen Fahrausweis besitzt, zum anderen den Fall des freien Zutritts zu dem Verkehrsmittel. Die erste Situation ist bei Bahnhöfen mit Sperre, Busbahnhöfen, Flughäfen sowie bei der Pariser U-Bahn gegeben. Die zweite finden wir bei der Beförderung mit der Straßenbahn, mit Bussen und Taxen. Für die erste Fallgruppe wird der Vertragsschluss im Augenblick der Entrichtung des Fahrpreises und Aushändi-

---

<sup>779</sup> Vgl. oben bei und in N. 733.

gung des Fahrausweises gesehen.<sup>780</sup> Besteht dagegen freier Zugang zu dem gewählten Verkehrsmittel, so wird der Vertrag in dem Augenblick geschlossen angenommen, in dem der Reisende befugter Weise das Fahrzeug betritt – gleichgültig, wann der Kaufpreis zu entrichten ist.<sup>781</sup>

In den genannten Zeitpunkten beginnen die Vertragspflichten der Parteien und damit auch die *obligations de sécurité*, die – seit der Entscheidung des Kassationshofs v. 21.11.1911<sup>782</sup> – den Transportunternehmer grundsätzlich verpflichten, den Reisenden unverletzt („*sain et sauf*“) an seinen Bestimmungsort zu bringen. Damit ist die Sicherungspflicht in diesen Fällen als *obligation de résultat (obligation déterminée)* mit den (oben A., S. 197) beschriebenen Folgen qualifiziert. Der Beginn dieser *obligation de résultat* fällt bei der Beförderung durch Busse und Straßenbahnen mit dem befugten Betreten des Fahrzeuges zusammen. Unfälle während des Einsteigens werden dabei in den Schutzbereich der vertraglichen *obligation déterminée de sécurité* miteinbezogen.<sup>783</sup> In der anderen Fallgruppe besteht von jeher darin Einigkeit, dass die *obligation de sécurité-résultat* jedenfalls mit dem Betreten des Verkehrsmittels, jedoch keinesfalls vor der Kontrolle der Fahrausweise an der Sperre einsetzt. Streitig war dagegen gewesen, ob in dem Zeitraum vom Betreten des umgrenzten Areals bis zu Einsteigen in das Verkehrsmittel selbst eine *obligation déterminée* oder aber eine *simple obligation générale de prudence et diligence* anzunehmen sei. Gegen die Haftungsvermutung für diesen Zeitraum hatte sich ein großer Teil des Schrifttums ausgesprochen.<sup>784</sup> Dagegen wollte die Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit hinein die *obligation de sécurité-résultat* mit dem Betreten des abgesperrten Geländes beginnen und erst mit dem Verlassen dieses Areals enden lassen.<sup>785</sup> Erst mit der Ent-

<sup>780</sup> Rodière, in: Dalloz, Rép. droit comm. I Nr. 411 ff.; ders., Droit des transports III Nr. 1164; Julliot de la Morandière-Rodière-Houin II Nr. 213. Widersprüchlich Ripert-Roblot II Nr. 2615. Mazeaud-Tunc I, [1965] Nr. 122-2) scheinen den Vertragsschluss im Augenblick des Lochens des Fahrausweises sehen zu wollen. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass damit wohl die *obligations de résultat* zeitlich und räumlich beschränkt werden sollen, die von der Rspr. bis zur Entscheidung des Kassationshofes vom 1.7.1969 (D. 1969, 640) für die ganze Dauer des Beförderungsvertrages anerkannt worden waren.

<sup>781</sup> Rodière, in: Dalloz, Rép. droit comm. I Nr. 414; Rodière, Droit des transports III Nr. 1166 (mit Rechtsprechungsnachweisen); Julliot de la Morandière-Rodière-Houin II Nr. 213; Ripert-Roblot II, Nr. 2615; Mazeaud-Tunc I, Nr. 122-2 (mit Nachweisen aus der Rspr. in N. 6).

<sup>782</sup> Oben N. 737.

<sup>783</sup> Vgl. z. B. Rodière, Droit des transports III, Nr. 1214; Cass. civ. 2.12.1969 D. 1970, 104; zustimmende Anmerkung G.C.-M. (Taxifahrt).

<sup>784</sup> Vgl. z. B. Esmein, D. 1964, 359; Mazeaud-Tunc I, Nr. 122-2; Tunc, Rev. trim. 1961, 670; Rodière, ibid. (letzte N.) Nr. 1213; ders. J.C.P. 1961, II, 12217. Rodière will allerdings *vertragliche* Pflichten *überhaupt* erst mit dem Betreten des Verkehrsmittels beginnen lassen und den davor liegenden Bereich dem Deliktsrecht unterwerfen: so insbes. D. 1971 Chron. 47 f.; ebenso Abadir, D. 1970, 769 (Anm. zu Cass. civ. 21.7.1970 D. 1970, 767).

<sup>785</sup> Siehe beispielsweise die letzte, in dieser Hinsicht eindeutige Entscheidung Cass. civ. 17.5.1961 Bull. 1961, I, Nr. 254.

scheidung der ersten Kammer des Kassationshofes vom 1. Juli 1969<sup>786</sup> hat sich die Rechtsprechung der Auffassung des Schrifttums angeschlossen, so dass heute die Beweislastumkehr (Haftungsvermutung) für *alle* Beförderungsverträge *einheitlich* erst in dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Reisende das Beförderungsmittel selbst besteigt.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die culpa in contrahendo bzw. *responsabilité précontractuelle* bei Unfällen im Zusammenhang mit Beförderungsverträgen in der Rechtsprechung überhaupt nicht erörtert wird. Die Haftung ist deliktischer Natur bis zum Augenblick des Vertragsschlusses. Danach greifen die vertraglichen Haftungsregelungen ein. Bemerkenswert ist, dass der Eintritt der Beweislastumkehr nicht an den Augenblick des Vertragsschlusses geknüpft ist, sondern die Haftungsvermutung erst dann beginnt, wenn sich der Reisende anschickt, das Verkehrsmittel selbst zu betreten. Rechtstechnisch wird dies dahin ausgedrückt, dass die vertragliche *obligation de sécurité* in diesem Augenblick von einer *obligation générale de prudence et diligence* in eine *obligation déterminée* umschlägt. Das französische Recht zieht also die Trennungslinie für die Verteilung der Beweislast in diesen Fällen nicht mit dem Vertragsschluss, sondern mit dem Beginn der eigentlichen Transportleistung und damit dem Zeitpunkt, in dem der Reisende tatsächlich dem Unternehmer „ausgeliefert“ ist. Die Berechtigung der Haftungsvermutung ergibt sich daraus, dass der Reisende typischerweise nicht in der Lage ist, die mit dem Transport zusammenhängenden komplizierten technischen und organisatorischen Zusammenhänge zu übersehen und etwaige Mängel auch nur zu erkennen. Durch die Begrenzung der vertraglichen Haftungsvermutung auf den Bereich des eigentlichen Transportvorganges unter gleichzeitiger Beibehaltung der Vertragshaftung im Areal eines Transportbetriebes stellt sich heute der Reisende vor und nach der Reise schlechter als ein Dritter: Dieser kann sich auf die Haftungsvermutung des Art. 1384 I fr.c.c. berufen, während der Vertragspartner (Reisende) wegen der verdrängenden Wirkung der Vertragsordnung die *faute* des Schädigers beweisen muss. Außerhalb des eigentlichen Transportvorganges trifft den Unternehmer ja nur eine (vertragliche) *obligation de moyens*. Es ist wahrscheinlich, dass die

<sup>786</sup> Bull. 1969, I, Nr. 260; D. 1969, 640 Anm. (des Berichterstatters) G.C.M.; bestätigt durch Cass. civ. 21.7.1970 Bull. 1970, I, Nr. 246; D. 1970, 767 krit. Anm. *Abadir*. In der letzten Entscheidung nahm der Kassationshof eine *vertragliche* Haftung an (*obligation générale de prudence et de diligence*) bei einem Unfall einer ankommenden Reisenden im Gedränge vor der *Ausgangssperre* eines Bahnhofs. Kritisch zur Bejahung der *vertraglichen* Haftung außerhalb des Transportvorganges statt des für den Geschädigten günstigeren Deliktsrechts (Art. 1384 I fr. c.c.): *Abadir*, *ibid.* 768 f. u. vor allem *Rodière*, (zuletzt) D. 1971, 46 ff. Das „*revirement*“ der Rspr. hatte sich in den folgenden Entscheidungen angedeutet: Cass. civ. 12.2.1964 D. 1964, 358 Anm. *Esmein* (Sturz einer mit einer Fahrkarte versehenen Reisenden auf der Treppe zum Bahnsteig einer Pariser U-Bahnhaltestelle *vor* der Bahnsteigsperrre; Art. 1384 aus tatsächlichen Gründen abgelehnt); Cass. civ. 30.10.1968 J.C.P. 1969, II, 15846 Anm. *Rabut* (Unfall beim Besteigen eines „Box-Auto“). Die beiden letzten Entscheidungen betrafen Vertragshaftung.



französische Rechtsprechung diese vermutlich kaum gewollte Schlechterstellung des Vertragspartners früher oder später korrigiert und nach dem Vorschlag von *Rodière*<sup>786</sup> die Geltung der Vertragsordnung auf die eigentliche Transportleistung und damit auf den Anwendungsbereich der Haftungsvermutung begrenzt.

## 2. Kaufverträge

### a. *Unfälle während einer Auto-Probefahrt*

Seit den 1940er Jahren werden Unfälle, die eventuellen Käufern<sup>787</sup> oder deren Begleitpersonen<sup>788</sup> bei der Probefahrt als Fahrer oder Mitfahrer eines Wagens zustoßen, in ständiger Rechtsprechung nach Art. 1384 I fr.c.c., also nach Deliktsregeln beurteilt. Die von einem Teil des Schrifttums in diesen Fällen befürwortete Anwendung der vertraglichen Haftung<sup>789</sup> hat sich in der Judikatur nicht durchgesetzt. Bemerkenswerterweise wurde in den Fällen, in denen auch Art. 1384 V (Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden des Verrichtungsgehilfen) als Haftungsgrundlage in Frage stand, der „Geschäftsherr“ nicht aufgrund dieser Vorschrift, sondern als *gardien* des Wagens (Art. 1384 I fr.c.c.) zum Schadensersatz verurteilt.<sup>790</sup>

### b. *Haftung des Geschäftsinhabers für die Sicherheit der Verkaufsräume*<sup>791</sup>

Lange Zeit hindurch bestimmte sich die Rechtslage bei Unfällen in Verkaufsräumen eindeutig durch die *source du dommage*:<sup>792</sup> War der Schaden auf einen Fehler in „*organisation ou fonctionnement du magasin*“ zurückzuführen, kam nur eine deliktsrechtliche Haftung in Betracht (Art. 1382 ff. fr.c.c.); lag die Ursache für den Schaden dagegen in

---

<sup>787</sup> Cass. civ. 29.10.1940; *ibid.* (unten N. 789); Cass. civ. 2.2.1966 Gaz. Pal. 1966, I, 319 mit Anm.; Cass. civ. 13.7.1966 D. 1966, 554; Cass. civ. 19.5.1969 Bull. 1969, II, Nr. 161; Riom 27.3.1962 D. 1963, 176 Anm. *Tunc*. Cass. civ. 7.1.1929 (S. 1929, I, 249) hatte die Anwendung des Art. 1384 I fr.c.c. noch abgelehnt, da diese Vorschrift nicht für Insassen gelte (Unfall eines potentiellen Käufers während der Probefahrt). In der Entscheidung v. 9.3.1892 war vom Kassationshof bereits entschieden worden, dass umgekehrt der eventuelle Käufer eines Pferdes dem Eigentümer nach Art. 1385 fr.c.c. (Tierhalterhaftung) haftet, wenn das Pferd bei der Probeausfahrt verletzt wird (S. 1894, I, 239).

<sup>788</sup> Cass. req. 20.4.1944 D. 1945, 18.

<sup>789</sup> Vgl. *Hilsenrad* (oben N. 777); *Mazeaud-Tunc* I, Nr. 110 (mit N. 54; anonyme Anm. zu Cass. civ. 29.10.1940 Gaz. Pal. 1941, I, 27 (Art. 1382 fr.c.c. anzuwenden). Im Sinne der Rspr. dagegen: *Planiol-Ripert/Esmein* VI, Nr. 622.

<sup>790</sup> Cass. civ. 29.10.1940 *ibid.* (letzte N.): Verletzung des eventuellen Käufers; Cass. req. 20.4.1944 D. 1945, 18: Tod des Begleiters des eventuellen Käufers.

<sup>791</sup> Es mag von Interesse sein, die praktische Bedeutung des Haftungsbereiches durch einige Zahlen zu beleuchten: Im Jahre 1958 zählte man in Frankreich 783 542 Arbeitsstätten des Einzelhandels, davon 200 Großkaufhäuser. In diesen Großkaufhäusern verkehren täglich annähernd 10 000 Personen (vgl. *Lacombe*, *ibid.* [oben N. 770] 243).

<sup>792</sup> Vgl. hierzu *Lacombe*, *ibid.* (oben N. 770) 243/244.

einem Mangel der verkauften Sache, so stand lediglich eine Haftung nach Vertragsregeln in Frage (Art. 1641 ff. fr.c.c.). Die weitere Entwicklung ging dahin, dass einerseits der deliktische Bereich (Art. 1384 I fr.c.c.) dergestalt ausgedehnt wurde, dass man eine Haftungsvermutung (*présomption de responsabilité*) annahm, wenn eine Sache an der Verursachung des Schadens mitbeteiligt war – und zwar auch dann, wenn der Schaden auf einen *Mangel* des Kaufgegenstandes selbst zurückgeführt werden konnte. Andererseits wurde die vertragliche Haftung dadurch erweitert, dass man im Wege der Vertragsauslegung bei bestimmten Verträgen eine *obligation de sécurité* anerkannte, kraft deren der Schuldner – unabhängig von „Begleitschäden“ einer mangelbehafteten Sache – für die körperliche Unversehrtheit seines Partners haftete.<sup>793</sup> Die Schadensfälle „in contrahendo“ scheinen bei dieser Entwicklung keine Rolle gespielt zu haben. Motiv dieser Fortbildung des Rechts dürfte das sozial bestimmte Anliegen gewesen sein, den Geschädigten vom Beweis des Verschuldens des Schädigers zu entlasten. Die Rechtsprechung suchte mit ihren Mitteln der Entwicklung der Technik Herr zu werden, die Geschädigte immer hilfloser werden ließ.<sup>794</sup> Die beschriebene Ausdehnung der sachlichen Anwendungsbereiche der deliktischen bzw. vertraglichen Haftungsregeln führte zu Überschneidungen der beiden Tatbestände: Im gleichen Fall konnten nun während der Vertragsdauer allgemeine (deliktische) *und* besondere (vertragliche) Sicherungspflichten verletzt sein. Die Möglichkeit, im Wege der Auslegung den Vertragsschluss zu einem früheren Zeitpunkt anzunehmen oder einen besonderen Sicherungsvorvertrag zu fingieren, vergrößerte die Überlagerungszone der beiden Haftungsgrundlagen. Diese Entwicklung führte in der Praxis zu erheblicher Unsicherheit und zu mehrfachem „*revirement*“ in Schrifttum und Rechtsprechung gerade auch in dem hier interessierenden Sachverhaltsbereich. Immer ging die Diskussion jedoch um die Abgrenzung der vertraglichen Haftung vom deliktischen Haftungsbereich<sup>795</sup> oder die Qualifizierung einer (vertraglichen) Sicherungspflicht als „*de résultat*“ oder „*de moyens*“; nie spielte eine besondere eigenständige vor-vertragliche Haftung im Sinne unserer *culpa in contrahendo* (geschäftlicher Kontakt) eine Rolle.

Die veröffentlichten Entscheidungen zu Warenhausunfällen und die sich daraus ergebenden Stellungnahmen des Schrifttums stammen aus jener jüngeren Zeit, in der immer neue vertragliche Sicherungspflichten mit oder ohne beweislustumkehrende Wirkung „entdeckt“ wurden. Es lag daher nahe, diesen um die Sicherungspflichten *sachlich* erweiterten ver-

<sup>793</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung insbesondere *Josserand*, Recueil Gény II, 340 ff.; 340 ff.; *Lalou-Azard* I, Nr. 133 ff.; *Lacombe*, *ibid.* (oben N. 770) 243 f.

<sup>794</sup> Vgl. dazu auch oben N. 737.

<sup>795</sup> Vgl. z. B. *Ripert-Roblot* II, Nr. 2425; zum Vorrang der Vertragshaftung s. oben bei und in N. 733.

traglichen Schutzbereich im Interesse der Geschädigten durch die Fingierung eines Vorvertrages (*avant-contrat*) auch *zeitlich/räumlich* auszudehnen. Tatsächlich haben einige Instanzgerichte zunächst eine vertragliche *obligation de sécurité* des Geschäftsinhabers gegenüber seinen Klienten schon vom Augenblick des Betretens der Verkaufsräume an bejaht. Begründet wurde die vertragliche Haftungsgrundlage entweder mit einem *contrat innomé*<sup>796</sup> oder mit der Feststellung, dass der Inhaber eines Geschäfts durch die Gewährung freien Zutritts zu seinen Geschäftsräumen gegenüber seiner Klientel eine Sicherungspflicht übernehme.<sup>797</sup> Ob der Verletzte im Augenblick des Unfalls bereits gekauft hatte oder nicht, wird nicht erörtert<sup>798</sup> und ist bei der gewählten (Vertrags-) Konstruktion auch nicht von Bedeutung. Dabei nehmen die Gerichte aber nur eine *obligation de sécurité-moyen (obligation générale de prudence et diligence)*, keine *obligation de sécurité-résultat (obligation déterminée)* an, so dass der Geschädigte das Verschulden des Geschäftsinhabers zu beweisen hat.<sup>799</sup> Bemerkenswerterweise wurde als Träger der Schutzpflicht in allen Fällen unmittelbar der Geschäftsinhaber angesehen und dieser gegebenenfalls wegen *eigenen* Verschuldens, nicht etwa aufgrund der Verantwortlichkeit für Verschulden seiner Leute verurteilt. Die Haftung für Gehilfen blieb überhaupt unerörtert.

Dieser „vertraglichen“ Auffassung der Judikatur neigte zunächst auch das Schrifttum überwiegend zu. *Henri* und *Léon Mazeaud* bejahen (mit gewissem Zögern) in ihren Bemerkungen zu dem „Hockerfall-Urteil“ des Appellationsgerichts Paris<sup>800</sup>, dass man gegenüber dem „*client éventuel*“ einen „*avant-contrat, promesse unilatérale de vente*“ annehmen könne.<sup>801</sup> Ebenso wie *H. und L. Mazeaud* vertritt *Tunc*<sup>802</sup> eine Ansicht, die im Ergebnis auf

<sup>796</sup> Trib. civ. Marseille 8.1.1940 Gaz. Pal. 1940, I, 217 (Die sich zu Kaufzwecken in einem Warenhaus aufhaltende Kl. stürzte eine eben gebohnerte Treppe hinab).

<sup>797</sup> Paris 30.6.1958 Gaz.Pal. 1958, II, 348 (349): „... en donnant à la clientèle le libre accès des lieux normalement affectés à l'exploitation du commerce le propriétaire d'un magasin contracte à l'égard de celle-ci une dette de sécurité ...“ (Ein Kind warf einen Hocker vom 5. Stock eines Warenhauses hinab und verletzte dadurch einen „client“; das Gericht verurteilte das Warenhaus zum Schadensersatz; Cass. civ. 20.12.1960 U.C.P. 1961, II, 12031 Anm. *Tunc*; D. 1961, 141 Anm. *Esmein* hob das Urteil teilweise auf, ohne zu der hier interessierenden Frage Stellung nehmen zu müssen); ganz ähnlich schon Trib. civ. Seine 22.6.1955 D. 1955, 610 (Sturz eines Besuchers eines Wohltätigkeitsbazars). Vgl. ferner Trib. civ. Nice 18.5.1956 Gaz.Pal. 1956 I, Somm. 29 (Keine Erstreckung der vertraglichen Schutzpflicht eines Schuhgeschäfts gegenüber den Käufern auf die Toilettenräume).

<sup>798</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch Paris 9.1.1961 D. 1961, 153 (Während die Mutter an der Kasse eines Selbstbedienungs-Warenhauses bezahlte, stürzte eine ihr folgende 82jährige Dame über die Schnur, mit der das Kind der bezahlenden Frau ein Spielzeug hinter sich herzog; Verurteilung der Eltern gem. Art. 1382, 1384 fr.c.c. und des Kaufhauses gem. Art. 1147 fr.c.c., d.h. vertragliche Schutzpflichtverletzung je zur Hälfte. In dieser Entscheidung heißt es: „... le commerçant est tenu d'observer dans l'organisation et le fonctionnement de son établissement les règles de prudence et de diligence qu'exige la sécurité du client“).

<sup>799</sup> Vgl. die in N. 796 bis 798 angeführten, eine *obligation de sécurité* bejahenden Entscheidungen.

<sup>800</sup> 30.6.1958 (oben N. 797).

<sup>801</sup> Rev.trim. 57 (1959) 90.

die *Larenzsche* Lehre von der Haftung aus geschäftlichem Kontakt hinausläuft: Er bejaht eine *obligation de sécurité* für den „*client présent, futur, passé ou virtuel*“, d.h. praktisch für jedermann<sup>803</sup> mit dem Eintritt in die Verkaufsräume. Diese Pflicht soll sogar in bestimmten Fällen eine *obligation de résultat* sein, die den Verletzten von der Beweislast für ein Verschulden des Schädigers befreien würde. *Esmein* hält die Ansicht des Appellationsgerichts Paris im „Hockerfall“ (1958) vor allem mit Rücksicht darauf für haltbar („*soutenable*“), dass auf diese Weise eine unterschiedliche Beurteilung der Besucher danach vermieden werden konnte, ob sie „Käufer“ waren oder nicht.<sup>804</sup>

Inzwischen hatte der Kassationshof Gelegenheit gehabt, zu der „vertragsfreundlichen“ Praxis der Instanzgerichte Stellung zu nehmen. In den Entscheidungen vom 7.11.1961<sup>805</sup> und 19.11.1964<sup>806</sup> lehnte das oberste französische Zivilgericht die eben skizzierte Rechtsprechung der Instanzgerichte ausdrücklich ab: Die Annahme einer vom Kaufvertrag unabhängigen Sicherungsvereinbarung gegenüber jedem möglichen Käufer, der die Verkaufsräume betrete, sei unhaltbar; in diesem Falle kämen nur die Regeln über die Delikts haftung zur Anwendung.<sup>807</sup> Nach dieser zweifachen ausdrücklichen Ablehnung der bisherigen Auffassung der Untergerichte hielt es der Kassationshof in den folgenden einschlägigen Entscheidungen<sup>808</sup> nicht mehr für notwendig, die vertragliche Haftung ausdrücklich

<sup>802</sup> Anm. zum „Hocker-Fall“ in der Revisionsinstanz: Cass. civ. 20.12.1960 (oben N. 797).

<sup>803</sup> Soweit nicht feststehe, dass der Besucher nach einer Straße fragen oder Geld wechseln wolle: *ibid.* (N. 797).

<sup>804</sup> *Gaz.Pal.* 1958, II, Doctr. 46. Vgl. auch *Lalou-Azard*, J.C.P. 1962, II, 12547.

<sup>805</sup> D. 1962, 146 Anm. *Esmein* (Der Erblasser der Kl. wollte beim Bekl. Sperrholz kaufen. Zu diesem Zweck wurde er von einem Angestellten des Bekl. in die Lagerhalle geführt und stürzte dabei tödlich auf ein tiefergelegenes Gleis. Klageabweisung aus tatsächlichen Gründen; keine Erörterung der Gehilfenhaftung).

<sup>806</sup> J.C.P. 1965, II, 14022 Anm. *Rodière*; D. 1965, 93 Anm. *Esmein* (Eine „Klientin“ stürzte „en entrant“ in ein Monoprix-Kaufhaus und verletzte sich dabei. Prüfung und Abweisung eines Anspruchs aus Art. 1384 I fr. c.c. aus tatsächlichen Gründen; zum vertraglichen Anspruch vgl. oben im Text).

<sup>807</sup> In der Entscheidung v. 7.11.1961 (N. 805) heißt es: „... vainement le pourvoi soutient qu'indépendamment de toute vente, le commerçant contracte une obligation dans les lieux affectés au commerce et qui est susceptible de se livrer à des achats; qu'en pareil cas, seules les règles de la responsabilité délictuelle peuvent être mises en œuvre.“ Ganz ähnlich die Formulierung in der Entscheidung v. 19.11.1964 (letzte N.). Die beiden genannten Urteile lehnen im Übrigen eine *obligation de sécurité* für Unfälle des Käufers bei Gelegenheit eines Kaufes auch für den Zeitraum *nach* Vertragsschluss ab.

<sup>808</sup> Cass. civ. 11.5.1966 D. 1966, 735 Anm. *Azard*, dazu auch *Durry*, *Rev. trim.* 65 (1967) 639 f. (Eine Frau ging durch einen Selbstbedienungsladen um einzukaufen, blieb an einem Warenpaket hängen, das leicht über ein Regal hinausragte, stürzte und verletzte sich; Klageabweisung, da der Schaden auf die Unvorsichtigkeit der Verletzten zurückzuführen sei, Art. 1384 I fr.c.c.). Vgl. ferner Cass. civ. 3.7.1968 D. 1969 Somm. 14 (Der „*client*“ einer Garage stürzte über ein bewegliches Liegebrett; Haftung des Inhabers als „*gardien*“ gem. 1384 I fr.c.c.); Cass. civ. 17.3.1970 Bull. 1970, II, Nr. 106 (Einbrechen einer Frau in ein unmittelbar vor dem Geschäft des Bekl. in den Boden eingelassenes Gitter, als sie das Geschäft betreten wollte; Verurteilung aufgrund Art. 1384 I fr.c.c.); Cass. civ. 15.7.1970 Bull. 1970, II, Nr. 248 (Verletzung einer „*cliente*“ auf nicht geklärte Weise durch einen Tisch in einem Warenhaus. Verurteilung aufgrund Art. 1384 I fr.c.c.); Paris 3.2.1969 J.C.P. 1969, II, 15886 Anm. *M.A.* (Passantin fällt über Zelthering, der außerhalb des zugewiesenen Standes von einem Aussteller von Campingartikeln auf einer lokalen Messe in den Boden geschlagen war; Verurteilung aus Art. 1384 I fr.c.c.); Paris 26.10.1970 *Gaz.Pal.* 1971, I 221 (Unfall auf Rolltreppe eines Warenhauses; nur Artt. 1384 I, 1382 cc. erörtert; Be-

abzulehnen. Die Fälle wurden ohne jede Erörterung der Haftungsgrundlage nach Deliktsregeln beurteilt.<sup>809</sup>

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die neueste Entwicklung in der französischen Judikatur dahingeht, in Fällen der Verletzung vor-vertraglicher Erhaltungspflichten deliktsrechtliche Regeln anzuwenden. Bei entsprechender Sachlage kann sie sich dabei auf die Vorschrift des Art. 1384 I fr.c.c. (Haftungsvermutung zu Lasten des Halters)<sup>810</sup> stützen.

Diese Auffassung ist seit jeher auch von einem Teil des *Schrifttums* vertreten worden. Am ausführlichsten hat sich *Lacombe* mit diesem Problemkreis auseinandergesetzt.<sup>811</sup> Er betont insbesondere, dass die Sicherungspflichten mit den Pflichten aus dem Kaufvertrag auf Leistung eines Gegenstandes nichts zu tun hätten und Gewohnheitsrecht nicht vorliege.<sup>812</sup> *Lacombe* tritt eindeutig für die deliktische Haftung des Geschäftsinhabers ein, die eine einheitliche Beurteilung *aller* Unfälle in Verkaufsräumen ermögliche, gleichgültig ob Käufer, mögliche Käufer, Begleitpersonen oder Nichtkäufer betroffen seien.<sup>813</sup> Die Haftung des

---

suchszweck usw. nicht erwähnt); Rouen 23.4.1971 D. 1971 Somm. 128 (Ausgleiten einer „*cliente*“ auf Gemüseabfällen; „*aucune obligation de sécurité* (scil. *contractuelle*) *n'incombe au commerçant à l'égard des personnes pénétrant dans ses locaux pour y effectuer des achats; il répond seulement, selon les dispositions du § 1 de l'art. 1384 c.civ., par présomption légale de responsabilité, des dommages causés par les objets qui s'y trouvent*“); Trib.gr.inst. Paris 26.3.1969 Gaz.Pal. 1969, II, Somm. 14 (Verletzung einer „Klientin“ durch Aufprall auf die durchsichtige geschlossene Glastür eines Fleischerladens, den sie betreten wollte; Verurteilung aufgrund Art. 1384 I fr.c.c.); Trib.gr.inst. Toulouse 5.1.1961 D. 1961, Somm. 103 (Ein „*client*“ stürzte eine ungesicherte Personaltreppe hinab und verletzte sich; Teilverurteilung gem. Art. 1382, 1384 fr.c.c.).

<sup>809</sup> Wo eine „Klienteneigenschaft“ des Verletzten von vorneherein ausschied, wie etwa im Falle eines Kindes, das nur in Begleitung eines Spielgefährten die Rolltreppe eines Warenhauses als Spielplatz benutzt hatte, wurde eine vertragliche Haftung auch in früherer Zeit nicht in Erwägung gezogen: Grenoble 18.5.1953 D. 1953, 505 (Art. 1384 I fr.c.c.).

<sup>810</sup> Diese an sich „scharfe“ Haftungsnorm wird von der Rspr. durchaus elastisch gehandhabt: Sie bedient sich dabei insbes. der *faute de la victime* und der Haftungsvoraussetzung, dass die Sache keinen *rôle purement passif* gespielt haben darf, sondern „*en quelque manière et ne fût-ce que pour partie l'instrument du dommage*“ gewesen sein muss: vgl. etwa Cass. civ. 7.11.1961, *ibid.* (oben N. 805); Cass. civ. 19.11.1964, *ibid.* (oben N. 806; Zitat); Cass. civ. 11.5.1966, *ibid.* (oben N. 808).

<sup>811</sup> Rev.trim. 61 (1963) 253 ff.

<sup>812</sup> Rev.trim. 61 (1963) 253 (254). Unterstelle man aber einmal eine vertragliche Sicherungspflicht, so müsse jeder Klient einen Anspruch auf Beseitigung der gefährlichen Einrichtungen haben (Verzug, Zwangsvollstreckung!). Außerdem bestehe Einigkeit darüber, dass eine Sicherungspflicht eine *Nebenpflicht* (*caractère accessoire*) sei. Als „Haupt“-Vertrag könne man aber den *Kaufvertrag* nicht ansehen: Man habe vertragliche Sicherungspflichten nur in solchen Verträgen angenommen, die eine die Person betreffende Leistung zum Gegenstand gehabt hätten; der Kaufvertrag gehe dagegen auf Leistung eines Gegenstandes (*ibid.* 255). Selbst wenn man aber aus dem Kaufvertrag eine *obligation de sécurité* ableite, so könne diese doch nicht für mögliche Käufer oder Neugierige gelten (*ibid.* 256). Nehme man aber einen *Vorvertrag* an, so müsse es sich um eine „*promesse unilatérale de vente*“ des Geschäftsinhabers handeln, die der Klient mit dem Betreten der Räume annehme. Dieser „Hauptverpflichtung“ werde die Sicherungspflicht als „Nebenpflicht“ angehängt – eine Nebenverbindlichkeit, die realiter die weitaus wichtigste Verpflichtung des Vertrages enthalte (*ibid.* 256 f.). Außerdem sei es paradox, dass derjenige, der das Geschäft nur betrete, um Geld zu wechseln oder nach einer Straße zu fragen, und dabei einen Unfall erleide, mit Rücksicht auf die Haftungsvermutung des Art. 1384 I fr.c.c. besser stehe als der Vertragsgläubiger, der eine *faute* des Geschäftsinhabers beweisen müsse, sofern man nicht eine vertragliche *obligation de sécurité de résultat* annehmen wolle (*ibid.* 257/258).

<sup>813</sup> *Lacombe*, *ibid.* (oben N. 770) 259.

Geschäftsinhabers für die Sicherheit seiner Verkaufsräume könne nur aus der „*théorie du risque*“, nicht aus der fiktiven Annahme einer Sicherungsvereinbarung abgeleitet werden. Der Geschäftsinhaber schaffe die Räumlichkeiten, um Gewinne zu erzielen; diese Tatsache rechtfertige eine Haftungsvermutung (*présomption de responsabilité*), die ihre formalrechtliche Grundlage in Art. 1384 fr.c.c. habe: Der Geschäftsherr ist danach für Schäden verantwortlich, die durch im Dienst des Unternehmens stehende Sachen oder Personen angerichtet werden. Eine Entlastung tritt nur ein, wenn die Sache „passiv“ an der Schadensverursachung beteiligt war bzw. wenn den Gehilfen kein Verschulden trifft.<sup>814</sup> Dies bedeutet die Annahme einer (außervertraglichen) *obligation de sécurité de résultat (obligation déterminée de sécurité)*<sup>815</sup> und damit eine entsprechende Haftungsvermutung zu Lasten des Geschäftsherrn (Art. 1384 I bzw. V fr.c.c.). Auch *Rodière* lehnt einen (Vor-)Vertrag irgendwelcher Art zwischen Geschäftsinhaber und Klient vor dem eigentlichen Kaufvertrag entschieden ab („*fantasmagorie de contrat*“).<sup>816</sup> Es bestehe keinerlei Beziehung zwischen dem Fußboden eines Geschäftes und dem (eventuellen) Kaufgegenstand. Den Verkäufer treffe keine Sicherungspflicht hinsichtlich der äußeren Umstände, unter denen sich der Vertragsschluss abspiele. Er garantiere weder einwandfreie Fußbodenbeschaffenheit noch gutes Wetter. Kein Vertrag lasse Pflichten zur Sicherung der körperlichen Unversehrtheit mit Bezug auf die Umstände entstehen, unter denen ein Vertrag geschlossen werde.<sup>817</sup> *Azard* hält es in seiner gründlichen, zustimmenden Anmerkung zu der Entscheidung des Kassationshofes vom 11.5.1966<sup>818</sup> für „*raisonnable*“, die Haftung der Geschäftsinhaber in den Verkehrssicherungsfällen – gleichgültig ob vor oder nach Vertragsschluss – nach Deliktsregeln zu beurteilen.<sup>819</sup> Auf diese Weise könnten vor allem die Schwierigkeiten der Abgrenzung des geschützten Personenkreises, die eine vertragliche Haftung mit sich brächte, vermieden werden.<sup>820</sup> Auch *Esmein* hat zuletzt<sup>821</sup> der deliktischen Haftung den Vorzug gegeben: Einerseits sei eine verschiedene Beurteilung einer Person, die kau-

<sup>814</sup> *Lacombe*, *ibid.* (oben N. 770) 261.

<sup>815</sup> *Lacombe*, *ibid.* (oben N. 770) 262.

<sup>816</sup> *Rodière*, Anm. zu Cass. civ. 19.11.1964 J.C.P. 1965, II, 14022 (sub II B). In seinem Rechtsprechungsbericht zur gleichen Entscheidung (Rev.trim. 63 [1965] 364 vor Nr. 15) kommentiert *Rodière* die Annahme eines Sicherungs-Vorvertrages mit den Worten: „*Ce n'est pas sérieux*“. *Rodière* lehnt im Übrigen auch vertragliche Schutzpflichten bei nicht personenbezogenen Kontrakten scharf ab (*ibid.* J.C.P. und schon in der Anm. zu Cass.req. 13.11.1945, J.C.P. 1946, II, 3040). Im Ergebnis wie *Rodière*: Anonyme Anmerkung zu Cass. 7.11.1961, Gaz.Pal. 1962, I, 186.

<sup>817</sup> Rev. trim. 63 (1965) 363.

<sup>818</sup> Vgl. oben N. 808.

<sup>819</sup> *Azard*, D. 1966, 736.

<sup>820</sup> *Azard*, D. 1966, 738. Allzu harte Auswirkungen der Haftungsvermutung des Art. 1384 I fr.c.c. könnten durch eine erleichterte Annahme eines Eigenverschuldens des Verletzten vermieden werden (*ibid.* 737 f.).

<sup>821</sup> Zu seiner früheren Auffassung vgl. oben (bei N. 804).

fen *wolle*, und einer Person, die gekauft *habe*, unbefriedigend; andererseits könne der Kaufwillige aber nicht als Käufer (als Vertragspartner) behandelt werden.<sup>822</sup>

Die Untersuchung hat gezeigt, dass Rechtsprechung und Lehre in Frankreich zunächst geneigt waren, eine vertragliche *obligation de sécurité* des Geschäftsinhabers gegenüber einem Kaufinteressenten vom Betreten des Geschäfts an zu bejahen. Die jüngste Rechtsprechung und neuerdings eine stärkere Strömung in der Literatur lehnen jedoch eine vertragliche Haftung ab. Dieser Wandel dürfte mit auf die sich durchsetzende Differenzierung der vertraglichen *obligations de sécurité* in *simples obligations générales de prudence et diligence* einerseits und *obligations déterminées* andererseits zurückzuführen sein. Die vertraglichen Sicherungspflichten des Geschäftsinhabers können nur in die erste Gruppe eingereiht werden, so dass sich für den Geschädigten aus der Vertragshaftung kein (Beweis-)Vorteil ergibt: Er muss bei der Vertragsverletzung wie beim Delikt (Art. 1382 fr.c.c.) das Verschulden des Geschäftsherrn als Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nachweisen. Eine vertragliche *obligation déterminée*, die eine Haftungsvermutung begründen würde, wird in unseren Fällen nahezu allgemein abgelehnt. Demgegenüber findet sich im Deliktsrecht mit Art. 1384 I fr.c.c. eine Haftungsvermutung, die häufig bei den hier einschlägigen Sachverhalten eingreifen wird. Der Geschädigte stellt sich demnach hinsichtlich des Beweises im Deliktsbereich besser, als wenn er seinen Schadensersatzanspruch auf Vertragsregeln stützen würde. Soweit dagegen Art. 1384 I fr.c.c. nicht anwendbar ist, besteht hinsichtlich der Regelung der Beweislast kein Unterschied zwischen der Vertrags- und Deliktsordnung: In beiden Fällen trägt der Geschädigte die Beweislast für das Verschulden des Schädigers.<sup>823</sup> Ein Motiv für die neuerliche Einschränkung des Vertragsbereiches mag auch darin liegen, dass die „*Assurance de responsabilité civile des chefs d'entreprise*“<sup>824</sup> nur gesetzliche (deliktische) Schadensersatzansprüche deckt.

Abschließend mag noch darauf hingewiesen werden, dass die Haftung für Hilfspersonen in der Praxis weder bei einer vertraglichen noch bei einer deliktischen Beurteilung der hier interessierenden Konfliktlagen eine Rolle spielt: Vertraglich oder deliktisch sucht man den

<sup>822</sup> Anm. zu Cass. civ. 19.11.1964, D. 1965, 94. *Esmein* bemerkt allerdings, die neuere Lösung der Rspr., die jede vertragliche Haftung ablehne, sei nicht völlig zwingend, da man sehr wohl vertragstypfremde Nebenpflichten kenne. Bereits 1962 hatte *Esmein* einen stillschweigenden Sicherheitsvertrag zwischen Ladeninhaber und eventuellen, das Geschäft betretenden Käufern als „*artificiel*“ bezeichnet (Anm. zu Cass. civ. 7.11.1961, D. 1962, 148 [vor III]; vgl. auch schon seine in die gleiche Richtung gehenden Bemerkungen in der Anm. zu Cass. civ. 20.12.1960, D. 1961, 141.

<sup>823</sup> Vgl. auch *Tunc*, Rev.trim. 59 (1961) 671 *in fine*; *Esmein*, Anm. zu Cass. civ. 19.11.1964, D. 1965, 94; *Azard*, Anm. zu Cass. civ. 11.5.1966, D. 1966, 736.

<sup>824</sup> Vgl. dazu unten § 4 C. (S. 215).

Geschäftsherrn unmittelbar haftbar zu machen. Dies kann man wohl ohne Bedenken daraus schließen, dass die hier einschlägigen veröffentlichten Entscheidungen eine Beteiligung von Hilfspersonen an der Schadenszufügung (unter rechtlichen Gesichtspunkten) nicht erörtern.

#### IV. Zusammenfassung

Die französische Praxis ist in der Lage, mit dem vorhandenen rechtstechnischen Instrumentarium der Deliktsordnung die hier interessierenden Konflikte befriedigend zu lösen. Für die Entwicklung neuer Institute, wie sie das deutsche Recht in der culpa in contrahendo und der Haftung aus geschäftlichem bzw. sozialem Kontakt kennt, besteht kein Bedürfnis. Wo das praktische Bedürfnis fehlt, kann auch die scharfsinnigste Lehre kaum Anhänger gewinnen. So nimmt es nicht Wunder, dass die genannten deutschen Theorien in Frankreich ohne jedes Echo geblieben sind.

#### **C. Haftpflichtversicherungsrecht (*assurance de responsabilité*)**

Die neuere französische Rechtspraxis versteht bekanntlich Art. 1334 V fr.c.c. als strikte Haftung des Geschäftsherrn (*commettant*) für schuldhaftes schädigendes Verhalten seiner Gehilfen in Ausführung ihrer Verrichtungen (*dans l'exercice des fonctions*).<sup>825</sup> Diese unmittelbare Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfenverschulden lässt das Interesse des Verletzten an einer Mitversicherung der – meist mittellosen – schädigenden Hilfspersonen in der Betriebshaftpflichtversicherung des *commettant*: entfallen. Dem Geschädigten haften der Geschäftsherr und ggf. darüber hinaus eine Versicherungsgesellschaft.<sup>826</sup>

Die *assurance de responsabilité* deckt – wie jede andere Schadensversicherung – nach ausdrücklicher und zwingender gesetzlicher Vorschrift<sup>827</sup> auch die auf Gesetz beruhende Haftung des Versicherten für schädigende Handlungen Dritter. Bei dieser Rechtslage bedarf es keiner Mitversicherung der Betriebsangehörigen. Tatsächlich war auch in keinem

---

<sup>825</sup> Vgl. z. B. *Carbonnier* IV, 356.

<sup>826</sup> Über den Anteil der versicherten Unternehmen an der Gesamtzahl der Betriebe konnte ich nichts in Erfahrung bringen.

<sup>827</sup> Art. 13 des französischen Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 13.7.1930. Die Vorschrift lautet: „L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes.“ Die Haftung ist über die in Art. 1384 fr. c.c. vorgesehene Verantwortlichkeit hinaus auf „tous les cas de responsabilité du fait d'autrui“ auszudehnen (*Picard-Besson* I Nr. 187; ebenso *Margeat/Favre-Rochex* Nr. 131). Die von *Picard-Besson* (I Nr. 355 b) für Frankreich erwähnte Tendenz der Multiplizierung der Prozesse infolge der Haftpflichtversicherung ist in der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz nicht festzustellen (vgl. oben § 1 D. (S.162 ff.); § 3 C. (S. 193 ff.). Belege für ihre Behauptung geben *Picard-Besson* (ibid.) nicht.



der mir zugänglichen Formulare der *assurance de responsabilité civile* eine Klausel aufzufinden, die eine Mitversicherung der Haftpflicht von Hilfspersonen vorgesehen hätte. Dieses negative Ergebnis wird durch *Picard-Besson* bestätigt, die als Beispiele der Haftpflichtversicherung für Dritte (*assurance pour compte de qui il appartiendra*) lediglich die Automobilpflichtversicherung und die Jagdversicherung anführen.<sup>828</sup> Die Abhängigkeit der versicherungsrechtlichen Vertragspraxis vom gesetzlichen Haftpflichtrecht ist auch hier offensichtlich.

---

<sup>828</sup> I Nr. 265. Die Automobil-Pflichtversicherung erstreckt sich u.a. auf die Haftung jeder Person, die berechtigterweise "*la garde ou la conduite*" des versicherten Fahrzeuges inne hat (Art. 1 des Dekretes v. 7.1.1959; vgl. *Picard-Besson* I Nr. 265, 417).

## § 5 Belgien (Exkurs)

Ein cursorischer Blick auf das belgische Recht. soll uns exemplarisch zeigen, wie ein wichtiges Tochterrecht des französischen code civil unsere Probleme löst.

Ein besonderes, mit eigenen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen ausgestattetes Institut der culpa in contrahendo ist weder im belgischen code civil enthalten noch in der Rechtspraxis anerkannt. Das belgische Recht folgt vielmehr der gleichen klaren Dichotomie der *responsabilité civile* (im weiten Sinne) in *responsabilité contractuelle* und *responsabilité aquilienne*<sup>829</sup> wie die französische Rechtsordnung. Ebenso wie in Frankreich sieht man auch in Belgien die *responsabilité aquilienne* als (subsidiäre) *responsabilité de droit commun* und die *responsabilité contractuelle* als "Sonderhaftung".<sup>830</sup> Ein Sachverhalt unterfällt dem "Sonderstatut" des Vertragsrechts, wenn der Schaden aus der Nichterfüllung einer Verpflichtung entstanden ist, die auf gültig geschlossenem Vertrag beruht.<sup>831</sup> Nach diesem System entfällt eine vertragliche Haftung für Schadensfälle während der "*période précontractuelle*", da es an der Voraussetzung des Vertragsschlusses fehlt. Die subsidiäre *responsabilité aquilienne* findet Anwendung.<sup>832</sup> Die culpa in contrahendo im Sinne des deutschen Rechts hat dementsprechend in Belgien kaum eine Rolle gespielt. Die mit der culpa in contrahendo gleichgesetzte *responsabilité précontractuelle* ist aquilische (deliktische) Haftung<sup>833</sup> oder *responsabilité civile* im eigentlichen Sinne<sup>834</sup> mit allen daraus fließenden rechtlichen Folgen.<sup>835</sup> Der "Anwendungsbereich" der culpa in contrahendo erstreckt sich auf die *nullité du contrat*, den Widerruf von Angeboten sowie

---

<sup>829</sup> Im Sinne einer *responsabilité hors contrat* (außervertragliche Haftung).

<sup>830</sup> *De Page* II Nr. 905; *Dalcq* I Nr. 116 f. mit Nachweisen.

<sup>831</sup> Vgl. z.B. *Dalcq* I Nr. 90 ff.

<sup>832</sup> Vgl. *Dalcq* I Nr. 117; Nr. 95 f.; *ders.*, *Rev. crit. jur. belge* 1968, 194 ; *Fagnart* Nr. 4.

<sup>833</sup> *Dalcq* I Nr. 94; *de Page* II Nr. 555 ff., Nr. 927; *van Ryn* Nr. 99; *A. de Bersaques*, *Rev. crit. jur. belge* 1964, 279 f. m. weiteren Nachweisen in N. 9 ff.; *Schoentjes-Merchiers*, *Rev. crit. jur. belge* 1971, 232. - Liège (chambres réunies) 5.4.1962 *Rev. crit. jur. belge* 1964, 270; J.T. 1965, 62: "... ce qu'il est devenu traditionnel d'appeler la culpa in contrahendo, c'est-à-dire la faute qui entraîne une responsabilité en raison de la formation du contrat, se rattache en réalité à la responsabilité hors contrat ou quasi délictuelle" (*Rev. crit. jur. belge*, 272 sub II: Vergabe von Brückenabbrucharbeiten an einen Unternehmer, der vom Fluss aus abbrechen wollte. Die ausschreibende Behörde hatte nicht mitgeteilt, dass der Flusslauf ober- und unterhalb der abzubrechenden Brücke durch nicht mehr benutzte Holzbrücken gesperrt war; Ersatz des Schadens, der dem Unternehmer durch das "Vorhalten" seiner Leute und seines Materials bis zur Beseitigung der Hindernisse entstanden war; Berechnung nach der Vergütung für entsprechende Abbrucharbeiten).

<sup>834</sup> *De Page* II Nr. 905.

<sup>835</sup> Insbesondere Haftung für Verrichtungsgehilfen ohne Exkulpationsmöglichkeit (Art. 1384 V belg. c.c.) und Haftung *du fait des choses inanimées* (Art. 1384 I belg. c.c.). Über die Unterschiede in der Auslegung dieser zuletzt genannten Norm in der belgischen und französischen Rechtsprechung vgl. insbes. *de Page* II Nrn. 936, 1002; *Zweigert-Kötz*, Haftung 19. Die deliktische Generalklausel (Art. 1382 belg. c.c.) interessiert in unserem Zusammenhang nicht.

den Abbruch von Vertragsverhandlungen.<sup>836</sup> Danach ist es nicht erstaunlich, dass die hier sogenannten vor-vertraglichen Erhaltungspflichten nicht mit dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo in Verbindung gebracht, sondern nach den Regeln der Deliktshaftung<sup>837</sup> oder Vertragshaftung entschieden werden. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht dementsprechend auch in Belgien die Abgrenzung des Anwendungsbereichs vertraglicher Haftung einerseits und die Qualifizierung der vertraglichen Sicherungspflichten als *obligations de résultat* oder *obligations de moyens* andererseits. Praktisch besonders wichtig sind diese Abgrenzungen beim entgeltlichen Personenbeförderungsvertrag, für den seit dem Gesetz vom 25.8.1891 eine *obligation de sécurité de résultat* besteht.<sup>838</sup>

Zur Veranschaulichung der Problemlösung seien zwei Entscheidungen in Warenhausunfällen herangezogen.<sup>839</sup> Das im Sachverhalt der Bananenschalen-Entscheidung des BGH<sup>840</sup> ähnelnde Urteil des Zivilgericht von Liège vom 25.1.1967<sup>841</sup> bezeichnete die Frage als "*très controversé*", ob zwischen dem Kaufmann, der sein Geschäft dem Publikum öffnete, und denjenigen, die es betreten "*pour y acheter, y passer ou s'y abriter*", ein (sc. Sicherungs-) Vertrag zustande komme. Das Gericht konnte die Streitfrage im Ergebnis offenlassen, da die Klägerin nicht zu beweisen vermochte, dass ihr kurz nach dem Eintritt in das Warenhaus erfolgter Sturz – wie sie behauptete – auf einen liegengebliebenen Obst- oder Gemüserest zurückzuführen war. Dieser Beweis müsse aber für alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen<sup>842</sup> geführt werden. Im Übrigen ist zu bemerken, dass in der Entscheidung von culpa in contrahendo, geschäftlichem oder sozialem Kontakt nicht die Rede ist, obwohl die verschiedenen möglichen Zwecke eines Besuches angesprochen werden. Das Appellationsgericht Gand hat sich demgegenüber in einem Urteil vom 28.6.1967 klar gegen eine vertragliche und für eine deliktische Haftung in einem Fall aus-

<sup>836</sup> De Page II Nrn. 557, 559; Dekkers II Nr. 48 mit Nr. 4 (Irrtumslehre); Limpens Nr. 1817 f. (*nullité du contrat*).

<sup>837</sup> De Page II Nr. 927 (implizit).

<sup>838</sup> Art. 4. Das Problem scheint neuerdings im Gegensatz zur jüngeren französischen Entwicklung im Sinne einer zeitlich-räumlichen Ausdehnung dieser Pflicht gelöst zu werden. Vgl. hierzu Cass. belge 9.5.1958 Pas. I, 1002; Trib.civ. Verviers 10.11.1965 Jur. Liège 1965-1966, 124; s. ferner Dalcq I Nr. 450 ff.

<sup>839</sup> Zur Haftung bei Unfällen in Verkaufsräumen konnten für das belgische Recht keine weiteren Nachweise gefunden werden. Dies mag damit zusammenhängen, dass die belgische Rspr. erheblich weniger Nebenpflichten in die Verträge "hineinliest" (Art. 1135 belg. c.c.;;) als die französische (vgl. Dalcq, Rev. crit. jur. belge 1953, 196-198 mit Nachweisen). Im Übrigen fehlt es in der Rspr. nicht selten an einer Präzisierung der angenommenen Pflicht als vertraglich oder deliktisch (vgl. Dabin u. Lagasse, Rev. crit. jur. belge 1963, 262 mit Nachweisen).

<sup>840</sup> Vgl. oben N. 520.

<sup>841</sup> Jur. Liège 1966-1967, 196 (Als die Kl. in die "*Grands Magasins de la Bourse*" in Liège eingetreten war, glitt sie angeblich auf einem Obst- oder Gemüserest aus, stürzte und verletzte sich erheblich).

<sup>842</sup> Halterhaftung (Art. 1584 I belg. c.c.); Haftung für eigenes Delikt oder Delikt des Gehilfen (Art. 1382, 1334 IV belg. c.c.); Verletzung der vertraglichen *obligation de sécurité*, die in der Entscheidung als eine *obligation de sécurité de prudence et. diligence normale* angesehen wird.

gesprochen, in dem ein zweijähriges Kind bei der Benutzung einer Rolltreppe in einem Warenhaus verletzt worden war. Das Gericht begründete diese Auffassung mit dem fehlenden *animus contrahendi*.<sup>843</sup>

---

<sup>843</sup> Das Urteil ist anscheinend nicht veröffentlicht; vgl. die Revisionsentscheidung in dieser Sache Cass. belge 30.5.1969 Rev. crit. jur. belge 1970, 36 und die zugehörige Anm. von *Dalcq*, *ibid.* 61. Das aufhebende Kassationsurteil befasst sich lediglich mit der *responsabilité hors contrat* (Art. 1384 I belg. c.c.; Halterhaftung).

## § 6 Italien (Exkurs)

### A. Kodifizierung der culpa in contrahendo : Art. 1337 Codice civile (1942)

Unter den hier darzustellenden Rechtsordnungen nimmt Italien eine Sonderstellung ein: Art. 1337 des neuen Codice civile von 1942 kodifiziert den Rechtsgedanken der culpa in contrahendo (*responsabilità precontrattuale*) dergestalt, dass die Parteien sich bei Vertragsverhandlungen und bei Vertragsschluss nach Treu und Glauben zu verhalten haben.<sup>844</sup>

Die folgende Skizze konzentriert sich auf die Frage; ob auch vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen nach dieser Vorschrift beurteilt werden bzw. welchen anderen Normen die hier interessierenden Fallgruppen unterliegen.

### B. Culpa" in contrahendo und vor-vertragliche Erhaltungspflichten

#### I. Schrifttum

Die Darstellung beschränkt sich auf das Schrifttum zum geltenden Recht, d.h. zum *Codice civile* von 1942. Die Literatur zum alten *Codice civile* von 1865 war sehr stark auf die Fallgruppen ausgerichtet, die *Jhering* unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo behandelt hatte. Sie nahm keine Stellung zu dem hier interessierenden Problem der vorvertraglichen Erhaltungspflichten.<sup>845</sup> Indessen erwähnen auch die meisten Untersuchungen zu Art. 1337 des neuen *Codice civile* (1942) die vorvertraglichen Erhaltungspflichten nicht.<sup>846</sup> Die Mehrzahl der italienischen Autoren scheint die Haftung aus Art. 1337 auf die Fälle des Abbruchs von Vertragsverhandlungen zu beschränken oder jedenfalls in dieser Fallgruppe den Hauptanwendungsbereich der genannten Vorschrift zu sehen.<sup>847</sup> Dieser

---

<sup>844</sup> Die Vorschrift lautet: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede." Der alte Codice civile von 1865 hatte keine derartige Vorschrift enthalten. Ganz ähnlich dem Art. 1337 it. c.c. schon Art. 197 des griechischen ZGB von 1940, das darüber hinaus in Art. 198 eine Schadensersatzpflicht für schuldhafte Schädigung bei Vertragsverhandlungen vorsieht.

<sup>845</sup> Vgl. etwa *Barassi* (Arch. giur. 62 [1899] 591 ff., der die "teoria della culpa in contrahendo" mit der *Jheringschen* Lehre identifiziert. S. ferner *Coviello*, *Filangieri* 25 (1900) 721 ff. und *Faggella*, *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Bd. III, 271 ff. Die ältere Literatur ist ausführlich in der Dissertation von *Nirk* (89-106) dargestellt.

<sup>846</sup> Vgl. z.B. *Calusi*, *Riv. trim.* 1956, 470 ff.; *Messineo*, *Enciclopedia IX*, 784 ff. (847 ff., 889 ff.); *ders.*, *Contratto I* 300 ff., 360 ff., *ders.*, *Manuale III*, § 134 Nr. I, 15; *Mirabelli* 78 ff.; *Stolfi*, *Foro it.* 1954, I, 1108 ff.; *Tamburrino* 9 ff., 168 f.

<sup>847</sup> Vgl. z.B. *Barbero* 369 ff., *Borsetto*, *Temi* 1946, 404 ff.; *De Cupis* 95 ff.; *Gallo*, *Giur. compl. cass. civ.* 1954, 2<sup>o</sup> bim., 162 ff.; *Gorla* 145; *Malinconico*, *Nuovo dir.* 45 (1968) 741 ff.; *Rassegna* (de Martini) sub Art. 1337; *Rubino* 34 N. 12bis; *de Ruggiero-Maroi-Maiorca* 184 f.; *Torrente-Schlesinger* 452 f.; *Torrente-Pescatore*, Art. 1337 Bem. 2, 5, *Trabucchi* 682 ff. Vgl. ferner *Ferri*, *Riv. trim.* 1951, 222. Im Übrigen wird

Stellungnahme entsprechend erwähnt auch keiner der zu dieser Gruppe gehörenden Autoren den Problembereich der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten im Zusammenhang mit der Behandlung des Art. 1337 it.c.c.

Soweit die Frage der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten Beachtung findet, wird die Anwendung der Grundsätze der culpa in contrahendo (Art. 1337 it.c.c.) einhellig abgelehnt.<sup>848</sup> *Carresi* führt im Rahmen seiner Erörterungen die Linoleumrollen-Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 78, 259) an, bejaht deren Ergebnis, lehnt jedoch die von ihm als vertraglich aufgefasste Konstruktion der Haftung als "offensichtlich artifizuell" ab. Er meint, die Haftung könne sicherlich nicht als "*precontrattuale*" aufgefasst werden, nachdem die gleiche Haftung jedermann gegenüber, der eingeladen sei oder jedenfalls nicht gegen den Willen des Eigentümers oder Besitzers einen Laden betrete, angenommen werden müsse.<sup>849</sup> *Sconamiglio* behandelt den Fall des potentiellen Käufers, der einen Laden betritt, um sich die Ware anzusehen; er führt ferner als Beispiel denjenigen an, der eine Wirtschaft aufsucht, um Auskünfte zu erhalten. *Scognamiglio* vertritt die Auffassung, dass der mögliche zukünftige Vertragspartner, der einen Schaden verursache, hier nicht gegen Treu und Glauben verstoße. Aus dem Gesetz (Art. 1337 it.c.c.) sei keine Verpflichtung abzuleiten, die Sicherheit der Personen zu garantieren, mit denen man in Vertragsverhandlungen trete. Für den Schaden könne nur nach den Vorschriften der Art. 2043 ff. it.c.c., d.h. nach dem Recht der unerlaubten Handlung, gehaftet werden.<sup>850</sup> Am ausführlichsten hat sich *Benatti* mit der uns hier interessierenden Frage auseinandergesetzt. Gegen die in der Bundesrepublik Deutschland herrschende Auffassung wendet er vor allem ein, dass das Erhaltungsinteresse unabhängig von begonnenen Vertragsverhandlungen bestehe. Dieses Interesse sei genügend durch die Regel des Art. 2043 it.c.c., (deliktische Generalklausel) geschützt.<sup>851</sup> Im Übrigen vertritt er die Auffassung, dass die Erhaltungspflichten (*doveri di conservazione*) nicht in die Kategorie der vor-vertraglichen Pflichten gehörten, da diese auf die Vorbereitung des zukünftigen Vertrages gerichtet seien und sich damit in Anzeige-, Geheimhaltungs- und Aufbewahrungspflichten erschöpften.<sup>852</sup> *Be-*

---

auch bisweilen der Zeitpunkt des Beginns des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen erst in der eigentlichen Aufnahme von Verhandlungen gesehen, so dass die davor liegenden Schadensfälle ohnehin in den Deliktsbereich fallen, so z.B. *De Cupis* 98 N. 92.

<sup>848</sup> *Benatti* 79 ff.; *Carresi*, *Temi* 1965, 440 (451 f.); *Panza*, *Corti Bari, Lecce, Potenza* 55 (1963-1964) 90 N. 6; *Scognamiglio* 675.

<sup>849</sup> *Carresi*, *Temi* 1965, 451/452.

<sup>850</sup> *Scognamiglio* 675. Bei der Straßenbahnnutzung nimmt er den Vertragsschluss schon im Augenblick des Einsteigens an. Von diesem Zeitpunkt ab unterlägen Schadensfälle den Vertragsrecht (*ibid.*).

<sup>851</sup> *Benatti* 82.

<sup>852</sup> *Benatti* 82/85 (*doveri di comunicazione, di segreto, di custodia*). *Benatti* gebraucht im Übrigen die beiden Bezeichnungen "*doveri di conservazione*" und "*doveri di protezione*" gleichbedeutend: 82, 83. *Betti*

*natti* sieht den Grund dafür, dass die deutsche Rechtsprechung und Rechtslehre in Abweichung von allen anderen Rechtsordnungen die Fälle nach Vertragsrecht beurteilen, in der unbefriedigenden Ausgestaltung der Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB). Mit anderen Worten dient diese Konstruktion nach seiner Auffassung dazu, den § 278 BGB zur Anwendung zu bringen.<sup>853</sup> Eine Bestätigung für diese Auffassung sieht *Benatti* darin, dass einige Autoren versucht hätten, diese Erhaltungspflichten nicht mehr auf das Verhandlungsverhältnis, sondern auf den "sozialen Kontakt" zu gründen. Auch diese Konstruktion sei aus rein praktischen Gründen zu erklären; man wolle um jeden Preis *relative* Erhaltungspflichten in den Fällen schaffen, in denen jemand sich in erhöhtem Maße dem Einfluss eines anderen ausgesetzt sehe.<sup>854</sup>

## II. Rechtsprechung<sup>855</sup>

Die italienische Judikatur scheint in Art. 1337 it.c.c. nur die Fallgruppe des Abbruchs von Vertragsverhandlungen geregelt zu sehen.<sup>856</sup> Diese Feststellung wird jedenfalls für den hier interessierenden Bereich durch die vorliegende Untersuchung bestätigt: Ich habe in der Rechtsprechung keine Entscheidung gefunden, die Art. 1337 it.c.c. auf Personen- oder Sachschädigungen vor<sup>857</sup> oder während der Vertragsverhandlungen angewandt oder auch nur erörtert hätte. Die *sedes materiae* ist die Deliktsordnung. Um einen Eindruck von der tatsächlichen Falllösung zu vermitteln, mag eine kurze Darstellung der einschlägigen – nicht sehr zahlreichen – Entscheidungen und eine Skizze der angewandten gesetzlichen Bestimmungen genügen.

---

spricht zwar ausdrücklich von vor-vertraglichen Schutzpflichten (*doveri di protezione*) führt jedoch bei den Beispielen keinen Erhaltungspflichtfall in dem hier gemeinten Sinn auf (*Betti*, Müller-Erzbach-Festschr. 27 f.; *Teoria generale* 99 f.).

<sup>853</sup> *Benatti* 85 f. *Benatti* stützt sich dabei auf *Serick*, *Rev. int. dr. comp.*, 7 (1955) 568 f.

<sup>854</sup> *Benatti* 84.

<sup>855</sup> Eine Beurteilung der Rechtsprechung ist nur mit Vorbehalt möglich, da die Urteile sehr selten im vollen Wortlaut veröffentlicht werden und insbesondere wenig Wert auf die eingehendere Wiedergabe des Sachverhalts gelegt wird. Der Leitsatz ("*massima*") steht durchaus im Vordergrund. Vgl. hierzu etwa auch *Grisoli* 108 f., 253.

<sup>856</sup> Vgl. z. B. *Cass.* 15.6.1967 n. 1397, *Foro it.* 1967, I, 2336.

<sup>857</sup> Eine Beurteilung dieser Fälle nach Art. 1337 it. c.c käme im Übrigen schon deswegen nicht in Betracht, weil das Verhandlungsverhältnis *eng* aufgefasst wird: vgl. z. B. *Cass.* 13.7.1968 n. 2521, *Foro it.* 1968, I, 2454; *Cass.* 24.3.1958 n. 985, *Foro it.*, *Rep.* 1958, sub „*obbligazioni e contratti*“ Nr. 92 (Art. 1337 it. c.c. gilt danach nur bei "*reale esistenza di concrete trattative*").

### III. Die Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden

#### 1. Übersicht über das Haftpflichtsystem

Nach der deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 2043 it.c.c. verpflichtet jede vorsätzliche oder fahrlässige Handlung, die einem anderen widerrechtlich einen Schaden zufügt, den Schädiger zum Schadensersatz. Gemäß Art. 2049 it.c.c. haften Dienst- und Geschäftsherren für den Schaden, der durch die unerlaubte Handlung ihrer Hausangestellten und Handlungsgehilfen in Ausführung ihrer Verrichtungen entsteht. Im Gegensatz zu der Regelung in § 831 BGB steht somit dem Geschäftsherrn kein Exkulpationsbeweis offen. Dieser in Deutschland maßgebliche Grund für die Ausdehnung der Vertragsordnung auf Erhaltungspflichtverletzungen im vor-vertraglichen Bereich entfällt daher für das italienische Recht. Nach Art. 2051 it.c.c. haftet weiter jedermann für den Schaden, der durch in seiner Verwahrung bzw. Obhut (*custodia*) befindliche Sachen verursacht wird, sofern er nicht beweist dass ein Zufall vorliegt. Ferner sieht Art. 2053 it.c.c. vor, dass der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Bauwerkes (*costruzione*) für den durch Einsturz (*rovina*) verursachten Schaden haftet, es sei denn er beweise, dass der Einsturz nicht die Folge mangelhafter Instandhaltung oder eines Baufehlers ist. Diese Vorschrift stellt den Geschädigten hinsichtlich des Beweises noch besser als bei Anwendung der Art. 2043, 2049, wonach der Geschädigte nachweisen muss, dass der Verrichtungsgehilfe in Ausübung der Verrichtungen schuldhaft gehandelt hat, um eine Haftung des Geschäftsherrn zu erreichen.

#### 2. Rechtsprechungsmaterial

Soweit die Urteilsabdrucke erkennen lassen, ist die Haftung für Gehilfenverschulden (Art. 2043, 2049 it.c.c.) in unserem Bereich ohne praktische Bedeutung. Die Judikatur löst die hier einschlägigen Fälle zumeist mit Hilfe der weit ausgedehnten Artikel 2051 (Halter- bzw. Werkhaftung)<sup>858</sup> oder 2053 it.c.c. (Bauwerkshaftung)<sup>859</sup>. Die Halterhaftung des Art. 2051 wird dabei als Fall der Verschuldensvermutung, nicht als Gefährdungshaftung<sup>860</sup>

---

<sup>858</sup> Art. 2051 it. c.c. wird auf *alle* Sachen, gleichgültig ob Mobilien oder Immobilien, angewandt: vgl. z.B. App. Trieste 23.6.1962, Foro it., Rep. 1964, sub "Responsabilità civile" Nr. 355, 366; Geri 237. Die Rspr. unterscheidet auch nicht danach, ob die unter „*custodia*“ stehende Sache gefährlich oder ungefährlich ist: vgl. z.B. Cass. 17.10.1957 n. 3918, Foro it., Rep. 1961, sub "Responsabilità civile" Nr. 176; Geri 257. In der Literatur besteht dagegen eine gewisse Neigung, nach Art. 2051 it. c.c. nur Schadensfälle zu beurteilen, die auf *gefährliche* Sachen zurückzuführen sind. Vgl. die Nachweise zum Streitstand bei Pogliani Nr. 151 N. 9 und 10.

<sup>859</sup> Vgl. zur Ausweitung dieser Haftung s. unten bei N. 865 ff.

<sup>860</sup> Strittig; vgl. Pogliani Nr. 60 mit Nachweisen zum Streitstand.



verstanden: Der Sachherr wird befreit, wenn er "*caso fortuito*" im weiten Sinne, d.h. höhere Gewalt, Verursachung durch einen Dritten oder ausschließliches Selbstverschulden des Verletzten beweist.<sup>861</sup> Tatsächlich wendet die italienische Rechtsprechung in den einschlägigen Fällen Art. 2051 it.c.c. an, ohne die Frage vor-vertraglicher oder vertraglicher Beziehungen zwischen den Beteiligten aufzuwerfen; es ist aus den – allerdings oft spärlichen – Sachverhalten häufig nicht einmal ersichtlich, ob zwischen den Parteien im Augenblick des Schadensfalles Vertragsbeziehungen angestrebt waren oder schon bestanden. Diese Tatsache spielt für die Entscheidung der Fälle keine Rolle und wird daher in den Gründen auch nicht erörtert. Genaue Parallelfälle zu den deutschen *leading cases* (Linoleumrollenfall, Bananenschalenfall) zu finden, ist daher kaum möglich; immerhin gibt es eine Reihe von Sachverhalten, bei denen Schadensfälle "in contrahendo" eingetreten sein können: So wendet die .Rechtsprechung auf Unfälle im Zusammenhang mit Aufzugsanlagen<sup>862</sup> und Treppen<sup>863</sup> Art. 2051 it.c.c. an. Das gleiche dürfte für Rolltreppen gelten.<sup>864</sup> Andererseits werden auch Fälle, deren Beurteilung nach Art. 2051 nahegelegen hätte, aufgrund Art. 2053 (Gebäudehaftung) entschieden.<sup>865</sup> So finden sich Urteile, die die Haftung für Unfälle infolge schadhafter Treppen<sup>866</sup>, im Zusammenhang mit Aufzugsanlagen<sup>867</sup> oder auch Schäden, die auf schadhafte Fußabstreifer zurückzuführen sind,<sup>868</sup> nach der Gebäudehaftungsnorm (Art. 2053 it.c.c.) beurteilen. Diese Überschneidung der Anwendungsbereiche der beiden Normen ist darauf zurückzuführen, dass einerseits die Begriffe "*edifizio*", "*altra costruzione*" sowie "*rovina*" (Art. 2053 it.c.c.)<sup>869</sup>, andererseits das Tatbestandsmerkmal der "Sache" (Art. 2051 it.c.c.)<sup>870</sup> sehr weit ausgelegt werden.

<sup>861</sup> Cass. 8.7.1959 n. 2186, Foro it., Rep. 1959, sub "Responsabilità civile" Nr. 260, 261; Cass. 18.3.1968 n. 882, Foro it., Rep. 1968, sub "Responsabilità civile" Nr. 232; *Pogliani* Nr. 59 mit weiteren Nachweisen.

<sup>862</sup> Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Geri* 252 ff. Teilweise wird auch Art. 2053 it. c.c. angewandt: vgl. dazu unten N. 866.

<sup>863</sup> App. Firenze 27.6.1966, Foro it., Rep. 1966, sub "Responsabilità civile" Nr. 398, 399 (Sturz eines "Klienten" über eine einzelne Stufe in einem zur Zeit des Sturzes unbeleuchteten Gang eines Gasthofes). Vgl. weiter die Nachweise bei *Geri* 264. In Cass. 27.7.1965 n. 1774 (Foro it. 1966, I, 967) wurde dagegen nicht Art. 2051, sondern Art. 2043 in einem Fall angewandt, in dem eine Klientin durch eine neben der Theke eines Lebensmittelgeschäftes gelegene offen stehende Falltür stürzte.

<sup>864</sup> *Geri* 265 und 401.

<sup>865</sup> Zum Verhältnis der beiden Vorschriften vgl. *Geri* 235 f.: Art. 2053 wird gegenüber Art. 2051 it. c.c. als *lex specialis* angesehen.

<sup>866</sup> Cass. 5.3.1948 n. 352, Riv. dir. comm. 1948, II, 220; App. Roma 21.5.1953, Foro it., Rep. 1954, sub "Responsabilità civile" Nr. 286.

<sup>867</sup> Trib. Roma 8.3.1947, Riv. dir. comm. 1948, II, 220 (226). Vgl. weiter die Nachweise aus Rspr. und Literatur bei *Pogliani* Nr. 67 N. 8 (S. 172).

<sup>868</sup> App. Torino 29.10.1942, Foro it., Rep. 1945-45 sub "*Responsabilità civile*" Nr. 196 (diese Entscheidung konnte nicht überprüft werden).

<sup>869</sup> *Visintini* Nr. 61.

<sup>870</sup> Vgl. oben N. 858.

### **C. Zusammenfassung**

Mit Rücksicht auf die skizzierte Rechtslage konnten Judikatur und Rechtslehre in Italien auf eine Hilfskonstruktion wie die der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten des deutschen Rechtes verzichten. Befriedigende Entscheidungen sind ohne Schwierigkeiten mit den vorhandenen deliktsrechtlichen Vorschriften<sup>871</sup> zu erreichen: Deliktische Generalklausel (Art. 2043), strikte Haftung für Leute (Art. 2049) und strenge Beweisregelungen zu Lasten des Halters von Sachen (Art. 2051) bzw. Eigentümers von Bauwerken (Art. 2053) bilden elastische und zugleich wirksame Mittel, um dem Geschädigten Ersatz zu verschaffen. Des Art. 1337 it.c.c. bedarf es zur Erreichung dieses Zieles nicht.

---

<sup>871</sup> Vgl. auch Art. 2050 it. c.c., wonach für die Schädigung in Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit gehaftet wird, wenn der Ausübende nicht beweist, dass er alle zur Vermeidung des Schadens geeigneten Vorkehrungen getroffen hat; dazu *Zweigert-Kötz*, Haftung 23 ff. Die gleiche Haftung trifft den Unternehmer beim Personenbeförderungsvertrag gem. Art. 1681 I it. c.c. (.Körperverletzung, Eigentumsbeschädigung und -Verlust "*durante il viaggio*"). Bei Verkehrsmitteln, die man ohne vorherigen Vertragsschluss zu betreten pflegt (Straßenbahn, Busse), wird der Vertragsschluss im Augenblick des Einsteigens gesehen (*Mirabelli*, *Singoli contratti* 500 mit Nachweisen). Wegen der kürzeren Verjährung vertraglicher Ansprüche (1 Jahr gem. Art. 2591 it. c.c. gegenüber 2 Jahren bei Delikten gem. Art. 2947 it. c.c.) und der Möglichkeit, sich von der vertraglichen Haftung freizuzeichnen, geht die Tendenz dahin, den Deliktsanspruch neben der vertraglichen Haftung zuzulassen (vgl. *Mirabelli*. *ibid.* 507 f. mit Nachweisen).

## § 7 England (Exkurs)

### A. Einführung

Das englische Recht kennt weder den Begriff noch das Institut der culpa in contrahendo. Die Frage der Anwendung der culpa in contrahendo oder der Haftung aus geschäftlichem Kontakt auf Personen- und Eigentumsverletzungen während oder vor den Vertragsverhandlungen stellt sich somit nicht. Auch der in Deutschland diskutierte Haftungsgrund des sozialen Kontaktes findet im englischen Recht keine Entsprechung. Die hier interessierenden Fälle gehören nach englischem Rechtsverständnis in den Bereich des Deliktsrechts (*torts*).

Das englische Deliktsrecht kennt keine Generalklausel, wie sie etwa in den romanischen Rechtssystemen gilt. Das Anspruchssystem ähnelt insofern eher dem Enumerativprinzip des Artikel 823 I BGB. Historisch ist die englische Deliktsordnung aus einzelnen deliktsrechtlichen "Aktionen" (Klagetypen) herausgewachsen, bei deren Vorliegen, und *nur* dann, ein Schadensersatzanspruch anerkannt wurde. Einer dieser Klagetypen aus dem *law of torts*, die hier allein interessierende "*negligence*", hat sich jedoch heute soweit ausge dehnt, dass man zumindest von einer Annäherung an eine Generalklausel sprechen kann. "Negligence"<sup>872</sup> liegt immer dann vor, wenn jemand (unvorsätzlich) gegen eine gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich anerkannte Sorgfaltspflicht (*duty of take care not to damage the person or property*) verstoßen und dadurch einen Schaden verursacht hat. Ein Verstoß ist immer dann gegeben, wenn der Schädiger sich nicht so sorgfältig verhalten hat, wie es ein vernünftiger Mensch (*reasonable man*) in einer vergleichbaren Situation getan hätte. Der Geschädigte muss – in tatsächlicher Hinsicht – das Bestehen der "*duty*", deren Verletzung und die daraus folgende Schädigung beweisen. In bestimmten Fällen wird dem Geschädigten jedoch der Beweis durch die "*res ipsa loquitur*"-Regel erleichtert, die im englischen System Funktionen erfüllt, die der Anscheinsbeweis im deutschen Recht wahrnimmt. Die Verjährungsfrist beträgt bei Personenschaden sowohl für Ansprüche aus *negligence* als auch aus Vertragsverletzung (*breach of contract*) drei Jahre.<sup>873</sup> Der Geschäftsherr (*master*) haftet nach den Grundsätzen der "*vicarious liability*" für die *torts* seiner Gehilfen (*servants*) in Ausführung ihrer Verrichtungen (*in the course of their employment*).<sup>874</sup> Die

---

<sup>872</sup> Vgl. dazu und zum folgenden z.B. *Clerk&Lindsell* Nr. 851 ff.

<sup>873</sup> Limitation Act 1959, section 2 (l) in der Fassung des Law Reform (Limitation of Actions etc.) Act 1954.

<sup>874</sup> Vgl. z.B. *Street* 432.

Sorgfaltsanforderungen der Geschäftsinhaber für die Sicherheit der Vertragspartner sind bei *gewöhnlichen* Verträgen dieselben wie gegenüber vertragsfremden Personen.<sup>875</sup>

## **B. Tatsächliche Beurteilung der vor-vertraglichen Personen- und Sachschädigungen in der Rechtsprechung**

Die wenigen einschlägigen Entscheidungen folgten bis Ende 1957<sup>876</sup> den Common-Law-Regeln über die "*negligence in relation to property*", d.h. – in unserer Terminologie – Vorschriften des Deliktsrechts.<sup>877</sup> Vertragliche Haftungsregeln wurden in den untersuchten Fällen nicht erörtert. Nach Common Law waren die Anforderungen an die vom "*occupier*" (Besitzer)<sup>878</sup> von "*premises*"<sup>879</sup> geschuldeten Sorgfaltspflichten nach drei Gruppen von "Besuchern" – *invitees*, *licensees* und *trespassers* – abgestuft.<sup>880</sup> "*Invitee*" war derjenige, an dessen Besuchszweck der *occupier* ein "*material interest*" (vermögensbezogenes Interesse) hatte.<sup>881</sup> Dementsprechend war auch derjenige *invitee*, der ein Geschäft betrat, um zu kaufen oder sich nach Waren zu erkundigen.<sup>882</sup> Alle rechtmäßigen Besucher, an deren Besuch kein vermögensbezogenes Interesse bestand, waren "*licensees*"; alle anderen (= unrechtmäßigen) Besucher waren "*trespassers*".<sup>883</sup> Dem *invitee* schuldete der Besitzer Schutz vor ungewöhnlichen Gefahren.<sup>884</sup> Dem *licensee* gegenüber traf den *occupier* nur

---

<sup>875</sup> Vgl. *Chitty* I Nr. 700.

<sup>876</sup> Vgl. unten bei N. 890.

<sup>877</sup> Vgl. *Turner v. Arding & Hobbs Ltd.* [1949] 2 All E.R. 911 (Die Kl. glitt beim Einkauf – "*while she was shopping*" – in verkehrsarmer Zeit im Geschäft des Bekl. auf einem Gemüseblatt aus, stürzte und verletzte sich. Schadensersatz zugesprochen, da der Bekl. nicht dartun konnte, wie die "*slippery substance*" auf den Boden gekommen war und der Unfall sich ereignet hatte); vgl. ferner den vom *Supreme Court of Canada* (nach Common-Law-Regeln entschiedenen) Fall *Campbell v. Royal Bank of Canada*, (1963) 43 D. L. R. (2 d) 341 (Die Kl. wollte einen Scheck in der bekl. Bank einlösen. Sie war keine regelmäßige Kundin des Instituts. Als die Kl. vom Schalter zurücktrat, um auf die Prüfung des Schecks zu warten, glitt sie in einer Wasserlache aus und verletzte sich. Klage mit 3:2 Stimmen stattgegeben auf Grund des "*unusual danger*" in Form der Wasserlache). Vgl. weiter den Fall echten "sozialen Kontakts" *Jennings v. Cole* [1949] 2 All E. R. 191 (Ein Ehemann bat die Nachbarin, von Zeit zu Zeit nach seiner bettlägerigen Ehefrau zu sehen. Bei einem derartigen Besuch glitt die Nachbarin auf einem Treppenabsatz aus und verletzte sich. Klageabweisung, da kein "*unusual danger*" bestand. Als Haftungsgrund wurde nur *negligence* gegenüber dem *invitee* erörtert).

<sup>878</sup> "Occupier" ist derjenige, "who has a sufficient degree of control over premises to put him under a duty of care towards those who come lawfully onto premises" (*Clerk & Lindsell* Nr. 1015).

<sup>879</sup> "Premises" umfasst zunächst Grundstücke und Gebäude; der Begriff wird jedoch durch den *Occupiers' Liability Act* von 1957 auch auf Mobilien ausgedehnt (s. unten N. 892).

<sup>880</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. vor allem *Marsh*, L. Q.. R. 69 (1953) 182-199. Zum Rechtslage nach Common Law s. auch *Hans Stoll* 205 ff.

<sup>881</sup> Vgl. statt aller: *Law Reform Committee. Third Report* 7 ff. mit Nachweisen (im Folgenden: "Report"). Der zum Essen eingeladene Freund ist also kein "*invitee*" (*ibid.* 8).

<sup>882</sup> *Report* (letzte N.) 7, 27.

<sup>883</sup> *Report* (vorletzte N.) 5, 7.

<sup>884</sup> "*Reasonable care to prevent damage from unusual danger*": *Report* (s. oben N. 881) 9 mit Nachweisen.

die Pflicht, jenen vor versteckten Gefahren zu warnen, die der *occupier* kannte.<sup>885</sup> Der *trespasser* handelte auf eigene Gefahr; der Besitzer hatte ihm gegenüber keine Sicherungspflicht.<sup>886</sup> Die Abgrenzung von *invitee* und *licensee* sowie die daran geknüpften unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen führten zu erheblichen Schwierigkeiten und empfindlicher Unsicherheit in der Rechtsprechung<sup>887</sup> – gerade auch in den uns besonders angehenden Fällen des sog. geschäftlichen Kontakts.<sup>888</sup>

Deshalb wurden die eben genannte Common-Law-Abstufungen auf Grund eines Reformvorschlags des *Law Reform Committee*<sup>889</sup> durch den "*Occupiers' Liability Act*" von 1957<sup>890</sup> aufgehoben<sup>891</sup> und durch eine Regel ersetzt, nach welcher der *occupier* allen "*visitors*", d.h. den rechtmäßigen Besuchern<sup>892</sup> die Einhaltung einer *common duty of care* (allgemeine Sorgfaltspflicht) schuldet.<sup>893</sup> Dementsprechend werden jetzt die hier interessierenden Schadensfälle nach dieser *common duty of care* des *Occupiers' Liability Act* von 1957 entschieden.<sup>894</sup> In unserem Zusammenhang ist im Übrigen von Interesse, dass der

<sup>885</sup> "Warning of any concealed danger (or trap) of which the occupier knows": Report (s. oben N. 881) 9 mit Nachweisen.

<sup>886</sup> Report (oben N. 881) 15, 20; *Street* 191. Dies ist nur bei Kindern teilweise anders: vgl. *Street* *ibid.*

<sup>887</sup> Vgl. dazu ausführlich den oben (N. 881) zitierten Report (21 ff., insbes. 26 ff.).

<sup>888</sup> Report (oben N. 881) 27 f.

<sup>889</sup> In dem schon oben (N. 881) erwähnten Report (1954).

<sup>890</sup> In Kraft getreten am 1.1.1958: Section 8 (5) *Occupiers' Liability Act*. Vgl. zu diesem Gesetz auch Hans Stoll 207 f., 266 ff. S. ferner die im Anschluss an die englische Reform ergangenen "*Occupiers' Liability Acts*" in Schottland (1960) und Neuseeland (1962) sowie Israel (Civil Wrongs Ordinance Amendment Nr. 4; 1970). Die meisten "jurisdictions" in den USA halten demgegenüber an der Unterscheidung von *invitee* und *licensee* fest: vgl. z. B. 93 A.L.R. 2d 784 ff. (§ 2); Restatement, Torts 2d, § 328 E ff.; Am. Jur. sub "negligence" §§ 92 ff.; Prosser §§ 77, 78.

<sup>891</sup> *Occupiers' Liability Act*, section 1 (1) und (2).

<sup>892</sup> "Visitor" umfasst also "invitee" und "licensee": *Occupiers' Liability Act*, section 1 (2). Das gleiche Gesetz (section 1 (3) a) dehnt den primär für Land und Gebäude gedachten Anwendungsbereich seiner Regeln auf "any fixed or movable structure" aus, soweit entsprechende Pflichten nach Common Law bestanden. Mit anderen Worten werden derartige Pflichten nicht neu geschaffen, sondern nur dort, wo sie bereits nach Common Law anerkannt waren, in die *common duty of care* umgeformt. Die Vorschrift lautet: "The rules so enacted in relation to an occupier of premises and his visitors shall also apply, in like manner and to the like extent as the principles applicable at common law to an occupier of premises and his invitees or licensees would apply, to regulate – a) the obligations of a person occupying or having control over any fixed or movable structure, including any vessel, vehicle or aircraft ... " Der Begriff "fixed or movable structure" ist gesetzlich nicht definiert. Zur Auslegung vgl. z.B. *Street* 185 f.; *Clerk & Lindsell* Nr. 1042. Möglicherweise deckt der Begriff in etwa das gleiche Feld wie das Tatbestandsmerkmal "chose" in Art. 1384 I fr. c.c. Die Haftung gegenüber Personen, die nicht *visitors* sind (insbes. also *trespassers*) bleibt vom *Occupiers' Liability Act* unberührt: *Street* 190.

<sup>893</sup> *Occupiers' Liability Act*, section 2: "(1) An occupier of premises owes the same duty, the "common duty of care", to all his visitors, except in so far as he is free to and does extend, restrict, modify or exclude his duty to any visitor or visitors by agreement or otherwise. (2) The common duty of care is a duty to take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that the visitor will be reasonably safe in using the premises for the purposes for which he is invited or permitted by the occupier to be there."

<sup>894</sup> Vgl. z.B. *Doherty v. London Co-operative Society Ltd.*, (1966) 110 S.J. 74 (Die Kl. befand sich als einzige Kundin im Supermarket der Bekl., um dort Grapefruits zu kaufen. Mit den ausgewählten Früchten wollte sie sich zur Kasse begeben. Auf dem Weg dorthin ging sie mit raschen Schritten um eine Ecke und blickte dabei in ihre Geldbörse. Dadurch übersah sie einen ca. 90-120 cm hohen Stapel von Kar-

*Occupiers' Liability Act* die *common duty of care* auch auf solche *visitors* ausdehnt, die "under contract" die Räumlichkeiten oder das Gelände betreten, soweit die Sicherungspflicht nicht *ausdrücklich* vertraglich festgelegt ist.<sup>895</sup> Mit anderen Worten würde die *common duty of care* inhaltlich die bei uns sogenannten vertraglichen Nebenpflichten (Schutzpflichten) bestimmen. Unter diesen Umständen ist der Vertragsschluss in den hier interessierenden Fällen irrelevant.

### **C. Zusammenfassung**<sup>896</sup>

Unsere kurze Übersicht hat für das englische Recht Folgendes ergeben: Personen- und Eigentumsverletzungen vor Vertragsschluss wurden bis 1957 nach deliktischen Common Law-Grundsätzen entschieden. Seit dem Inkrafttreten des *Occupiers' Liability Act* am 1.1.1958 unterliegen diese Fälle dessen Regeln, soweit diese das Common Law aufgehoben haben. Die wichtigste Änderung durch das genannte Gesetz liegt in der Einführung einer *common duty of care*, die vom *occupier* unterschiedslos gegenüber allen rechtmäßigen Besuchern (*visitors*) einzuhalten ist. Die culpa in contrahendo (einschließlich geschäftlicher Kontakt) und die Lehre von der Haftung aus sozialem Kontakt haben in England jedenfalls für die Beurteilung der hier interessierenden Fälle nie eine Rolle gespielt. Die Fragen der Haftung für Hilfspersonen und der "*limitation of actions*" (Verjährung) wurden in den untersuchten Fällen nicht aufgeworfen.

---

tons, der in dem zur Kasse führenden Gang stand. Sie stürzte und verletzte sich. Ihre Schadensersatzklage wurde abgewiesen, da die Bekl. die "reasonable care for the reasonable safety of customers" nicht verletzt habe. Tatsächlich scheint wohl das Selbstverschulden der Kl. eine entscheidende Rolle gespielt zu haben.)

<sup>895</sup> *Occupiers' Liability Act*, section 5 (1): "Where persons enter or use, or bring or send goods to, any premises in exercise of a right conferred by contract with a person occupying or having control of the premises, the duty he owes them in respect of dangers due to the state of the premises or to things done or omitted to be done on them, in so far as the duty depends on a term to be implied in the contract by reason of its conferring that right, shall be the common duty of care." Section 5 (3) bestimmt die Nichtanwendbarkeit der section 5 auf (u.a.) entgeltliche Beförderungsverträge. Vgl. dazu *Report* (oben N. 881) 20 f., 24. Ein "*implied term*", die Sicherheit der Fahrgäste zu garantieren, scheint nicht anerkannt zu sein (vgl. *Halsbury's Laws*, IV. sub "Carriers" Nr. 445 mit Nachweisen). Dies gilt auch für die *premises* (Anlagen) des Beförderers wie Bahnhöfe usw. (ibid., Nr. 454 mit Nachweisen). Hier ist jetzt die *common duty of care* des *Occupiers' Liability Act* 1957 maßgebend. Die *duty of care* ist unabhängig davon, ob ein Vertrag geschlossen ist oder nicht (ibid., Nr. 450).

<sup>896</sup> Zur englischen Haftpflichtversicherung (*public liability insurance*) vgl. *Heimbücher*, Versicherungswirtschaft 1955, 581 f.

## § 8 Vergleichende Übersicht

### A. Nichtanwendung der culpa in contrahendo bei Personen- und Sachschäden

Den gegenwärtigen Stand des *deutschen* Rechts kann man wie folgt umreißen: Das selbständige Institut der culpa in contrahendo ist als gewohnheits- oder richterrechtliche Rechtsfortbildung allgemein anerkannt. Sein Anwendungsbereich mit der Folge vertragsartigen Schutzes erstreckt sich nach herrschender Lehre auch auf Leib und Gut (Eigentum). Differenzierungen in der Tatbestandsfassung und daraus folgende Unterschiede des Schutzbereiches in räumlich/zeitlicher und persönlicher Hinsicht (culpa in contrahendo im eigentlichen Sinn, „geschäftlicher“ Kontakt“, geschäftsbezogene Verkehrseröffnung, „sozialer Kontakt“) ändern nichts an der grundsätzlichen Anerkennung der culpa in contrahendo (im weiten Sinn) als selbständige "dritte Haftung" zwischen Vertrags- und Deliktsordnung. Anhänger der Deliktswahl für unsere Fälle gibt es demgegenüber nur wenige. Die Rechtsprechung folgt im Grundsatz der Lehre von der Haftung aus geschäftlichem Kontakt, schützt also Personen und Sachen bereits vor Beginn der Verhandlungen nach den vertragsartigen Regeln der culpa in contrahendo. Rechtstatsächlich steht jedoch das im Laufe der Zeit fortgebildete Deliktsrecht bei der Fallentscheidung ganz im Vordergrund.

Von den zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen hat Italien das Prinzip der culpa in contrahendo 1942 in Art. 1337 des *codice civile* kodifiziert. Österreich und die Schweiz anerkennen auch ohne gesetzliche Festlegung mehr oder weniger einhellig das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo (unten I.). Dagegen ist dem heutigen französischen, belgischen und englischen Recht die culpa in contrahendo als eigenständiges Rechtsinstitut nicht bekannt (unten II.).

I. Es ist besonders bemerkenswert, dass die vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen nicht in den Anwendungsbereich der einzigen (allgemeinen) Kodifikation der culpa in contrahendo einbezogen werden: In *Italien* wenden weder das Schrifttum noch die Judikatur Art. 1337 Codice civile auf die uns interessierenden Sachverhaltsgruppen an. Die Gerichte und der überwiegende Teil der Lehre erwähnen diese Norm in unserem Zusammenhang nicht einmal (oben § 6 B. II., S. 222). Soweit Erhaltungspflichtverletzungen im Vorfeld des Vertrages – angeregt durch die vergleichende Heranziehung des deutschen Rechts – mit Art. 1337 Codice civile in Verbindung, gebracht werden, stößt die Anwendung dieser Norm auf einhellige Ablehnung (*Benatti, Carresi, Sconamiglio*; s. oben § 6 B. I., S. 220 ff.).

Die Ausgangslage des *österreichischen Rechts* ähnelt in vieler Beziehung der deutschen Situation. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Haftung für Leute, der Beweislastverteilung und bezüglich eines fehlenden geeigneten Werkhaftungstatbestandes (o. § 2 A., S. 169 ff.). Unter diesen Umständen lag es nahe, die deutsche Entwicklung auf diesem Gebiet zu verfolgen. In der Lehre werden die deutschen Lösungsvorschläge (*culpa in contrahendo*, Haftung aus geschäftlichem Kontakt) denn auch mehrfach übernommen (*Schlesinger, Gschnitzer, Bydlinski, Welser*) oder fortentwickelt (*Walter Wilburg*), vereinzelt aber auch abgelehnt (*Max Wilburg*). Das Gesamtbild des Schrifttums zeigt auch in unseren Fragen die traditionelle enge Verwandtschaft der beiden Nachbarrechtsordnungen (o. § 2 B. I., S. 173 ff.). Umso bemerkenswerter ist die eindeutige Ablehnung eines irgendwie gearteten objektiven Haftungstatbestandes (*culpa in contrahendo*, geschäftlicher Kontakt) für Erhaltungspflichtverletzungen im Vorbereich des Vertrages durch die österreichische Rechtsprechung (o. § 2 B. II., S. 178 ff.). Während so die *culpa in contrahendo* und die Haftung aus geschäftlichem Kontakt in Österreich wenigstens teilweise Beachtung gefunden haben, ist die Lehre von der Haftung aus sozialem Kontakt in unserem Nachbarland auf dem hier interessierenden Gebiet ohne jeden sichtbaren Einfluss geblieben. Die schweizerische Ordnung der Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen hat dem BGB als Vorbild gedient. In diesem wichtigen Punkt und darüber hinaus in der Beweislastregelung bestand in der Schweiz und Deutschland eine analoge Ausgangslage (o. § 3 A., S. 184). Eine parallele Entwicklung in beiden Rechtsordnungen hätte somit an sich auch bei den hier interessierenden Sachverhalten nahegelegen. Dennoch haben es weder Lehre noch Rechtsprechung unternommen, die Erhaltungspflichtverletzungen im Vorfeld des Vertrags in die Haftung nach Vertragsregeln einzubeziehen. Gerichtsentscheidungen ziehen diese Lösung (*culpa in contrahendo*, geschäftlicher bzw. sozialer Kontakt) überhaupt nie in Betracht (o. § 3 B. II., S. 189 ff.). Das Schrifttum spricht sich – soweit es die eben angeführten Lösungsmöglichkeiten überhaupt behandelt – konkludent oder ausdrücklich (so insbesondere *Piotet*) gegen die deutsche h. M. aus (o. § 3 B. I., S. 185 ff.).

II. Im Gegensatz zu den eben angeführten Rechtsordnungen spielt das Institut der *culpa in contrahendo* in der neuen französischen Entwicklung kaum eine Rolle. Das französische Haftungssystem beruht auch heute noch weitgehend auf der klassischen Zweiteilung in Vertrags- und Deliktshaftung. Wo das Institut der *culpa in contrahendo* nicht anerkannt ist, kann sich selbstverständlich auch die Frage seines Anwendungsbereichs nicht stellen. So ist die *culpa in contrahendo* in keiner ihrer Spielarten bei der Beurteilung vor-



vertraglicher Erhaltungspflichtverletzungen vom Schrifttum oder von der Judikatur berücksichtigt worden (o. § 4 B. I., S. 201 ff. bzw. II., S. 205 ff.). Das für Frankreich skizzierte Bild gilt für Belgien entsprechend: Die culpa in contrahendo spielt als eigenständiger Tatbestand weder in unserem noch in anderem Zusammenhang eine Rolle (o. § 5, S. 217 ff.).

Ähnliches lässt sich für das *englische* Recht feststellen, dem anscheinend sogar der Terminus "culpa in contrahendo" fremd ist (oben § 7 A., S. 226).

III. Die vergleichende Übersicht zeigt in *rechtstatsächlicher* Hinsicht folgendes Ergebnis: Der Lösungsversuch der in Deutschland herrschenden Meinung, Personen und Sachen vor oder bei Vertragsschluss mit Hilfe des (ggf. erweiterten) Instituts der culpa in contrahendo zu schützen, steht nach dem Ausweis der untersuchten fremden Rechtsordnungen nahezu allein. Die festgestellte Isolierung gilt für die Gerichtspraxis ohne jede Ausnahme – gleichgültig, ob die culpa in contrahendo als solche auf gesetzlicher oder richterrechtlicher Legitimationsgrundlage anerkannt wird (Italien, Österreich, Schweiz) oder nicht (Frankreich, Belgien, England). Die ablehnende oder ignorierende Haltung der Rechtsprechung findet sich auch dort, wo die Motivationslage (insbesondere unbefriedigende Haftung für Verrichtungsgehilfen; Beweislastverteilung; fehlende Halterhaftung usw.) dem deutschen Recht vergleichbar ist (Schweiz und vor allem Österreich). Die Stellungnahmen des *Schrifttums* der zum Vergleich herangezogenen Länder reichen von der Rezeption über die Ignorierung und Ablehnung für das eigene Recht bis zur Verwerfung der in Deutschland herrschenden Meinung für das deutsche Recht. Eine Übernahme der bei uns herrschenden Auffassung ist lediglich in einem Teil des österreichischen Schrifttums festzustellen; das Motiv hierfür liegt eindeutig in der Ersetzung der Haftungsregeln für Verrichtungsgehilfen durch jene für Erfüllungsgehilfen. In den anderen Ländern ist die Lehre hingegen dem deutschen Vorschlag nicht gefolgt. Das Schrifttum in Frankreich, Belgien und England lehnt die culpa in contrahendo als eigenständiges Rechtsinstitut gänzlich ab bzw. ignoriert sie und hat daher keinen Anlass, auf die Anwendung dieses Tatbestandes bei den vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen einzugehen. Die schweizerische Lehre verwirft die deutsche herrschende Meinung für ihre eigene Rechtsordnung, obwohl – wenigstens dem Gesetzesbuchstaben nach – die Motivationslage jedenfalls teilweise vergleichbar zu sein scheint. Gelegentlich bezeichnet man implizit die in Deutschland herrschende Meinung sogar als mit dem *deutschen* Recht *de lege lata* nicht vereinbar. Die gleiche Haltung – einhellige Ablehnung für das eigene Recht, teilweise Kritik der deutschen herrschenden Meinung *de lege lata* – finden wir in der italienischen Rechtswissen-

schaft. Die untersuchten fremden Rechte verfügen über andere "Rechtsmittel" zur befriedigenden Fallentscheidung. Für die "deutsche Lösung" besteht kein Bedürfnis.

## **B. Beurteilung der Personen- und Sachschäden nach Deliktsrecht**

I. Verwirft man den Tatbestand einer culpa in contrahendo überhaupt oder schließt doch Personen- und Sachschäden aus dem Anwendungsbereich dieses Institutes aus, so bleibt für eine Beurteilung unserer Fälle nur die Vertrags- oder die Deliktsordnung. Da es sich bei den hier in Frage stehenden Schadensfällen *per definitionem* um vor-vertragliche, also eben nicht-vertragliche Interessenverletzungen handelt, liegt die Prüfung nach Deliktsregeln nahe. Tatsächlich ist dies der grundsätzliche Ausgangspunkt aller untersuchten außerdeutschen Rechtsordnungen.<sup>897</sup> Die vertraglichen (nicht vertragsartigen) Regeln zieht man nur dort heran, wo mit ihrer Hilfe unzureichende deliktische Normen verdrängt werden sollen. Dies betrifft in der Praxis im Wesentlichen den Komplex der Haftung für Leute (Österreich) sowie die Beweislastregelung (Frankreich). Die Heranziehung der Vertragsordnung erfüllt so in verschiedenen Rechten durchaus unterschiedliche Aufgaben. Gemeinsam ist die Funktion, die Deliktsordnung zu korrigieren. Die Zielrichtung der Korrektur hängt von der Ausgestaltung der Deliktshaftung ab. Befriedigende Möglichkeiten zur Entscheidung der hier interessierenden Fälle bietet die Deliktsordnung in allen Rechten mit strikter Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfen (Ausschluss des Exkulpationsbeweises) und mit weitgefasstem Werkhaftungstatbestand. Beide Voraussetzungen bestehen heute im italienischen, französischen und belgischen Recht.

Im italienischen Recht (o. § 6 B. III. 1., S. 223) finden wir die strikte Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfen (Art. 2049 it.c.c.) und des Halters für den Schaden, die durch Sachen verursacht werden, die sich in dessen Obhut befinden (Art. 2051 it.c.c.). Der Halter wird nur entlastet, wenn er beweist, dass Zufall vorliegt. Soweit die knappen Sachverhaltsabdrücke ein Urteil zulassen, scheint Art. 2049 it.c.c. in unserem Bereich ohne praktische Bedeutung zu sein. Art. 2051 it.c.c. ermöglicht es mit seiner verletztenfreundlichen Beweislastregelung, ohne Schwierigkeiten zu einer direkten Haftung des Halters zu gelan-

---

<sup>897</sup> Gleiches gilt z.B. auch für die schwedische Rspr. – jedenfalls hinsichtlich jener Fälle, in denen der eingetretene Schaden mit dem Vertragsgegenstand nichts zu tun hat. Hier finden ausschließlich Deliktsregeln Anwendung (*Wennberg* 135 f.). In unserem Zusammenhang ist besonders bemerkenswert, dass diese Praxis unbestritten ist, obwohl im Deliktsrecht grundsätzlich das Verschuldensprinzip – wenn auch nicht ohne gewisse Einschränkungen – auch hinsichtlich der Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfen herrscht (*Wennberg* 130 ff.). Die rechtlich ungünstige Stellung des Geschädigten wird durch die Mitversicherung der Betriebsangehörigen ausgeglichen, die in den *standard conditions* die Betriebshaftpflichtversicherung enthalten ist (*Hellner*, *ibid.* oben N. 580).

gen. Eine Ausdehnung der Vertragssphäre ist dementsprechend im italienischen Recht – vom Sonderfall des Personenbeförderungsvertrags abgesehen – nicht festzustellen. Eine solche Ausdehnung würde dem Geschädigten im Übrigen keine Vorteile, unter Umständen aber Nachteile bringen. Dementsprechend geht die Tendenz in der italienischen Praxis dahin, neben einem vertraglichen Schadenersatzanspruch auch Deliktsansprüche zuzulassen, d.h. im Ergebnis die entsprechenden Vertragsregeln zu verdrängen.

Die – im Einzelnen sehr komplexe und differenzierte – Entwicklung in Frankreich hat zu einer der italienischen Gesetzeslage entsprechenden Rechtspraxis geführt (o. § 4. A., S. 196 ff.). Neben einer strikten Geschäftsherrenhaftung für Gehilfenverschulden (Art. 1384 V fr.c.c.) hat die Rechtspraxis Art. 1384 I fr.c.c. im Laufe der Zeit zu einem umfassenden Werkhaftungstatbestand fortentwickelt. Danach haftet der Halter einer Sache für den Schaden, den diese verursacht hat, es sei denn, er beweise eine "*cause étrangère*" (*présomption de responsabilité*). Diese am Ende eines Entwicklungsprozesses stehenden Regeln ermöglichen in den hier praktisch im Vordergrund stehenden Verkehrssicherungsfällen befriedigende Entscheidungen, ohne dass dafür auf Vertragsrecht zurückgegriffen werden müsste. Die jüngste Rechtsprechung und Literatur tragen in zunehmendem Maße dieser Entwicklung dadurch Rechnung, dass sie den in manchen Fällen fiktiv vorverlegten Vertragsschluss bzw. den (fiktiven) Vorvertrag als Entscheidungsgrundlage aufgeben und von der vertraglichen zur deliktischen Beurteilung der hier einschlägigen Fälle übergehen (o. § 4 B. III., S. 205 ff.). Die Vertragsordnung bietet dem Geschädigten nach der modernen Entwicklung des französischen Deliktsrechts nicht mehr den Beweisvorteil, der bei der Vertragslösung Pate gestanden haben dürfte. Im Übrigen ist festzustellen, dass Art. 1384 V fr.c.c. (Haftung für Verrichtungsgehilfen) auf unserem Gebiet in der Praxis offensichtlich keine große Bedeutung besitzt; die unmittelbare Haftung des "Sachherrn" kann auf Grund der fortentwickelten Regel des Art. 1384 I fr.c.c. ohne Schwierigkeiten erreicht werden.

Die Ergebnisse der für Frankreich durchgeführten Untersuchung gelten wenigstens in den Grundtendenzen auch für das verwandte belgische Recht (oben § 5, S. 217 ff.).

Während die bisher erwähnten Rechte der romanischen Rechtsfamilie sowohl über eine strenge Gehilfenhaftung als auch über eine weitgespannte Halterhaftung verfügen, fehlt die strikte *vicarious liability* im schweizerischen Recht. Gerade dadurch wird die Funktion eines weitgefassten Werkhaftungstatbestandes in unserem Bereich besonders deutlich (o. § 3 B. II., S.185). Mit Hilfe der in Art. 58 OR geregelten Kausalhaftung des Werkeigentümers kann in den hier interessierenden typischen Fällen eine unmittelbare Haftung des Geschäftsherrn erreicht werden. Der Begründung einer Haftung des Geschäftsherrn für

Gehilfen bedarf es nicht mehr. Im Übrigen stimmt die Regelung des Art. 55 OR mit § 831 BGB in der *Rechtspraxis* keineswegs so weit überein, wie man zunächst annehmen möchte: Die schweizerische Judikatur hat den dezentralisierten Entlastungsbeweis nie zugelassen und die Befreiung des Geschäftsherrn sehr erschwert. Aber diese gegenüber dem Gesetzeswortlaut des Art. 55 OR in der Rechtswirklichkeit erheblich verbesserte Stellung des Geschädigten ist bei dem typischen Sachverhalt des Unfalls in fremden Räumlichkeiten mit Rücksicht auf den einschlägigen Werkhaftungstatbestand ohne ersichtliche Bedeutung. Auch die Haftung nach Vertragsgrundsätzen spielt bei dieser Rechtslage in den hier interessierenden Fällen keine Rolle. Das Beispiel des schweizerischen Rechts zeigt uns besonders klar, dass die Regelung der Gehilfenhaftung (und die Vertragshaftung) für eine angemessene Lösung der hier im Vordergrund stehenden Unfälle (Verkehrssicherungsfälle) dort gegenstandslos wird, wo die Haftung des "Sachherrn" angemessen ausgestaltet ist. Dieses Ergebnis wird durch die Tatsache gestützt, dass die strikte Gehilfenhaftung in den angeführten Ländern des romanischen Rechtskreises mit weitem Werkhaftungstatbestand bei der Beurteilung vor-vertraglicher Personen- und Sachschäden *faktisch* ohne Bedeutung ist.

Unsere These der Irrelevanz der Ausgestaltung der Leute- und Vertragshaftung für die Verkehrssicherungsfälle bei strengem Werkhaftungstatbestand erfährt eine weitere Bestätigung durch das englische Recht. Hinsichtlich der strikten Haftung für Gehilfenverschulden stimmt es mit den behandelten romanischen Rechtsordnungen im Grundsatz überein. Dennoch spielt die *vicarious liability* in unserem Untersuchungsbereich keine Rolle. Maßgebend ist vielmehr der *Occupiers' Liability Act 1957*, der funktional in dem hier interessierenden Bereich den Werkhaftungstatbeständen entspricht. In deutsch-rechtlicher Terminologie würde man von einer Teilkodifizierung der Verkehrspflichten sprechen können. Die im *Occupiers' Liability Act 1957* festgelegte, gegenüber allen rechtmäßigen Besuchern bestehende *common duty of care* des "Besitzers" (*occupier*) erfasst die vor Vertragschluss eingetretenen Personenverletzungen und Sachschädigungen. Diese Pflichtenzuordnung erlaubt den unmittelbaren "Durchgriff" auf den Geschäftsinhaber. Dessen vertragliche Haftung scheint keine Rolle zu spielen. In unserem Zusammenhang verdient noch besonders hervorgehoben zu werden, dass der *Occupiers' Liability Act 1957* die Common-Law-Unterscheidung von *licensee* und *invitee* und die damit verbundene ("deliktische") Haftungsstufung aufgehoben hat. Sehr vergrößert könnte man vielleicht sagen, dass damit die im deutschen Recht "geschäftlicher Kontakt" genannte Kategorie zugunsten einer einheitlichen Sorgfaltspflicht gegenüber *allen* rechtmäßigen Besuchern aufgegeben wurde

(oben § 7 B., S. 227 ff.). Das österreichische Recht steht hinsichtlich der hier in erster Linie relevanten Fragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen, der Beweislast und des Fehlens eines weiten Werkhaftungstatbestandes dem deutschen Recht an nächsten. Trotz dieser vergleichbaren Ausgangslage ist die österreichische Rechtspraxis – im Gegensatz zum Schrifttum – der "deutschen Lösung" (*culpa in contrahendo*, geschäftlicher Kontakt) nicht gefolgt. Die Rechtsprechung versucht vielmehr, durch Annahme eines Eigenverschuldens des Geschäftsherrn wegen Verletzung einer ihm unmittelbar obliegenden Sorgfaltspflicht (Verkehrssicherungspflicht, Auswahl-, Aufsichts-, Organisationspflicht) die Grundlage für eine Direkthaftung des Geschäftsherrn zu schaffen. Praktisch bedeutsam ist in diesem Zusammenhang auch die Umkehr der Beweislast bei Unterlassungen von Gehilfen. Daneben bemüht sich die Rechtsprechung vereinzelt – insbesondere bei Personenbeförderungsverträgen – durch Vorverlegung des Vertragsschlusses dem Verletzten die günstigere Vertragshaftung zu verschaffen (oben § 2 B. II., S. 178). Die oben für die Länder mit weitem Werkhaftungstatbestand festgestellte Irrelevanz der Leutehaftung bei Unfallschäden gilt nach unserer Untersuchung auch für Österreich.

Es ist bemerkenswert, dass in der deutschen Rechtspraxis eine vergleichbare Entwicklung festzustellen ist. Etwaige Schadensbeiträge von Gehilfen finden im Rahmen der Prüfung einer Haftung wegen Verkehrssicherungspflichtverletzung kaum mehr Beachtung. Der Sachherr wird unmittelbar in Anspruch genommen (oben § 1 C. II. 4. a., S. 156). Die Verkehrssicherungspflichten des deutschen Rechts nehmen Funktionen der Werkhaftungstatbestände wahr (vgl. insbesondere 1384 I fr. bzw. belg.c.c.; Art. 2051 it.c.c.; Art. 58 OR). Wie bei jenen gesetzlichen Tatbeständen bleibt auch im deutschen Recht die Mitwirkung eines Dritten bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten außer Betracht. Die dem Sachherrn (Eigentümer, Halter) zugeordnete Haftung lässt das Verhalten von Hilfspersonen in den Hintergrund treten. Durch die allein an die Sachherrschaft geknüpfte Verantwortung wird gleichzeitig der Zweck des Kontaktes, der zwischen dem Sachherrn und dem Geschädigten bestand oder entstehen sollte, irrelevant. Ob Vertragsbeziehungen vorhanden sind, Vertragsverhandlungen geführt oder angebahnt werden (geschäftlicher Kontakt), ist für die auf Sachherrschaft gegründete Haftung unerheblich. Entsprechendes gilt für Österreich. Die These der Funktionsgleichheit<sup>898</sup> von Werkhaftung und Verkehrssicherungspflichten wird durch die Feststellung erhärtet, dass in den Rechtsordnungen mit Werkhaftungstatbeständen die Verkehrssicherungspflichten insgesamt eine erheblich geringere

---

<sup>898</sup> Eine Identität der Normen soll damit natürlich nicht behauptet werden. Auch decken sich die Funktionen nur partiell. Die *Verkehrspflichten* gehen über die Haftung aufgrund *Sachherrschaft* weit hinaus.

Rolle spielen und insbesondere im Anwendungsbereich der Sach-Halterhaftung bedeutungslos sind. Die Funktionsgleichheit der genannten Institute zeigt sich auch darin, dass der Haftung in beiden Tatbeständen eine Sorgfaltspflichtverletzung zugrunde liegt. Dies gilt jedenfalls für den deutschsprachigen Rechtskreis.<sup>899</sup> Die "positivierten" Tatbestände mögen Unterschiede aufweisen, die praktischen Ergebnisse sind jedoch weithin gleich. Insbesondere ist es hinsichtlich der tatsächlichen Falllösungen nicht von entscheidender Bedeutung, dass beispielsweise Art. 58 OR als Kausalhaftung, die Verantwortlichkeit wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten dagegen als Verschuldenshaftung aufgefasst wird. Es ist genügend bekannt, dass die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht beliebig derart gesteigert werden können, dass der Bereich der Verschuldenshaftung verlassen und jener der Kausalhaftung betreten wird.<sup>900</sup> Die Übergänge zwischen Verschuldenshaftung und Erfolgshaftung sind fließend und nicht eindeutig abzugrenzen. Dies erklärt ohne weiteres, warum bei Kausalhaftung im schweizerischen Recht (Art. 58 OR) und Verschuldenshaftung im deutschen und österreichischen Recht im Ergebnis doch weithin gleich entschieden wird.<sup>901</sup>

II. Gegenüber den eben hervorgehobenen deliktischen Lösungen tritt der – zeitlich und inhaltlich über die eigentlichen Leistungsbeziehungen hinaus ausgedehnte – *Vertrag als Anspruchsgrundlage* in unserem Untersuchungsfeld neuerdings mehr und mehr in den Hintergrund. Die insgesamt schwindende Bedeutung der Vertragshaftung dürfte auf das Erstarken des Deliktsrechts (Werkhaftungstatbestand, Verkehrspflichten) zurückzuführen sein. Der Vertrag wird für eine angemessene Problemlösung insbesondere hinsichtlich Beweislast und Gehilfenhaftung nicht mehr benötigt. Entsprechendes gilt im Übrigen für die vertragsartige Haftung der culpa in contrahendo.<sup>902</sup> Damit entfällt der "rechtspolitische" Grund für die hier angeführten zur Haftung nach Vertragsgrundsätzen führenden Notkonstruktionen. Mit dem Zurücktreten der Vertragshaftung verliert auch das gerade in Frankreich mit Rücksicht auf die exklusive Geltung der Vertragsordnung besonders wichtige Problem der Abgrenzung der Vertragssphäre an Gewicht. Für diese Entwicklung im französischen Recht dürfte die richterrechtliche Fortbildung der Halterhaftung entscheidend sein. Die Beweislastumkehr ist danach nicht mehr das Privileg der Vertragshaftung, son-

---

<sup>899</sup> *Oftinger* II 1, 3.

<sup>900</sup> Vgl. statt aller *Esser*, Gefährdungshaftung 23 ff.

<sup>901</sup> Die Rspr. zu dem genannten Bereich dürfte daher weithin wechselseitig verwertbar sein. So auch *Oftinger* (II 1, 7 N. 2): Verwertbarkeit der deutschen Rspr. und Literatur zur Verkehrssicherungspflicht für das schweizerische Recht (Art. 58 OR).

<sup>902</sup> Vgl. dazu. unten § 10 (S. 275 ff.).

dern kann auch bei bestimmten Deliktstatbeständen gegeben sein. Das Hauptmotiv, einen Vertragsschluss zu fingieren, ist damit entfallen. Auch die Frage einer gut oder schlecht geregelten *deliktischen Haftung für Gehilfen* und die hieraus folgende Tendenz zur Haftung für Erfüllungsgehilfen (Vertragshaftung), büßt angesichts der erweiterten deliktischen "Sachhaftung" an Bedeutung ein. Bei dieser Wanderung der Rechtsprechung von der Deliktshaftung über die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen wieder zurück zur Deliktsordnung spielen dogmatische Erwägungen – wenn überhaupt – nur eine geringe Rolle. Bestimmend für die Entwicklung scheint die Neigung, jenen Normenkomplex zu bevorzugen, der den Geschädigten günstiger stellt.

Insgesamt gesehen bestätigt auch unsere Untersuchung den Erfahrungssatz, dass „schlechtes“ Deliktsrecht zur Ausweitung der Vertragssphäre, verbessertes Deliktsrecht zu deren Einschränkung führt. Der Vertrag bietet sich der Judikatur als Instrument der Rechtsfortbildung vor allem deswegen an, weil er als Rechtsgrundlage nahezu beliebig fingiert und hinsichtlich der übernommenen Pflichten in größerem Maße "auslegungsfähig" ist als tatbestandlich eng fixierte gesetzliche Vorschriften. Die klassischen Auslegungsmethoden für die Parteierklärungen (realer, vermuteter, hypothetischer bzw. unterstellter Parteiwille) setzen die Gerichte in den Stand, ohne formellen Verstoß gegen das gesetzte Recht jederzeit die Anspruchsgrundlage "Vertrag" zu fingieren und jede gewünschte Pflicht in den Vertrag hineinzulesen, um die korrespondierende erwünschte Fallentscheidung wiederum daraus abzuleiten. Die Vertragsordnung nimmt insoweit die Funktion der Ausfüllung, von (meist unechten) Lücken wahr,<sup>903</sup> bis die zunächst "subjektiv" begründete Sachentscheidung als "vernünftige" Lösung den Konsens der an der Rechtsfortbildung Beteiligten gewinnt und so "objektive" Geltung erhält.

III. Die Überprüfung der Vertragspraxis in der *Haftpflichtversicherung* zeigt ein bemerkenswertes Ergebnis: In Rechten mit schwach ausgebildeter Geschäftsherrenhaftung (Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz, Schweden) hat sich in den Standard-Geschäftsbedingungen übereinstimmend die Mitversicherung aller Hilfspersonen durch den Geschäftsherrn durchgesetzt (s.o. § 1 D., § 2 C., § 3 C., § 8 N. 897). Dies gilt für alle Zweige der Haftpflichtversicherung (Betriebs-, Privat-, Haus- und Grundbesitzer-Versicherung). Die Versicherungspraxis kompensiert damit in weitem Umfang die unbefriedigende rechtliche Gemeinordnung. Die Außerachtlassung des Haftpflichtversicherungsrechts führt daher auf unserem Untersuchungsgebiet zu einem verzerrten Bild des

---

<sup>903</sup> Diese Funktion scheint das Vertragsrecht angesichts der Lückenhaftigkeit der außervertraglichen Haftung schon im römischen Recht gehabt zu haben: vgl. dazu *Mazeaud-Tunc I*, Nr. 31.

tatsächlichen Rechtszustandes. In Ländern mit scharfer Leutehaftung (Kausalhaftung für bestellungsbezogenes Fremdverschulden) scheint es dagegen an einer Mitversicherung der Verrichtungsgehilfen zu fehlen (Frankreich, s.o. § 4 C.).



## ZWEITER TEIL

### Analyse des deutschen Rechts und eigene Lösungsvorschläge

#### Vorbemerkungen

Die Länderberichte und die rechtsvergleichende Übersicht (oben §§ 1 - 8) haben eine nahezu völlige Isolierung der in Deutschland (theoretisch) herrschenden Auffassung gezeigt. Außerhalb unserer Grenzen steht die Deliktsordnung ganz im Vordergrund. Gewiss ist dies noch kein zureichender Grund für die Übernahme der Deliktslösung in das deutsche Recht.<sup>904</sup> Die unterschiedliche Ausgangslage in den Vergleichsrechten, insbesondere hinsichtlich der Werkhaftungstatbestände und der Haftung für Leute, ist nicht zu übersehen. Es muss jedoch zu denken geben, wenn nicht nur Rechtsordnungen mit strengem Deliktsrecht, sondern auch Länder mit weniger strikten, dem BGB teilweise eng verwandten Deliktsregeln unsere Problemlösung *de facto* einhellig ablehnen. Bei aller Zurückhaltung gegenüber vorschneller Übernahme von Einzelstücken, die aus einer fremden Gesamtordnung herausgebrochen sind, vermag das Ergebnis der vergleichenden Übersicht doch die "Fragwürdigkeit" der in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden Meinung zu zeigen und einen Hinweis auf den heute einzuschlagenden Weg zu geben. Dieser Hinweis hat in unserem Falle umso mehr Gewicht, als nahezu alle zum Vergleich herangezogenen Rechte auf gemeinsamen historischen Grundlagen beruhen und auf entsprechende soziale und wirtschaftliche Verhältnisse bezogen sind. Von daher stellt sich die Frage, ob nicht die festgestellte einhellige Anwendung des Deliktsrechts in unserem Untersuchungsfeld (konkludenter) Ausdruck von Sachstrukturen ist, die man nicht ungestraft vernachlässigen darf.<sup>905</sup> Die Rechtsvergleichung zeigt "andere", von der nationalen Lösung abweichende Antworten auf konkrete Sachfragen, relativiert die positiv-nationalen Rechtssätze und zieht so deren (innere, inhaltliche) Autorität in Zweifel. Darüber hinaus kann uns der Blick auf fremde Rechtsordnungen aber auch die bessere Begründung und überzeugendere Einordnung einer Konfliktlösung vermitteln.<sup>906</sup> Die Rechtsvergleichung öffnet die Augen für unehrliche Begründungen<sup>907</sup> und für Verzerrungen von Rechtsinstituten, die in Wirklichkeit eine Erschleichung von Normen bedeuten.

---

<sup>904</sup> Vgl. auch *Dölle*, *RabelsZ* 34 (1970) 406.

<sup>905</sup> Vgl. auch *Zweigert-Kötz* II 152: Der Rechtsvergleicher hat die Lebenssachverhalte juristisch dort einzuordnen, wohin sie "ihrem inneren Sinn nach" gehören.

<sup>906</sup> Vgl. dazu auch *Dölle*, *ibid.* (vorletzte N.); s. demgegenüber jedoch *Zweigert*, *Bötticher-Festschr.* 448.

<sup>907</sup> So ist wohl *Zweigert* (*Bötticher-Festschr.* 446) zu verstehen.

Die folgenden Ausführungen versuchen, die "Fragwürdigkeit" der in Deutschland vorherrschenden Auffassung herauszuarbeiten (u. § 9, S. 241 ff.). Begründung und praktische Angemessenheit der vertragsartigen Haftung sollen dabei im Mittelpunkt stehen. Es schließt sich die Prüfung an, ob und inwieweit die Deliktsordnung befriedigende Lösungen gewährleisten kann (u. § 10, S. 275 ff.). Die Studie beschränkt sich dabei auf die beiden praktisch wichtigsten Fragen der Beweislast (§ 10 B.) und der Gehilfenhaftung (§ 10 C.).

## § 9 Analyse

### **A. Rechtsgeschäftliche Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen**

Eine Auseinandersetzung mit den oben (§ 1 B. I., S. 93 ff.) skizzierten rechtsgeschäftlichen Begründungen für die vertragliche Haftung "bei vor-vertraglichen Personen- und Sachschädigungen erübrigt sich. Sie sind dogmatisch überholt und spielen heute keine Rolle mehr. Dies gilt sowohl für die (konkludenten) selbständigen Sicherungsverträge<sup>908</sup> bei geschäftlichem oder sozialem Kontakt (*Siber, Hildebrandt, Polenske*) wie für das einseitige Rechtsgeschäft (*Heinrich Stoll*). Auch die zeitliche Dehnung des Hauptvertrages auf den Bereich des geschäftlichen Kontaktes ist heute ohne Bedeutung.<sup>909</sup> Die Gründe liegen offen zutage: Der Notkonstruktion eines einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäftes bedarf es nicht mehr. Die mit diesen Fiktionen angestrebte Anwendbarkeit vertragsartiger Rechtsfolgen kann über das "gesetzliche" Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen fiktionslos erreicht werden. Das "objektive" Institut der culpa in contrahendo (Haftung aus geschäftlichem Kontakt) hat die Funktion des Rechtsgeschäfts – die In-Geltung-Setzung vertraglicher Normen im Vorbereich des Vertrages – übernommen.<sup>910</sup> Auch hier zeigt sich wieder der klassische Prozess der Rechtsfortbildung in der Praxis: von der (fingierten) "subjektiven" Begründung mit dem stillschweigenden, vermuteten oder mutmaßlichen Parteiwillen zur "objektiven" ("gesetzlichen") Rechtsgrundlage, zumeist mit

---

<sup>908</sup> Ausdrücklich geschlossene Sicherungsverträge sind selbstverständlich möglich, jedoch verhältnismäßig selten.

<sup>909</sup> Vgl. aber noch *Ketterer-Gihl-Leonhardt* (§ 22 Rdnr. 4. 1970), nach denen die "vertragliche Nebenpflicht. (Hervorhebung vom Verf.), bei Glätte zu streuen, ... auch gegenüber den Kunden von Ladengeschäften" besteht und diese Regelung auch für den Kunden gilt, der noch nichts gekauft hat. Der Gedanke der c.i.c. wird in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

<sup>910</sup> Mit dem Ende des Streites über die formelle Rechtsgrundlage des Schutzes nach Vertragsgrundsätzen ist freilich die Frage nach der inneren Berechtigung und praktischen Brauchbarkeit dieser Haftung in unseren Fällen noch nicht erledigt. Da sich diese Fragen jedoch unabhängig von dem für die Ausdehnung der Vertragssphäre gewählten rechtstechnischen Instrument (einseitiges Rechtsgeschäft, Ausdehnung des Hauptvertrages usw.) stellen, kann hier auf eine besondere Erörterung für die rechtsgeschäftlichen Theorien verzichtet werden. Vgl. dazu unten § 9 B. II. (S. 259 ff.).

richterrechtlicher Legitimation, bisweilen aber auch in gesetzlicher Form. Man wird die "subjektiven" Konstruktionen aus heutiger Sicht verwerfen müssen. Gleichzeitig sollten sie jedoch als Versuche anerkannt werden, mit den dogmatischen Mitteln der jeweiligen Epoche praktische Gerechtigkeit zu verwirklichen.

## **B. "Gesetzliche" (nicht-rechtsgeschäftliche) Begründung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen**

### **I. Grundlagen**

#### 1. Gewohnheitsrechtliche Geltung?

Die folgende Untersuchung versteht sich als Kritik *de lege lata*. Eine gewohnheitsrechtliche Geltung der "gesetzlichen" Tatbestände einer vertragsartigen Haftung bei vorvertraglichen Schäden an Leib und Gut ist nicht anzuerkennen. Für die Haftung aus sozialem Kontakt gilt dies schon deswegen, weil sie in der Rechtsprechung keinerlei Widerhall gefunden hat.<sup>911</sup> Gleiches ist jedoch auch für die culpa in .contrahendo bzw. die Haftung aus geschäftlichem Kontakt anzunehmen. Zwar bejaht die in Deutschland herrschende Lehre wenigstens im Grundsatz diese Haftung, im Einzelnen bestehen aber innerhalb der herrschenden Lehre sehr unterschiedliche Auffassungen.<sup>912</sup> Darüber hinaus hat diese Ausdehnung der Haftung nach Vertragsgrundsätzen von jeher im deutschen<sup>913</sup> und ausländischen<sup>914</sup> Schrifttum entschiedenen Widerspruch gefunden. Die deutsche Rechtsprechung bietet ein zwiespältiges Bild. Ausdrücklich ablehnende Entscheidungen bis in die dreißiger Jahre werden in jüngerer Vergangenheit durch *obiter* bejahende Urteile abgelöst. Die general-klauselartig weite Formel der culpa in contrahendo<sup>915</sup> findet zwar Eingang in die Judikatur, hat jedoch bisher in keinem einzigen hier einschlägigen Fall zu einer Verurteilung geführt, die *allein* auf diesen Anspruchstatbestand gestützt worden wäre. Daneben gibt es jedoch zahlreiche Urteile aus früherer und neuerer Zeit, die vor-vertragliche Erhaltungspflichtfälle ausschließlich nach deliktischen Vorschriften beurteilen.<sup>916</sup>

---

<sup>911</sup> Vgl. oben § 1 C. II. 3. (S. 155).

<sup>912</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 1. und 2. (S. 102 ff.).

<sup>913</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 2. (S. 102 ff.).

<sup>914</sup> Vgl. z.B. *Piotet* (oben § 3 B. I. bei N. 686); *Carresi* und *Benatti* (oben bei N. 849 bzw. 852).

<sup>915</sup> "Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das zur verkehrüblichen Sorgfalt gegenüber dem Partner verpflichtet": so z.B. RG 29.10.1938 RGZ 159, 33 (54), aus neuerer Zeit vgl. etwa BGH 20.6.1952 BGHZ 6, 330 (333).

<sup>916</sup> Vgl. oben § 1 C. I. 4. (S. 142 f.) und II. 5. (S. 162).

Unter diesen Umständen kann man der Auffassung der herrschenden Meinung für unseren Bereich keine gewohnheitsrechtliche Geltung beimessen.<sup>917</sup> Dies gilt bei Personen- und Sachschäden im Vorfeld des Schuldvertrages sowohl für den engen Tatbestand der culpa in contrahendo wie für die Haftung aus geschäftlichem Kontakt. Es handelt sich lediglich um eine – sicherlich nicht leichthin abzuweisende – Lehrmeinung auf der einen Seite und um – noch nicht verfestigtes – Richterrecht auf der anderen Seite.<sup>918</sup> Ist schon das allgemeine Rechtsbewusstsein (*opinio necessitatis*) im Hinblick auf die auch auf deliktsrechtlicher Grundlage mögliche Begründung derselben Ergebnisse nicht unzweifelhaft, so fehlt es sicher an der langjährigen Übung der Praxis. Dieser Rechtszustand lässt den Weg zur Neuorientierung *de lege lata* und nicht nur die Argumentation *de lege ferenda* offen. Die vorschnelle Annahme eines Gewohnheitsrechtes würde gerade auch in unserem Fall die Frage nach der Tragfähigkeit und Begründetheit der herrschenden Meinung abschneiden.<sup>919</sup>

## 2. Der Schutzbereich der Schadenstragungsnorm als Lösungsansatz

Versuchen wir, den sachlichen Kern der oben (§ 1 B. II. 4., S. 117 ff.) angeführten Einwände gegen die herrschende Meinung herauszuschälen: Er scheint darin zu liegen, dass der Schutzbereich der culpa in contrahendo den Ersatz des Personen- und Sachschadens nicht deckt. Dieser Gedanke wird allerdings nirgendwo ausgesprochen, und zwar auch von jenen Autoren nicht, die nach dem Aufkommen der Schutzzwecklehre zu unserer Frage Stellung genommen haben. Von diesem Ansatz des Schutzbereiches der Norm soll für unseren Bereich versucht werden, den uferlos gewordenen Tatbestand der culpa in contrahendo zu begrenzen.

---

<sup>917</sup> Die h.M. dürfte demgegenüber gewohnheitsrechtliche Geltung annehmen: vgl. z.B. *Fikentscher* § 20 III 3; *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I 1; *Thiele*, JZ 1967, 649. Vielfach wird gewohnheitsrechtliche Geltung für die c.i.c. behauptet, ohne auf die besondere Frage der Erhaltungspflichten einzugehen. Eine Begründung für unseren Bereich wird nicht gegeben. Die für das vor-vertragliche Pflichtenverhältnis allgemein behauptete "seit Jahrzehnten praktizierte Rechtsüberzeugung" (*Fikentscher* *ibid.*) trifft in unseren Fällen nicht zu. Für das Institut der c.i.c. i.S. einer *grundsätzlichen* Anerkennung dieses Haftungstatbestandes mag *Fikentscher* recht haben. So wohl jetzt auch *Larenz*, Schima-Festschr. 254. Gegen gewohnheitsrechtliche Geltung der c.i.c. in den Erhaltungspflichtfällen z.B. auch *Eckhardt* 84.

<sup>918</sup> Dass Richterrecht nicht ohne weiteres mit Gewohnheitsrecht gleichgesetzt werden darf, haben insbes. *Esser* (von Hippel-Festschr. 113 ff.), *Germann* (268 ff.) und *Larenz* (Schima-Festschr. 250 ff.) nachgewiesen. Zu dem damit noch nicht entschiedenen Problem der Bindungswirkung von Präjudizien vgl. zuletzt *Larenz* (Schima-Festschr. 247 ff.), der sich eingehend mit den eben erwähnten Arbeiten von *Esser* und *Germann* auseinandersetzt. Richterrecht wird hier im Übrigen nicht in dem engen Sinn H.W. *Kruses* verstanden, der lediglich die von den Gerichten *intra legem* gebildeten Normen in das Richterrecht einbezieht (10). Dieses gesetzesausfüllende Richterrecht ist unproblematisch. In unserem Zusammenhang interessiert vor allem das Richterrecht *contra legem*.

<sup>919</sup> Vgl. zu dieser Gefahr *Larenz*, Schima-Festschr. 253.

## a. Allgemeines

Vielfach wird die Normzwecklehre (Normzwecktheorie, Schutzzwecklehre, Lehre von der Tragweite bzw. dem Schutzbereich der schadenüberwältigenden Norm, Rechtswidrigkeitszusammenhang)<sup>920</sup> nur im Zusammenhang mit der Abgrenzung der zurechenbaren von den nicht mehr zurechenbaren Verletzungsfolgen gesehen und erörtert.<sup>921</sup> In diesen Fällen ist der Tatbestand einer haftungsbegründenden Norm erfüllt. Es geht nur noch um die Frage, *welche* durch die Normverletzung *verursachten* Schäden zu ersetzen sind (*Schadensbegrenzung*). Demgegenüber scheint der Gedanke des Schutzbereichs einer Schadenstragungsnorm (*von Caemmerer*) wenigstens bei general-klauselartig unbestimmten Haftungstatbeständen bereits für die Beantwortung der Frage geeignet, ob ein beeinträchtigtes Interesse durch die Norm geschützt wird und dementsprechend eine zur Verhütung dieses Schadens aufgestellte *Rechtspflicht verletzt* ist. Die Normzwecklehre vermag nicht nur zur Beschränkung des Schadensumfangs dort zu dienen, wo eine Normverletzung (primäre Rechtsgutsverletzung) vorliegt, sondern kann auch zur Entscheidung der Frage beitragen, *ob überhaupt ein Haftungstatbestand* erfüllt ist. Diese Funktion kommt der Normzwecklehre gerade dort zu, wo eine Norm den geschützten Personen- und Güterkreis tatbestandlich nicht genügend bestimmt. Die Schadenstragungsnorm bestimmt die geschützten Interessen und, daraus folgend, die Rechtspflichten, aus deren Verletzung ein abwälzbarer Schaden hervorgeht. Der Schaden muss "normrelevant"<sup>922</sup> sein. Die Frage

<sup>920</sup> Vgl. etwa den Überblick über die Diskussion bei *Rother* 7 ff. Im deutschen Recht geht die moderne Diskussion auf *Rabel* zurück, der die Lehre von der Schadensbegrenzung nach dem Zweck der Norm im Anschluss an das angelsächsische Vertragsrecht am Vertrag entwickelte und von daher verallgemeinerte (Warenkauf I, 453, 496 f.). Nach dem zweiten Weltkrieg hat *v. Caemmerer* diese Anregung in seiner Freiburger Rektoratsrede von 1956 (Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht) aufgenommen und den Anstoß für die erneute, heute noch anhaltende Diskussion gegeben. Zu seiner Auffassung vgl. zuletzt DAR 1970, 283 ff., *ibid.* (283 N. 1) findet sich auch die wichtigste Literatur zu diesem Problembereich verzeichnet.

<sup>921</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa *Huber*, JZ 1969, 678. Für die Begrenzung eines auf Vertragsverletzung beruhenden Schadens s. z. B. *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 III b 2; *Hermann Lange*, VerhDJT 43 (1960) I, 46 ff., insbes. 48; *Thomas Raiser* 13, 14 (Schutzzweck der *verletzten* Norm); vgl. auch *Esser* (Schuldrecht I, § 45 II 2), der den Schutzzweck nur auf die Verletzungsart oder -gefahr, nicht auf den Kreis der geschützten Rechtsträger und -güter zu beziehen scheint.

<sup>922</sup> *Fikentscher* § 49 III 3 d. Diesem Verständnis der Lehre vom Schutzbereich der Schadenstragungsnorm dürften mehr oder weniger zuneigen: *Rabel*, Warenkauf I 453 (mit weiteren Nachweisen in N. 1), 495 ff., 505; *v. Caemmerer*, Kausalzusammenhang 12/13, (Ges. Schriften I, 402/403); *ders.*, DAR 1970, 287 f.; *Hans Stoll*, Kausalzusammenhang 6; vgl. auch schon *Ehrenzweig* II 1, 47 f. u. *Walter Wilburg*, JhJb 82 (1932) 100 f.; *ders.*, Elemente 244.

Auch bei der Beschränkung der zu ersetzenden Folgen einer Normverletzung mit Hilfe der Schutzzwecktheorie handelt es sich im Grunde genommen um eine Frage der Einschränkung der Schadenstragungsnorm. Die Tragweite der Haftungsnorm, d.h. die Bestimmung ihres Schutzbereiches durch *Auslegung* (hinsichtlich der geschützten Rechtsträger und Interessen) beinhaltet gleichzeitig die Abgrenzung der zu ersetzenden Schäden. Vgl. etwa in diesem Zusammenhang die Frage des Ersatzes von Mangelfolgeschäden nach § 463 BGB bei Zusicherung von Eigenschaften, wenn der Ersatz dieser

der Haftung ist sowohl hinsichtlich des "Ob" wie des Umfangs durch die "Entfaltung von Sinn und Tragweite der konkreten Norm zu lösen".<sup>923</sup> Die Schutzzwecklehre wird daher hier im weiten Sinn einer "Theorie der Normrelevanz" verstanden.

*b. Vertrags-akzessorischer Schutzzweck der culpa in contrahendo*

Welche Schäden sind im Sinne der culpa in contrahendo normrelevant? Oder die Frage konkret auf unseren Bereich beschränkend: Sind Verletzungen von Person und Eigentum vor oder während der Vertragsverhandlungen im Sinne der culpa in contrahendo relevant? Werden diese Schäden vom Haftungstatbestand der culpa in contrahendo erfasst? Ergibt sich aus der culpa in contrahendo eine Erhaltungspflicht für Leib und Gut (Eigentum) der Verhandlungs- oder Kontaktpartner? Die gestellte Frage lässt sich nicht auf direktem Weg beantworten – es sei denn, man begnügt sich mit dem Hinweis auf den Wortlaut der in Schrifttum und Praxis anerkannten Generalklausel der culpa in contrahendo: Es besteht kein Zweifel, dass nach dem Wortlaut der "culpa in contrahendo-Norm"<sup>924</sup> ggf. Schäden an den genannten Gütern zu ersetzen sind. Die Frage ist aber gerade, ob der Ersatz solcher Schäden vom Normzweck dieses Instituts gedeckt ist oder ob es hier einer "teleologischen Reduktion" bedarf.

Das "Institut" des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ist in seiner heutigen Gestalt eine Schöpfung der Praxis. Der Diskussion über Schutzzweck, Tatbestand und Rechtsfolgen dieser "Norm" sind deshalb keine (gesetzlichen) Grenzen gesetzt. In der Rechtspraxis dient die culpa in contrahendo der Abhilfe bei vielen, sehr verschieden liegenden Interessenkonflikten,<sup>925</sup> die das Gesetz – angeblich – nicht geregelt hat. Das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen hat – ebenso wie auch andere Rechtsschöpfungen der Praxis – nie scharf umrissene Konturen besessen. In Wirklichkeit handelt es sich dabei heute um eine *Generalklausel, für fahrlässige Schädigungen im Vorfeld von Verträgen*. Unter diesen Umständen verspricht die unmittelbare Suche nach dem konturengabenden Normzweck kaum Erfolg – es sei denn, man verzichtet auf eine rational nachprüfbare Argumentation und begnügt sich mit einem mehr oder weniger subjektiv-willkürlich bestimmten Schutzzweck. Nach unserer Auffassung kann jedoch die Tragweite der culpa in

---

Schäden vom objektiven Sinn der Zusicherung umfasst wird: Diederichsen. AcP 165 (1965) 160; ihm folgend insbes. BGH 29.5.1968 BGHZ 50, 200 (204). Letztlich geht es beim Normzweckansatz um *teleologische Interpretation*.

<sup>923</sup> v. Caemmerer, Kausalzusammenhang 12/13 (Ges. Schriften I, 402/403).

<sup>924</sup> Vgl. den Normtatbestand oben bei N. 133.

<sup>925</sup> Vgl. die oben (Einf., B., S. 23 ff.) zusammengestellten Fallgruppen.

contrahendo nur aus der Entwicklung und dem Gesamtzusammenhang der Haftungsordnung des BGB bestimmt werden.<sup>926</sup> Wir müssen uns daher zunächst darauf besinnen, dass das Institut der culpa in contrahendo nach Inkrafttreten des BGB entwickelt wurde, um die Vertragsordnung auf Beziehungen auszudehnen, die den Abschluss eines Schuldvertrages bezweckten. Man versuchte, auf diese Weise echte oder vermeintliche Unzulänglichkeiten des an sich für den vor-vertraglichen Zeitraum zuständigen Deliktsrechts auszugleichen. Wie das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen heute von der herrschenden Meinung verstanden wird, bedeutet es die Ausdehnung der Vertragsordnung – abgesehen von den vertragsspezifischen Leistungspflichten – auf den vor-vertraglichen Bereich.<sup>927</sup> Die Anwendung der Vertragsordnung beinhaltet zunächst die im Gesetz für die Schuldverhältnisse im Allgemeinen (z.B. § 278 BGB!) und für einzelne Vertragstypen (Verjährung, Schuldmaßstab) vorgesehenen Regeln. Die Erstreckung der Vertragssphäre hat aber darüber hinaus vor allem zur Folge, dass auch jene (Neben-) Pflichten im vor-vertraglichen Bereich gelten, die im Laufe der Rechtsentwicklung in den Vertrag "hineingelegt" wurden: Das Schuld-Verhältnis der Vertragsverhandlungen stellt sich im Ergebnis heute als eine Erstreckung der von *Larenz* sog. "sonstigen Verhaltenspflichten" dar, die insbesondere die hier interessierenden Erhaltungspflichten einschließen. Die culpa in contrahendo überträgt die vertraglichen Nebenpflichten auf den Vorbereich des Vertrags.<sup>928</sup> Mit anderen Worten kommt es neben der Übertragung der vertraglichen (schuldrechtlichen) Rechtsfolgen auch zu einer Erstreckung des *Tatbestandes* der positiven Vertragsverletzung auf den vor-vertraglichen Bereich – soweit nicht der eigentliche Vertragszweck betroffen ist. Man ist sich demgemäß darüber einig, dass der Vertragsschluss für die von den sonstigen Verhaltenspflichten geschützten Interessen irrelevant ist. Für die hier behandelten Schutzgüter bildet der – ohnehin oft fragliche – Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinen Einschnitt, der eine verschiedene Beurteilung rechtfertigen könnte.<sup>929</sup> *Jakobs* bezeichnet sogar die Zusammenfassung der Haftungsgründe "culpa in contrahendo" und "Verletzung von unselbständigen (vertraglichen) Nebenpflichten" in einen Haftungstatbe-

<sup>926</sup> Vgl. näher unten § 9 B. I. 2. c. bb. (S. 253 ff.).

<sup>927</sup> Besonders deutlich jetzt *Welser* (73): "All dies heißt im Wesentlichen nichts anderes als die *Übernahme der im Bereich der Vertragshaftung: geltenden Grundsätze.*" (im Original kursiv). Vgl. schon die Argumentation "vom Vertrag her" durch *Erman*, AcP 139 (1934) 274, 320/321, 325. S. neuerdings etwa *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 vor und in I; *Esser*, Schuldrecht I, § 5 IV, § 52 II 3; *Fikentscher* § 20 III 1; vgl. auch *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 527 (Schutzpflichten aus sozialem Kontakt).

<sup>928</sup> Vgl. dazu auch *Rabel*, Warenkauf I 118; *ders.* (Zustandekommen 52 [Ges. Aufsätze III 124]). Näheres zu dieser maßgeblich von *Heinrich Stoll* bestimmten Entwicklung unten § 9 B. I. 2. c. aa. (S. 247 ff.).

<sup>929</sup> Vgl. z.B. *Esser*, Schuldrecht I § 5 IV u. § 52 II 3; *Frotz*, Gschnitzer-Gedenkschr. 175 sowie die in den folgenden N. Genannten. Aus früherer Zeit vgl. *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932) 285 N. 58 sowie 290 N. 70; *Herholz*, AcP 130 (1929) 285, 300.

stand als gerechtfertigt, "ja – im Interesse einer Vereinfachung des Haftungssystems geradezu [als] geboten".<sup>930</sup> In entsprechender Weise will *Thiele* die culpa in contrahendo und die positive Vertragsverletzung in einem ("gesetzlichen") Schutzpflichtverhältnis aufgehen lassen.<sup>931</sup> Wie immer man diese Vorschläge bewerten mag, sie bestätigen jedenfalls, dass eine vom Vertrag abgetrennte Beurteilung der vor-vertraglichen Erhaltungspflichten nicht möglich ist. Einerseits lässt sich also eine unterschiedliche Behandlung von Verletzungen sonstiger Verhaltenspflichten vor und nach Vertragsschluss nicht rechtfertigen; andererseits sind aber auch die Erhaltungspflichten am Schuldvertrag entwickelt und von diesem auf den vor-vertraglichen Bereich übertragen worden. Dementsprechend kann eine Überprüfung der Berechtigung allgemeiner vor-vertraglicher Schutzpflichten nur am (Schuld-) Vertrag ansetzen. Eine "autonome", vom Schuldvertrag unabhängige Beurteilung und ggf. Einschränkung der allgemeinen vor-vertraglichen Erhaltungspflichten würde die angedeuteten wesentlichen Zusammenhänge übergehen. Wir werden daher zunächst fragen müssen ob die Ausdehnung des Schutzzwecks der Vertragsnorm über das Leistungsinteresse hinaus gerechtfertigt erscheint (s. unten c.). Sollte dies nicht der Fall sein, die Funktion des Schuldvertrages also mit dem Schutz des Erhaltungsinteresses überdehnt erscheinen, so würde eine entsprechende Einschränkung des Schutzbereichs und damit des Tatbestandes der culpa in contrahendo nahe liegen (s. unten d.).

### c. Der Schutzbereich des Schuldvertrages

#### aa. Entwicklung und gegenwärtiger Stand

Es kann meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen, dass das BGB nur die jeweilige Leistungserwartung (Erfüllungsinteresse) in den Bereich der vertraglich geschützten Interessen einbeziehen wollte und den Bestandsschutz in erster Linie durch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen gewährleistet sah.<sup>932</sup> Dies hat seinen Grund in dem maßge-

---

<sup>930</sup> *Jakobs* 40.

<sup>931</sup> *Thiele*, JZ 1967, 653 f.; ihm folgend jetzt *Gerhardt*, JuS 1970, 598 f. *Canaris* nimmt ein "einheitliches Schutzverhältnis und einen „einheitlichen Tatbestand der Schutzpflichtverletzung" an, hält jedoch an der Einheit des Schuldverhältnisses als eines "Gefüges" im Sinne eines Leistungs- und Schutzverhältnis umfassenden Ganzen fest: JZ 1965, 475 ff., insbes. 478 ff., 480. *Thiele* löst demgegenüber diese Einheit in das Leistungspflichtverhältnis einerseits und das Schutzpflichtverhältnis andererseits auf (ibid.). Zu dieser auf *Heinrich Stoll* zurückgehenden Aufspaltung u. § 9 B. I. 2. c. (S. 247 ff.), insb. bei N. 942 (S. 250).

<sup>932</sup> So ist die funktionelle Ordnung des BGB zunächst auch weithin verstanden worden: Der Bestandsschutz ist Aufgabe des Deliktsrechts – selbst in den Fällen, in denen die Integritätsverletzung durch mangelhafte Leistung geschieht: z.B. *Kipp*, DJZ 1903, 256; *Kohler* II 1, § 11 (1906); *Titze*, ZHR 57 (1906) 450; *Waldmüller* 20 ff. (1907); s. ferner *Prym* 18 f. (1906) sowie die oben N. 420 Genannten. Aus neuerer Zeit vgl. z.B. *Canaris*, JZ 1965, 475 (im Ergebnis); *Lorenz* 74 ff. Für das italienische Recht lehnt beispielsweise *Rodotà* die Annahme einer Vertragsverletzung bei Schädigung des Integritätsinteresses im Zusam-



benden individualistischen Vertragsverständnis des späten 19. Jahrhunderts, das Schutz- bzw. Erhaltungspflichten als (ungeschriebene) Nebenpflichten nicht kannte. Gesetzlich besonders geregelte Schutz-Pflichten<sup>933</sup> sind seltene Ausnahmen. Dem entspricht, dass die allgemeinen Regeln der Abwicklungsstörungen des Schuldverhältnisses im BGB (Verzug, Unmöglichkeit) und die besonderen Vorschriften bei einzelnen Vertragstypen (z.B. §§ 459 ff., 537 ff., 633 ff. BGB) grundsätzlich nur auf das Leistungsinteresse bezogen sind.<sup>934</sup> Die Konzeption des Vertrages als "Vertrauensverhältnis" war den Vätern des BGB ebenso fremd wie die gleichlaufende Vorstellung, aus der Verpflichtung, gemäß Treu und Glauben zu leisten (§ 242 BGB) seien allgemeine Schutzpflichten zu entnehmen. Soweit Nebenpflichten der Sache nach im BGB normiert sind, handelt es sich um Pflichten, die sich auf die (Haupt-)Leistung des jeweiligen Vertragstyps beziehen.<sup>935</sup> Nirgendwo im BGB findet sich eine allgemeine, nicht im Zusammenhang mit der konkret geschuldeten Vertragsleistung stehende (vertragliche) Erhaltungspflicht. Das heute sog. Integritätsinteresse sah man damals durch die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen geschützt. Nur soweit dieses Integritätsinteresse durch die Art und Weise der Erfüllungshandlung oder durch das Erfüllungsobjekt (Leistungserfolg) beeinträchtigt wurde, stritt man seit *Staub* (1902) darüber, ob der Integritätsschaden nach Vertragsregeln zu ersetzen sei. *Staub* wurde damals von namhaften Autoren entgegengehalten, seinem Anliegen sei schon durch die Deliktvorschriften Rechnung getragen.<sup>936</sup> Die Replik *Staubs* ist aufschlussreich: Die Deliktsordnung sei im Hinblick auf den Exkulpationsbeweis gemäß § 831 BGB und den mangelnden Vermögensschutz gegenüber fahrlässigen Schädigungshandlungen

---

menhang mit Vertragsbeziehungen ab (158 f. mit weiteren Nachweisen); grundsätzlich ebenso *Report* (oben N. 881) 22 ff. (England). Zur positiven Vertragsverletzung vgl. sogleich oben im Text.

<sup>933</sup> Wie etwa § 618 BGB. Diese Vorschrift wurde im Übrigen erst infolge scharfer Kritik des ersten Entwurfes in den zweiten Entwurf (§ 558) aufgenommen: *Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen* II 303 ff.

<sup>934</sup> Streitig für § 538 I BGB; vgl. *Palandt/Putzo* § 538 Bem. 5. Zum Inhalt des Leistungsinteresses vgl. sogleich oben im Text.

<sup>935</sup> Vgl. z.B. § 444 BGB sowie die weiter bei *K. Schneider* (195/196 [1902]) angeführten Vorschriften, die z.T. auch – auf die Leistung bezogene – Erhaltungspflichten betreffen. Das *allgemeine Problem* der Nebenpflichten war um die Jahrhundertwende noch nicht erkannt. Nach den Worten *Sibers* (1914) hat die Lehre die zahlreichen akzidentellen, aber keineswegs nebensächlichen vertraglichen Nebenpflichten "übersehen" (*Planck/Siber* § 275-292 Vorbem. I 3 a, S. 183). Der Blick der Juristen war auf die Hauptleistung fokussiert: *Siber*. *ibid.*; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932) 277/278; *Schlesinger*, ZBI 44 (1926) 3; *Himmelschein*, AcP. 135 (1932) 289. Auch *Lehmann* verwendet den Ausdruck "Nebenpflicht" in seinen grundlegenden Arbeiten zur allgemeinen (schuldrechtlichen) Unterlassungspflicht noch nicht (Unterlassungspflicht [1906]; AcP 96 [1904] 60 ff.). Diese Pflicht orientiert *Lehmann* im Übrigen eindeutig am *Obligationszweck* (vgl. z.B. Unterlassungspflicht 167, 171).

<sup>936</sup> So z.B. *Kipp*, DJZ 1903, 256. Dafür spricht im Übrigen auch die Beschränkung des Schmerzensgeldanspruches (§ 847 BGB) und der Ersatzansprüche Dritter (§§ 844, 845 BGB) auf außervertragliche Schädigungen.

"nicht ausreichend".<sup>937</sup> Die *Staub'sche* Auffassung setzte sich bekanntlich im Ergebnis durch. Das bedeutete die Erweiterung des Schutzbereiches der Vertragsnorm über die Erfüllungserwartung hinaus auf das Integritätsinteresse, d.h. auf die Rechtsgüter, die zum Zeitpunkt der Erfüllung unabhängig vom Vertragsinteresse schon vorhanden waren. Das Bestandsinteresse war jedoch noch nicht gegen *jede* ursächlich mit dem Vertragsverhältnis zusammenhängende Beeinträchtigung *vertraglich* geschützt. Die Erstreckung des Vertragsschutzes auf den schon deliktisch gewährleisteten Güterkreis (§ 278 BGB!) und darüber hinaus auf das Vermögen des Partners (§ 823 I BGB!)<sup>938</sup> blieb durch, die Verknüpfung der Schädigungshandlung mit der Vertragserfüllung begrenzt: Beeinträchtigungen des "übererfüllungsmäßigen Interesses" (*Fikentscher*) wurden nur in jenen Fällen als *Vertragsverletzungen* in Betracht gezogen, in denen die Schadenszufügung durch das mangelhafte Leistungsobjekt (Leistungserfolg) oder durch eine fehlerhafte Leistungshandlung geschah (Schlechterfüllung im Sinne *Zitelmanns*). Der Schutzbereich des Schuldvertrages umschloss somit alle Güter, die von der Leistung berührt wurden. Der Obligationszweck (Schuldvertragszweck) umfasste danach nicht nur die "Leistung" *tel quel* sondern auch die "nicht-schädigende bzw. sorgfältige Leistung". Es handelte sich um Verletzungen des Erhaltungsinteresses durch mangelhafte Leistung.<sup>939</sup> Erhaltungspflichtverletzungen *bei Ge-*

---

<sup>937</sup> So in der gegenüber dem ursprünglichen Festschrift-Beitrag erweiterten monographischen Fassung der "positiven Vertragsverletzungen" von 1904 (38 f.). Besonders deutlich wird diese rechtspolitische Motivation bei *Zitelmann* in seiner grundlegenden Stellungnahme zu den positiven Vertragsverletzungen (Krüger-Festgabe 263 ff. [1911]): Im Zusammenhang mit der Erörterung der von ihm sog. Schlechterfüllung meint *Zitelmann*, dass in diesen Fällen die Schadensersatzpflicht des Urhebers eine "Forderung der Gerechtigkeit" sei. Die Deliktsvorschriften genügten jedoch nicht, da einmal nicht jedes Rechtsgut auch gegen fahrlässige Verletzungen geschützt, zum anderen selbst bei Eingreifen der Deliktshaftung wegen der möglichen Exkulpation (§ 831 BGB) für die Interessen des Gläubigers nicht genügend gesorgt sei (277). Vgl. ferner *W. Schlesinger*, der in den Fällen von "Beschädigung durch die Leistung" die Vertragshaftung der Deliktshaftung aus "zwingenden rechtspolitischen Gründen" vorzieht und dabei „namentlich" auf die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB bzw. § 278 BGB) verweist (ZBI 44 (1926) 746 mit N. 47). S. weiter beispielsweise *Lehmann*, AcP 96 (1904) 78 ff. sowie *Leonhard*, Allg. Schuldrecht 542. Die Parallelität der rechtspolitischen Motivation für die positive Vertragsverletzung und – später – die culpa in contrahendo liegt auf der Hand und bestätigt einmal mehr die notwendige Gleichbehandlung beider Fallgruppen.

<sup>938</sup> Es bedürfte noch einer genaueren Untersuchung, ob nicht diese "Erweiterung" – wenigstens ursprünglich bei *Staub* – nur solche Fälle betraf, in denen der Schaden in den nach dem Vertragszweck geschützten Vermögensbereich fiel (vgl. den *Staub'schen* Bilanzfall).

<sup>939</sup> Man könnte auch von *bestandsschädigender Schlechterfüllung* oder von *Integritätsschaden durch mangelhafte Leistung* (mangelhafte Leistungshandlung, mangelhaftes Leistungsobjekt, mangelhafter Leistungserfolg) sprechen, um den Unterschied zur "reinen" Schlechterfüllung zu verdeutlichen. Im Einzelnen ist in diesem Bereich bis heute Manches streitig. So besteht insbes. Uneinigkeit darüber, ob der Integritätsschaden als *Bestandteil des Erfüllungsinteresses* und daher nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines derartigen Schadensersatzanspruches (Vorsatz bei § 463 BGB) oder nach den Grundsätzen der *positiven Vertragsverletzung* (Fahrlässigkeit genügt) zu ersetzen ist. Streit besteht auch hinsichtlich der Verjährungsfrist. Vgl. im einzelnen *Medicus* § 15 V.

*legenheit* vertraglicher Erfüllungshandlungen unterlagen weiterhin der Deliktsordnung.<sup>940</sup> Diese immer noch an der Leistung orientierte Auffassung vom Schutzbereich des Schuldvertrages dürfte bis in die zwanziger Jahre in Deutschland herrschend gewesen sein.<sup>941</sup> Die seither erfolgte weitere Ausdehnung des Schutzzwecks des Schuldvertrages ist in entscheidender Weise von *Heinrich Stoll* bestimmt worden. Nach seiner Auffassung genügt es für die Anwendung der vertraglichen Haftungsgrundsätze, dass die *besondere Einwirkungsmöglichkeit* auf die Interessensphäre des Partners durch das Vertragsverhältnis (Schuldverhältnis) eröffnet ist.<sup>942</sup> Kriterium der Abgrenzung zur Deliktsordnung ist danach nur noch die einfache Kausalität zwischen Vertragskontakt und Schädigung.<sup>943</sup> Eine Verknüpfung der Schädigung mit dem (auch weit verstandenen) typischen Vertragszweck ist nicht mehr Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vertragshaftung. Der Schutzbereich des Schuldvertrages geht jetzt über die Leistungserwartung sowie die leistungstangierte sonstige Vermögenssphäre hinaus und umfasst *alle* Interessen des Partners, sofern nur die Einwirkung durch den Vertragskontakt ermöglicht wurde. Das vertragliche Schuldverhältnis statuiert somit ein umfassendes Verbot, dem Partner Schaden zuzufügen. "Schuldner und Gläubiger müssen in wechselseitiger Rücksichtnahme dafür sorgen, dass keiner den anderen durch sein Wirken schädigt (gegenseitige Schutzpflicht)".<sup>944</sup> Diese Erweiterung des vertraglichen Schutzbereiches findet ihre Rechtfertigung in der Umwertung des Schuldverhältnisses in ein *Vertrauensverhältnis*.<sup>945</sup> "Treue" schuldet man nicht nur zur Erreichung des sachlichen Leistungsziels, sondern auch der Person (und den Gütern) des

---

<sup>940</sup> Hinsichtlich der schon deliktisch geschützten Güter war die Unterscheidung zwischen vertragszweckbezogener und "gelegentlicher" Schädigung – neben der Verjährung – vor allem für die Gehilfenhaftung von Bedeutung. Die einschlägigen Erörterungen finden sich dementsprechend im Schrifttum vorwiegend bei § 278 BGB. Die Abgrenzung zu den allgemeinen deliktischen Pflichten des *neminem laedere* wird dahin versucht-, dass als Vertragsverletzungen nur solche Schädigungen angesehen werden, die infolge des Missbrauchs der Sonderbeziehung *und* in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung eingetreten sind: so z. B. *Schlesinger*, ZBl 44 (1926) 748; *Zitelmann*, Krüger-Festgabe 277; von *Tuhr-Siegwart* II 548.

<sup>941</sup> Vgl. z.B. *Staudinger/Werner*, BGB (9. Aufl. 1930) § 275 Vorbem. C I 4; zur Rechtsprechung o. § 1 C. I. 1. und 2. (S. 126 ff.). Vgl. auch *Planck/Siber* (§§ 275-292 Vorbem. I 5 b α aa): Gewinnung von vertraglichen Erhaltungspflichten durch Auslegung gemäß § 157 BGB, d.h. aus dem konkreten Vertragsinhalt.

<sup>942</sup> *Heinrich Stoll*, AcP 156 (1932) 288, 298, 299 N. 87; *ders.*, Leistungsstörungen 10, 27 f. Im Ergebnis ebenso schon *Herholz*, AcP 130 (1929) 297.

<sup>943</sup> So im Ergebnis schon *Herholz*, *ibid.* (letzte N.).

<sup>944</sup> *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen 130 (§ 2 III des Gesetzentwurfes). Schon 1923 hatte *Stoll* von Interessen gesprochen, die – wie die persönliche Unversehrtheit – von den im Vertrag verfolgten Zwecken unabhängig, aber doch vom "Schuldner" vor wie nach Vertragsschluss zu beachten seien: LZ 1923, 542/543.

<sup>945</sup> *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932) 288, 298; *ders.*, Leistungsstörungen 10, 25 ff. (26: „Parteiengemeinsamkeit“).

Partners, mit dem man in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt.<sup>946</sup> Diesen beiden Interessenbereichen entsprechend gliedert *Stoll* die Schuldpflichten: Dem *Leistungsinteresse* dienen die in Haupt- und Nebenpflichten gegliederten *Leistungspflichten*. Dem Interesse an der Unversehrtheit von Person und Vermögen des Partners (Schutzinteresse) dienen die *Schutzpflichten*.<sup>947</sup> Diese sind an das faktische *Vertrauensverhältnis* gebunden und von Wirksamkeit und Dauer des Leistungsverhältnisses (Schuldvertrages) unabhängig.<sup>948</sup> Die Erhaltungspflichten werden somit nicht nur von der *Leistungspflicht* ("sorgfältige Leistung"), sondern sogar vom *Vertrag* als Geltungsgrund gelöst und auf das "Vertrauensverhältnis" gestützt: Die Schutzpflichten verlieren ihren auf der Akzessorietät zur vertraglichen Hauptleistung beruhenden *Nebenpflichtcharakter*, sind also eigenständig. Das pflichtenbegründende Vertrauensverhältnis beginnt bei Verträgen schon im Augenblick der Anbahnung von Vertragsverhandlungen und dauert solange, wie der Vertrag wirkt.<sup>949</sup> Tatsächlich bildet also das *Vertrauensverhältnis* das partnerschaftliche "Grundverhältnis", zu dem bei gültigem Schuldvertrag<sup>950</sup> ein Leistungsverhältnis hinzutritt.<sup>951</sup> Im Vertrag integrieren sich Leistungs- und Schutzschuldverhältnis. Dieses Verständnis des Schuldvertrages mit der

---

<sup>946</sup> *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen 10 f. Dieses durch einen Wandel der Rechtsanschauungen bestimmte neue Verständnis des Schuld- bzw. Vertragsverhältnisses war nicht völlig neu. Schon vor dem ersten Weltkrieg gab es Entscheidungen, denen diese Auffassung ausdrücklich zugrunde lag: vgl. z. B. RG 26.4.1912 JW 1912 743 (*Luisinlichtfall*). *Heinrich Stoll* war es jedoch, der die Neuinterpretation des Schuld- bzw. Vertragsverhältnisses als Vertrauensverhältnis und die damit verbundene Erweiterung des Schutzbereiches durch seine Arbeiten entscheidend förderte. Die darin zum Ausdruck kommende "sozialere" Auffassung des Vertragsrechts war keinesfalls eine "Errungenschaft" der Gemeinschaftsideologie des Nationalsozialismus. Die Wurzeln einer sozialeren Interpretation des Schuldvertrages reichen vielmehr wenigstens in die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts zurück. Es mag hier genügen, an den berühmten Vortrag *Otto von Gierkes* aus dem Jahre 1889 über "Die soziale Aufgabe des Privatrechts" zu erinnern. Dort heißt es beispielsweise zur Vertragsfreiheit: "Eine Privatrechtsordnung, die ihres sozialen Berufes eingedenk ist, wird zugleich auf einen materiellen Schutz der durch die Vertragsfreiheit gefährdeten Gesellschaftsschichten gegen den Druck wirtschaftlicher Übermacht hinarbeiten müssen." (29)

<sup>947</sup> AcP 136 (1932) 288, 298; Leistungsstörungen 10, 27 f. Vgl. auch schon *Kreß* 3 ff., 578 ff. (relativer, unentwickelter Schutzanspruch).

<sup>948</sup> Leistungsstörungen 10 f., 26 ff., insbes. 29 f., 131 (§ 8 I des Gesetzentwurfes), 139 (§ 25 IV des Gesetzentwurfes). Der unmittelbare Beweggrund für die Abtrennung der Schutz- von den Leistungspflichten lag in den Schwierigkeiten, die bei der Verletzung einer allgemeinen Verhaltenspflicht bzw. bestandsschädigender Schlechterfüllung (Personen- und Sachschäden) durch *Gehilfen* wegen der Exkulpationsmöglichkeit in § 831 entstanden, wenn der Vertrag unwirksam war bzw. nachträglich wegfiel: Das "Rahmenverhältnis" *Herholz'* wurde eindeutig zur Überwindung dieser Schwierigkeit entwickelt und von daher verallgemeinert (AcP 130 [1929] 257 ff.). Entsprechendes dürfte auch für das "Vertrauensverhältnis" *Heinrich Stolls* zutreffen, wobei er allerdings auch die allgemeinen *Vermögensschädigungen* mit in Betracht zieht: vgl. insbes. Leistungsstörungen 29 f. In seiner Dissertation hatte *Stoll* die Aufrechterhaltung von nicht-erfüllungsbezogenen Schadensersatzansprüchen nach einer Rücktrittserklärung auf das umgewandelte *Vertragsverhältnis* gestützt, also noch nicht zwischen Schutz- und Leistungsverhältnis (-interessen) unterschieden: 73 f.

<sup>949</sup> *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen 26, 129 (§ 2 I des Gesetzentwurfes).

<sup>950</sup> Nur das Schuldverhältnis des *Schuldvertrages* ist in unserem Zusammenhang von Interesse.

<sup>951</sup> *Heinrich Stoll*, Vertrag und Unrecht 125 (1936). Vgl. die entsprechenden Auffassungen von *Canaris*, *Gerhardt* und *Thiele* (alle oben N. 931).

Folge der Erweiterung des Schutzbereiches auf alle rechtlich relevanten Interessen der Partner, die durch die vertragliche Sonderbeziehung berührt werden, setzte sich in der Lehre im Ergebnis rasch durch.<sup>952</sup> Das Schrifttum folgte *Heinrich Stoll* auch weithin in der Übertragung seiner Konzeption vom *vertraglichen* Schuldverhältnis<sup>953</sup> auf *das* Schuldverhältnis.<sup>954</sup> Diese Abstraktion machte es möglich, auch das "gesetzliche" *Schuldverhältnis* der Vertragsverhandlungen als Vertrauensverhältnis mit der Folge eines umfassenden Schutzbereiches zu begreifen.

Aus dieser dogmengeschichtlichen Skizze dürfte deutlich geworden sein, inwiefern es – speziell im Hinblick auf die vertragszweckfremden Personen- und Sachschädigungen – zutreffend ist, von einer Übertragung der *Vertragsordnung* auf das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen zu sprechen: Das Schuldverhältnis war gemäß § 241 BGB zunächst sicher durch die *Einzelleistung* bestimmt. Die inhaltliche Erweiterung des Obligationzweckes zunächst auf "sorgfältige Leistung", dann auch auf den allgemeinen Schutz des Partners und seines Vermögens wurde am *vertraglichen* Schuldverhältnis entwickelt und von daher auf *das* Schuldverhältnis übertragen.<sup>955</sup> Insofern ist die Frage nach einer Begrenzung des Schutzzweckes des *Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen* gleichbedeutend mit der Frage nach dem berechtigten Schutzbereich des *vertraglichen* Schuldverhältnisses. Das Personen- und Sachschäden mitumfassende Verständnis der culpa in contrahendo fußt auf einer entsprechenden Konzeption des Schuldverhältnisses, die ihrerseits am Schuldvertrag entwickelt wurde. Von daher bestätigt sich auch die Gleichbehandlung der Schutzpflichtverletzungen vor und nach Vertragsschluss.

<sup>952</sup> Vgl. z. B. *Fritz* 12 (1931); *Soergel-Siebert/Knopp* § 242 Bem. 105; *Larenz*, Schuldrecht I, § 24 § 24 I a; *Ramm* II § 471; wohl auch *Palandt/Heinrichs* § 276 Bem. 7 a; *Erman* § 276 Bem. 7 b cc; *Staudinger/Weber* § 242 Bem. A 770, 772 und im Ergebnis *Fikentscher* § 47 III (Scheunenbrandfall). Besonders deutlich jetzt *Arens* (AcP 170 [1970] 397): Nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts "ist der Schuldner verpflichtet, von seinem Vertragspartner im Rahmen des Vertrages alle möglichen Schäden abzuwehren." *Arens* sieht auch klar die insoweit bestehende Identität dieser Pflicht mit der allgemeinen deliktischen Pflicht des *neminem laedere*.

<sup>953</sup> Die Arbeiten *Heinrich Stolls* (AcP 136 [1932] 257 ff. und "Leistungsstörungen") haben primär den *Schuldvertrag* zum Gegenstand; vgl. insbes. Leistungsstörungen 6 N. 2; s. auch oben N. 948.

<sup>954</sup> Vgl. z.B. *Esser*, Schuldrecht I, § 3 I 2, III; § 5 II; *Larenz*, Schuldrecht I, § 2 I ("weitere Verhaltenspflichten"), § 9 II; *Fikentscher* § 5, § 8. 3 (im Ergebnis); vgl. auch *Erman/Sirp* § 242 Bem. III 2 a; *BGB-RGRK/Nastelski* § 242 Bem. 23; *Soergel-Siebert/R. Schmidt* § 241 Vorbem. 3, 10. Vgl. ferner *Canaris*, *Gerhardt*, *Thiele* (alle oben N. 931). Die von den zuletzt genannten Autoren, im Kern aber auch schon von *Heinrich Stoll* vertretene Aufspaltung des vertraglichen Schuldverhältnisses in ein "gesetzliches Schuldverhältnis" und ein "Leistungsverhältnis" ist umstritten; ablehnend etwa *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 II. In unserem Zusammenhang kommt es auf diese Frage nicht an.

<sup>955</sup> Der stufenweisen Erweiterung des Schutzbereichs des Schuldvertrages bzw. allgemeinen Schuldverhältnisses ("sorgfältige Leistung"; Partnerschutz-Generalklausel) entspricht die in gleichen Stufen erfolgte Korrektur der "Verbindlichkeit" in § 278 BGB. Für das ursprüngliche Verständnis des § 278 vgl. etwa *Nussbaum* 52 ff. (1898); siehe ferner *Endemann* (1903) I § 116, 4 a, N. 23) mit Nachweisen (auf S. 658).

Als *Ergebnis* der skizzierten Entwicklung kann man die heute herrschende Meinung wie folgt beschreiben: Der Schuldvertrag enthält auch allgemeine Schutzpflichten. Sein Zweck ist nicht auf die Befriedigung des Leistungsinteresses beschränkt, sondern auch auf die Gewährleistung des Schutzinteresses gerichtet. Wer etwa bei der Entgegennahme einer gekauften Sache im Kaufhaus von einem herabfallenden Beleuchtungskörper verletzt wird, hat einen *vertraglichen* Anspruch auf Schadensersatz. Wenn der Dachdecker nach ordentlich getaner Arbeit durch ein sorglos weggeworfenes Streichholz, mit dem er sich eine Zigarette angesteckt hatte, den Dachstuhl in Brand setzt, so begeht er eine *Vertragsverletzung*. Nach dem "Sinn des Vertrags und der zwischen den Vertragsbeteiligten bestehenden Vertrauensbeziehung [war er] verpflichtet, sich so zu verhalten, dass er den Besteller nicht in vermeidbarer Weise schädigte"<sup>956</sup> Entspricht dies wirklich dem "Sinn" des Schuldvertrags?

bb. Kritik

Der Schuldvertrag hat heute den Schutz von allgemeinen Integritätsinteressen übernommen; die nicht von seinem Schutzbereich im eigentlichen Sinn gedeckt sind. Jene Interessen haben "innerlich" nichts mehr mit dem Zweck des obligatorischen Vertrages gemein.<sup>957</sup> Was ist dann der Zweck und damit der Schutzbereich des obligatorischen Vertrages?<sup>958</sup>

Für die Bestimmung der Interessen des Gläubigers, die der Kontrakt befriedigen soll, ist zunächst vom Sinn und Zweck des *konkreten* Vertrages auszugehen. Diese Interessen bestimmen den Inhalt der Vertragspflichten. Nur die Verletzung jener Interessen verpflichtet von Vertrags wegen zum Schadensersatz, die innerhalb des Bereiches liegen, den die Vertragsnorm schützen will. Die Rechtsfolgen des Vertrages sind somit primär aus dem Sinn und Zweck des konkreten Vertrages zu entnehmen. Aus konkreten Einzelverträgen dürften sich jedoch nur selten umfassende Anhaltspunkte für die Ermittlung der vertraglich zu schützenden Interessen ergeben: Zumeist werden *typische* Verträge abgeschlossen, ohne dass die Parteien diese selbst inhaltlich näher ausgestalten. Damit verweisen die Kontrahenten auf den durch Gesetz und Rechtspraxis näher ausgebildeten Vertragstyp.

---

<sup>956</sup> Letztes Beispiel und Zitat von *Larenz*, Schuldrecht I, § 24 I a; ebenso im Ergebnis (Vertragsverletzung) *Fikentscher* § 47 III vor 1.

<sup>957</sup> S.. die Stellungnahmen der "Deliktstheoretiker", o. § 1 B. II. 4 (S. 117) für den *vor-vertraglichen* Bereich.

<sup>958</sup> Die Lehre vom Schutzbereich der haftungsbegründenden Norm wird hier im weiten Sinn einer "Theorie der Normrelevanz" (*Fikentscher*, *ibid.* N. 922) verstanden; vgl. oben § 9 B. I. 2. (S. 243 ff.). Zum Schutzbereich des Vertrags s. insbes. *Rabel*, Warenkauf I, 452 f.; v. *Caemmerer*, DAR 1970, 287.

Der Schutzbereich des Schuldvertrages bestimmt sich somit normalerweise nach dem Zweck eines bestimmten Vertragstyps (z.B. Kauf).

Auf unseren Problemkreis eingegrenzt, entscheidet der Vertragstyp darüber, ob und inwieweit das Interesse der Vertragsparteien am unversehrten Bestand ihrer Person und ihrer Güter vertraglich geschützt ist. Zweifellos *kann* das Integritätsinteresse im konkreten Vertrag – insbes. durch eine spezielle Zusicherung (§ 463 BGB)<sup>959</sup> –, aber auch *typischerweise* in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen und dann als "Leistung" geschuldet sein. Dies gilt etwa – für den Verwahrungsvertrag oder den Aufnahmevertrag in einen Kindergarten. "Schutz" kann, wie im letzten Fall, auch zugunsten Dritter vertraglich vereinbart werden.

Wie steht es aber mit jenen Verträgen, die weder im Einzelfall noch typischerweise Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage enthalten, ob über die unmittelbare Vertragserwartung (Leistungserwartung) hinaus Rechtsgüter des Vertragspartners *vertraglich* gegen solche Schäden geschützt werden sollen, die im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung eintreten? Das Gesetz schweigt. Nach dem oben<sup>960</sup> Ausgeführten kann das Schweigen des BGB nicht als Anerkennung eines derart weiten Vertragszweckes gewertet werden. Diese Feststellung wird durch eine Besinnung auf die Funktion des Schuldvertrags bestätigt. Funktion bedeutet in diesem Zusammenhang nicht die isolierte Aufgabe (Zweck, Leistung) eines Rechtsinstitutes, sondern dessen Aufgabe als Teilinstrument im Rahmen der Gesamtrechtsordnung.<sup>961</sup> Dementsprechend ist der Schuldvertrag nicht als für sich stehende Rechtseinrichtung, sondern als Institut aufzufassen, dem im Ganzen der Rechtsordnung eine Teil-Ordnungsaufgabe zukommt. Die Rechtsordnung ist insofern als ein sinnvoll, d.h. nach Teilordnungsaufgaben gegliedertes Ganzes, als "sinnhaftes Gefüge der Rechtsnormen und Rechtsinstitute"<sup>962</sup> zu begreifen. Jede konkrete Problemlösung

---

<sup>959</sup> Vgl. oben N. 922.

<sup>960</sup> Vgl. oben § 9 B. I. 2. c. aa. (S. 247).

<sup>961</sup> Der Ausdruck "Funktion" ist vieldeutig: In der Brockhaus-Enzyklopädie (1968) werden elf Bedeutungen unter diesem Stichwort angeführt. Die Jurisprudenz ist nicht unter den Einzelwissenschaften genannt, die den Begriff "Funktion" als terminus *technicus* verwenden. Zum Begriff der "Funktion" vgl. auch *Hirsch* 200 N. 2. Eine gewisse Verwandtschaft zwischen dem hier versuchten funktionalen Ansatz und der "strukturell-[system-]funktionalen Theorie" der allgemeinen Soziologie mag bestehen. Vgl. zu dieser Theorie den gleichnamigen Artikel von *R. Mayntz*, Wörterbuch der Soziologie, S. 1132. Dagegen wird "funktionelle Jurisprudenz" *hier* keinesfalls in dem Sinne verstanden, das das Recht in *einseitiger* kausaler Abhängigkeit von außerrechtlichen Sozialprozessen stehe, wie es wohl der skandinavische Realismus weithin getan hat.

<sup>962</sup> *Larenz*, Methodenlehre 459. Damit ist keine prästabilierte, deduktiv aus einem oder wenigen Axiomen abgeleitete Harmonie – etwa im Sinne der späten vernunftrechtlichen Schule *Christian Wolffs* – gemeint. Die Rechtsordnung wird vielmehr als rational gestaltete, d.h. aber auch nach bestimmten Teilaufgaben innerhalb des Ganzen gegliederte Ordnung aufgefasst. Jede Kodifikation beruht auf bestimmten Grundprinzipien und strebt eine in sich widerspruchslöse Ordnung an. Es ist eine der Hauptaufgaben der

muss vom objektiven Zweck der einzelnen Norm ausgehen, der im Rahmen der folgerichtigen kohärenten Gestaltung der einzelnen Rechtsordnung zu sehen ist.<sup>963</sup> Diese funktionale Sicht des Vertrages hat bei uns seit dem Ende der zwanziger Jahre zunehmende Bedeutung erlangt.<sup>964</sup> Die theoretische Grundlage dieses Ansatzes bilden vor allem die Untersuchungen *Walther Burckhardts*<sup>965</sup> und *Fritz von Hippels*<sup>966</sup>. Sie arbeiten die Bedeutung der Parteiautonomie und ihrer besonderen Ausformung in Gestalt der Vertragsfreiheit für die Gesamtrechtsordnung heraus. In der Zulassung der Privatautonomie durch die Rechtsordnung liegt die Übertragung von Ordnungsbefugnissen an die unmittelbar Betroffenen zur selbstverantwortlichen Gestaltung ihrer Beziehungen. Es geht um Delegation von Normsetzungsmacht, um "Dezentralisation der Rechtsschöpfung".<sup>967</sup> Aus dieser Sicht gewinnt der Vertrag als praktisch wichtigste Erscheinungsform der Privatautonomie in der

---

Rechtswissenschaft, diese innere Ordnung, die Grundsätze und deren Zusammenhang zu erarbeiten und auf dieser Grundlage das Gesetz zu ergänzen und fortzubilden. Vgl. insbes. *Heinrich Stoll*, Heck-Festgabe 96; s. weiter *Hermann Eichler*, Gesetz 64 f. In unserem Sinne jetzt auch *Larenz*: „Das Zusammenspiel verschiedener Normen oder Normenkomplexe und die hierbei einem Rechtsbegriff zukommenden Funktionen zu erkennen, ist eine Hauptaufgabe der systematischen Rechtswissenschaft, die ihrerseits die ... systematische und teleologische Gesetzesauslegung (gemäß dem "Ganzen der Zwecke") erst möglich macht." (Methodenlehre 2. Aufl. 451). Ausgangspunkt ist dabei das "innere", "gesetzliche" (*Hermann Eichler*, *ibid.*) bzw. "objektive" System (*Canaris* 13). Die kodifikatorische Ordnung des Gesetzgebers orientiert sich mehr oder weniger bewusst an der Lebenswirklichkeit (Problemzusammenhänge, Natur der Sache) und wird durch Praxis und Wissenschaft "erkannt" und entfaltet (vgl. auch *Engisch* 83), nicht selten aber auch – wie im vorliegenden Fall – in der Weiterbildung gegenüber dem gesetzgeberischen Ansatz deformiert. Dem funktionalen Ansatz dürften im Privatrecht z.B. nahestehen: *Bartholomeyczik*, Ficker-Festschr. 51 ff.; *Bydlinski*, Zur Erneuerung 28, *Deutsch*, JZ 1971, 244; *Esser*, Grundsatz, insbes. 349 ff.; *ders.*, Schuldrecht I § 4 I (3. Aufl.); *Flume*, AcP 161 (1962) 52 ff.; *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957) 542; *Ludwig Raiser*, DJT-Festschr. I 104 ff.; *Rittner*, Zur Einheit 113 ff.; *Zweigert*, Ficker-Festschr. 507; *ders.*, Rheinsteinst-Festschr. II 493 ff. S. ferner die von *Larenz* (*ibid.* 454 ff.) als moderne Beispiele funktionaler Betrachtungsweise gewürdigten Arbeiten von *Deutsch*, *Diederichsen*, *Thiele* und *Zeuner*. Im öffentlichen Recht vgl. *Forsthoff* 158 ff. Der Bezug eines Institutes auf das Gesamte der Rechtsordnung ("Systemfunktionalität") ist freilich nicht immer deutlich ausgeprägt. M.E. lässt sich aber der Zweck des einzelnen Institutes – wenigstens in unserem Fall des Schuldvertrages – nicht von dessen Stellung im Gesamten der zugehörigen Ordnung ablösen. Der Zweck eines Einzelinstitutes, der die Grundlage der teleologischen Auslegung bildet, ist jedenfalls *auch* aus dessen Stellung im Gesetzssystem und der daraus abzuleitenden Aufgabenteilung zu bestimmen; so wohl auch *Larenz*, *ibid.* 163, 451; *Nipperdey*, Generalklausel 45 f. und möglicherweise *Rittner*, Zur Einheit 116 f.

<sup>963</sup> *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957) 542.

<sup>964</sup> Die Wurzeln des funktionalen Ansatzes reichen bis zur Jahrhundertwende zurück: Dieser Ansatz findet sich zunächst vor allem bei rechtssoziologisch ausgerichteten Juristen wie den Österreichern *Karl Renner* (1904) und *Eugen Ehrlich* (Rechtssoziologie [1913] z.B. 40), dann bei *Max Weber* (Wirtschaft und Gesellschaft [1920/1921] 513. In der Privatrechtsdogmatik war es nach Ansätzen bei *Rudolf Stammler* ([1897] 92) vor allem *Ernst Stampe*, der die soziale Funktion der Rechtsinstitute in den Mittelpunkt seiner dogmatischen Arbeit stellte (Grundriß der Wertbewegungslehre I, II, AcP 108 [1912] 42 ff. und 110 [1913] 119 ff.; selbständig erschienen 1912, 1919; *ders.*, Einführung in das Bürgerliche Recht [1920]; vgl. auch schon DJZ 1907, 545 und Freirechtsbewegung [1911]). Zu *Stampe* vgl. z.B. *Franz Beyerle*, ZStW 102 (1942) 223 bei N.1 und *G. Boehmer*, Dölle-Festschr. I 9. In den dreißiger Jahren wurde der funktionale Vertragsbegriff ziemlich übereinstimmend vertreten: s. z.B. *Beyerle*, *ibid.* 231, *Wieacker*, System 54 sowie die unten (N. 970) Genannten.

<sup>965</sup> BGr-Festgabe (1924) 1 ff.; *ders.*, Organisation (1927) 2 ff.

<sup>966</sup> Gesetzmäßigkeit (1930) 4 f.; *ders.*, Privatautonomie (1936; 1930 geschrieben: vgl. *ibid.* S. VIII) 57 ff.

<sup>967</sup> Ausdruck *Andreas Voigts*, zit. nach *Max Weber* (562).



Rechtsordnung grundlegende Bedeutung: Der Vertrag ist das von der Rechtsordnung anerkannte Instrument der Selbstbestimmung zur Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen im herrschaftsfreien Raum.<sup>968</sup>

Der bisher in Betracht gezogene abstrakte Funktionsbegriff des Vertrages ist der Rechts-  
theorie und dem Privatrecht zugeordnet. Tatsächlich steht aber nicht das gesamte Privat-  
recht der vertraglichen Gestaltung seitens der unmittelbar Beteiligten offen. Im Wesentli-  
chen trifft dies nur für den Vermögensbereich (Vermögensrecht) zu.<sup>969</sup> Auch innerhalb die-  
ses Gebietes gilt das Prinzip *inhaltlicher*. Selbstgesetzgebung nur für den Güter- und Leis-  
tungsverkehr (Verkehrsrecht), der im Kern mit der *Schuldvertragsordnung* zusammen-  
fällt.<sup>970</sup> Die Funktion des Schuldvertrages bestimmt man demgemäß etwa als "reguläres  
Ordnungsinstrument des vermögensrechtlichen Verkehrs unter Lebenden"<sup>971</sup> oder als Mit-  
tel der Wirtschaftsgestaltung durch Selbstbestimmung<sup>972</sup>. Unter den Schuldverträgen sind  
vorwiegend die *gegenseitigen* Verträge von praktischer Bedeutung, die als Liefer- und  
Dienstleistungsverträge alle für die Wirtschaft wesentlichen Wertbewegungen rechtlich

<sup>968</sup> *Ludwig Raiser*, DJT-Festschrift I 104; *Lehmann/Hübner* § 33 vor I; *Esser*, Schuldrecht I, § 11 I; *Hermann Eichler*, Gesetz 114; *Flume* 7, 609; *ders.* AcP 161 (1962) 52 ff.; s. weiter z.B.: *Brox*, JZ 1966, 762; *Fikentscher* § 1 III, § 21 III 1 sowie *Kessler*, Wolff-Festschrift 67 ff., insbesondere 71; *Laufke*, Staatslexikon VIII, 213 f.; *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, insbes. 443; *Rittner*, Staatslexikon VIII, 821, *ders.*, HdSW XI, 264; *Schmidt Rimpler*, HdSW XII, 707; *Schwimmann* 99 ff.; *Simitis* 69 ff.; *Erman/Hefermehl* § 145 Vorbem. I 3; *Palandt/Heinrichs* § 305 Einf. Bem. 4; *Soergel-Siebert/Heinrich Lange* § 145 Vorbem. 1, 20; *Staudinger/Coing* § 104 Einl. Bem. 2 a, 2 b (stark das Rechtsgeschäft betonend); *Staudinger/Kaduk* § 305 Einl. Bem. 1; s. weiter die unten (N. 970) Genannten.

<sup>969</sup> Vgl. auch *Ludwig Raiser*, DJT-Festschr. I 108 und *Zweigert*, Rheinwein-Festschr. II 499 f.

<sup>970</sup> Die Erörterungen zur Vertragsfunktion beziehen sich dementsprechend – wenigstens der Sache nach – zumeist auf den Schuldvertrag. Dies gilt insbesondere für die Zeit nach 1933. Damals wurde der – bereits funktional verstandene – Vertragsbegriff auf den Schuldvertrag beschränkt: so z.B. *Larenz*, Gegenstand 46; *ders.*, Vertrag und Unrecht I, 11 und 18; *Siebert*, Landesreferat 208; *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen, insbes. 128; *ders.*, Vertrag und Unrecht I, 5; dagegen z.B. *Manigk*, insbes. 39 ff. Im Sinne des schuldrechtlichen Kontraktes wurde der Vertrag im Übrigen auch schon bei *Pufendorf* (Buch III cap. 4; 1672) und noch im 19. Jahrhundert bis hin zur Wende bei *Savigny* verstanden. Die Verfügungsgeschäfte, die in unserem Rechtssystem als selbständige Hilfgeschäfte (Vollziehungsgeschäfte) der Schuldverträge ausgestaltet sind, unterliegen demgegenüber dem Typenzwang. Im Familien- und Erbrecht handelt es sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen – um "Statuskontrakte" (*Max Weber*: z.B. 515, vgl. auch *Zweigert*, Rheinwein-Festschr. II, 499 f.) dergestalt, dass lediglich der Vertragsschluss, nicht aber der Inhalt des Rechtsverhältnisses dem Willen der Parteien unterliegt. Mit dem Vertragsabschluss akzeptieren die Beteiligten eine vorgegebene Ordnung.

<sup>971</sup> *Rittner*, HdSW XI, 264/265, der freilich die dinglichen Verträge in seine Definition einbezieht; vgl. dazu die letzte N.

<sup>972</sup> *Schmidt-Rimpler*, HdSW XII 707; vgl. auch *Hermann Eichler*, Gesetz 113. Die Vertragsfreiheit und damit der Schuldvertrag ist für das marktwirtschaftliche System konstitutiv: vgl. z.B. *Nipperdey* 43 f., *Ludwig Raiser*, JZ 1958, 2 f., 6 sowie *Hofmann* 22 ff. Zur Funktion des Schuldvertrages im sozialistischen Wirtschaftssystem vgl. insbes. *Pleyer*, JZ 1963, 233 ff. mit Nachweisen.

ordnen.<sup>973</sup> So erklärt es sich, dass manche Autoren den Güter- bzw. Leistungsaustausch – *partem pro toto* – als "Vertragsfunktion" bezeichnen.<sup>974</sup>

Bestimmt man den Schutzzweck des gegenseitigen Schuldvertrags<sup>975</sup> nach dessen (Austausch-)Funktion, so wird deutlich, dass *das allgemeine Interesse an der Integrität der Rechte und Rechtsgüter* (insbesondere Person und Eigentum) *von Verträgen wegen normalerweise nicht geschützt* ist. Die Achtung fremder Rechtsgüter ist ein selbstverständlicher Inhalt des allgemein-menschlichen Grundverhältnisses<sup>976</sup> und wird funktionell durch die Gemeinordnung (Deliktsordnung), nicht durch die vertragliche Sonderordnung gewährleistet.<sup>977</sup> Sinn und Zweck – und damit auch Schutzbereich – des normalen Austauschvertrages richtet sich nicht auf das Integritätsinteresse, sondern ausschließlich auf die Leistungserwartung.<sup>978</sup> Die Tatsache allein, dass Personen- und Sachschäden<sup>979</sup> ohne die Vertragsbeziehungen nicht eingetreten wären, ist keine ausreichende Rechtfertigung für eine vertragliche Haftung.<sup>980</sup>

<sup>973</sup> Vgl. *Zweigert*, Rheinsteinst-Festschr. II, 501.

<sup>974</sup> So z.B. *Wieacker*, Sozialmodell 19; s. ferner *Mestmäcker*, JZ 1964, 443 und *Nipperdey* 44: "Der Vertrag ... ist das rechtliche Mittel für den freien Güterumsatz und die Bedarfsbefriedigung in der Vielgestaltigkeit des wirtschaftlichen Lebens."

<sup>975</sup> Auf diesen wichtigsten Fall können wir uns in unserer, auf die c.i.c. gerichteten Untersuchung beschränken. Der (gesellschaftsrechtliche) Organisationsvertrag, der neben Lieferungs- und Arbeitsleistungsvertrag wohl wichtigste Typ des Schuldkontraktes, dient typischerweise unmittelbar dem Interesse einer begrenzten Gemeinschaft, mittelbar jedoch ebenfalls dem Leistungsaustausch. Für diesen Vertragstyp wie auch für die einseitig verpflichtenden Schuldverträge gilt das im Text Gesagte *im Ergebnis* entsprechend.

<sup>976</sup> *Schönenberger-Jäggi* in Zürcher Kommentar. Art. 1 OR Vorbem. 29, 113, 115; vgl. auch *Larenz*, Allg. Teil, § 5 I, III; § 18 I sowie *Ramm* I, L 337/338 (zur Verkehrssicherungspflicht).

<sup>977</sup> "Gemeinordnung" wird hier als Gegensatz zur schuldrechtlichen (insbes. schuldvertraglichen) "Sonderordnung" begriffen. In unserem Zusammenhang kann "Gemeinordnung" mit "Deliktsordnung" gleichgesetzt werden. Die übrigen haftungsrechtlichen Bestimmungen der Gemeinordnung (Sondergesetze wie z.B. StVG usw.) sind im Rahmen unserer Untersuchung nicht relevant. Im Ergebnis trifft sich die hier vertretene Auffassung mit der systematischen Einteilung des Vermögensrechts in "Schadensordnung" und "Vertragsordnung", die z.B. von *Wieacker* vertreten wird (System 50 ff.).

<sup>978</sup> Die Probe für diese Lösung ist der Fall des Fehlens einer (gültigen) Vertragsgrundlage. Macht man mit der *vertraglichen* Natur der Schutzpflichten Ernst, so entfallen sie mit dem – gar nicht zustande gekommenen oder nachträglich rechtsunwirksam gewordenen – Vertrag. Es kann aber doch keinen Unterschied für die Haftung wegen des angerichteten *Integritätsschadens* machen, ob Schädiger oder/und Verletzter bei Vertragsschluss geisteskrank waren, ob Dissens bestand, ob einer den Vertrag wegen Irrtums angefochten hat oder zurückgetreten ist, usw. Lässt man jedoch die "vertraglichen" Schutzpflichten trotz Wegfalls der vertraglichen Haftungsgrundlage *nicht* entfallen, so kann das doch nur heißen, dass der Vertrag für die Verpflichtung zum Ersatz des Integritätsinteresses irrelevant ist. In Fällen der Verletzung von Rechtsgütern ohne jeden Zusammenhang mit der Leistungserwartung liegt keine Vertragsverletzung vor. Diesem negativen Ergebnis dürften auch *Canaris* (JZ 1965, 475 ff.), *Thiele* (JZ 1967, 649 ff., insbes. 653 f.) und *Jakobs* (37 ff.) zustimmen. In der positiven Falllösung gehen *Thiele* und *Canaris* allerdings einen anderen Weg als diese Untersuchung: vgl. oben N. 931 ("gesetzliches Schutzpflichtverhältnis"). Im Übrigen hat schon *Michaelis* die Beschränkung der Vertragshaftung auf die Erfüllungsschäden unter Ausschluss der von ihm sog. "Nebenschäden" vertreten (z.B. 168).

<sup>979</sup> Wohl auch *allgemeine Vermögensschäden*, die weder vom Schutzbereich des individuell gestalteten noch des generell als Typ vom Gesetz ausgeformten Vertrags gedeckt sind.

<sup>980</sup> In unserer auf den vor-vertraglichen Bereich gerichteten Untersuchung ist es nicht erforderlich, den normzweckbezogenen funktionellen Ansatz im Einzelnen durchzuführen. Im Prinzip würde er zu einer erheblichen Beschränkung des Geltungsfeldes der Vertragsordnung führen. Dies würde insbes. für

d. *Der Schutzbereich der culpa in contrahendo*

Geht man von einem durch die Funktion des Schuldvertrages (Leistungsaustausch) definierten Schutzbereich aus, so sind Personen- und Sachschäden im Normalfall<sup>981</sup> nicht normrelevant und daher von (Schuld-) Vertrags wegen nicht zu ersetzen. In diesem Fall gibt es keine vertraglichen Erhaltungspflichten, die auf den vor-vertraglichen Bereich zu übertragen wären. Als vom Schuldvertrag abgeleiteter Tatbestand kann die culpa in contrahendo keinen weiteren Schutzbereich haben als der intendierte Schuldvertrag selbst. Bei normzweckorientierter Bestimmung des Schutzbereiches sind Personen- und Sachschäden, die aus Anlass von Vertragsverhandlungen eingetreten sind, keine für die culpa in contrahendo (einschließlich des geschäftlichen Kontaktes) relevanten Rechtsgutverletzungen.<sup>982</sup> Das gegen die vertragsartige Haftung in diesen Fällen häufig ins Feld

---

*Schädigungen bei Gelegenheit* von Vertragsbeziehungen zutreffen, aber im Ausgangspunkt auch für die Fälle der *Bestandsschädigung* durch die (zu in sich einwandfreier Erfüllung führende) *Leistungshandlung* und die *Bestandsschädigung* (Integritätsverletzung) durch *Schlechterfüllung* gelten. Indessen bedürfte es einer genaueren Prüfung der Tragfähigkeit der hier vertretenen Auffassung anhand der konkreten Sachprobleme. Insbes. würde dabei zu untersuchen sein, wie weit die besonderen vertraglichen Interessenwertungen tragen, die sich in den vertragstypischen Sonderregeln niederschlagen und damit die vertragliche Wertung gegenüber der deliktischen durchsetzen wollen. Dabei könnte möglicherweise auf die umfangreiche Rspr. zur Abgrenzung der von der *Haftpflichtversicherung* gedeckten Schäden (Schutzinteresse) zurückgegriffen werden.

Für die Anwendung des Deliktsrechts sprechen vor allem folgende Argumente: Ersatz des Versorger-schadens (§ 844, 845 BGB) und des Schmerzensgeldes (§ 847 BGB); Unabhängigkeit des Schutzes von der Vertragsgültigkeit und von unterschiedlichen Gewähr- bzw. Freizeichnungsklauseln bei verschiedenen Gliedern der Verteilerketten; keine Notwendigkeit, Verträge mit Schutzwirkung für Dritte zu fingieren (Abgrenzungsschwierigkeiten!). Für die *Ausschließlichkeit* der Anwendung des Deliktsrechts spricht, dass sonst die kaufrechtlichen Abwicklungsregeln (kurze Verjährung, ggf. Untersuchungs- und Rügepflicht) eingreifen. Insoweit wie hier: *Schlechtriem*, Rheinwein-Festschr. II, 683 ff.

Die Abtrennung der Schutzfunktion vom Vertragsrecht empfiehlt sich vor allem beim Kauf auch deshalb, weil die Arbeitsteilung bei der Güterversorgung die Erzeuger und die Endverbraucher kaum mehr in unmittelbare Vertragsbeziehungen treten lässt (Handelsketten!). Auf diese Weise kann bei der Verletzung von Integritätsinteressen eine vertragliche Sicherung nie wirksam werden. Die Fälle der positiven Vertragsverletzung haben den einfachen, heute vielfach überholten Tatbestand vor Augen, dass der Unternehmer bzw. sein Gehilfe eine Leistung mangelhaft erbringt (fehlerhafter Leistungserfolg mit Folgeschäden; fehlerhafte Leistungshandlung). Es geht also im Wesentlichen um Werkvertragstatbestände oder aber um Direktverkäufe des Erzeugers an den "Verbraucher" (Vieh-Ansteckungsfall). Die heutige Realität besteht dagegen in der Verteilung von Massenerzeugnissen über eine vielfach gestufte Organisationskette, deren Glieder nicht in der Lage sind, die Gefährlichkeit gewisser Produkte zu erkennen oder gar zu entschärfen. Dieser sozialen Wirklichkeit wird der vertragliche Ansatz nicht gerecht. Mit Hilfe des – nötigenfalls verbesserten – Deliktsrechts ist es möglich, den eigentlichen Urheber der Gefährdung bzw. Verletzung unmittelbar in Anspruch zu nehmen, der sich überdies dem Endverbraucher gegenüber kaum freizeichnen kann.

<sup>981</sup> „Schutz“ kann selbstverständlich als Leistung versprochen werden und ist damit in den Normzweck des Vertrags einbezogen. In diesem Fall ist sorgfältig zu prüfen, ob etwaige Sonderwertungen des Zielvertrages (z. B. Verjährung) ihrem Sinn nach erst dann gelten sollen, wenn mit dem Vertragsschluss das *Schutzversprechen* die korrespondierende *Leistungserwartung* begründet hat.

<sup>982</sup> Nichts anderes gilt bei Schädigungen durch unsorgfältiges, auf den intendierten Vertrag bezogenes Verhalten des Partners (z.B. Linoleumrollenfall; Körperverletzung bei Vorführung eines Rasierapparates) oder bei Integritätsverletzungen durch einen mangelhaften (potentiellen) Vertragsgegenstand (z.B. Ansteckung). Diese Fälle sind im Übrigen in der Praxis von verschwindend geringer Bedeutung gegenüber den Verkehrssicherungspflichtverletzungen. Vgl. im Übrigen aber auch letzte N.

geführte Argument, derartige Schäden ständen mit dem geplanten Schuldvertrag nicht in "innerem Zusammenhang",<sup>983</sup> erweist sich der Sache nach als richtig. Fehlender "innerer Zusammenhang" bedeutet danach mangelnde Normrelevanz. Die aus der "Akzessorietät" zum Schuldvertrag abgeleiteten verschärften Haftungsgrundsätze der culpa in contrahendo ("vertragsähnliches Vertrauensverhältnis") entbehren der Legitimation, soweit sie auf das – nicht einmal schuldvertraglich geschützte – Interesse an der Unversehrtheit von Leib und Gut erstreckt werden. Die Ausdehnung der für den Leistungsverkehr entworfenen Sonderordnung auf den Vorbereich des Vertrages ist – wenn überhaupt – nur hinsichtlich jener Interessen gerechtfertigt, die auf das konkret geplante Leistungsverhältnis Bezug haben.

Der hier vertretene, von der Funktion der Schuldvertragsordnung ausgehende Ansatz wird durch die kritische Analyse der bei uns aktuell vorherrschenden Lösungsvorschläge bestätigt. Bei näherem Zusehen erweisen sich diese weder hinsichtlich der Haftungsbegründung (unten II. 1.) noch der Rechtsfolgen (unten II. 2.) als geeignet, befriedigende Ergebnisse zu erzielen. Der letzte Grund hierfür liegt darin, dass diese Lehren die funktionelle Ordnungskonzeption und die korrespondierenden Wertungen des Gesetzes außer Acht lassen.

## II. Kritik der Haftung nach Vertragsgrundsätzen

### 1. Haftungsbegründung

#### a. *Haftung aus culpa in contrahendo bzw. geschäftlichem Kontakt*

##### aa. Auflösung des Tatbestandes der culpa in *contrahendo*

Der "rechtsgeschäftliche", d.h. auf die rechtsgeschäftliche Absicht der Beteiligten abstellende Ansatz der herrschenden Meinung ist nicht zu verwirklichen. Hält man diesen Ansatz folgerichtig durch, so werden gleichliegende Fälle ohne Rechtfertigung verschieden behandelt: Vertragsartigen Schutz genießt dann nur der mit rechtsgeschäftlicher Absicht verhandelnde Partner während der eigentlichen Vertragsverhandlungen. Schadensfälle unmittelbar vor oder auch zwischen Verhandlungen sind allein deliktisch zu beurteilen. Begleitpersonen des Verhandlungspartners, "Sehleute", Briefträger, Polizeibeamte, Gerichtsvollzieher, "Nothelfer", Verwandte, Freunde und Bekannte, Zimmersuchende, Sammler caritativer Organisationen, stimmenwerbende Kandidaten usw. genießen keinen

---

<sup>983</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 4. (S. 117 ff.).

Schutz nach vertraglichen Grundsätzen. Der Schutzbereich des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (i.e.S.) erweist sich bei Personen- und Sachschäden in persönlicher und zeitlich/räumlicher Hinsicht nach überwiegender Auffassung als zu eng. Die Bemühungen der Wissenschaft waren und sind dementsprechend auch heute noch weitgehend durch den Versuch gekennzeichnet, den vertragsartigen Schutz auf die verschiedenste Weise zu erweitern:

Der *räumlich-zeitliche* Schutzbereich der culpa in contrahendo wird über das eigentliche Verhandlungsstadium hinaus auf den "geschäftlichen Kontakt" (*Larenz*) ausgedehnt und damit ein eigenständiger Haftungstatbestand für Personen- und Sachschäden im Vorfeld von Vertragsverhandlungen geschaffen.<sup>984</sup> *Larenz* und die anderen Anhänger der Haftung aus "geschäftlichem Kontakt" setzen dabei wohl – ungeachtet der im Einzelnen verschiedenen Tatbestandsfassungen – den Beginn des geschäftlichen Kontaktes mit dem Betreten der Geschäftsräumlichkeiten an.<sup>985</sup>

Neben die räumlich-zeitliche Ausdehnung der vertragsartigen Haftung tritt die Erweiterung des *persönlichen* Schutzbereiches. Dies geschieht zunächst dadurch, dass das Vorliegen der rechtsgeschäftlichen Absicht als Tatbestandsmerkmal der vertragsartigen Haftung bei jedem Besucher von Geschäftsräumlichkeiten vermutet wird.<sup>986</sup> Ein weiterer Personen-

---

<sup>984</sup> Andere Rechtsgüter als Person und Eigentum, insbes. also das Vermögen als solches, können vor Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen nicht „in contrahendo“ bzw. aus „geschäftlichem Kontakt“ verletzt werden. In der Gerichtspraxis stehen Personenverletzungen ganz im Vordergrund. Wenige Fälle betreffen Sachschäden. Schäden an Grundeigentum spielen überhaupt keine Rolle. Werbesendungen in Rundfunk und Fernsehen, Werbeplakate oder Zeitungsanzeigen an die Allgemeinheit begründen weder ein Verhandlungsverhältnis im eigentlichen Sinn noch einen "geschäftlichen Kontakt". Wenn die Bezeichnung des Verhandlungsverhältnisses bzw. des geschäftlichen Kontaktes als "Sonderverbindung" und "Vertrauensverhältnis" noch einen Sinn behalten und nicht völlig inhaltsleer werden soll, verbietet sich hier die Annahme derartiger Beziehungen. Damit entfallen von vornherein Schadensersatzansprüche (z.B. nutzlose Fahrtkosten in die Stadt, weil das Sonderangebot schon ausverkauft war), ohne dass es noch auf das Problem der Umgehung des § 823 I BGB ankäme. Im Übrigen reichen die §§ 826, 823 II BGB und die Bestimmungen des UWG aus, um echte Missbräuche zu verhindern. Auch die gelegentlich in Erwägung gezogene Beurteilung der Herstellerhaftung nach Grundsätzen des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (so *Klaus Müller*, AcP 165 [1965] 328; vgl. aber auch *ibid.* 329) scheidet schon am Fehlen eines "vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses". Gegen die Heranziehung der culpa in contrahendo auf diese Fälle mit Recht vor allem *Diederichsen* 167 ff.

<sup>985</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 2. (S. 102 ff.). Weiter dürfte (früher) lediglich *Esser* gegangen sein, der die vertragsartigen Erhaltungspflichten mit der "Eröffnung werbender Anlagen" beginnen ließ (oben S. 110 bei N. 380). Diese Formel hätte in der Praxis zu ganz erheblichen Schwierigkeiten geführt.

<sup>986</sup> Darauf läuft im Ergebnis die *Larenzsche* Auffassung hinaus (s. oben S. 106 bei N. 366). Gegen diese Vermutungslösung spricht, dass sie den Rechtskundigen ggf. zur Unwahrheit verführen, den Unkundigen aber benachteiligen kann. Zur Widerlegung der Vermutung der geschäftlichen Absicht oder der Eigenschaft eines "möglichen Käufers" (*Larenz*) wird ja in vielen Fällen kaum ein anderes Mittel als die Partei-nehmung des Klägers zur Verfügung stehen. Eine derartige Lösung zum Prinzip zu erheben, ist nicht sinnvoll. Das Problem wird dadurch verschoben. Es geht in der Sache nicht um die Frage der geschäftlichen Absicht eines Besuchers bzw. deren Beweis, sondern um die Haftung des Bekl. für eigenes oder seiner Gehilfen Verhalten. Dies ist der Kern des Haftungsproblems. Im Übrigen schwimmt mit dem Kriterium des "möglichen Kunden" die Abgrenzung zum Deliktsrecht, wenn dieser Begriff abstrakt interpretiert wird. In diesem Fall wäre *jedermann* "möglicher Kunde": auch das kleine Kind, der Dieb und der

kreis wird auf *indirekte* Weise in den vertragsgleichen Schutz miteinbezogen: Als rechtstechnisches Mittel hierfür dient die Konstruktion eines Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen<sup>987</sup> bzw. des geschäftlichen Kontakts mit Schutzwirkung für Dritte.<sup>988</sup> Aber auch diese Erweiterung der Vertragssphäre erfasst nicht alle Personengruppen, denen manche Autoren vertragsartigen Schutz gewähren wollen (z.B. Polizeibeamte, Gerichtsvollzieher, Briefboten). Hier ist eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen nur möglich, wenn man auf eine geschäftliche Intention der Besucher von Geschäftsräumen grundsätzlich verzichtet und lediglich auf die geschäftliche Absicht des *Rauminhabers* abstellt.<sup>989</sup> Damit ist die äußerste Grenze des geschäftlichen Kontaktes erreicht: Wer einen auf geschäftlichen Kontakt abzielenden Verkehr (Raum) öffnet, haftet in diesem Bereich für die Integrität von Leib und Gut nach Vertragsregeln. Der rechtsgeschäftliche Ansatz ist damit auf das Motiv der Verkehrseröffnung zusammengeschrumpft. In Wirklichkeit handelt es sich um einen eigenständigen, mit vertragsrechtlichen Folgen ausgestatteten Tatbestand der Haftung für die Verletzung von Sicherungspflichten bei Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich diese Pflichten von den deliktischen, jedermann gegenüber bestehenden Verkehrssicherungspflichten unterscheiden sollen.<sup>990</sup> Der "rechtsgeschäftliche" Ansatz erweist sich für die konkrete Problemlösung der Haftpflicht im vor-vertraglichen Raum nicht als tragfähig: Konsequenter durchgehalten, führt er zu unterschiedlichen Falllösungen, die rechtsethisch nicht gerechtfertigt sind. Die Gleichbehandlung von eventuellen, zukünftigen und gegenwärtigen Käufern und sonstigen rechtmäßigen Besuchern von Geschäftsräumlichkeiten ist ein Gebot der Gerechtigkeit. Den Beweis für diese These liefern die vielfältigen Anstrengungen der Wissenschaft, das rechtsgeschäftliche Prinzip, unter dem man angetreten war, bis zur Unkenntlichkeit zu verwässern. Der "vertragliche" Lösungsansatz ist zu eng und zwingt zu immer weitergehenden, zusehends weniger mit dem Vertrag verbundenen Konstruktionen (*culpa in contrahendo*, geschäftlicher Kontakt, geschäftlicher Kontakt zugunsten Dritter, Ver-

---

vor Regen Schutz Suchende usw. *Larenz* scheint diesen Begriff indessen nicht so aufzufassen, da er u.a. den letzten Fall vom vertraglichen Schutz ausnehmen will (MDR 1954, 518). Für diese Interpretation spricht auch, dass *Larenz* ein "Schuldverhältnis aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte" befürwortet (vgl. unten N. 988). Dies wäre nicht notwendig, wenn er den Begriff "möglicher Kunde" abstrakt/allgemein verstehen wollte.

<sup>987</sup> Vgl. oben N. 454.

<sup>988</sup> Vgl. oben N. 389. Anhaltspunkte für die angeführte Konstruktion sind im Gesetz freilich nicht zu finden. Die bloße Berufung auf § 242 (so *Larenz*, Schuldrecht I. § 17 III im Anschluss an *Canaris*, JZ 1965, 477 ff.) als formelle Rechtsgrundlage für diese Rechtsfigur dürfte nicht genügen.

<sup>989</sup> Vgl. oben im Text bei N. 374.

<sup>990</sup> Auf die Grenzverwischung zwischen c.i.c. und der Verletzung deliktischer Verkehrspflichten weist z.B. auch *Erdsieck* hin (JuristenJb 8 [1967/1968] 50 f.). Vgl. ferner auch *Welser* 84 bei und in N. 114 („sehr ähnlich“).

kehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken). Die culpa in *contrahendo* löst sich zusehends auf. Unter dem Etikett der "Haftung aus geschäftlichem Kontakt" verbergen sich völlig verschiedene und überdies – vor allem hinsichtlich des Haftungsbeginns – unscharfe Tatbestände: Einen ausreichend bestimmten "Tatbestand" der Haftung aus geschäftlichem Kontakt gibt es nicht. Das in der Lehre eben aufgestellte, jedoch alsbald wieder weithin aufgebene rechtsgeschäftliche Prinzip dient lediglich als "dogmatischer Aufhänger" für eine Lösung, der letztlich andere Wertungen zugrunde liegen. Die zusehends abnehmende Betonung des "Rechtsgeschäftlichen" bestätigt im Grunde genommen unsere auf dem funktionalen Ansatz beruhende Analyse: Es geht hier nicht um Störungen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, sondern um Güter-Bestandsschutz. Die skizzierte Entwicklung zeigt, dass man an Symptomen kuriert und die eigentliche Ursache nicht in den Griff bekommen, mithin die Rechtsfortbildung an der falschen Stelle angesetzt hat. Die zunehmende Ausweitung der vertragsartigen Haftung allein um der Anwendung des § 278 BGB willen deutet darauf hin, dass es sich im Grunde um das Problem der Haftung für schuldhaftige Schädigungen durch Verrichtungsgehilfen handelt (dazu sogleich unter bb.).

bb. Fragwürdigkeit der Teilkorrektur des § 851 BGB durch die Ausweitung der Vertragssphäre

Der auf die Anwendbarkeit des § 278 BGB zielende "rechtsgeschäftliche" Ansatz der herrschenden Meinung hat zu einer immer weiter reichenden Dehnung (Überdehnung) der "Sonderbeziehung" geführt und auf diese Weise das Problem der Angemessenheit des § 831 BGB im Ergebnis für einige Fallgruppen entschärft. Die entsprechende (rechtstat-sächliche) Teilkorrektur dieser Vorschrift hat aber gleichzeitig den Blick für die *generelle Fragwürdigkeit* der gesetzlichen Regelung der Leutehaftung außerhalb von schuldrechtlichen Sonderverbindungen verstellt oder doch den Willen zur Reform des § 831 BGB geschwächt. In Wirklichkeit geht es nicht um die Erstreckung der schuldrechtlichen Sonderordnung auf Sachverhalte, die interessenmäßig ebenso beschaffen wären wie das von der Sonderordnung unmittelbar geregelte Gebiet. Motiv der Ausdehnung des § 278 BGB ist vielmehr die *negative Bewertung der Gemeinordnung* (§ 831 BGB). Die strikte Haftung des Geschäftsherrn für schuldhaftige Schädigungen durch seine Gehilfen in Ausführung ihrer Aufgaben erscheint – rechtspolitisch – als *allgemeingültiges* (rechtssatzförmiges) *Haftungsprinzip*. Davon ausgehend versucht man *de lege lata*, durch die Erstreckung der entsprechend ausgestalteten Sonderordnung (§ 278 BGB) die unzulängliche Regel der

Gemeinordnung (§ 831 BGB) überall dort zu umgehen, wo ein dogmatischer "Aufhänger" der Anwendung der Sonderordnung scheinbar gesetzesbezogene Legitimität verleiht.<sup>991</sup> Die Berufung auf die schuldrechtliche Sonderbeziehung ist eine Scheinbegründung, welche die eigentliche – die Gemeinordnung betreffende – Wertung verdeckt.<sup>992</sup> Dass es entscheidend um die Korrektur der Gemeinordnung geht, zeigt schon die eben (aa.) skizzierte zunehmende Verflüchtigung des "rechtsgeschäftlichen" Ansatzes; außerdem ergibt sich dies aber vor allem aus der Fülle anderer insbesondere *deliktsrechtlicher* Versuche, die Gemeinordnung in diesem Bereich. (§ 831 BGB) zurückzudrängen.<sup>993</sup> Gegen die Fortbildung einer gesetzlichen Regelung durch die Praxis ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn die veränderten Rahmenbedingungen oder die in der Gemeinschaft allgemein anerkannten Wertvorstellungen dies zwingend gebieten.<sup>994</sup> Die Fortbildung muss jedoch an *der* Norm ansetzen, die den veränderten Gegebenheiten nicht mehr entspricht.<sup>995</sup> Dies ist in unserem Fall § 831 BGB. Wird stattdessen die als "schlecht", d.h. als ungerecht oder unzweckmäßig erkannte Regel der Gemeinordnung durch punktuelle Fortbildung durchlöchert und korrigiert, so verdeckt man damit die Erfassung des grundsätzlichen allgemeinen Problems und verhindert zugleich die angemessene Rechtsfortbildung. Durch die zufällig-punktuelle Korrektur des Gesetzes entsteht die Gefahr, dass interessenmäßig gleichliegende Fälle ungleich entschieden werden. Die partielle Fortbildung verstößt so gegen den Gleichheitssatz und damit gegen die Rechtsidee.<sup>996</sup> Hätte die deutsche Praxis –

<sup>991</sup> Vgl., auch *Medicus* § 30 IV 1 c ("Scheinbegründung"). Der pseudo-gesetzestreue konstruktive Umweg über die Erstreckung der Sonderbeziehung verdeckt nur oberflächlich die Tatsache, dass es sich bei der culpa in contrahendo in ihrer heutigen Gestalt um eine Rechtsfortbildung *contra legem* (§§ 831, 823 I BGB) handelt. Zu den etwaigen Konsequenzen vgl. unten N. 996 *in fine*.

<sup>992</sup> Die *Scheinbegründung* ist eine *Fehl*begründung, da die verdeckte Wertung die sachlich zutreffende ist: vgl. *Brecher*, Nikisch-Festschr. 232 f.

<sup>993</sup> Vgl. dazu unten § 10 C. (S. 280 ff.).

<sup>994</sup> Vgl. etwa *Bydliński*, Zur Erneuerung 20, 28, s. auch *Henkel* 328 f. Etwas enger *Canaris* (109 N. 88), der eine Rechtsfortbildung nur billigt, wenn ihr einerseits die Wertungen des positiven Rechts nicht klar entgegenstehen und sie andererseits von einem "allgemeinen Rechtsprinzip" gefordert wird.

<sup>995</sup> So wohl auch *Medicus* § 15 V 2 c, cc; *ders.*, Kern-Festschr. 327/328.

<sup>996</sup> *Bydliński* (Zur Erneuerung 28): „... Durch den Zwang zum Isolierten und Speziellen [nimmt] nicht etwa nur die Einheit und Widerspruchslosigkeit der Privatrechtsordnung, sondern damit zugleich auch der Rechtsgedanke selbst Schaden.“ Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich sehr deutlich an der zu meist rechtsethisch motivierten Kritik, die sich gegen die persönlich und zeitlich/räumlich beschränkte Geltung des Vertragsrechtsschutzes richtet und an den daraus resultierenden vielfältigen Versuchen, die Vertragsordnung (d.h. de facto § 278 BGB) immer weiter auszudehnen: vgl. oben § 1 B. I. (S. 93 ff.), B. II. 1.-3. (S. 102 ff.); § 9 B. II. 1. a. aa. (S. 259 ff.). Soll es etwa – im Hinblick auf die hier besonders interessierende Gehilfenhaftung – wirklich einen haftungsmäßigen Unterschied machen, ob die von einem Gehilfen mangelhaft befestigte Schaufenstermarkise einem Passanten oder aber einem Kaufwilligen auf den Kopf fällt? (vgl. den ähnlichen Fall RG 27.9.1930 DRiZ 1930 Nr. 714). Will man wirklich die Haftung für eine nachlässige Hausgehilfin bei einem Unfall eines zum Abendessen eingeladenen Bekannten davon abhängen lassen, dass – möglicherweise nur beiläufig – ein geschäftliches Thema berührt wurde? Wie soll es weiter gerechtfertigt werden, eine Frau, die eine kranke Nachbarin pflegt und dabei auf dem von der Zugehfrau der Kranken zu blank gebohnerten Boden ausgleitet, anders zu behandeln als den



schweizerischem Vorbild folgend – § 831 BGB schon früher<sup>997</sup> *unmittelbar* korrigiert, statt "unechte Lücken" an anderer (Gesetzes-)Stelle zu suchen und diese "Lücken" dann "gesetzestreu" mit den für angemessen erachteten Regeln zu schließen, so wäre es wohl kaum nötig gewesen, die Vertragsordnung so zu überdehnen, wie es in Deutschland tatsächlich geschehen ist.<sup>998</sup> Eine verschleierte Gesetzesumgehung ist keine tragfähige Grundlage für die Fortentwicklung des Rechts. Der Verstoß gegen die Methodenehrlichkeit rächt sich: Immer neue Schwierigkeiten tauchen auf den Umgehungswegen auf, weil das Gesetzgebungswerk als sinnvolle Einheit entworfen ist. Ein dieser "inneren Gliederung" zuwiderlaufender Ausbau des Systems bewirkt – neben der aufgezeigten Gefahr für die Gleichbehandlung – zwangsläufig Überschneidungen von verschiedenen Normbereichen und damit Wertungskollisionen. Die schematisch-globale Übertragung eines Normenkomplexes auf neue Sachverhalte um der Korrektur *einer* Vorschrift willen führt überdies zur Aufpfropfung einer Ordnung, deren Regeln auf die zu lösenden Sachverhalte vielfach nicht passen.<sup>999</sup>

---

Besucher mit geschäftlichem Motiv? (vgl. den ähnlich liegenden englischen Fall *Jennings v. Cole*, oben N. 877). S. auch die vergleichbare Argumentation bei *Lorenz* 73 f. und vor allem *Esmein*: „*Je ne vois pas comment on peut justifier une solution différente suivant que le visiteur est ou non un acheteur*“ (Gaz. Pal. 1958, II, Doctr. 47 mit Bezug auf *Paris* 30.6.1958: oben N. 797). Vgl. ferner *Rodière*, J.C.P. 1961, II, 12217 (Anm.) sowie *Tunc*, J.C.P. 1961, II, 12031 (Anm.) und *Ulrich Hübner* 158. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Aufgabe der unterschiedlichen Behandlung von *invitee* und *licensee* im englischen Recht (oben § 7 B., S. 227 ff.). Die verschiedene Behandlung des *invitee* und *licensee* hatte allerdings nicht – wie im deutschen Recht – ihre Bedeutung in der Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen, sondern in unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen für beide Personenkreise (Report 9 ff.). Dennoch haben die in jenem Zusammenhang angestellten Erwägungen auch für unsere Fälle Gewicht: Hier wie dort wird bzw. wurde eine materiell unterschiedliche Beurteilung mit ähnlichen Erwägungen begründet. Konsequenzen im Sinne einer Nichtanerkennung der vertragsartigen Haftung in unseren Fällen wegen Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 I, 1 III GG) zu ziehen, ist indessen schon deswegen nicht angebracht, weil es sich sicher nicht um eine evident willkürliche (sachwidrige) Rechtsfortbildung handelt. Allgemein zum Problem der Verfassungswidrigkeit privatrechtlicher Normen bei Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz *Canaris* 125 ff.

<sup>997</sup> Zum heutigen Stand vgl. unten § 10 C. I. (S. S. 280 ff.).

<sup>998</sup> Hätte die deutsche Rspr. – umgekehrt – in unserem Fall der Regel des § 831 BGB aus grundsätzlichen Erwägungen die Treue gehalten und sich geweigert, die mannigfachen Schleichwege zu dessen Umgehung zu betreten, so wäre kaum denkbar, dass diese Norm noch heute gelten würde. In der Haltung der Rspr. zeigt sich m.E. eine – paradoxe – Nachwirkung der gesetzessystematisch engen Bindung des Richters an die gesetzgeberische Entscheidung: Die soziale Wirklichkeit zwingt die Rspr. einerseits zur Fortentwicklung, ja Korrektur solcher Entscheidungen; das Selbstverständnis des Richters als "*bouche de la loi*" (*Montesquieu*) scheint ihm andererseits diese Möglichkeit nur mit Hilfe solcher Konstruktionen zu eröffnen, die wenigstens äußerlich den Schein der Gesetzestreue wahren.

<sup>999</sup> Vgl. auch *Brecher*, *Nikisch-Festschr.* 233. Die oben im Text angeführte Gefahr realisiert sich gerade bei der Erstreckung der Vertragsordnung auf den Vorbereitungsbereich des Vertrages: vgl. dazu näher unten § 9 B. II. 2. (S. 269 ff.).

cc. Fehlende "innere Begründung" der vertragsartigen Haftung

Die vertragsartige Haftung bei vor-vertraglichen Personenverletzungen und Sachschädigungen entbehrt des rechtfertigenden "inneren Grundes".<sup>1000</sup> Mit anderen Worten fehlt es an einem von der Rechtsidee oder der Natur der Sache getragenen "allgemeinen Rechtsprinzip"<sup>1001</sup>, das die Haftung nach Vertragsgrundsätzen hier rechtfertigen könnte. Von den wenigen Autoren, die zu diesem Problem in unserem Zusammenhang überhaupt Stellung nehmen, wird zumeist auf das *Vertrauensverhältnis* verwiesen, das durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen bzw. die Anbahnung geschäftlicher Beziehungen geschaffen werde.<sup>1002</sup> Die Rechtfertigung für die vertragsartige Haftung in unseren Fällen ist damit die gleiche wie für die culpa in contrahendo insgesamt. Dieser Rechtfertigung ist grundsätzlich entgegenzuhalten, dass sich das spezifische Vertrauen bei Vertragsverhandlungen nicht auf die Wahrung der Integrität von Person und Eigentum, sondern auf das einwandfreie Verhalten des Partners in Bezug auf das intendierte Geschäft richtet. Analog zum "Vertragsvertrauen"<sup>1003</sup> könnte man dementsprechend von "Verhandlungsvertrauen", d.h. von Vertrauen in das loyale Verhalten des Partners bei den Vertragsverhandlungen, sprechen. Die Übertragung dieser Begründung auf die Schadenshaftung bei Erhaltungspflichtverletzungen während und vor Vertragsverhandlungen scheint mir daher nicht berechtigt zu sein.<sup>1004</sup> Das "geschäftliche" Moment in Sozialbeziehungen darf auf den elementaren Schutz, der Personen und Sachen zu gewährleisten ist, keinen Einfluss haben. Aber selbst wenn man davon ausginge, dass sich das "Verhandlungsvertrauen" auch auf die

<sup>1000</sup> Zum äußeren (formellen) Rechtsgrund vgl. oben § 9 B. I. 1. (S. 242).

<sup>1001</sup> *Canaris* 69 f., 109 N. 88. Selbst wenn man annehmen wollte, dass die vertragsartige Haftung in unseren Fällen nicht gegen Wertungen des positiven Rechts verstößt, wäre hier eine Fortbildung des Rechts durch die Gerichtspraxis auch nach *Canaris* nicht möglich, da es an der im Text erwähnten Voraussetzung fehlt. Eine eingehendere Stellungnahme zum Problem des Richterrechts als Rechtsquelle und dessen Geltungsvoraussetzungen ist hier nicht am Platz.

<sup>1002</sup> Vgl. z.B. *Ballerstedt* AcP 151 (1950/1951) 507, 512; *Canaris*, JZ 1965, 478; vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I 1 N. 3, S. 92 f.; *ders.*, JuS 1965, 378 (Kombination von Vertrauens- und Verschuldensprinzip); *Nirk*, Möhring-Festschr. 404 f. Dieser Begründung dürften wohl auch die meisten anderen Anhänger der Lehre von der Haftung aus geschäftlichem Kontakt folgen.

<sup>1003</sup> D.h. das Vertrauen in das vertragstreue Verhalten: *Hermann Eichler*, Gesetz 107.

<sup>1004</sup> Dem entspricht auf der tatbestandlichen Ebene der Ausschluss der Erhaltungspflichten aus dem Schutzbereich der culpa in contrahendo. Die Kritik, die *Frotz* an der „vertrauenstheoretischen Pflichtbegründungskonzeption“ übt, richtet sich *generell* gegen die Rechtfertigung der culpa in contrahendo mit dem Vertrauensgedanken (Gschnitzer-Gedenkschr. 168 ff.; ihm folgend *Welser* 70 ff.). Dieser Kritik ist jedenfalls für die Erhaltungspflichten zuzustimmen. Es ist im Übrigen bemerkenswert, dass *Frotz* seine Kritik ausschließlich im Stadium echter Verhandlungen und hinsichtlich vertragszweckbezogener Pflichten ansetzt: Der Zeitraum vor Beginn von Verhandlungen und die Erhaltungspflichten (Person, Eigentum) liegen außerhalb des möglichen Geltungsbereiches eines vertrauenstheoretischen Ansatzes. Auch *Hermann Eichler* verneint hier für den Regelfall eine Vertrauensbeziehung (12 f.). *Thiele* spricht sich jedenfalls gegen eine *rein* vertrauenstheoretische Begründung aus (JZ 1967, 651 f. mit weiteren Nachweisen in N. 27). Zum Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung allgemein s. *von Craushaar*, insbes. 11 ff.

Nichtbeeinträchtigung von Person und Eigentum durch den Partner beziehen würde, wäre die innere Rechtfertigung für die Ersetzung der Delikts- durch die Vertragsordnung angesichts einer immer weiter gehenden Aufgabe des *rechtsgeschäftlichen* Moments als Tatbestandsmerkmal gerade bei der Haftung aus geschäftlichem Kontakt erheblich geschwächt. Nach Auffassung der Anhänger dieser Rechtsfigur kann ja nur ein Vertrauensverhältnis, das durch den *geschäftlichen Zweck* der Beziehungen qualifiziert ist, die vertragsartige Haftung legitimieren.<sup>1005</sup> Die Anbahnung geschäftlicher Beziehungen tritt tatsächlich schon bei jenen Varianten der Haftung aus geschäftlichem Kontakt, die an der beiderseitigen geschäftlichen Motivation noch festhalten, so sehr in den Hintergrund, dass *dieses* Moment die vertragsartige Haftung kaum mehr zu tragen vermag.<sup>1006</sup> Dem "rechtsgeschäftlichen Vertrauensverhältnis" wird Gewalt angetan, wenn man es auf den Bereich vor Beginn der Vertragsverhandlungen erstreckt.<sup>1007</sup> Die innere Rechtfertigung der vertragsartigen Haftung mit einem "Vertrauensband" wirkt noch weniger überzeugend bei jenen Autoren, die lediglich das *einseitige* geschäftliche Motiv des Inhabers von Geschäftsräumlichkeiten zum Tatbestandsmerkmal erklären.<sup>1008</sup> Auch die Begründung der verschärften Haftung mit einem durch die rechtsgeschäftliche Kommunikation erhöhten Schadensrisiko und der korrespondierenden größeren *Einwirkungsmöglichkeit*<sup>1009</sup> kann kaum befriedigen. Im Grunde wird ja auch hier auf den *geschäftlichen* Kontakt zur Rechtfertigung der vertragsartigen Haftung zurückgegriffen. Andernfalls bestände kein Unterschied zur Lehre vom sozialen Kontakt, der nach der Auffassung der Anhänger dieser Lehre keine Haftung nach Vertragsgrundsätzen begründen soll. Damit gilt auch für diesen Legitimierungsversuch vertragsartiger Haftung das oben gegen die vertrauenstheoretische Konzeption Gesagte: Das Moment des Geschäftlichen zerfließt im vor-vertraglichen Bereich und schwächt damit die innere Begründung der Haftung nach vertraglichen Grunds-

<sup>1005</sup> Vgl. insbes. *Larenz*, Schuldrecht I, § 9 I 1 N. 3, S. 92 f.

<sup>1006</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung insbes. oben § 1 B. II. 2. (S. 102 ff.). Kann man wirklich noch von einem auf die Anbahnung geschäftlicher Beziehungen gestützten Vertrauensverhältnis bei einem kleinen Kind sprechen, das einen Warenhausbummler begleitet und durch die Nachlässigkeit eines Angestellten verletzt wird? Auch das "Schuldverhältnis aus geschäftlichem Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte" (*Larenz*) ist in solchen Fällen vom "rechtsgeschäftlichen Vertrauen" als Haftungsprinzip nicht gedeckt. Bei der genannten Rechtsfigur handelt es sich um eine Notkonstruktion, zu der ein unrichtiger Ansatz im Interesse tragbarer Lösungen zwingt.

<sup>1007</sup> Gleichgültig ob man das Vertrauensverhältnis subjektiv versteht oder als "objektiven" Tatbestand fasst; vgl. dazu *Thiele*, JZ 1967, 651/652. <sup>1008</sup> Vgl. dazu oben § 1 B. II. 2. (S. 102 ff.).

<sup>1008</sup> Vgl. dazu oben § 1 B. II. 2. (S. 102 ff.).

<sup>1009</sup> Diese üblicherweise für die Vertragshaftung vertretene Begründung (z.B. *Heinrich Stoll*, oben N. 942) wird auch für die c.i.c. vorgebracht: vgl. z.B. schon *Erman*, AcP 139 (1934) 274, 320 f. und andeutsweise jetzt *Frotz*, Gschnitzer-Gedenkschr. 173/174. *Bydlinski* (oben N. 649) stützt die verschärfte Haftung darüber hinaus auch auf das vornehmlich *wirtschaftliche Interesse* des Vertrauensempfängers. Man sieht daran, dass die im Text angeführte Begründung jedenfalls sehr eng mit dem "Vertrauensgedanken" zusammenhängt. Vgl. dazu auch die Auffassung *Heinrich Stolls*, oben im Text bei N. 942.

ätzen. Endlich ist auch die Rechtfertigung der vor-vertraglichen Schutzpflicht mit dem "Korrelat der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit"<sup>1010</sup> nicht anzuerkennen. Das Prinzip privatautonomer Gestaltung bezieht sich auf den *rechtsgeschäftlichen* Bereich. Die Verantwortung als Korrelat der Privatautonomie beschränkt sich auf das privatautonom zu gestaltende Gebiet, d.h. auf das intendierte Geschäft. Jede darüber hinausgehende Inanspruchnahme dieses Prinzips würde den funktionalen Sinn der Privatautonomie und des Schuldvertrages im Ganzen der Rechtsordnung verkennen. Aus der Privatautonomie eine vertragsartige Verantwortung für den Schutz von Person und Gut desjenigen ableiten zu wollen, "der sich mit Rücksicht auf die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit privatautonomer Gestaltung zur Anbahnung rechtsgeschäftlicher Beziehungen in den fremden Einflussbereich begibt"<sup>1011</sup>, scheint mir deshalb nicht begründet.

*b. Haftung aus sozialem Kontakt*

Die Befürworter einer Haftung aus sozialem Kontakt lehnen im Ergebnis mit uns die Anwendung der culpa in contrahendo (geschäftlicher Kontakt) in den hier interessierenden Fällen ab. Zum Teil stimmen sie auch in der Begründung<sup>1012</sup> mit der hier vertretenen Auffassung überein. Das Ziel, das der Entwicklung dieses außergesetzlichen Haftungstatbestandes zugrunde liegt – die strikte Haftung für das Verschulden von Verrichtungsgehilfen<sup>1013</sup> – ist zu billigen. Die Regeln, die auf dieser Grundlage erarbeitet und zum Teil als geltendes Recht ausgegeben wurden,<sup>1014</sup> sind jedoch *de lege lata* nicht haltbar: Es fehlt an jedem gesetzlichen Anhaltspunkt für diesen neuen, zwischen Vertrags- und Deliktsvorschriften einzuordnenden Haftungstatbestand mit vertragsgleichen Rechtsfolgen. Im Schrifttum wird die Haftung aus sozialem Kontakt nur vereinzelt vertreten.<sup>1015</sup> In der deutschen Rechtsprechung ist sie ohne jede Bedeutung geblieben.<sup>1016</sup> Danach ist es auch nicht möglich, von einer gewohnheits- oder richterrechtlichen Geltung zu sprechen. Mit dieser Feststellung *de lege lata* ist die Frage noch nicht beantwortet, ob nicht *de lege*

---

<sup>1010</sup> Frotz, Gschnitzer-Gedenkschr. 172 ff. Von seinem Standpunkt folgerichtig lehnt Frotz die Ausdehnung der verschärften Haftung auf den sozialen Kontakt ab.

<sup>1011</sup> Frotz, Gschnitzer-Gedenkschr. 173.

<sup>1012</sup> Ungerechtfertigte unterschiedliche Entscheidung gleich gelagerter Fälle; keine "innere Beziehung" zum geplanten Vertrag; vgl. oben § 1 B. II. 3. (S. 112 ff).

<sup>1013</sup> Vgl. die Argumentation von Dölle; ZStW 103 (1943) 68 f. und von Baumert (ohne Seitenangabe zitiert bei Schlee 90 N. 394), der die Schutzpflichten "letztlich nur verschärfte Deliktspflichten, verschärft durch die Anwendung. des § 278" nennt; Baumert ist ein Anhänger der Haftung aus sozialem Kontakt.

<sup>1014</sup> So z.B. von Dölle, *ibid.* (letzte N.) 84.

<sup>1015</sup> Vgl. oben § 1 B. II. 3. (S. 112 ff).

<sup>1016</sup> Vgl. oben § 1 C. II. 3. (S. 155 ff).

*ferenda* eine derartige Haftung eingeführt werden sollte.<sup>1017</sup> Geht man – wie hier – für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches der Vertragsordnung von deren Funktion in der Gesamtrechtsordnung aus, so kommt eine Anwendung vertraglicher Regeln auf Fälle des sog. sozialen Kontaktes von vornherein nicht in Betracht.<sup>1018</sup> Darüber hinaus kann es m. E. nicht als angemessen erachtet werden, wenn auf die Mangelhaftigkeit einer Einzelnorm (§ 278 BGB) mit einem völlig neuen Haftungstatbestand geantwortet wird. Eine derartige Rechtsfortbildung ist nicht problemorientiert. Sie überträgt schematisch die Vertragsregeln auf Sachverhalte, auf welche die Sonderordnung nicht zugeschnitten ist.<sup>1019</sup> Der entscheidende Einwand gegen diese Lehre ist meines Erachtens jedoch, dass der vorgeschlagene neue Haftungstatbestand sich von den Deliktsvorschriften weder dem inneren Haftungsgrund noch dem äußeren Tatbestand nach abhebt. *Dölle* verweist für den *inneren Rechtsgrund* auf das "besondere Vertrauensverhältnis".<sup>1020</sup> Ich vermag nicht zu sehen, worin sich dieses "besondere Vertrauensverhältnis" des sozialen Kontaktes vom allgemein menschlichen Vertrauensverhältnis unterscheiden könnte.<sup>1021</sup> Weder *Dölle* noch ein anderer Vertreter der Lehre von der Haftung aus sozialem Kontakt haben ein überzeugendes Kriterium für dieses *besondere* Vertrauensverhältnis aufzeigen können. Es gibt vielfältige Abstufungen im sozialen Grundverhältnis, verschieden intensive Kontakte und Beziehungen bei unterschiedlichen äußeren Umständen. Ein *besonderes* Vertrauen aus dieser unübersehbaren Vielfalt herauszuschälen, ohne an den *rechtsgeschäftlichen Zweck* anzuknüpfen, scheint mir in der Lebenswirklichkeit nicht durchführbar. Die Möglichkeit der Abgrenzung einmal unterstellt, wäre im Übrigen die Frage zu stellen, inwieweit eine vertragsartige (verschärfte) Haftung bei einem solchen "besonderen Vertrauensverhältnis" überhaupt gerechtfertigt werden könnte.

Der undurchführbaren Spezifizierung des inneren Rechtsgrundes entspricht die *fehlende Abgrenzbarkeit des Tatbestandes* der Haftung aus sozialem Kontakt gegenüber den Deliktsvorschriften. Bisher ist es jedenfalls noch nicht gelungen, die Voraussetzungen der

<sup>1017</sup> Ggf. auch im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Auf das damit aufgeworfene Problem der Lückenfindung und -ausfüllung ist hier nicht näher einzugehen, da die Haftung aus sozialem Kontakt schon aus anderen Gründen abzulehnen ist; vgl. dazu oben im Text. Aus der unübersehbaren Literatur zum Lückenproblem vgl. statt aller *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (1964).

<sup>1018</sup> Die Haftung aus sozialem Kontakt ist von *Hans Dölle* seinerzeit gerade für die Schäden vorgeschlagen worden, die innerlich *nicht* mit dem intendierten Vertrag in Zusammenhang stehen: *ibid.* (N. 1013) 72 ff.

<sup>1019</sup> Vgl. unten § 9 B. II. 2. (S. 269 ff.).

<sup>1020</sup> *Ibid.* (oben N. 1013) 74.

<sup>1021</sup> Vertrauen ist auch ein lebensnotwendiger Bestandteil der *allgemeinen* Sozialbeziehungen. Auf diese Allgemeingültigkeit des Vertrauensprinzips weist mit Recht z.B. *Larenz* hin (MDR 1954, 517). Vgl. insbes. auch Esser, Schuldrecht I, § 38 IV: "Der soziale Kontakt und das daraus folgende schutzwürdige Vertrauen wird nicht erst mit dem rechtsgeschäftlichen Verkehr hergestellt." Ähnlich auch *Frotz*, Gschnitzer-Gedenkschr. 171 f. und *Welser* 71 f. S. ferner *Erdsiek*, JuristenJb 8 (1967/68) 50 f.

Haftung aus sozialem Kontakt in Abhebung von der unerlaubten Handlung tatbestandlich exakt zu umschreiben. Auch *Thiele*, der sich in jüngerer Zeit wohl am eingehendsten mit der Lehre vom sozialen Kontakt befasst und sich zu ihr bekannt hat, räumt ein, dass die eben beschriebene "wichtige Aufgabe" noch ungelöst sei und dabei "erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten" auftreten würden.<sup>1022</sup> Es ist zu bezweifeln, ob diese Aufgabe überhaupt zu lösen ist.

Endlich besteht für eine "dritte Haftung" zwischen Vertrags- und Gemeinordnung auch kein praktisches Bedürfnis. Den Beweis für diese Behauptung dürfte unsere rechtsvergleichende Übersicht und die Untersuchung der deutschen Rechtsprechung erbracht haben.<sup>1023</sup>

## 2. Haftungsfolgen

### a. *Unangemessenheit der Vertragsordnung*

Alle Konstruktionen zur Begründung einer vertragsartigen Haftung bei vor-vertraglichen Personen- und Sachschädigungen (von der culpa in contrahendo i.e.S. bis zum sozialen Kontakt) führen zu einer *globalen* Übertragung der Vertragsordnung. Diese Konstruktionen wurden indessen bei den hier interessierenden Fallgruppen *allein* dazu entwickelt, § 831 durch § 278 BGB zu ersetzen.<sup>1024</sup> Bei der culpa in contrahendo im eigentlichen Sinn (Verhandlungsphase) hat man zu diesem Zweck den Schutzbereich dieses Institutes auf die Erhaltungspflichten erstreckt, d.h. den Tatbestand erweitert.<sup>1025</sup> Die übrigen "Tatbestände" (culpa in contrahendo mit Schutzwirkung für Dritte, geschäftlicher Kontakt, geschäftlicher Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte, Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken, sozialer Kontakt) verdanken sogar ihre *Entstehung* ausschließlich dem erwähnten Ziel der Anwendbarkeit des § 278 BGB. Um eine einzelne Vorschrift anwendbar zu machen, werden auch alle übrigen Interessenwertungen der Gemeinordnung (Deliktsordnung) durch

---

<sup>1022</sup> JZ 1967, 653 N. 36. Auch der Lösungsvorschlag von *Eike Schmidt* scheint mir nicht geglückt. Das von ihm zur Abhebung des sozialen Kontaktes als Sonderbeziehung vom Deliktsbereich vorgeschlagene Kriterium der "beiderseitigen Finalität bei der Herbeiführung des Rechtsgüterkontaktes" (147) ist zu dem genannten Zweck schon deswegen nicht geeignet, weil es die "Sonderbeziehung" und damit den verstärkten Schutz vor der Willkür des "Gestattenden" abhängig macht. Überdies führt die Verweisung auf die Absicht der beteiligten Personen zu einer wenig fruchtbaren Motivforschung oder – was näher liegt – zur Fingierung der "beiderseitigen Finalität". Die "Subjektivierung" des Tatbestandes scheint mir keinen Fortschritt zu bringen. Im Übrigen vermag ich nicht zu sehen, inwiefern das Kriterium der "beiderseitigen Finalität ..." die Berechtigung dafür geben soll, Verkehrssicherungsfälle der Vertragsordnung zu unterwerfen. Welches anerkannte Zurechnungsprinzip soll diese Lösung tragen?

<sup>1023</sup> Vgl. oben § 8 (S. 230 ff.) bzw. § 1 C. II. 2. (S. 151 ff.). S. insbes. auch unten § 10 (S. 275 ff.).

<sup>1024</sup> Die Beweislastfrage hat bei Entstehung keine Rolle gespielt.

<sup>1025</sup> Ursprüngliche Funktion der c.i.c. war der Vermögensschutz gegen fahrlässige Beeinträchtigungen. Erst sekundär gewann in diesem Bereich auch § 278 BGB Bedeutung.

die Sonderordnung und deren Wertungen ersetzt.<sup>1026</sup> In Wirklichkeit handelt es sich ja um deliktische Sorgfaltspflichten im vertraglichen Gewand. Die nicht am einzelnen Sachproblem orientierte undifferenziert-schematische Übertragung eines ganzen Regelsystems mit Hilfe eines dogmatischen "Kunstgriffs" (Uminterpretation der "Sonderbeziehung") führt bei den vor-vertraglichen Erhaltungspflichten zu wenig sachgerechten Ergebnissen. Die Fragwürdigkeit einer Rechtsfortbildung ohne Rücksicht auf die innere Ordnung des Gesetzes und den Zweck (Schutzbereich) der einzelnen Norm zeigt sich somit nicht nur auf der Ebene der Tatbestandsgewinnung, sondern auch auf der Rechtsfolgenseite. Die Vertragsordnung ist auf die Lösung anderer als der hier anstehenden Sachfragen zugeschnitten und passt deshalb nicht für unsere Fälle.<sup>1027</sup> Dies gilt in gewisser Hinsicht sogar für die Übertragung des § 278 BGB.<sup>1028</sup> So scheint es mir kaum gerechtfertigt, dass der *minderjährige Geschäftsherr* ggf.<sup>1029</sup> für schuldhaft vor-vertragliche Personen- und Sachverletzungen seines gesetzlichen Vertreters nach § 278 BGB haften soll, während eine entsprechende Verantwortlichkeit aufgrund § 831 BGB nicht in Betracht kommt. Dem Schutzzanliegen der Rechtsordnung für die schutzbedürftigen gesetzlich vertretenen Personen wird diese Lösung sicherlich nicht gerecht. Auch die von § 278 BGB im Gegensatz zu § 831 BGB miteingeschlossene *Haftung für selbständige Unternehmer* scheint wegen der hier fehlenden Betriebseinheit und der korrespondierenden Weisungsfreiheit der Hilfsperson nicht ohne weiteres angebracht.<sup>1030</sup> Und die einfache Übertragung der *Beweislastregeln* der §§ 282, 285 BGB auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen ist schon deswegen fragwürdig, weil diese Bestimmungen zunächst auf "Leistungsstörungen" gemünzt sind und die Erweiterung ihres Anwendungsgebietes über diese Fälle hinaus auch im *vertraglichen* Bereich heute noch umstritten ist.<sup>1031</sup> Die (fortentwickelte) Gemeinordnung

---

<sup>1026</sup> Dies gilt jedenfalls dort, wo eine Haftung *nur* über § 278 BGB erreicht werden kann. Derartige Sachgestaltungen sind aber in unserem Bereich gerade Anlass für die Ausdehnung der Vertragsordnung gewesen: vgl. RG 7.12.1911 (Linoleumrollenfall; oben N. 475).

<sup>1027</sup> Diese These wird dadurch bestätigt, dass manche Autoren neuerdings in Einzelfragen auf die Gemeinordnung zurückgreifen wollen. Dies gilt insbes. für den Schuldmaßstab (unten N. 1034), die Verjährungsfrist (unten N. 1036) und den Drittschutz (unten N. 1038). Die oben im Text geäußerte Kritik betrifft im Übrigen auch weithin die *vertraglichen* Erhaltungspflichtverletzungen.

<sup>1028</sup> Ganz abgesehen davon, dass diese Vorschrift für den Fall der vertragsplanwidrigen Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch Hilfspersonen, d.h. für die Enttäuschung der Leistungserwartung entworfen ist und auf der normalen Gefahrenverteilung bei Verträgen beruht: vgl. insbes. v. Caemmerer, DJT-Festschr. II, 118 N. 300 („Garantiehaftung“, [Ges. Schriften I, 532]) und Lorenz 74 ff.

<sup>1029</sup> Vgl. dazu unten bei N. 1032.

<sup>1030</sup> M.E. kann in erster Linie die Betriebszugehörigkeit (Eingliederung in eine Organisation), weniger die Weisungsbefugnis eine Haftung für betriebsbezogen-schädigendes Verhalten Dritter außerhalb von Leistungsbeziehungen rechtfertigen. Die Rechtsvergleichung unterstützt diese Ansicht (vgl. Referentenentwurf II., 87 ff., 106).

<sup>1031</sup> Vgl. dazu näher unten § 10 B. (S. 276 ff.).

scheint mir sowohl für die Beweislastverteilung als auch für die Gehilfenhaftung die sachgerechteren Lösungen zu bieten (vgl. unten § 10 B. und C., S. 276 ff. und 280 ff.).

Die übrigen Regeln der Vertragsordnung sind bisher in der deutschen Gerichtspraxis nicht relevant geworden. Eine nähere Prüfung zeigt, dass sie noch weniger als die bisher erörterten Vorschriften auf unsere Verkehrssicherungsfälle passen. So scheint es nicht sachgerecht, die auf rechtsgeschäftliches Handeln zugeschnittenen Regeln der *Geschäftsfähigkeit* auch auf vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen zu übertragen.<sup>1032</sup> Was hat etwa die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Vertragsverhandlungen bzw. Rechtsgeschäften eines beschränkt Geschäftsfähigen mit der Haftung für dabei vorkommende Körperverletzungen und Sachschäden zu tun? Soll etwa die Genehmigung (*ex post*) eine verjährte deliktische Schadensforderung (faktisch) wiederaufleben lassen (§§ 852 bzw. 195 BGB)? Soll umgekehrt eine Ersatzpflicht aus culpa in contrahendo nachträglich untergehen, weil die Genehmigung den milderen Schuldmaßstab des Zielvertrages (z.B. Schenkung, § 521 BGB oder Leihe, § 599 BGB) rückwirkend in Kraft gesetzt hat? Ist es der Sinn einer Einwilligung oder gar Genehmigung ggf. die Beweislastverteilung umzukehren? Die §§ 104 ff. BGB mögen auf die eigentliche, d.h. zielvertragsbezogene culpa in contrahendo passen. In unseren Fällen führen sie zu nicht vertretbar zufälligen Ergebnissen, weil sie auf die Entscheidung ganz anderer Interessenkonflikte gemünzt sind. Eben dies gilt auch für die Anwendung eines dem Zielvertrag entnommenen milderen *Schuldmaßstabs*. Es ist unerfindlich, weshalb der Schenker (§ 521 BGB), der Verleiher (§ 599 BGB) oder gar der von Hause aus unvorsichtige Gesellschafter (§ 708 BGB) den Kontaktpartner vor oder während der Verhandlungen (leicht) fahrlässig an Person oder Eigentum schädigen darf, ohne damit zum Schadensersatz verpflichtet zu werden. Dies gilt in diesem Falle nicht nur für den vertragsartigen, sondern auch für den deliktischen Anspruch,<sup>1033</sup> so dass der Geschädigte ohne jeden Ersatz bleibt. Die leistungsbezogene vertragliche Sonderwertung führt zu unhaltbaren Lösungen, wenn sie auf Erhaltungspflichtverletzungen im Vorfeld des Vertrags angewandt wird.<sup>1034</sup> Es leuchtet auch nicht ein,

---

<sup>1032</sup> So aber die h.M.: vgl. oben N. 443.

<sup>1033</sup> Die Übertragung des zielvertraglichen Schuldmaßstabes auf den vor-vertraglichen Bereich hat ja nur einen Sinn, wenn dadurch der allgemeine (= deliktische) Maßstab der Haftung für *omnis culpa* verdrängt wird; so die wohl noch überwiegende Meinung; vgl. oben N. 447, 448 sowie die Nachweise bei Dietz, Landesreferat 197 N. 49 (für die Übertragung des vertraglichen Schuldmaßstabes auf ein parallel in Betracht kommendes Delikt).

<sup>1034</sup> Neuerdings tritt man daher mehr und mehr für die ausschließliche Geltung des allgemeinen Schuldmaßstabes in unseren Fällen ein: vgl. oben N. 449. Entsprechendes muss im Übrigen auch für den Zeitraum *nach* Vertragsschluss gelten: so insbes. Gerhardt, der im Anschluss an Canaris und Thiele die c.i.c. und die positive Forderungsverletzung in ein „gesetzliches Schutzverhältnis“ integriert und für dieses Verhältnis den allgemeinen Haftungsmaßstab bejaht (JuS 1970, 597 ff.) Der Konstruktion eines



dass ein Anspruch auf Ersatz von Personen- oder Sachschaden allein deswegen 27 Jahre länger als die inhaltlich identische Forderung aus Delikt durchsetzbar sein soll, weil sich der Schaden bei der Anbahnung geschäftlicher Beziehungen ereignete. Sind etwa die Beweismöglichkeiten im Falle des geschäftlichen Kontaktes besser, so dass sich die lange Frist rechtfertigen könnte? Bilden nicht für beide Anspruchsgrundlagen Zeugen das wichtigste und oft einzige Beweismittel? Läuft dies nicht – aufgrund der sich immer mehr durchsetzenden Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen<sup>1035</sup> – auf eine ungerechtfertigte Verschärfung der Haftung desjenigen hinaus, in dessen Risikosphäre sich ein Schaden ereignet hat? Wird nicht auf diese Weise das Desinteresse – je länger desto mehr – prämiert und damit die Verzögerung der gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche geradezu herausgefordert? Ist – auch bei Außerachtlassung der beweisrechtlichen Entwicklung – die Tatsache, dass der Schaden bei geschäftlichem Kontakt eingetreten ist, von solchem Gewicht, dass dem Geschädigten sein Desinteresse 27 Jahre länger nachgesehen werden soll? Die dreijährige Verjährungsfrist der Gemeinordnung scheint mir für alle Fälle der Verletzung von Integritätsinteressen ohne Bezug zum Leistungsgegenstand sachgerechter zu sein.<sup>1036</sup>

Die gesetzliche Vertragsordnung kennt bekanntlich kein Vertragsverhältnis mit *Schutzwirkung für Dritte*. Bei dieser Notkonstruktion der Praxis handelt es sich funktionell um die Ersetzung des § 831 durch § 278 BGB für den vertragsnahen Bereich.<sup>1037</sup> Diese Rechtsfigur lässt sich ebenso wenig nahtlos in die gesetzliche Ordnung des BGB einfügen wie ihre hier interessierenden Varianten der *culpa in contrahendo* bzw. *des geschäftlichen Kontakts mit Schutzwirkung für Dritte*. Dies zeigt sich daran, dass der Schuldner dem geschädigten Dritten gemäß § 334 BGB Einwendungen aus der Sonderbeziehung mit seinem Partner, also z. B. auch *dessen* Mitverschulden entgegenhalten kann.<sup>1037</sup> Die unangemes-

---

"gesetzlichen Schutzverhältnisses" bedarf es hierfür freilich nicht. Schon eine flüchtige Überprüfung der Gesetzesmaterialien ergibt im Übrigen eindeutig, dass z.B. bei der Herabsetzung des Haftungsmaßstabes des Schenkers (§ 521 BGB) ausschließlich an die Leistungspflicht gedacht war: vgl. Motive II, 296 (*Mugdan* II, 164); Protokolle II, 21 (*Mugdan* II, 747).

<sup>1035</sup> Vgl. dazu unten § 10 B. (S. 276 ff.).

<sup>1036</sup> Wendet man ausschließlich Deliktsrecht an, so gilt die dreijährige Verjährungsfrist nach § 852 BGB unmittelbar. Bejaht man eine Haftung aufgrund culpa in contrahendo bzw. positiver Vertragsverletzung (gesetzliches Schutzverhältnis), so ist eine analoge Anwendung dieser Vorschrift geboten. Die Übertragung der unangemessenen 30jährigen Verjährungsfrist auf Beeinträchtigungen des Erhaltungsinteresses ist eine der misslichen Konsequenzen der oben (§ 9 B. II. 2. a., S. 269 ff.) kritisierten pauschalen Übertragung der Vertragsordnung. Wohl im Ergebnis (dreijährige Frist) ebenso *Esser*, Schuldrecht I, § 52 IV 2 mit N. 26 und VII 5. Das griechische ZGB (1940) verweist für die Verjährung des Anspruches aus c.i.c. *generell* auf die (fünfjährige) deliktische Frist (Art. 198 I. II i.V.m. Art. 957).

<sup>1037</sup> Vgl. z.B. BGH 23.6.1965 NJW 1965, 1757 (Mietvertrag mit Schutzwirkung für Dritte; §§ 254, 278 BGB relevant). S. dazu auch unten N. 1130.

senen Folgen erweisen auch hier die Unrichtigkeit des "rechtsgeschäftlichen Ansatzes".<sup>1038</sup>

Zusammenfassend können wir folgendes feststellen: Soweit man sich nicht nur damit begnügt, die Geltung der Vertragsordnung<sup>1039</sup> festzustellen, sondern Lösungen für einzelne Sachfragen sucht, gibt man die Vertragsregel<sup>1040</sup> auf und kehrt zur Gemeinordnung zurück. Bezeichnenderweise gilt dies nicht für § 278 BGB: Damit bestätigt sich einmal mehr, dass die Regelung der Gehilfenhaftung (§ 831 BGB) ein Kernproblem unserer Untersuchung ist. Der "rechtsgeschäftliche Ansatz" scheitert damit auch<sup>1041</sup> an der Unangemessenheit der Rechtsfolgen (Vertragsordnung) für die Lösung der konkreten Sachprobleme.

### *b. Ungenügen der Vertragsordnung*

Die Regeln der Haftung nach Vertragsgrundsätzen sind nicht nur inadäquat, sondern auch ungenügend: Ansprüche Dritter (§§ 844, 845 BGB) sowie die Gewährung von Schmerzensgeld (§ 847 BGB) können lediglich aufgrund Deliktsrechts geltend gemacht werden. Gerade im Hinblick auf die in unseren Fällen häufig in Betracht kommenden Schmerzensgeldansprüche gibt man den Geschädigten mit einer vertragsartigen Lösung eher Steine statt Brot.<sup>1042</sup> Hierin dürfte ein entscheidender Grund für die oben (§ 1 C. II. 2., S. 151 ff.) festgestellte zunehmende Rückkehr der Rechtsprechung zur Deliktsordnung liegen. So ist es nicht selten, dass vertragsartige Ansprüche in der Judikatur verhältnismäßig kurz erörtert und bejaht oder offengelassen werden, während der Schwerpunkt der Erörterungen im Hinblick auf die Zubilligung von Schmerzensgeld deutlich im Deliktsbereich liegt.<sup>1043</sup> Be-

---

<sup>1038</sup> So *im Ergebnis* (für den Vertrag) auch *Esser*, der § 334 BGB nicht anwenden und so die oben erwähnten Konsequenzen vermeiden will. Diese Auffassung begründet er damit, dass das Schutzverhältnis seine Entstehung lediglich *faktisch* der Leistungsbeziehung zwischen den Vertragschließenden verdanke (Schuldrecht I, § 54 I 2). Dass für dieses "faktische Schutzverhältnis" keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz bestehen, wurde oben (§ 9 B. II.1. b., S. 267 ff.) bereits festgestellt.

<sup>1039</sup> Die im Text nicht erwähnten vertraglichen Sonderregeln (vgl. oben § 1 B. III. 2., S. 20 ff. sowie statt aller *Dietz*, *ibid.* (N. 435) gehören nicht in unser Untersuchungsfeld (fahrlässige Vermögensschädigung) oder sind für den Geschädigten weniger bedeutsam (z.B. Forum, Internationales Privatrecht) und können daher hier außer Betracht bleiben.

<sup>1040</sup> Eine unbestrittene Vertragsregel für die Beweislastverteilung bei Integritätsverletzungen gibt es im deutschen Recht nicht. Zur Beweislastregelung vgl. näher unten § 10 B. (S. 276 ff.).

<sup>1041</sup> Zur Fragwürdigkeit der Haftungsbegründung s. oben § 9 B. II. 1. (S. 259 ff.).

<sup>1042</sup> Dabei ist bei den Personenverletzungen praktisch bedeutsam, dass es für den Verletzten immer häufiger lediglich um das Schmerzensgeld geht, da die übrigen Kosten zunächst einmal von der eigenen Krankenversicherung gedeckt werden. Der Regressprozess des Krankenversicherungsträgers gegen den Verletzer bzw. dessen Haftpflichtversicherer berührt den Verletzten *de facto* nicht. In diesem Zusammenhang dürften die in letzter Zeit von den Gerichten merklich angehobenen Schmerzensgeldbeträge einen gewissen Einfluss auf die Prozessfreudigkeit der Verletzten ausüben.

<sup>1043</sup> Vgl. z.B. die oben N. 523 und N. 513 (Vertragsrecht) angeführten Urteile. Es kommt auch vor, dass sich der BGH in *derselben* Sache *zweimal ausschließlic*h mit dem Anspruch auf Schmerzensgeld befassen muss: BGH 22.10.1955 VersR 1955, 746 und 16.12.1958 VersR 1959, 375.

merkwürdigerweise versucht auch ein Teil der Lehre – entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers<sup>1044</sup> – manche Regeln der §§ 842 ff. BGB als "allgemeine Grundsätze des Schadensersatzrechts" oder *per analogiam* auf die Verletzung von Sonderbeziehungen anwendbar zu machen.<sup>1045</sup> Auch hierin kann ein Beweis für die Unrichtigkeit des rechtsgeschäftlichen Lösungsansatzes gesehen werden. Die Bestandsschutzfunktion obliegt in der Regel allein der Gemeinordnung.

---

<sup>1044</sup> Vgl. die Stellung der Vorschriften im äußeren System sowie die Verweisungen in §§ 618 III BGB sowie 62 III und 76 I HGB (entsprechende Anwendung der §§ 842 ff. BGB).

<sup>1045</sup> Vgl. *Georgiades* 89 mit Nachweisen in N. 49; *Larenz*, Schuldrecht II, § 69 I (§ 843 analog bei Vertragsverletzung und c.i.c.).

## § 10 Die Deliktsordnung als angemessener Normenkomplex

### A. Allgemeines

Es dürfte aus der vorangehenden Untersuchung deutlich geworden sein, dass es von unserem Standpunkt aus nicht gebilligt werden kann, die vor-vertraglichen Personen- und Sachschädigungen nach der vertraglichen Sonderordnung zu beurteilen. Der Bestandschutz ist eine Funktion der Gemeinordnung,<sup>1046</sup> sofern nicht individuelle oder vertragstypische Leistungsbeziehungen zur Bestandswahrung begründet worden sind, d.h. Schutz *versprochen* ist.<sup>1047</sup> Die Verzerrung der gesetzlichen Ordnung, die in der Ausdehnung des Vertragsrechts auf die vor-vertraglichen Verkehrssicherungsfälle liegt, wäre jedoch hinzunehmen, wenn nur so befriedigende Ergebnisse im Regelfall erreicht werden könnten. Dies trifft jedoch nicht zu: Zunächst sind die Vertragsregeln zur Problemlösung in unserem Bereich größtenteils ungeeignet und überdies ungenügend (o. § 9 B. II. 2., S. 269 ff.). Wo sie bessere Lösungen zu bieten scheinen – Gehilfenhaftung und evtl. Beweislastverteilung –, beweist die Untersuchung der deutschen Rechtsprechung, dass praktisch brauchbare Ergebnisse jedenfalls *heute* auch in diesen Fragen mit den Deliktsregeln zu erzielen sind. Nach Inkrafttreten des BGB hatte die Praxis geglaubt, evident ungerechte Entscheidungen nur mit Hilfe des Vertragsrechts vermeiden zu können und so ist das ungenügende Recht der unerlaubten Handlung zur Ursache für die Zweckentfremdung unserer Vertragsregeln geworden<sup>1048</sup>, wie sie u.a. in der Ausdehnung der Vertragssphäre auf den Vorbereich des Schuldvertrages zum Ausdruck kommt. Inzwischen hat sich die Rechtsprechung jedoch mit zunehmendem Erfolg bemüht, die im BGB entworfene Deliktsordnung den gewandelten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen anzupassen. Dieser Entwicklung entsprechend scheinen die deutschen Gerichte die in unserem Bereich überkommene Rechtsfortbildung mit Hilfe der Notkonstruktionen vertraglicher oder vertragsartiger Lösungen mehr und mehr zugunsten der unmittelbaren Fortbildung des Deliktsrechts aufzugeben. Es kann jedoch nicht übersehen werden, dass die insgesamt befriedigenden Ergebnisse der heutigen Praxis mit einer zunehmenden Unübersichtlichkeit der deliktischen Haftungsgrundlagen erkauft werden.<sup>1049</sup> Schnelle und sichere Abhilfe kann hier nur eine gesetzliche Neu-

---

<sup>1046</sup> Zur Definition der "Gemeinordnung" s. oben N. 977.

<sup>1047</sup> Dafür spricht insbesondere auch das Ergebnis unserer rechtsvergleichenden Übersicht: oben § 8 S. 230 ff. Vgl. auch *Dölle* und *Zweigert-Kötz*, oben N. 906 bzw. N. 905.

<sup>1048</sup> Vgl. hierzu auch *Hans Stoll* (von Hippel-Festschr. 527) und – allgemein – schon *Rabel*, RheinZ 1 (1909) 213 (Ges. Aufsätze I 128).

<sup>1049</sup> Vgl. unten § 10 C. I. (S. 280 ff.; Gehilfenhaftung).

ordnung des Deliktsrechts schaffen. In unserem Bereich wäre etwa von der beabsichtigten Reform des § 831 BGB eine erhebliche Klärung zu erwarten. Derartige Korrekturen sind im Interesse der Übersichtlichkeit der Haftungsordnung, Rechtsklarheit und Gleichbehandlung unerlässlich. Im Ergebnis dürfte sich jedoch durch eine Novellierung des § 831 BGB nichts an den Fallentscheidungen ändern. Die Deliktsordnung ermöglicht schon heute angemessene Konfliktlösungen. Der Anwendung vertragsartiger Haftungsgrundsätze bedarf es dazu nicht. Diese bereits durch die Analyse der Rechtsprechung und Versicherungspraxis (oben § 1 C. II. 2., u. 5., S. 151 ff. u. 160 ff. bzw. § 1 D., S. 162 ff.) belegte These wird im Folgenden für die Gehilfenhaftung und Beweislastverteilung untermauert werden. Wir dürfen uns auf diese Fragen beschränken, da es der Sache nach bei der hier relevanten Ausdehnung der Vertragsordnung allein um diese beiden Problemkreise geht.<sup>1050</sup>

Die unmittelbar anschließenden Bemerkungen zur Beweislastverteilung (unten B.) beziehen sich sowohl auf den Rechtszustand *de lege lata* als auch auf den Fall einer Neuregelung des § 831 BGB im Sinne einer strikten Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Verrichtungsgehilfen. Bei der Frage der Gehilfenhaftung ist nach der geltenden Rechtslage einerseits (unten C. I., S. 280 ff.) und der geplanten Gesetzesreform andererseits (unten C. II., S. 291 ff.) zu differenzieren.

## **B. Beweislastverteilung**

Wer einen Anspruch geltend macht, hat nach allgemeinen Beweisgrundsätzen dessen Voraussetzungen zu behaupten und im Bestreitensfall zu beweisen. Nur aus besonderen Gründen entlastet das Gesetz ausnahmsweise den Gläubiger vom Beweis für bestimmte klagebegründende Tatsachen. Einer dieser Ausnahmefälle ist in unserem Zusammenhang nach dem Ende des zweiten Weltkrieges von Bedeutung geworden: Die §§ 282, 285 BGB erklären den Beweis, dass die Unmöglichkeit bzw. der Verzug der Leistung *nicht* zu vertreten ist, zur *Befreiungsvoraussetzung* für den Schuldner<sup>1051</sup> Damit wird der Gläubiger des

---

<sup>1050</sup> Die übrigen Besonderheiten der Vertragsordnung motivieren die Ausdehnung der Vertragssphäre in unserem Sachverhaltsbereich nicht. Man versucht im Gegenteil neuerdings, eine Reihe von Vertragsregeln von der Anwendung im vor-vertraglichen Bereich auszunehmen (vgl. oben § 9 B. II. 2. a., S. 269 ff.). Die 30jährige Verjährungsfrist spielt in unserem Zusammenhang praktisch keine Rolle. Insbesondere habe ich keine Entscheidung gefunden, in der ein Anspruch aus c.i.c. angenommen worden wäre, um die dreijährige deliktische Verjährungsfrist (§ 852 BGB) zu umgehen. Man darf wohl daraus schließen, dass § 852 BGB im Allgemeinen sachgerecht ist. Die Problematik der kurzen sechsmonatigen Verjährung bei Gebrauchsüberlassungsverträgen stellt sich unabhängig von der Frage, ob man einen Schadensersatzanspruch aus c.i.c. oder Delikt annimmt. Im ersten Fall würde die 30jährige (h.M.), im zweiten Fall die dreijährige Verjährungsfrist verkürzt. Der Zweck der sechsmonatigen Frist muss in beiden Fällen durchschlagen: vgl. dazu auch die BGH-Rspr. oben § 1 C. II. 4. c. (S. 159).

<sup>1051</sup> Für die übrigen Tatbestandsmerkmale gelten die allgemeinen Beweisgrundsätze.

Beweises dafür enthoben, dass der Schuldner die Leistungsstörung (Unmöglichkeit, Verzug) zu vertreten hat. *Raape* hat in dieser Regelung den Ausdruck eines *allgemeinen* Beweisgrundsatzes für *Schuldverhältnisse* gesehen: "Der Gläubiger hat die objektive Pflichtwidrigkeit, der Schuldner den Mangel der subjektiven darzutun."<sup>1052</sup> Dieser Satz wurde von einem großen Teil des Schrifttums gebilligt<sup>1053</sup> und insbesondere auch auf die Verletzung vor-vertraglicher Erhaltungspflichten übertragen.<sup>1054</sup> Die neuere höchstrichterliche deutsche Judikatur ist ähnliche Wege gegangen, hat sich jedoch nie zur *allgemeinen* Geltung dieses Grundsatzes bekannt.<sup>1055</sup> Die auf Analogie zu den §§ 282, 285 BGB gestützte unterschiedslose Verallgemeinerung der Verschuldensvermutung für Forderungsverletzungen und die Übertragung dieser Grundsätze auf den vor-vertraglichen Bereich sind jedoch abzulehnen. Die Verallgemeinerung der §§ 282, 285 BGB vernachlässigt die spezifische Interessenwertung, auf der diese Sonderregeln beruhen. Sie allgemeine Übertragung führt deshalb zur Anwendung dieser Beweislastgrundsätze auch auf Sachverhalte, die vom Normzweck nicht mehr gedeckt sind und verhindert sachdienliche Differenzierungen. Die §§ 282, 285 BGB sind auf das *Leistungsverhältnis* bezogen und in erster Linie als Folgerung aus dem schuldnerischen *Leistungsversprechen* zu verstehen. Die genannten Vorschriften stellen eine auf das Leistungsversprechen zugeschnittene *Risiko-Sonderregelung* dar. Es hat einen guten Sinn, dem nicht bzw. nicht rechtzeitig leistenden Schuldner den Beweis dafür aufzubürden, dass er den Bruch seines Versprechens nicht verschuldet (nicht zu vertreten) hat. Wer ein Versprechen nicht hält, hat sich zu "entschuldigen". Gelingt ihm dies nicht, so muss er Schadensersatz wegen Nichterfüllung seines Leistungsversprechens, d.h. wegen Versprechensbruchs leisten.<sup>1056</sup> Der Schuldner trägt

---

<sup>1052</sup> AcP 147 (1941) 217 ff. (218).

<sup>1053</sup> So will z.B. *Rosenberg-Schwab* die §§ 282, 285 BGB *generell* auf die positive Forderungsverletzung entsprechend anwenden (§ 118 III 1); vgl. ferner die Nachweise bei *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 517 N. 2.

<sup>1054</sup> Vgl. oben N. 438.

<sup>1055</sup> S. o. § 1 C. II. 4. b., S. 157 ff., aber auch § 1 C. I. 3, S. 140 (jeweils für den vor-vertraglichen Bereich). Für den vertraglichen Bereich gilt jedoch Ähnliches: vgl. etwa *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 518 ff.

<sup>1056</sup> Rechtstechnisch kann man das dahin ausdrücken, dass der Schuldner eine rechtsvernichtende Einwendung vorbringt, wenn er sich auf unverschuldete Unmöglichkeit usw. beruft. Die Erwägungen für Nicht- und Spätleistung können m.E. wenigstens prinzipiell auch auf die einwandfreie Leistung ausgedehnt werden, so dass der Schuldner sich im Falle der Schlechtleistung (im engen Sinn) zu exkulpieren, bei Beweislosigkeit also das Risiko zu tragen hätte – sofern der Gläubiger die Leistung nicht als Erfüllung angenommen hatte (§ 363 BGB). Grundsätzlich bezieht sich das Versprechen des Schuldners auf die Erbringung der zugesagten Leistung. Nach dem Sinn dieses Versprechens hat er aber eine vertragstaugliche Qualität des Leistungserfolgs zu garantieren (vgl. auch *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 536 f.). Auf die sehr strittige Frage, ob qualitativ einwandfreie Leistung geschuldet ist, kann hier nicht näher eingegangen werden. Bei der Diskussion scheint mir jedenfalls bisweilen die Regelung des *Species-Kaufes* zu sehr im Vordergrund zu stehen. Tatsächlich bildet dieser Kauftyp heute mehr und mehr einen Ausnahmefall. Zum Gesamtproblem vgl. *Flume*, *Eigenschaftsirrtum* 33 ff. (mit Nachweisen).

für die Erbringung seiner Leistung eine grundsätzliche "Erfolgsverantwortung".<sup>1057</sup> Glaubt er, von dieser Erfolgsgarantie frei zu sein, so obliegt ihm der Beweis für die Befreiungsumstände. Der Grund für die Beweislastumkehr in den §§ 282, 285 BGB liegt deshalb letztlich im Leistungsversprechen des Schuldners,<sup>1058</sup> das zu einer *generellen* Übernahme des Risikos der Beweislosigkeit führt, ohne Rücksicht darauf, ob sich im Einzelfall eine derartige Beweislastregelung auch aus dem Gedanken der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen<sup>1059</sup> ergeben würde. Das zugrundeliegende Beweislastprinzip trägt dementsprechend nur, soweit ein Leistungsversprechen vorliegt, Außerhalb des Leistungsverhältnisses besteht keine "Zusage" des Schuldners, aus der sich eine besondere (beweisrechtliche) Risikoverteilung ergeben könnte. Die Annahme eines *allgemeinen* Versprechens, den Partner bei Gelegenheit von Vertrags- oder Verhandlungsbeziehungen nicht zu schädigen, findet im Gesetz keine Stütze. In diesen Fällen geht es nicht um Versprechensbruch, sondern um den Verstoß gegen das allgemeine Prinzip des *neminem laedere*. Hier handelt es sich nicht um Erfüllung der Vertragserwartung, um Befriedigung eines positiven Verkehrsbedürfnisses aufgrund eines Leistungsversprechens, sondern um Schutz von Integritätsinteressen. Insoweit müssen auch die – ggf. fortentwickelten – funktionell entsprechenden Beweislastregeln der Gemeinordnung gelten, die auf *anderen* Prinzipien beruhen (Schadensnähe, Beweismöglichkeit, -notstand, Herrschaftssphäre usw.). Aus diesen Erwägungen folgt, dass eine analoge Anwendung der §§ 282, 285 BGB auf die Verletzung vorvertraglicher Erhaltungspflichten nicht gerechtfertigt ist. Wenn sich die Kontrahenten eines *Schuldvertrags* normalerweise keine Integritätswahrung versprechen, so gilt dies umso mehr für Partner eines *Verhandlungsverhältnisses*. Richtig ist daher auf diesem Gebiet die Anwendung der Beweisgrundsätze der Gemeinordnung.<sup>1060</sup> Deren Regeln sind durch die

---

<sup>1057</sup> Esser, Schuldrecht I, § 52 VII 4.

<sup>1058</sup> So wohl auch Esser, Schuldrecht I, § 52 VII 4 und Hans Stoll, von Hippel-Festschr. 527/528, 534/535, 556 f.; vgl. weiter Simitis, VerhDJT 47 (1968) I, S. C 95.

<sup>1059</sup> Prölss führt die Beweislastumkehr in den §§ 282, 285 BGB *ausschließlich* auf den Gefahrenkreisgedanken zurück und zieht daraus die Konsequenz, dass die entsprechenden Regeln nur gelten, soweit sich die streitigen Umstände im Bereich des Schuldners abgespielt haben (77, 79 f.). Ähnlich wohl Fikentscher 47 II und Brox Nr. 294. Das ist m.E. eine Reduktion der Vorschrift *contra verbum ac rationem legis*: Die Beweislastumkehr beruht auf dem Leistungsversprechen, auf der vertraglichen (schuldrechtlichen) Sonderwertung. Danach wird das Risiko der Beweislosigkeit dem Versprechenden aufgebürdet. Handelt es sich um Fälle, in denen der Schuldner dadurch unzumutbar belastet würde, so kann man den Entlastungsbeweis als geführt ansehen. Die Gesetzesmaterialien sind in unserer Frage unergiebig (Protokolle der ersten Kommission S. 1069 f., 1175 f.; Motive II 47 ff.; Protokolle I, 317). Gegen die z.B. von Soergel-Siebert/R. Schmidt; (§ 275 Vorbem. 41) vertretene Erklärung der §§ 282, 285 BGG aus dem Vertrauensgedanken mit zutreffenden Gründen Prölss 76 f.

<sup>1060</sup> So auch die oben N. 440 Genannten.

Anerkennung des Anscheinsbeweises (prima-facie-Beweis),<sup>1061</sup> durch die Lehre von der Beweislastverteilung nach Gefahren-, Organisations- oder Herrschaftsbereichen sowie durch die Modifizierung der Beweisgrundsätze bei schuldhafter Beweisvereitelung und objektivem Verstoß gegen Schutzvorschriften<sup>1062</sup> entscheidend fortgebildet worden. Diese fortentwickelten Beweisregeln gestatten auch bei vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden eine Verteilung der Beweislast, die den konkreten Umständen angemessen ist. Die Elastizität dieser Grundsätze wird der Vielfältigkeit der möglichen Sachgestaltungen gerechter als eine starre durchgängige Beweislastumkehr.<sup>1063</sup> Die Untersuchung der deutschen Rechtsprechung hat jedenfalls gezeigt, dass die Anwendung der gemeinen Beweisnormen in dem hier interessierenden Sachverhaltsbereich zu befriedigenden Ergebnissen führt. Die mit dem Verzicht auf starre Regeln in Kauf genommene Gefahr der Rechtsunsicherheit ist durch Ausbildung typischer Fallgruppen zu meistern. Dabei ist es erwägenswert, neben den oben erwähnten Grundsätzen<sup>1064</sup> spezielle Beweislastregeln in einschlägigen Tatbeständen fremder Rechtsordnungen zu berücksichtigen. Insbesondere

---

<sup>1061</sup> Vgl. dazu vor allem *Prölss* 5 ff. Inwieweit der Anscheinsbeweis (wenigstens im Ergebnis) eine Beweislastumkehr bedeutet, braucht hier nicht näher erörtert zu werden. Vgl. dazu etwa einerseits *Prölss* (71 f.) und andererseits *Diederichsen* (Karlsruher Forum 1966, 22 ff. mit Nachweisen).

<sup>1062</sup> Vgl. dazu insbes. *Prölss* 63 ff.

<sup>1063</sup> Wie sie übrigens in § 1 II des v. *Kübelchen* Teilentwurfes Nr. 15 zum BGB für die dort vorgesehene *deliktische Generalklausel* statuiert war. § 1 lautete: "Hat jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadensersatz verpflichtet. Dass ihm eine Verschuldung nicht zur Last falle, liegt demjenigen zu beweisen ob, welcher den Schaden verursacht hat." (vgl. Protokolle der ersten Kommission S. 962/963). In der Begründung heißt es: "Der Beklagte muss den Beweis des Mangels einer Verschuldung, welche er zu vertreten hätte, führen. Geht man davon aus, dass jeder die allgemeine Pflicht allen anderen gegenüber hat, in die Rechtssphäre derselben nicht verletzend einzugreifen, und derjenigen Sorgfalt sich zu befleißigen, welche man von einem vorsichtigen Mann bei seinen Handlungen auch außerhalb bestehender besonderer obligatorischer Verpflichtung seinen Mitmenschen gegenüber erwarten darf, so liegt es ohnedies nahe genug, wenn durch die Handlung Jemandens ein anderer beschädigt worden ist und nicht schon aus den Umständen die Schuldlosigkeit des Beschädigenden erhellt, diesem den Beweis aufzuerlegen, dass er seine Pflicht erfüllt habe, und zwar umso mehr, als der Beschädigte nur selten in der Lage sein wird, einen besonderen Beweis der Pflichtverletzung oder Verschuldung des Beschädigers zu erbringen. In der Tat ist der Verletzte, wenn ihm der Beweis der Verschuldung des Beschädigers zugemutet wird, in sehr häufigen Fällen rechtlos, weil er diesen Beweis nicht führen kann." (Begründung zu § 1 II Teilentwurf Nr. 15 [von v. *Kübel*] S. 20; 2. Buch, Abschnitt I, Titel 2, III. Unerlaubte Handlungen). Im geplanten Zivilgesetzbuch der DDR wird wohl bei der Schadenshaftung außerhalb von Verträgen eine Beweislastumkehr hinsichtlich des (objektiv verstandenen) Verschuldens (Verschuldensvermutung) eingeführt: *Mandel*, NJ 1970, 393/394.

<sup>1064</sup> Insbes. das Prinzip der Verteilung der Beweislast nach Gefahrenbereichen, dafür z.B. *Prölss* 65 ff.; *Larenz*, Schuldrecht I (seit der 10. Aufl. 1970) § 24 I b; *Lorenz*, AcP 170 (1970) 378 ff., 391, in gleichem Sinn schon ganz deutlich *Löning* 60 und *Michaelis* 81 ff.; vgl. ferner *Simitis*, VerhDJT 47 (1968) I S. C 92 ff. (die Besonderheiten des jeweiligen Falles betonend) und *Hans Stoll* (von Hippel-Festschr. 557), der die Beweislastverteilung, nach Gefahrenkreisen jedoch zu Recht nicht auf die Leistungsbeziehungen ausdehnen will. Aus der neuesten Rspr. s. insbes. BGH 26.11. 1968 BGHZ 51, 91 (104 ff.; Hühnerpest-Fall). Ausdrücklich dagegen *Rosenberg-Schwab* (§ 118 III 3), der mit den Grundsätzen des Anscheinsbeweises und der Beweislastumkehr bei Beweisnotstand auskommen will. Richtig ist, dass das Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen von generalklauselartiger Unbestimmtheit ist und daher lediglich die Richtung angibt, in der eine Lösung gesucht werden muss.



ist hier an die "Werkhaftungstatbestände"<sup>1065</sup> zu denken. Im deutschen Recht können die §§ 831-834 BGB und vor allem 836 ff. BGB als gesetzliche Fixierung der Lehre von der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen interpretiert und zur Grundlage einer entsprechenden Fortbildung des Beweisrechts *per analogiam* gemacht werden.<sup>1066</sup> Die zurückverweisende Entscheidung des BGH im Bananenschalenfall v. 26.9.1961<sup>1067</sup> darf angesichts der Fortentwicklung des Beweisrechts in Schrifttum und Rechtsprechung, insbesondere im Hinblick auf die Ausdehnung der Grundsätze der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen auf das Deliktsrecht durch den BGH im Hühnerpestfall<sup>1068</sup> als überholt angesehen werden.

### *Zusammenfassung:*

Die in den §§ 282, 285 BGB vorgesehene generelle Beweislastumkehr setzt die objektive Nichterfüllung eines vertraglichen Versprechens voraus. Bei der Verletzung von Personen oder Eigentum im vor-vertraglichen Raum handelt es sich dagegen nicht um Versprechensbruch. Maßgebend sind daher die Beweislastregeln der Gemeinordnung. Bei ihrer Anwendung sind insbesondere die Grundsätze des Anscheinsbeweises und der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen zu berücksichtigen. Spezielle gesetzlich geregelte Beweislastverteilungen für bestimmte Sachverhalte können bei der notwendigen Fallgruppenbildung wertvolle Anhaltspunkte bilden. In Anbetracht der skizzierten Entwicklung ist es weder aus theoretischen noch praktischen Gründen erforderlich, die Vertragsordnung auf vor-vertragliche Person- oder Sachschadensfälle auszudehnen, um eine befriedigende Beweislastregelung zu erreichen.

## **C. Haftung für Leute**

### **I. Haftung für Leute *de lege lata***

Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit der unzureichenden Regel des § 831 BGB<sup>1069</sup> nicht abgefunden, sondern schon *de lege lata* auf verschiedenen Wegen mit Erfolg versucht, diese Norm fortzubilden oder zu umgehen. In der Rechtswirklichkeit, d.h. im Blick auf die tatsächlich getroffenen Fallentscheidungen ist § 831 BGB heute kein Ärgernis

---

<sup>1065</sup> Art. 58 OR; Art. 1384 fr. c.c.; Art. 2051 it. c.c.

<sup>1066</sup> So jedenfalls im Ergebnis *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 557 und *Simitis*, VerhDJT 47 (1968) I S. C 94 ff. Ihnen folgend BGH 26.11.1968 BGHZ 51, 91 (106 f.).

<sup>1067</sup> Vgl. oben N. 520.

<sup>1068</sup> BGH 26.11.1968 *ibid.* (N. 1064); vgl. auch *Lorenz*, AcP 170 (1970) 379.

<sup>1069</sup> Grundsätzlich für § 831 BGB in letzter Zeit wohl nur *Emil Böhmer*: s. z.B. MDR 1964, 968.

mehr. Immanente Korrektur und Einengung des Anwendungsbereichs lassen die ursprüngliche Unzulänglichkeit des § 831 BGB heute in der Praxis kaum noch spürbar werden. Die dazu entwickelten Konstruktionen<sup>1070</sup> werden hier nur insoweit in Betracht gezogen, als sie in unserem Bereich von Bedeutung sind oder werden können.

1. Ersetzung des 831 BGB durch § 278 BGB<sup>1071</sup>

Die vorliegende Untersuchung hat zwar gezeigt, dass die Erstreckung vertragsartiger Grundsätze auf den Vorbereich des Schuldvertrages entscheidend von dem Wunsch bestimmt war, die unbefriedigende Regel des § 831 BGB durch § 278 BGB zu ersetzen. Entgegen der daraus folgenden Erwartung hat aber in der späteren Judikatur die Überlagerung und damit (faktische) Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 831 BGB durch § 278 BGB bei vor-vertraglichen Erhaltungspflichtverletzungen kaum eine Rolle gespielt. In der gegenwärtigen Gerichtspraxis ist § 278 BGB nahezu bedeutungslos (s. oben § 1 C. II. 4. a.).

2. Schadensabwendungsspflicht aus § 831 BGB<sup>1072</sup>

Es ist heute allgemein anerkannt, dass § 831 BGB über den Gesetzeswortlaut hinaus Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn hinsichtlich der Auswahl, Überwachung, Instruktion und Ausrüstung seiner Verrichtungsgehilfen statuiert. Darüber hinaus trifft den Geschäftsherrn die Pflicht zur sorgfältigen allgemeinen Aufsichtsorganisation und – von den genannten Pflichten nicht zu trennen – zur zweckmäßigen Betriebsorganisation. Gebündelt werden diese Pflichten im Ergebnis zu einer allgemeinen *Gefahrenabwendungs- bzw. Scha-*

---

<sup>1070</sup> Die Rspr. folgt damit einem "Naturgesetz der Rechtsfortbildung" (*Ernst Fuchs*, *Recht und Wirtschaft* 1919, 175). Hinsichtlich der Konstruktionen der Judikatur vgl. die eingehenden Übersichten im Referentenentwurf II 98 ff. sowie bei *Soergel-Siebert-Zeuner* § 831 Bem. 3-9; *Staudinger/Schäfer* § 831 Bern. 24 (mit Nachweisen); *Helm*, AcP 166 (1966) 390 ff. und *Heiss*, insbes. 120 ff. Diese Versuche gehen – wenigstens im Ansatz – auf eine Zeit zurück, in der die Rspr. den Entlastungsbeweis des § 831 I 2 BGB häufig als geführt ansah. Der Anwendungsbereich des § 831 BGB als allgemeine Norm der Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen ist im Übrigen auch durch eine Reihe von speziellen gesetzlichen Vorschriften eingeschränkt: vgl. §§ 485, 486 HGB; § 33 II Halbsatz 2 BundesjagdG; § 13 III. 14 III UWG; § 2 Reichs-HaftpflichtG; § 7 II 2 StVG; § 33 I LuftverkehrsG; § 26 AtomG.

<sup>1071</sup> Zur Ersetzung des "Verrichtungsgehilfen" durch ein "Organ" vgl. unten § 10 C. I. 4. (S. 283 ff.).

<sup>1072</sup> Die von der Rspr. aus § 823 BGB abgeleitete Schadensverhütungspflicht des Geschäftsherrn bei schädigendem Verhalten von Hilfspersonen (einschl. Verrichtungsgehilfen!), die zu einer Überlagerung der entsprechenden in § 831 BGB normierten Pflicht führt, interessiert hier nur am Rande. Ihr Pflichtenkreis deckt sich heute mit jenem aus § 831. Ursprünglich hatte die Rspr. die allgemeine Aufsichtspflicht deshalb aus § 823 BGB entnommen, weil sie sich an einer Ableitung aus § 831 BGB mit Rücksicht auf dessen engen Wortlaut gehindert sah. Vgl. auch unten § 10 C. II. 1. b. bb. (S. 297 ff.).

*densverhütungspflicht*.<sup>1073</sup> Der gegenwärtig in der Bundesrepublik Deutschland "geltende" Rechtszustand wird somit durch Art. 55 des schweizerischen OR zutreffender wiedergegeben als durch den Text des BGB.<sup>1074</sup> Gemäß Art. 55 OR ist der Geschäftsherr verpflichtet, Schadensersatz für schädigende Verrichtungen seiner Gehilfen zu leisten, "wenn er nicht nachweist, dass er *alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt* [Hervorhebung durch Verf.] angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhüten". Nach heutigem Verständnis enthält auch § 831 BGB eine solche *allgemeine Schadensverhütungspflicht des Geschäftsherrn*, deren schuldhaftige Verletzung (widerleglich) vermutet wird, wenn der Verrichtungsgehilfe in Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtungen einem Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung begeht. § 831 BGB ist somit heute etwa wie folgt zu lesen: "Ein Geschäftsherr haftet für den Schaden, welchen seine Angestellten oder Arbeiter in Ausführung der ihnen zugewiesenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen, es sei denn, dass er *die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, um einen solchen Schaden zu verhüten*."<sup>1075</sup>

### 3. Verschärfung der Anforderungen an den Entlastungsbeweis (§ 831 I 2 BGB)

Parallel mit der Erweiterung des enumerativen Pflichtenkataloges in § 831 BGB zur Pflichten-Generalklausel mehrten sich auch die Urteile, die schärfere Anforderungen an die Erbringung des Exkulpationsbeweises stellten.<sup>1076</sup> Da sich dieser erschwerte Entlastungs-

---

<sup>1073</sup> Diese Entwicklung wird anscheinend bis heute in Deutschland weithin übersehen. Vgl. jedoch auch schon *Th. Meyer*, Recht 1924, 314 und *Max Rümelin*, der im Jahre 1910 feststellte, dass sich nicht in bestimmte Regeln fassen lasse, was der Dienstherr zu tun habe, um einer Verletzung Dritter durch die in seinem Betrieb beschäftigten Personen vorzubeugen (37). S. jetzt auch *Eike Schmidt*, AcP 170 (1970) 520 mit N. 67. Auf eine nähere Darlegung der im Text aufgestellten These muss an dieser Stelle verzichtet werden. Zur Verifizierung genügt es, die einschlägigen Erläuterungen der Standardkommentare zu § 831 zu konsultieren.

<sup>1074</sup> Diese These wird durch die Aufgliederung der Sorgfaltspflicht des Art. 55 OR in der schweizerischen Praxis bestätigt: Danach muss sich der Sorgfaltsnachweis – wie im deutschen Recht – auf *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*, ferner auf die Organisation der Arbeit und die Tauglichkeit des zur Verfügung gestellten Materials erstrecken: *Becker* in Berner Kommentar Art. 55 Bem. 10-13; *Alfred Keller* 121; *Oftinger* II 1, 153 ff.; *Oser-Schönenberger* in Zürcher Kommentar Art. 55 Bem. 27-29. Aus der Rspr. vgl. z.B. BGr 16.3.1964 BGE 90 II 86 (90: Gegenstand des Entlastungsbeweises ist Sorgfalt in der Auswahl, Anleitung, Überwachung und in der zweckmäßigen Betriebsorganisation).

<sup>1075</sup> So wörtlich der Antrag 5a in den Beratungen der zweiten Kommission zur Erarbeitung des BGB: *Mugdan* II, 1091 (Hervorhebung im Text vom Verf.); vgl. auch die Wiedergabe der entsprechenden Minderheitsmeinung, *ibid.* Die zweite Kommission war bemerkenswerterweise der Auffassung, dass sich der dem schweizerischen OR entsprechende Antrag 5a "bei richtigem Verständnisse nur unwesentlich" von dem mehr oder weniger wörtlich Gesetz gewordenen Antrag 1 unterscheidet (*Mugdan* II, 1092, 1095).

<sup>1076</sup> Vgl. z.B. RG 9.2.1928 RGZ 120, 154 (161: "strenger Maßstab"); RG 26.8.1935 JW 1935, 3536; BGH 22.10.1955 VersR 1955, 746 (747) und das zweite Revisionsurteil in dieser Sache BGH 16.12.1958 VersR 1959, 375. Im Schrifttum gehen die Ansichten darüber auseinander, ob in der Rspr. strenge oder weniger strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis gestellt werden: vgl. z.B. einerseits *Soergel-Siebert/Zeuner* § 831 Bem. 6 (streng) und andererseits *Esser*, Schuldrecht II, § 110 I 1 c (weniger streng). Beide Auffassungen treffen zu. In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB glückte der Entlastungsbeweis häufig, später wurden immer höhere Anforderungen an das Gelingen der Exkulpation

beweis nicht mehr lediglich auf die *Auswahl* des Gehilfen richtete, sondern sich mit Rücksicht auf die Ausweitung der Pflichten in § 831 BGB auf *alle* nach der Verkehrsanschauung zur Schadensabwendung *gebotenen Maßnahmen* erstreckte (vgl. oben 2), war im Übrigen auch dem sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis der Boden entzogen. Es verdient in diesem Zusammenhang nochmals hervorgehoben zu werden, dass seit dem At-trappen-Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1914 in unserem Untersuchungsbereich keine klageabweisende Entscheidung mehr auf einen geglückten dezentralisierten Entlastungsbeweis gestützt worden ist.<sup>1077</sup> Das genannte Urteil war –soweit ersichtlich – gleichzeitig überhaupt die letzte hier einschlägige Entscheidung, die eine Klage mit Rücksicht auf einen geführten Exkulpationsbeweis gemäß § 831 I 2. BGB abgewiesen hat. Klageabweisungen aus späterer Zeit beruhen in der Regel auf dem Fehlen einer Sorgfaltspflichtverletzung; die Anspruchsgrundlage (Delikt, Vertrag, culpa in contrahendo, geschäftlicher Kontakt) ist dabei belanglos.<sup>1078</sup>

#### 4. § 823 I BGB als vorherrschende Anspruchsgrundlage

Die Erweiterung der Einzelpflichten des Geschäftsherrn zur umfassenden Schadensabwendungspflicht einerseits (vgl. oben 2.) und die Verschärfung der korrespondierenden Anforderungen an den Entlastungsbeweis andererseits (vgl. oben 3.) haben aus § 831 BGB eine durchaus brauchbare – wenn auch nicht voll befriedigende<sup>1079</sup> – Bestimmung werden lassen. Dennoch wenden die Gerichte diese Vorschrift seither kaum häufiger an. Tatsächlich vorherrschende Anspruchsnorm ist § 823 I BGB – und zwar sowohl gegenüber § 831 BGB als auch § 278 BGB. Die Gründe für diese Haltung der Rechtsprechung sind vielfältig; z.T. sind sie rechtlicher, z.T. tatsächlicher Natur. Zunächst bietet § 823 I BGB gegenüber § 831 BGB Vorteile, die mancher Richter schätzen mag: Die oft zweifel-

---

on gestellt. Neben diesen unterschiedlichen Anforderungen der Rspr. in verschiedenen Perioden mag auch der Umstand zu den Divergenzen im Schrifttum beigetragen haben, dass manche Autoren nur das Gelingen oder Misslingen des Entlastungsbeweises nach § 831 I 2 BGB (ohne Rücksicht auf den Erfolg oder Misserfolg der Klage) im Blick hatten, während andere die effektive Entscheidung über den Klaganspruch mit berücksichtigten. Manchmal wird nämlich der Entlastungsbeweis nach § 831 I 2 BGB als geführt angesehen, jedoch gleichwohl – aus anderen Gründen (z.B. Organisationsverschulden) – der Klage stattgegeben. Dies trifft insbes. für den sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis zu. Im Übrigen scheint eine ins Einzelne gehende rechtstatsächliche Untersuchung zu fehlen. Zum dezentralisierten Entlastungsbeweis vgl. auch die nächste N.

<sup>1077</sup> Vgl. oben N. 493. Eine summarische Prüfung der Anwendung des dezentralisierten Entlastungsbeweises in der Gerichtspraxis deutet im Übrigen darauf hin, dass die Derogation dieser rechtspolitisch und m.E. auch dogmatisch fragwürdigen Rechtsfigur nicht nur für unseren Bereich, sondern allgemein gilt. Vgl., dazu auch *Helm*, AcP 166 (1966) 395 ff.

<sup>1078</sup> Vgl. z.B. OLG Stuttgart 2.5.1969\* (oben N. 524).

<sup>1079</sup> Vgl. dazu unten § 10 C. II. 1. (S. 292 ff.).

hafte Abgrenzung zwischen Verrichtungsgehilfen und unabhängigen Unternehmern<sup>1080</sup> bereitet auf der Grundlage des § 823 I BGB ebenso wenig Schwierigkeiten wie die kaum minder problematische Unterscheidung zwischen der Schadensverursachung "in Ausführung" oder "bei Gelegenheit" der Verrichtung. Auch die in Verkehrssicherungsfällen oft erzwungen wirkende Konstruktion einer Schadensabwendungspflicht des *Gehilfen* erübrigt sich bei Anwendung des § 823 I BGB ohne weiteres.<sup>1081</sup> Im Übrigen hat die Rechtsprechung den angelsächsisch-romanischen Grundsatz der strikten Haftung des Geschäftsherrn für schädigendes Verhalten von Verrichtungsgehilfen *de facto* in große Teilbereiche des deutschen Rechts eingeführt. Dies geschah dadurch, dass man die Tatbestandsmerkmale des "verfassungsmäßig berufenen" bzw. "besonderen" Vertreters (§§ 31, 30 BGB) weit über den Gesetzeswortlaut hinaus<sup>1082</sup> extensiv interpretiert<sup>1083</sup> und die so ausgedehnte Norm auf alle Körperschaften übertragen hat.<sup>1084</sup> In diesem weit gespannten

<sup>1080</sup> Vgl. etwa einerseits BGH 24.6.1953 LM § 823 (E) BGB Nr. 6 und andererseits BGH 15.2.1957 LM § 823 (Hb) BGB Nr. 5.

<sup>1081</sup> Vgl. dazu auch unten N. 1111.

<sup>1082</sup> Vgl. § 30 Satz 1 und 2 BGB.

<sup>1083</sup> Vgl. die Nachweise bei *Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx* § 30 Bem. 10, 11; aus der Rspr. vgl. etwa RG. 5.7.1928 RGZ 121, 382 (Stationsvorsteher als Organ; Verkehrssicherungspflicht). Es ist lediglich eine andere Formulierung, wenn jemand unabhängig von einem formellen Bestellsakt deswegen "besonderer Vertreter" (§ 30 BGB) *ist* bzw. als solcher *behandelt wird*, weil er als „besonderer Vertreter“ hätte bestellt werden *müssen*. In der Rspr. wird dieser Fall bisweilen unter den sog. Organisationsmangel subsumiert; vgl. die Nachweise bei *Schultze-v.Lasaulx*, *ibid.* § 31 Bem. 19. Bei der Haftung der öffentlichen Hand auf privatrechtlichem Gebiet lag eine weite Ausdehnung des Anwendungsgebietes des § 31 BGB und damit der strikten Haftung für Gehilfendelikte schon deshalb nahe, weil die öffentlich-rechtliche Körperschaft in lebensmäßig völlig gleichgelagerten, aber *öffentlich-rechtlich* gestalteten Verhältnissen gemäß § 839 BGB (i.V.m. Art. 34 GG bzw. Art. 151 Weimarer Reichsverfassung) ohne Exkulpationsmöglichkeit haftet. So unterliegen beispielsweise Verkehrsunfälle von Bundesbahn- und Bundespostbussen verschiedenen Regeln. Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass *Otto von Gierke* sich 1905 dafür ausgesprochen hat, alle (staatsrechtlichen) Beamten als "Organe" aufzufassen. Danach hätte die Bahn z.B. auch für Bahnwärter und Schaffner nach §§ 89, 31 BGB zu haften gehaftet (VerhDJT 28 [1906] I 111 f. N. 37). Eine Ausweitung des Organbegriffes ist bemerkenswerterweise auch in *Österreich* festzustellen: vgl. vor allem *Bydlinski*, ZAS 1966, 169-171 mit umfassenden Nachweisen von Schrifttum und Rspr. Die *schweizerische* Rspr. ist demgegenüber neuerdings eher restriktiv: vgl. insbes. BGr 2.5.1961 BGE 87 II 184 (188: *participer "effectivement et d'une manière décisive à la formation de la volonté sociale"*; Werkmeister ist kein Organ). Zur Entwicklung der Rspr. vgl. *Max Gutzwiller* (in *Schweizerisches Privatrecht* II, 489 ff.), der eher zu einer Ausweitung des Organbegriffs tendiert. Die Gehilfenhaftung scheint jedoch dabei keine Rolle zu spielen. In Frankreich dehnt man die "*faute de service*" zu Lasten der "*faute personnelle*" des Beamten wohl deswegen aus, weil nur im zweiten Fall ein Regressanspruch des Staates gegen den Beamten besteht (vgl. *Carbonnier* IV, 362/363).

<sup>1084</sup> Vgl. statt aller *Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx*, § 30 Bem. 2 und § 31 Bem. 8 - 11. Hinsichtlich der noch strittigen Anwendung auf den nicht rechtsfähigen Verein vgl. die Nachweise *ibid.*, § 54 Bem. 40. Soweit es sich um "Repräsentanten" einer juristischen Person, d.h. um Personen handelt, die *wesentliche Leitungs-* und nicht nur *Ausführungsfunktionen* wahrnehmen, ist eine analoge Anwendung des § 31 BGB sachgerechter als die extensive Interpretation (im Ergebnis ebenso *Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx* § 31 Bem. 25; *Staudinger-Coing* § 31 Bem. 15 e). Dieser Lösungsvorschlag dürfte jedenfalls einer Überdehnung des "Organbegriffs" in § 31 BGB schon deshalb vorzuziehen sein, weil er klar zum Ausdruck bringt, dass es sich hier gegenüber dem ursprünglichen Gesetzeswortlaut um eine Rechtsfortbildung handelt. Man sollte jedoch noch weitergehen und die analoge Anwendung des § 31 BGB auch auf natürliche Personen (Einzelfirmen) erstrecken, soweit die tatsächlichen Verhältnisse derart sind, dass der Betriebsinhaber infolge des Umfangs und der Art der zu erledigenden Geschäfte nicht

Rahmen schließt § 31 BGB die Anwendung des § 831 BGB aus.<sup>1085</sup> Die erwähnte Rechtsfortbildung der Praxis spielt in unserem Zusammenhang namentlich dort eine Rolle, wo der Fiskus aufgrund der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten in Anspruch genommen wird.<sup>1086</sup> In diesen Fällen pflegt die Judikatur die schadensnäheren Verrichtungsgehilfen zu übergehen und auf die Aufsichts- und Organisationspflichten der als Organe qualifizierten Zwischen-Aufsichtspersonen abzustellen.<sup>1087</sup> Die Beweisschwierigkeiten des Verletzten bei §§ 31, 823 BGB scheint man offensichtlich geringer zu veranschlagen als die Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherrn in § 831 BGB. Dieses Paradoxon ist nur aus der Tatsache zu erklären, dass immer noch der längst überholte, auf die *Einstellungsauswahl* beschränkte und entsprechend leicht zu führende Exkulpationsbeweis der frühen exegetischen Periode vor Augen steht.

In die Reihe der Instrumente zur Ausweitung der strikten Gehilfenhaftung gehört seiner Funktion nach auch das sog. körperschaftliche Organisationsverschulden (Organisationsmangel). Alleiniger Zweck dieser Schöpfung der Praxis ist es, die in § 831 I 2 BGB eröffnete Entlastungsmöglichkeit auszuschließen. Man will so verhindern, dass sich eine juristische Person der Haftung für betriebsveranlasste Schädigungen dadurch entzieht, dass sie Personen einsetzt, für die sie sich entlasten kann.<sup>1088</sup> De facto wird damit der Geltungsbereich des § 831 BGB weiter eingeeengt.

---

mehr selbst imstande ist, Aufgaben wahrzunehmen, die für die Tätigkeit des Unternehmens wesentlich sind (im Ergebnis ähnlich *Nitschke*, NJW 1969, 1759 ff.; *Weitnauer*, VersR 1970, 594). Die Interessenlage ist hier dieselbe wie bei juristischen Personen. Der eben skizzierte, § 31 BGB zugrundeliegende rechtspolitische Gedanke (vgl. RG 9.3.1938 RGZ 157, 228 (235) trifft auch hier zu. Die zufällige Rechtsform eines Unternehmens (z.B. Einmann-AG/Einzelfirma; man denke an die kürzliche Umwandlung des Warenhausunternehmens *Horten*) darf in dieser Frage keine Rechtsfolgen zuungunsten des Geschädigten haben. Tatsächlich erscheint es billig, dass eine Vermögensmasse (Rechtsträger), die die Vorteile einer Tätigkeit genießt, auch den Schaden tragen soll, der durch diese Tätigkeit angerichtet wird (vgl. *von Tuhr* I 464; *ubi emolumentum, ibi onus*). Dieser Gedanke trägt im Übrigen nicht nur für Organe, sondern für jede Hilfsperson. Indessen dürfte der hier erörterten Frage bei einer vernünftigen Auslegung des § 831 BGB schon *de lege lata* keine große praktische Bedeutung mehr zukommen. Nach einer legislativen Annäherung des § 831 BGB an § 278 bzw. § 31 BGB würde sie völlig gegenstandslos werden.

<sup>1085</sup> Vgl. *Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaux* § 31 Bem. 5.

<sup>1086</sup> Vgl. die einschlägigen Urteile oben N. 543 und 549.

<sup>1087</sup> Auf diese Weise wird im Übrigen in diesen Fällen auch der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis stillschweigend ausgeschlossen. Zum dezentralisierten Entlastungsbeweis vgl. auch oben bei N. 1077.

<sup>1088</sup> Vgl. z.B. OLG Köln 26.10.1953\* (oben N. 549). Die im Text behauptete Motivation ergibt sich klar aus der Judikatur und den Praktikercommentaren: vgl. z.B. RG 27.11.1916 RGZ 89, 136 (138); RG 9.3.1938 RGZ 157, 228 (235); BGH 10.5.1957 BGHZ 24, 200 (213); *Erman/Drees* § 831 Bem. 2. a, cc; *Palandt/Danckelmann* § 31 Bem.1; *Palandt/Thomas* § 831 Bem. 1; *Staudinger/Schäfer* § 831 Bem. 60. Da es für uns nur um den Nachweis der Gewichtsverlagerung von § 831 nach § 823 I BGB geht, ist hier auf die sehr unklare Konstruktion des körperschaftlichen Organisationsmangels nicht näher einzugehen. M.E. ist diese Rechtsfigur jedenfalls insoweit nicht haltbar, als in der Nichtbestellung eines Organs bereits ein zum Schadensersatz verpflichtender Tatbestand gesehen wird. Dies ist mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren. Zur Kritik vgl. insbes. *Landwehr*, AcP 164 (1964) 482 ff.; *Neumann-Duesberg* NJW 1966, 715 ff. und *Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx* § 31 Bem. 17 ff. Im Übrigen ist fraglich, ob

Zu der eben festgestellten "Inflation der Organe" auf den mittleren und unteren Organisationsstufen tritt die "Zentralisierung" der Pflichtenzuständigkeit auf der Ebene der „echten“ Organe: Die Gerichte bürden den (echten) Organen konkrete Aufsichtspflichten für einzelne Verrichtungen auf,<sup>1089</sup> die sie kaum erfüllen können. Die Pflichtenwahrnehmung wird gewissermaßen soweit nach oben verlagert, bis ein (echtes) Organ zuständig ist.<sup>1090</sup> Auch alle Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Nichterfüllung der Pflicht werden so vermieden: Es ist oft von vornherein klar, dass derjenige, dem die Pflicht *von Gerichts wegen ex post auferlegt* wird, diese vorher gar nicht kannte und schon deswegen nicht erfüllen konnte. Entsprechendes gilt für die Pflicht zur Besetzung einer Position mit einem Organ (Organisationsmangel). Praktisch läuft dies nicht selten auf eine Haftung der Körperschaft ohne Verschulden hinaus.

Neben diesen rechtlichen Gründen sind vor allem die typischen *tatsächlichen Fallgestaltungen* für die Vorherrschaft des § 823 I BGB als Anspruchsgrundlage verantwortlich: Der Regel-Sachverhalt ist der *Unfall* des potentiellen Geschäftspartners. Der Schaden ist gewöhnlich auf die Verwirklichung von Gefahren zurückzuführen, die aus fehlerhafter Konstruktion oder mangelhafter Unterhaltung (Sicherung) von Gebäuden, Gebäudeteilen oder sonstigen mit dem Boden verbundenen Werken entstehen: Es handelt sich vor allem um Schwellen, Treppen, Rolltreppen und Aufzüge,<sup>1091</sup> glatte, nasse, unebene oder vereiste Verkehrsflächen<sup>1092</sup>, Fußbodenöffnungen und Gruben<sup>1093</sup> sowie sonstige bauliche Konstruktionsmängel<sup>1094</sup>. Dies sind die Fälle, die im schweizerischen Recht der Werkhaftung

---

der Konstruktion des Organisationsverschuldens überhaupt noch eine selbständige Bedeutung zukommt, seit die Rspr. dem § 831 BGB eine umfassende Schadensabwendungspflicht entnimmt. Zu dieser Rechtsfigur vgl. noch unten N. 1139.

<sup>1089</sup> Vgl. RG 14.1.1907 (oben N. 473). sowie die unten (N. 1145) berichtete RG-Entscheidung; ferner OLG Colmar 5.12.1911 OLGE 24, 314.

<sup>1090</sup> Im Ergebnis läuft dies auf das Verbot der Delegation von Pflichten hinaus. Eine gewisse funktionale Verwandtschaft mit den "*non-delegable duties*" des englischen Rechts besteht: Im dt. Recht geht es jedoch (in unserem Zusammenhang) um die Nichtübertragbarkeit von Pflichten an *Nicht-Organen* (Verrichtungsgehilfen), eine Frage, die sich im englischen Recht wegen der strikten Haftung für Leute nicht stellt. Dort handelt es sich um die Zulässigkeit einer Pflichtendelegation an "*independent contractors*" (vgl. etwa *Clerk & Lindsell* Nr. 240 ff.) – ein Problem, das in Deutschland vor allem im Bereich der Verkehrssicherungspflichten (insbes. Streupflicht) diskutiert wird.

<sup>1091</sup> - *Schwellen*: z.B. LG Traunstein 11.3.1957 (oben N. 512); - *Treppen*: z.B. RG 15.4.1909 (oben N. 473); BGH 21.1.1958\* (oben N. 531); OLG Bamberg 13.7.1966 (oben N. 524). - *Rolltreppen*: z.B. OLG Oldenburg 26.5.1964\* (oben N. 523); LG Nürnberg-Fürth 27.2.1956\* (oben N. 531); - *Aufzüge*: z.B. OLG Celle 2.5.1957\* (oben N. 553).

<sup>1092</sup> Z.B. RG 18.4.1912 (oben N. 491; unzeitiges Bohren); RG 21.3.1931 (oben N. 505; Linoleumbelag); RG 27.6.1931 (oben N. 505; Bodenunebenheit); BGH 18.4.1967\* (oben N. 531; vereiste Aussichtsterasse); KG 20.9.1932 (oben N. 503; verschüttete Milch).

<sup>1093</sup> Z.B. RG 20.5.1914 (oben N. 467; Baugrube); BGH 26.5.1964\* (oben N. 531; Treppenöffnung); BGH 3.6.1969\* (oben N. 532; Kellerluke); OLG Hamburg 17.4.1929 (oben N. 505; Backgrube).

<sup>1094</sup> Z.B. RG 18.4.1929 (oben N. 499; Holzschuppengaleriefall); OLG Hamburg 22.11.1907 (oben N. 467; gefährlich konstruiertes Karussell); OLG Kiel 14.3.1941 (oben N. 505; Laderampe).

des Art. 58 OR unterliegen.<sup>1095</sup> Darüber hinaus haben die deutschen Gerichte in unserem Bereich aber auch Schadensfälle zu beurteilen gehabt, bei denen sich die inhärente Gefahr *beweglicher* Sachen verwirklicht hatte: Schäden infolge gefährlicher Apparate und Anlagen,<sup>1096</sup> herabfallender Gegenstände<sup>1097</sup> oder rutschender Fußmatten<sup>1098</sup>. In den romanischen Rechten würden auch die letzten Beispiele noch unter den Werkhaftungstatbestand (*responsabilité du fait des choses*; z.B. Art. 1384 I fr.c.c.) subsumiert werden können. Im deutschen Recht ist man mit Rücksicht auf die sehr enge Fassung des § 836 BGB (ähnlich § 1319 öst. ABGB) gezwungen gewesen, in weitem Umfang auf den allgemeinen Deliktstatbestand zurückzugreifen und diesen um die Verkehrssicherungspflichten zu ergänzen.<sup>1099</sup> Diese Entwicklung hat im Ergebnis dazu geführt, dass § 836 BGB zu einem gesetzlich fixierten *Anwendungsfall* der allgemeinen Verkehrspflichten mutiert ist. Die Verkehrspflichten beziehen sich im Übrigen nicht nur auf die einwandfreie Beschaffenheit der Verkehrsflächen, sondern auch auf die *Verkehrsorganisation*.<sup>1100</sup>

In vielen der angeführten Fallgruppen – etwa bei baulichen Konstruktions- oder Abnutzungsmängeln – kommt ein schadenskausales Fehlverhalten eines Gehilfen und damit die Anwendung des § 831 BGB von vornherein nicht in Betracht. In anderen Fallgruppen kann dagegen ein Gehilfe am Schadenseintritt beteiligt sein. Dabei handelt es sich zumeist um *fahrlässige Unterlassungen*.<sup>1101</sup> Sie beziehen sich regelmäßig auf die Erfüllung von Sicherungspflichten, die einem *anderen* schon unabhängig von der Verwendung einer Hilfsperson aufgrund einer Verkehrseröffnung usw. obliegen. Dieser Zurechnungsgrund der Haftung wird im direkten Rekurs auf § 823 I BGB deutlich. Wir finden diese Norm demgemäß als ausschließliche Anspruchsgrundlage auch in zahlreichen Entscheidungen, in denen die Beteiligung von Hilfspersonen aus dem Urteils-Tatbestand zu ersehen ist<sup>1102</sup> oder

---

<sup>1095</sup> "Werk" setzt nach schweizerischem Recht "Stabilität" voraus. Vgl. oben N. 710.

<sup>1096</sup> Z.B. BGH 13.12.1960\* (oben N. 531; Spirituskocherfall); OLG Köln 18.11.1969\* (oben N. 512; elektrischer Strom).

<sup>1097</sup> Vgl. unten N. 1106.

<sup>1098</sup> Z.B. OLG Stuttgart 28.6.1956\* (oben N. 531).

<sup>1099</sup> Zur Ergänzung unseres Deliktsrechts durch die Verkehrssicherungs- bzw. Verkehrspflichten vgl. insbes. v. *Caemmerer*. DJT-Festschr. II 71 ff. (Ges. Schriften I 478 ff.). Die außerordentliche Bedeutung der Verkehrssicherungspflichten – und der sondergesetzlichen Regelungen der Gefährdungshaftung – im deutschen Recht ist in weitem Maße aus der engen Fassung des deutschen Werkhaftungstatbestandes zu erklären. In den romanischen Rechtsordnungen, aber auch im schweizerischen Recht, spielen diese Pflichten eine erheblich geringere Rolle.

<sup>1100</sup> Z.B. BGH 10.7.1962 (oben N. 534); KG 7.10.1932 (oben N. 543).

<sup>1101</sup> Vorsätzliche Taten (Tun, Unterlassen) kommen in der Gerichtspraxis nicht vor. Auch Schädigungen durch fahrlässige Gehilfenhandlungen haben verhältnismäßig selten zu gerichtlichen Entscheidungen geführt; vgl. dazu unten bei N. 1106.

<sup>1102</sup> Vgl. die Nachweise oben N. 559.



doch vom Sachverhalt her nahe liegt.<sup>1103</sup> § 831 BGB ziehen die Gerichte demgegenüber in typischen Verkehrssicherungsfällen nur selten heran.<sup>1104</sup> In der Tat erscheint hier § 831 I BGB wenig zweckdienlich.<sup>1105</sup> Dagegen dient diese Vorschrift regelmäßig als Beurteilungsmaßstab für persönliches schädigendes Fehlverhalten (Tun) eines Gehilfen. Typischer Sachverhalt: Infolge unvorsichtigen Verhaltens von Hilfspersonen fallen irgendwelche Gegenstände auf Kunden bzw. Besucher herab und richten Schaden an.<sup>1106</sup>

##### 5. Zum Verhältnis von § 823 I zu § 831 BGB

Wie wir eben (oben 4.) gesehen haben, neigt die Praxis dazu, bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auf § 823 I BGB, bei persönlichem Fehlverhalten von Gehilfen auf § 831 BGB zurückzugreifen. Dies geschieht jedoch nicht ohne Schwanken und anscheinend eher unbewusst als bewusst. In der Sache dürfte die Judikatur damit das Richtige treffen. Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der beiden Vorschriften sollte sich an den jeweiligen Schutzbereichen ausrichten. Die Normzwecke der §§ 823 I und 831 BGB stimmen im Hinblick auf Schutzobjekte und geschützten Personenkreis überein. Verschieden sind sie dagegen hinsichtlich der Gefahren, die jede einzelne Norm hintanhalten soll: § 831 BGB normiert den Schutz gegen Schädigungen durch menschliche Bosheit oder Nachlässigkeit – Personalfahrer –;<sup>1107</sup> § 823 I BGB schützt gegen sonstige Gefahren.<sup>1108</sup> Wird etwa ein gefahrenträchtiger Verkehr eröffnet, so entsteht schon dadurch eine Gefahr, nicht erst durch ein fehlerhaftes Verhalten eines Verrichtungsgehilfen bei der Gefahrenabwendung (z.B. ungleichmäßiges Streuen). Der Gehilfe handelt hier *zur Erfüllung*

---

<sup>1103</sup> Vgl. die Nachweise oben N. 558.

<sup>1104</sup> Vgl. etwa RG 4.2.1907 (oben N. 481; Luftschacht-Gitter. spärlicher Sachverhalt); BGH 25.10.1966\* (oben N. 513, *neben* Haftung aus § 823); vgl. auch BGH 26.9.1961\* (Bananenschalenfall; oben N. 520).

<sup>1105</sup> Vgl. näher unten § 10 C. I. 5. (S. 288 ff.).

<sup>1106</sup> Vgl. RG 7.12.1911 (Linoleumrollenfall; oben N. 475; einziger RG-Fall "in contrahendo"); RG 26.9.1912 (Ständerfall, oben N. 491); RG 20.4.1914 (Attrappenfall, oben N. 494); OLG Hamburg 2.7.1913 (oben N. 491); OLG Kiel 14.3.1941 (oben N. 505). Vgl. auch OLG Hamburg 22.11.1907 und OLG Köln 10.5.1907 (beide oben N. 467). Tun und Unterlassen gehen freilich vielfach ineinander über: vgl. hierzu insbes. v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II 75 (Ges. Schriften I 482 f.). In unseren Fällen handelt es sich *dort* um klare Unterlassungen, wo die Gefährdung (i.w.S.) auf den Geschäftsherrn zurückgeht und dem Gehilfen *danach* die Erfüllung von Schadensverhütungspflichten übertragen wird. Anders ist es, wenn die Hilfsperson selbständig eine Gefahr setzt.

<sup>1107</sup> In dieser Hinsicht ist bemerkenswert, dass die deutsche Rspr. die Aufsichtspflicht in § 831 BGB ursprünglich gerade an solchen Fällen entwickelt hat, in denen es nicht um Sachfahren sondern um menschliches Versagen ging: vgl. RG 14.12.1911 RGZ 78, 107.

<sup>1108</sup> Soweit nicht besondere Regeln wie z.B. §§ 832, 833, 836 BGB einschlägig sind. Bei § 836 BGB wird vor dem Hintergrund der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht deutlich, dass es sich dabei um eine besondere Schadensabwendungspflicht – gegen Einsturz- und Ablösungsgefahr – handelt.

einer *fremden* konkreten *Verkehrssicherungspflicht*.<sup>1109</sup> Diese Pflicht besteht schon vor und *unabhängig* vom Einsatz einer Hilfsperson. Sie beruht letztlich auf der Verantwortung für die Gefahrlosigkeit des eigenen (Sach-)Herrschaftsbereichs.<sup>1110</sup> Gegen solche Gefahren will § 831 BGB nicht schützen.<sup>1111</sup> Anders ist es, wenn eine Schädigung allein auf per-

---

<sup>1109</sup> *Bopp* will in diesen Fällen aus Billigkeitsgründen § 278 BGB analog anwenden (53 f.); ähnlich *Ruth*, AcP 126 (1926) 356; vgl. auch *Heck* 83; *Keßler* 54, 119 und *Lorenz*, JZ 1960, 114; weitergehend *Weimar*, (oben N. 608) sowie die ebenda dokumentierte Entwicklung in Österreich. Dieses Problem kann hier nicht näher erörtert werden. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass § 278 BGB auf die inhaltlich gleichen vertraglichen Sicherungs(neben)plichten ohne weiteres angewandt wird.

<sup>1110</sup> Die "Verantwortlichkeit für die Verhältnisse des eigenen Herrschafts- und Zuständigkeitsbereichs" stellt vor allem *Zeuner* heraus (in *Soergel-Siebert* § 823 Bem. 124); ähnlich *Baur* (Karlsruher Forum 1962, 16): "Haftung für den eigenen Lebensbereich". Vgl. auch schon *Otto v. Gierke*, der "Herrschaft" und "Haftung" als komplementäre Erscheinungen sieht (Genossenschaftstheorie 803). S. ferner *Oertmann*, der eine Haftung auch ohne Verschulden bejahen will, wenn der "Urgrund" des Schadens im Geschäfts-Betriebs- oder Einwirkungsbereich einer Person zu finden ist (Recht 1922, 5 insbes. 6/7 zur strikten Haftung für Verrichtungsgehilfen). Bezüglich der Schädigungen durch *Dinge* vgl. auch schon Hegel § 116. Das zu prästierende Maß an Sorgfalt hängt von den (Gefahren) Umständen ab und ist auch nicht jedermann gegenüber gleich ("Relativität" der allgemeinen Sorgfaltspflichten). So besteht beispielsweise dem *trespasser* (Eindringling) gegenüber keine Verkehrssicherungspflicht. Vgl. dazu etwa *Hans Stoll*, von Hippel-Festschr. 528; *Westen*, von Hippel-Festschr. 610 f., insbes. N. 35 mit Rechtssprechungs-nachweisen.

<sup>1111</sup> Setzt der Sachherr zur Schadensverhütung Leute ein, so konkretisiert sich seine allgemeine Schadensabwendungs-pflicht in Sorgfaltspflichten hinsichtlich Auswahl, Instruktion, Überwachung usw. bezüglich der von ihm eingesetzten Leute. Verwirklicht sich das Sachschadensrisiko, weil ein Gehilfe die ihm aufgetragenen Schutzmaßnahmen überhaupt nicht oder unsorgfältig durchgeführt hat, so haftet der "Geschäftsherr" aus § 823 I BGB, sofern er nicht alles zur Schadensabwendung Gebotene getan hat. Die Anwendung des § 831 BGB erscheint hier wenig zweckmäßig. Er verlangt rechtswidriges, nach der neueren Rspr. also sorgfaltswidriges schadenskausales Verhalten des Gehilfen. Geht es um das Unterlassen einer Schutzmaßnahme durch einen Gehilfen, so setzt dies eine entsprechende Schadensverhütungspflicht des Gehilfen gegenüber Dritten voraus. Es ist schwer einzusehen, weshalb diese Pflicht für den Verrichtungsgehilfen aus den internen Vertragsbeziehungen erwachsen soll (so aber die h.M.: vgl. statt aller *Peter Ulmer*, JZ 1969, 163 ff. Nachweise aus der Rspr. bei *Soergel-Siebert/Zeuner* § 823 Bem. 136). Keiner der Tatbestände, die Garantenpflichten begründen, liegt hier *im Verhältnis zu den geschädigten Personen* vor: Gesetz, Vertrag, vorangegangenes Tun, Sachherrschaft, Lebensgemeinschaft und berufliche Stellung versagen hier. Die Rspr. hat auch bis heute keinen ernsthaften Versuch unternommen, die Außenwirkung der vertraglichen Übernahme der Verkehrssicherungspflichten theoretisch (Zurechnungsprinzip?) und dogmatisch zu begründen. Auch die Bemühungen der Wissenschaft können vor allem im Hinblick auf ihren fraglichen Nutzen nicht überzeugen: Hat man nämlich mühsam eine Schadensabwendungs-pflicht sowie die darauf bezogene Sorgfaltswidrigkeit und damit eine rechtswidrige Schädigung festgestellt, so ist auf einem fragwürdigen Umweg genau der Punkt erreicht, wo die Prüfung bei unmittelbarer Heranziehung des § 823 I BGB hätte beginnen können: bei der Verletzung der Schadensverhütungspflicht des Sach- bzw. Geschäftsherrn, die sich bei § 831 und § 823 I BGB (hinsichtlich des Verrichtungsgehilfen) inhaltlich völlig deckt. Zwar wird auf dem eben beschriebenen Weg der h.M. die Vermutung für ein schadenskausales Verschulden des Geschäftsherrn begründet, so dass sich dieser durch den Nachweis entlasten muss, dass er alles zur Schadensabwendung Gebotene getan hat. Nicht anders ist es jedoch im Regelfall auf der Grundlage des § 823 I BGB, wenn man von der Beweislastverteilung nach Gefahrenkreisen ausgeht. Auch auf der Grundlage des Anscheinsbeweises dürften die tatsächlichen Falllösungen kaum anders ausfallen. Der praktische Nutzwert einer nach außen wirkenden Schadensabwendungs-pflicht des Verrichtungsgehilfen muss danach zumindest für die Fälle in Zweifel gezogen werden, in denen eine entsprechende Pflicht des Geschäftsherrn besteht. Diese Erwägungen gelten entsprechend, wenn man an der Lehre vom Erfolgsunrecht festhält. Auch der breit angelegte Versuch *Peter Ulmers*, die deliktische Haftung des Übernehmers von Handlungspflichten mit dem *Vertrauensprinzip* zu rechtfertigen (JZ 1969, 170 ff.), überzeugt für unseren Sachverhaltsbereich nicht: Vertrauen als Haftungsgrund vermag allenfalls einen Anspruch des Vertrauenden gegen den *Urheber seines Vertrauens* zu begründen. In unserem Fall vertraut der Verkehr dem Verkehrseröffnenden, dem Sachherrn, dem Berufsausübenden usw. Das Vertrauen richtet sich jedoch

sönliches Versagen des Gehilfen bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Pflicht zurückzuführen ist. Verursacht der Betriebsfahrer etwa durch zu schnelles Fahren einen Unfall, so ist dieser Sachverhalt ebenso nach § 831 BGB zu beurteilen wie das unachtsame, einen Kunden verletzende Beiseitesetzen einer Linoleumrolle.<sup>1112</sup>

Der hier zur Diskussion gestellte Abgrenzungsvorschlag der §§ 831 und 823 I BGB soll und wird im Ergebnis nichts Grundlegendes ändern. Er dürfte jedoch zur Bereinigung unserer unübersichtlichen Deliktsordnung und damit letztlich zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit<sup>1113</sup> beitragen können. Die einzelnen Normen erhalten das Anwendungsgebiet zugewiesen, das ihnen aufgrund ihres Schutzbereiches zukommt. Damit soll ein Beitrag zur Einordnung des Richterrechts in unser Legalsystem geleistet werden. § 823 I BGB kommt danach bei Beteiligung von Hilfspersonen an der Schädigung Dritter überall dort zur Anwendung, wo der Schutzbereich des § 831 BGB – oder anderer Sonderregeln – nicht berührt ist. Die Abgrenzung stellt außer Streit, in welchen Fällen (Verrichtungsgehilfe; in Ausübung der Verrichtung; Personalgefahr) der Geschäftsherr beweisen muss, dass er alles zur Schadensverhütung Gebotene getan hat. Bei den übrigen Schädigungen durch Hilfspersonen gelten die derzeit heftig umstrittenen allgemeinen Grundsätze des Beweisrechts (Beweis durch den Geschädigten, Anscheinsbeweis, Gefahrenkreislehre).

## 6. Zusammenfassung

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass in der Gerichtspraxis die Anwendung des § 823 I BGB sowohl § 278 als auch § 831 BGB völlig in den Hintergrund drängt und auch zu praktisch befriedigenden Falllösungen führt. Im Übrigen taugt auch der fortentwickelte § 831 BGB heute zur Konfliktregelung: Eine schwer zu widerlegende Vermutung, dass die Schädigung durch den Verrichtungsgehilfen nur deshalb eintreten konnte, weil der Geschäftsherr nicht alle zur Schadensverhütung gebotenen Maßnahmen getroffen hat, ermöglicht den

---

nicht auf den Gehilfen, der diese Pflicht übernimmt bzw. als fremde Pflicht erfüllt. Das Vertrauen des Übertragenden gegenüber dem übernehmenden Gehilfen betrifft nur das Innenverhältnis zwischen den Vertragspartnern. Es ist nicht ersichtlich, wie sich bei dieser Sachlage eine auf *Vertrauen* gestützte Berechtigung *Dritter* ergeben sollte – ganz abgesehen davon, dass die Tatsache der Übertragung der Pflicht an eine Hilfsperson Außenstehenden oft unbekannt bleibt.

<sup>1112</sup> Vgl. RG 7.12.1911 (oben N. 475); s. ferner die in N. 1106 weiter angeführten Urteile. Ebenso ist es, wenn der Gehilfe in Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verkehrssicherungspflicht einen Dritten durch persönliches Fehlverhalten schädigt, das nicht in den Schutzbereich der Verkehrssicherungspflicht seines Bestellers fällt, sondern Realisierung typischer Personalgefahr ist: so z.B., wenn ein Angestellter beim Streuen von Sand o.a. ein fremdes Fahrzeug beschädigt, vgl. zu diesem Fall *Soergel-Siebert/Zeuner* § 831 Bem. 11.

<sup>1113</sup> Zur Unübersichtlichkeit des Schadensersatzrechts s. z.B. *Weitnauer*, *Karlsruher Forum* 1962, 5; ferner etwa *Heiss* 122.

Gerichten sachgerechte Entscheidungen. Die deutsche Rechtsprechung hat allerdings die Möglichkeiten noch nicht voll erkannt und ausgeschöpft, die sich aus dieser ihrer eigenen Umformung des § 831 BGB ergeben. Würde sie dies tun, so wäre es zum einen möglich, auf die Erstreckung des § 278 BGB und die nicht unbedenklichen Versuche zur Ausdehnung des § 31 BGB (extensive Interpretation *ultra verba legis*; Analogie; körperschaftliches Organisationsverschulden)<sup>1114</sup> gänzlich zu verzichten sowie den praktisch schon längst bedeutungslosen dezentralisierten Entlastungsbeweis<sup>1115</sup> auch theoretisch aufzugeben. Zum anderen könnte die Anwendung des § 823 I BGB auf den ihm legitim zukommenden Bereich beschränkt werden. Damit versetzt bereits das geltende deutsche Recht die Judikatur in den Stand, die hier einschlägigen Fälle mit Hilfe der Gemeinordnung im Ergebnis befriedigend zu lösen.<sup>1116</sup> Vertragsartiger Haftungsgrundsätze bedarf es dazu nicht. Daher kann schon *de lege lata* auf die außergesetzlichen Haftungstatbestände des geschäftlichen Kontakts, des geschäftlichen Kontakts zugunsten Dritter, der Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken und des sozialen Kontakts bzw. gesetzlichen Schutzverhältnisses verzichtet werden. Auch die culpa in contrahendo i.e.S. ist überflüssig, soweit sie dazu dient, § 278 BGB auf die Beeinträchtigung von Rechtsgütern anwendbar zu machen, die bereits durch § 823 I BGB geschützt sind. Es bleibt zu prüfen, welche Aufgabe danach die geplante Reform des § 831 BGB noch erfüllen kann.

## II. Haftung für Leute *de lege ferenda*

Der im *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften* von 1967 vorgesehene Übergang von der Haftung des Leute-Bestellers für vermutetes Eigenverschulden zur Geschäftsherrenhaftung für Fremdverschulden<sup>1117</sup> hat zu Recht überwiegend Zustimmung gefunden<sup>1118</sup> und besitzt begründete Aussicht,

---

<sup>1114</sup> Vgl. oben § 10 C. I. 4. (S. 283 ff. insbes. bei und in N. 1084 bzw. 1088). Die im Text genannten Konstruktionen sind funktionsäquivalent (Verdrängung des § 831 BGB).

<sup>1115</sup> Vgl. oben § 10 C. I. 3. (S. 282, insbes. bei und in N. 1077).

<sup>1116</sup> Dementsprechend wollen es manche beim bisherigen, jedoch an die Bedürfnisse der Praxis angepassten § 831 BGB belassen: so z.B. *Helm*, AcP 166 (1966) 389 ff. Die von v. *Caemmerer* (Karlsruher Forum 1967, Diskussionsbeitrag, sub 2.) trotz der Beweislastumkehr befürchteten Beweisschwierigkeiten (fehlender Einblick in die Betriebsinterna bzw. in den Beweisstoff) haben sich in unserem beschränkten Bereich nicht bestätigt.

<sup>1117</sup> § 831 BGB soll danach lauten (Referentenentwurf I, 4): "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet."

<sup>1118</sup> Vgl. z.B. v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II, 115 ff. (Ges. Schriften I, 528 ff.); *Nipperdey*, NJW 1967, 1985; *Weitnauer*, (zuletzt) VersR 1970, 593 ff. sowie die Diskussion auf dem 47. Deutschen Juristentag in Nürnberg 1968 (Verhandlungen Bd. II, S. M 35 ff.); weitere Nachweise bei *Schleeh*, 71 N. 317. Neuer-

Gesetz zu werden. Im Folgenden soll geprüft werden, welche Konsequenzen diese Neuordnung für unser Untersuchungsgebiet mit sich bringen würde. Einige Bemerkungen zu der geplanten Neufassung des § 831 BGB schließen diesen Teil ab.

## 1. Folgen der Reform des § 831 BGB für vor-vertragliche Erhaltungspflichtverletzungen

### a. *Änderung der Ergebnisse?*

Wie wir im Laufe dieser Untersuchung gesehen haben, ermöglicht bereits das geltende Recht befriedigende Falllösungen.<sup>1119</sup> Der Richter verfügt schon *de lege lata* über die erforderlichen rechtlichen Instrumente, um eine Haftung des Geschäftsherrn dort zu beja-

---

dings sind jedoch auch abweichende Stimmen zu hören: so insbesondere *Esser*, Schuldrecht II, § 110, I 1 c; *Helm*, AcP 166 (1966) 401 ff.; *Jakobs*, VersR 1969, 1061 ff.; *Larenz*, Schuldrecht II, § 67 VI; *Nitschke*, NJW 1969, 1742. Auf die rechtspolitischen Gründe, die für den Übergang zum Prinzip der Haftung für Fremdvverschulden sprechen, ist hier nicht weiter einzugehen (vgl. jedoch auch o. im Text § 10 C. II. 1. b. (S. 293 ff.). Insbesondere v. *Caemmerer* (ibid. sowie Karlsruher Forum 1967, Diskussionsbeitrag sub 2.-4.), *Zweigert-Kötz* (II, 365 ff.) und der Referentenentwurf (II, 10 ff., 77 ff.) haben die in Betracht kommenden Argumente überzeugend dargelegt. Besonders wichtig scheint, dass mit dieser Reform ein wesentlicher Schritt in Richtung auf die Rechtsvereinheitlichung im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, aber auch weit darüber hinaus, getan würde (vgl. auch v. *Caemmerer* und *Zweigert-Kötz*, ibid.). Unter diesem Gesichtspunkt verdient auch Beachtung, dass der Entlastungsbeweis des § 831 I 2 BGB in der DDR seit der Entscheidung des Obersten Gerichts vom 8.9.1964 (OGZ 10, 116 ff.) aus arbeitsrechtlichen Gründen bereits *de lege lata* entfällt. Aus der neuesten Rspr. vgl. etwa Bezirksgericht *Neubrandenburg* 11.11.1968 NJ 1969, 543 mit einer interessanten Anmerkung zur Bindungswirkung der Entscheidungen des Obersten Gerichts für die Instanzgerichte; s. ferner OG 25.8.1970 NJ 1970, 681. Es sollte weiter nicht übersehen werden, dass auch in Österreich und in der Schweiz neuerdings starke Bestrebungen zur Reform der Haftung für Verrichtungsgehilfen festzustellen sind (s. o. § 2 B. III., S. 181 bzw. N. 675). Mit Recht wird in der schweizerischen Diskussion hervorgehoben, dass das an überschaubaren Kleinstbetrieben ausgerichtete Prinzip der Haftung für (Eigen-) Verschulden des Geschäftsherrn den modernen Organisationsformen einer auf Arbeitsteilung beruhenden Wirtschaft nicht mehr gerecht wird (vgl. *Jäggi*, ZSR 108 [1967] II, 756; ähnlich etwa auch *Canaris*, VerDJT 47 (1968) II. S. M 65). Die Entwicklung dürfte demgemäß dahin gehen, dem "Betrieb" als Haftungssubjekt alle aus Betriebsfunktionen (einschließlich Produzentenhaftung) entstehenden Personen- und Sachschäden Dritter zuzurechnen – gleichgültig, ob sie auf menschliches oder maschinelles Versagen zurückzuführen sind. In welchem Bereich, in welcher Abteilung, auf welcher Organisationsstufe die zur Schädigung führende Ursache gesetzt wurde, ist für den Betroffenen gleichgültig und oft nicht einmal überschaubar. Fraglich wird in Zukunft wohl nur noch sein, ob der "Betrieb" als Zurechnungssubjekt nur dann zu haften hat, wenn ein „Versagen“, d.h. eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (Nichterfüllung der *standards*) vorliegt (Beweislast?) oder ob man auch außerhalb von gefährlichen Betrieben zu einer Kausalhaftung überzugehen hat. Jedenfalls scheint es künftig nicht mehr möglich, innerhalb eines Betriebes nach Hierarchiestufen zu differenzieren und den Betrieb schon dann freizustellen, wenn dem *Inhaber* keine Unsorgfalt anzulasten ist. Er muss für das schädigende Fehlverhalten seiner Gehilfen oder sogar für solche Schädigungen einstehen, die lediglich durch seinen Betrieb verursacht wurden. Diese Entwicklung ist in der Praxis der Haftpflichtversicherung – wenigstens hinsichtlich der ersten Fallgruppe – schon seit Jahrzehnten vollzogen (vgl. oben § 1 D., S. 162 ff.). Die Haftpflichtversicherung des "schädigenden Betriebs" hat sich als Schadenstragungsmodell gegenüber einer allgemeinen Unfallversicherung in Deutschland zu Recht durchgesetzt (vgl. das abgewogene Votum zugunsten dieses Systems bei *Hellner*, Scandinavian Studies in Law 6 [1962] 129 ff. und v. *Caemmerer*, [N. 1116] sub 5). Der Versicherer haftet im Ergebnis für Fehlleistungen (fehlerhafter Funktionieren) des Betriebes. Dabei ist es evident, dass "Fehlleistungen" unter dem Eindruck eines eingetretenen Schadens beliebig durch entsprechende Anhebung der *standards* festgestellt werden können.

<sup>1119</sup> Ob man dazu vertragliche Haftungsgrundsätze zu benötigen glaubt oder nicht, ist für eine ergebnisorientierte Sicht gleichgültig.

hen, wo dies ihm billig zu sein scheint. Diesen *de-facto*-Zustand zu ändern, besteht kein Anlass. Die beabsichtigte Reform soll und wird dementsprechend auch kaum eine Korrektur der Gerichtspraxis zur Folge haben.

Hinsichtlich der *Durchsetzbarkeit* zusprechender Urteile wird dort alles beim Alten bleiben, wo schon bisher eine Haftpflichtversicherung bestand. Mit Rücksicht auf die schon seit mehr als 55 Jahren übliche Mitversicherung der Hilfspersonen wird die Einführung der Kausalhaftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Verrichtungsgehilfen nicht einmal das Versicherungsrisiko und damit auch nicht die Prämien erhöhen.<sup>1120</sup> Der "eigentliche" Gegner des Geschädigten bleibt nach wie vor der Haftpflichtversicherer.

Eine Verbesserung der Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen verspricht die Reform dagegen in jenen – eher seltenen – Fällen, in denen überhaupt keine oder keine ausreichende Haftpflichtversicherung des Geschäftsherrn oder Gehilfen besteht und *lediglich* Ansprüche gegen den Gehilfen rechtlich begründet sind. Nur unter diesen Umständen stellt die Reform den Verletzten tatsächlich besser als bisher.

#### b. Dogmatische Folgen

Vor diesem Hintergrund zeigt sich klar, dass die entscheidende Bedeutung der Novelle für unseren Interessenbereich in einer *Bereinigung des Haftungsrechts* liegt.<sup>1121</sup> Die Umgehung der gesetzlichen Ordnung ist teuer zu stehen gekommen: Rechtsfortbildung *contra legem*,<sup>1122</sup> Deformierung von Rechtsinstituten, ungeordnetes, dogmatisch nicht verarbeitetes Nebeneinander sich überschneidender Notkonstruktionen, zunehmende Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit kennzeichnen den Zustand unseres Haftpflichtrechts. *Ernst von Caemmerer* hat mit Bezug auf die Reform des § 831 BGB und gerade auch im Hinblick auf die culpa in contrahendo von der fortschreitenden "Denaturierung unseres Rechtssystems" gesprochen.<sup>1123</sup> *Ludwig Raiser* weist im gleichen Zusammenhang auf die "Verzerrung unseres Rechtssystems" durch den bisherigen § 831 BGB hin, die es zu beseitigen gelte.<sup>1124</sup> Gerade für ein kodifiziertes Rechtssystem ist es auf die Dauer in der Tat unerträglich, wenn sich das "lebende Recht" soweit vom Gesetz entfernt, dass ein "Unbe-

---

<sup>1120</sup> Zur Versicherungspraxis vgl. oben § 1 D (S. 162 ff.): . Betriebshaftpflicht, II. Privathaftpflicht, III. Haus- und Grundbesitzerhaftpflicht.

<sup>1121</sup> So wohl auch v. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1967, Diskussionsbeitrag, sub 5.

<sup>1122</sup> So hinsichtlich der c.i.c. in aller Deutlichkeit schon 1938 *Hans-Detlev Fischer* 75.

<sup>1123</sup> V. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1962, 25. Vgl. auch *ders. ibid.* (N. 1116) sub 3. *Helm* spricht demgegenüber u.a. im Hinblick auf die culpa in contrahendo von "kerngesunden Austrieben" (*AcP* 166 [1966] 405). M.E. wäre das Bild "Wildwuchs" zutreffender.

<sup>1124</sup> *Karlsruher Forum* 1962, 26.

fangener" nicht den geringsten gesetzlichen Anhalt für die in der Praxis befolgten Regeln zu finden vermag.<sup>1125</sup> Das rechtsstaatliche Gebot der Rechtsklarheit verlangt, diesen unbefriedigenden Zustand so rasch wie möglich zu beseitigen.<sup>1126</sup> Die intendierte Neuordnung der Haftung für Verrichtungsgehilfen würde diesem verfassungsrechtlichen Gebot in weitem Maße Rechnung tragen. Zwar ist es nach unserer Auffassung schon *de lege lata* möglich, die in der hier einschlägigen Gerichtspraxis bedeutungslose vertragsartige Haftung gänzlich aufzugeben und die "entstellten" gesetzlichen Institute auf ihren legitimen Bereich<sup>1127</sup> zurückzuführen (oben I. 6., S. 290). Die Änderung des § 831 BGB durch den Gesetzgeber würde jedoch zweifellos den Verzicht auf jene zur Vertragshaftung führenden Konstruktionen erleichtern, die gerade zur Umgehung dieser Norm entwickelt wurden. Überdies ist schwerlich zu bestreiten, dass die angestrebte gesetzliche Norm der geltenden, kaum als „Ordnung“ zu bezeichnenden Rechtspraxis trotz deren Verbesserung klar überlegen wäre. Unter solchen Umständen dürfte der Entschluss zur Aufgabe gewohnter Lösungen leichter fallen. Nach der hier vertretenen Ansicht können zwar bereits heute auch im Deliktsrecht einige "Randbereinigungen" verwirklicht werden. (oben I. 6., S. 290). Aber auch hier würde die Neuregelung der Gehilfenhaftung sicherlich die Bereitschaft stärken, überkommene Lösungsmodelle fallen zu lassen. Darüber hinaus wären die *de lege lata* mit erheblichem Aufwand und allenfalls langfristig realisierbaren Korrekturen sehr viel einfacher, klarer und schneller zu erreichen, wenn die Reform Wirklichkeit würde. Außerdem würde die Neuordnung noch *weitere* Bereinigungen der Deliktsordnung ermöglichen, die ohne Gesetzesänderung nicht durchzuführen sind. Die Umriss der mit der Novellierung des § 831 BGB zu erwartenden Rechtsbereinigung sollen für die hier interessierenden Fallgruppen<sup>1128</sup> im Folgenden skizziert werden.

#### aa. Wegfall der Haftung nach Vertragsgrundsätzen

Unsere Untersuchung hat die These bestätigt, dass allein der Wunsch, das Haftungsprinzip des § 831 BGB durch jenes des § 278 BGB zu ersetzen, zu der Ausdehnung der Vertragsordnung auf die vor-vertraglichen Personenverletzungen und Sachschädigungen ge-

---

<sup>1125</sup> Man mache die Probe aufs Exempel und lasse einen mit der realen deutschen Rechtsentwicklung nicht vertrauten ausländischen Juristen den Bananenschalenfall (BGH 26.9.1961, oben N. 520) nur anhand des BGB-Textes lösen.

<sup>1126</sup> Vgl. Referentenentwurf II 10.

<sup>1127</sup> v. Caemmerer, DJT-Festschr. II 57 (Ges. Schriften I 461).

<sup>1128</sup> Die Skizze gilt entsprechend für Erhaltungspflichtverletzungen während und nach der Vertragsabwicklung, soweit Person und Eigentum nicht in den Schutzbereich des jeweiligen Vertrages einbezogen sind. Das Konkurrenzproblem zwischen deliktischen und vertraglichen Ansprüchen würde durch die Reform auf diese letzte Fallgruppe reduziert werden.

führt hat. Diese Feststellung gilt zunächst für die Erhaltungspflichtverletzungen *in contrahendo*. Darüber hinaus und in besonderem Maße trifft sie für die Haftung *aus geschäftlichem Kontakt* zu. Dieser Haftungstatbestand verdankt seine Entstehung *ausschließlich* der Absicht, die in § 831 I 2 BGB vorgesehene Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn auszuschalten.<sup>1129</sup> Mit der Aufgabe des Exkulpationsbeweises hätte die Rechtsfigur der Haftung aus geschäftlichem Kontakt in ihren verschiedenen Spielformen einschließlich der Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken und der Einbeziehung Dritter in den vertragsartigen Schutz (geschäftlicher Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte)<sup>1130</sup> ihre allein auf der Berichtigungsfunktion (§ 831 I 2 BGB) beruhende Legitimation eingebüßt. Die Reform der zu umgehenden Norm lässt die Umgehungsnorm gegenstandslos werden.<sup>1131</sup> Die funktionslose Figur der Haftung aus geschäftlichem Kontakt weiter zu tradieren, hätte keinerlei praktische Bedeutung und würde lediglich der Bereinigung unseres Rechtssystems hinderlich sein. Die eben angestellten Überlegungen treffen auch für die *Haftung aus sozialem Kontakt* zu.<sup>1132</sup>

Auch die *culpa in contrahendo* (i.e.S.) wird überflüssig, soweit dieses Institut dazu dient, den § 278 BGB auf Verletzungen des Erhaltungsinteresses (Person oder Sachen) von Verhandlungspartnern (oder nahestehenden Dritten: *Verhandlungsverhältnis mit Schutzwirkung für Dritte*) anwendbar zu machen. Der Rechtsfigur des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen bedarf es für die Beurteilung der vor-vertraglichen Beeinträchtigungen des Integritätsinteresses nicht mehr. Die Bemerkungen zur Haftung aus geschäftlichem Kontakt gelten hier entsprechend.

Es trifft daher zu, wenn verschiedentlich darauf hingewiesen wird, dass die *culpa in contrahendo* mit der geplanten Reform des § 831 BGB an Bedeutung verlieren werde.<sup>1133</sup> Wer darüber hinaus die Entstehung der *culpa in contrahendo* *allein* aus der Umgehung des gegenwärtigen § 831 BGB erklärt,<sup>1134</sup> müsste eigentlich mit der Verbesserung dieser Regel das Rechtsinstitut des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen *insgesamt* für

<sup>1129</sup> Vgl. insbes. den grundlegenden Beitrag von *Larenz*, MDR 1954, 515 ff. S. dazu näher oben bei N. 364.

<sup>1130</sup> Auch bei der Ausdehnung der Vertragssphäre auf Dritte geht es in der Sache um die strikte Haftung für Personenverletzungen und Sachschädigungen durch Gehilfen. Entsprechendes gilt im Übrigen für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Dies soll nicht heißen, dass für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte jede Funktion entfiere. Der Zweck eines Vertrages kann durchaus die Einbeziehung Dritter in seinen Schutzbereich fordern. Zur c.i.c. i.e.S. sogleich oben im Text.

<sup>1131</sup> Vgl. auch *Esser*, Schuldrecht I, § 52 III 2 (3. Aufl.), oben N. 430.

<sup>1132</sup> Vgl. dazu schon *Löning*, ZAKDR 1942. 293.

<sup>1133</sup> So z.B. *Brox* Nr. 55; Referentenentwurf II 101; *Weitnauer*, JuristenJb 4 (1963/1964) 230 f. mit N. 64; im Ergebnis auch v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II 57 f. (Ges. Schriften I 462 f.).

<sup>1134</sup> So z.B. *Ramm* II, G 468, G 474; *Soergel-Siebert/R. Schmidt*, § 275 Vorbem. 12; ähnlich *Erdsiek*, JuristenJb 8 (1967/1968) 48 ("der Hauptantrieb") und wohl auch *Diederichsen* 47. Vgl. ferner den Hinweis von *Lorenz*, Karlsruher Forum 1965, 15.



entbehrlich ansehen.<sup>1135</sup> Diese Schlussfolgerung wäre indessen unrichtig, da die erwähnte monokausale Erklärung zwar für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung zutrifft, jedoch nicht für die übrigen Fallgruppen der culpa in contrahendo gilt. Die Unzulänglichkeit des § 831 BGB ist nicht das einzige und überdies auch nicht das zeitlich erste Motiv für die Anerkennung des Verschuldens bei Vertragsschluss gewesen. Der entscheidende Anstoß für die Entwicklung der culpa in contrahendo ging vielmehr von § 823 I BGB aus: Der fehlende deliktische Schutz des Vermögens gegen fahrlässige Beeinträchtigungen hat zur ersten c.i.c.-Entscheidung geführt<sup>1136</sup> und bildet bis heute den Hauptgrund für die Ausweitung der Vertragssphäre. In dieser Beziehung ist die geplante Änderung des § 831 BGB irrelevant, da der Geschäftsherr auch in Zukunft nur für eine *unerlaubte Handlung* des Verrichtungsgehilfen haften soll. Eine fahrlässige Vermögensschädigung stellt aber weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* ein zivilrechtliches Delikt dar. Auch die vielfältigen Erweiterungen der Deliktstatbestände, insbesondere durch die Anerkennung des Persönlichkeitsrechts und des sog. Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb,<sup>1137</sup> stellen dies nicht grundsätzlich in Frage. Es zeigt sich somit, dass die Reform des § 831 BGB es zwar auch der gegenwärtig herrschenden Auffassung ohne weiteres ermöglichen würde, die vor-vertraglichen Verletzungen des Erhaltungsinteresses (Person und Sachen) in die Deliktsordnung zurückzuführen und damit den Anwendungsbereich der culpa in contrahendo um die erwähnten Fallgruppen zu reduzieren. Das Verschulden beim Vertragsschluss würde aber auch nach einer solchen Reduktion des Anwendungsbereichs noch eine Vielzahl von Sachverhalten, für die sich weiterhin das Problem der Anwendung des § 278 BGB stellt. Fahrlässige Vermögensschädigungen durch Gehilfen könnten auch nach Gelingen der beabsichtigten Haftpflichtrechtsreform nur über die Annahme einer Sonderbeziehung und die damit ermöglichte Anwendung des § 278 BGB zu einer Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn führen. Mit anderen Worten ist die culpa in contrahendo ein Remedium für *zwei* Unzulänglichkeiten unseres Deliktsrechts: Gehilfenhaftung *und* Vermögensschutz. Dieses Rechtsinstitut würde durch die Reform der Haftung für Verrichtungsgehilfen seine Funktion lediglich dort verlieren, wo es *nur* um die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen Dritter, mithin nicht um Vermögensschutz gegen fahrlässige Beeinträchtigungen geht. Diese Hauptfunktion der culpa in contrahendo würde bestehen

---

<sup>1135</sup> Diese Konsequenz zieht *Ramm* ausdrücklich bereits *de lege lata*, soweit der Verrichtungsgehilfe Arbeitnehmer ist, da er den Exkulpationsbeweis in § 831 I 2 BGB für sozialstaatswidrig (verfassungswidrig; Art. 3 I GG) und damit gemäß Art. 123 GG als nicht mehr fortgeltend ansieht (II G 469, G 474). Diese Auffassung durfte wohl den Sozialstaatsgedanken überbeanspruchen.

<sup>1136</sup> RG 26.4.1912 JW 1912, 743 (Luisinlichtfall).

<sup>1137</sup> Vgl. zu dieser Entwicklung insbes. v. *Caemmerer*, DJT-Festschr. II 65 ff. (Ges. Schriften I 470 ff.).

bleiben: Schutz des Vermögens gegen fahrlässige Eingriffe in *contrahendo* seitens des Verhandlungspartners oder dessen Gehilfen.<sup>1138</sup>

#### bb. Modifikation der Deliktshaftung

Die von den Gerichten fortentwickelte Deliktsordnung führt zwar aus den oben (§ 10 C. I., S. 280 ff.) erwähnten Gründen regelmäßig schon *de lege lata* zu tragbaren Lösungen. In dessen ist nicht zu verkennen, dass dieser Rechtszustand um den Preis der Verzerrung und Unübersichtlichkeit des Gesetzes erkaufte worden ist, die *de lege lata* nur teilweise korrigiert werden können. Die beabsichtigte Novellierung des § 831 BGB würde demgegenüber eine erhebliche Vereinfachung des Deliktsrechts zur Folge haben: Die Überdehnung des Organbegriffes in den §§ 30, 31 BGB könnte ebenso entfallen wie eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf alle Repräsentanten von Gesellschaften oder Einzelunternehmen. Soweit der körperschaftliche Organisationsmangel lediglich den Entlastungsbeweis des § 831 I 2 ausschalten sollte – der unmittelbar Handelnde also eine unerlaubte Handlung begangen hat – wird auch diese Konstruktion entbehrlich.<sup>1139</sup> Die Ersetzung der Geschäftsherrenhaftung wegen (vermuteter) schuldhafter Nichtabwendung eines durch einen Verrichtungsgehilfen rechtswidrig zugefügten Schadens durch die strikte Geschäftsherrenverantwortlichkeit für Fremdverschulden lässt auch die Schadensabwendungspflicht aus § 831 BGB und die daran geknüpfte Exkulpationslast entfallen. Gleichzeitig ist dem sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis endgültig die Grundlage entzogen. Darüber hinaus kann im Anwendungsbereich des geplanten neuen § 831 BGB<sup>1140</sup> darauf verzichtet werden, beim Einsatz von Verrichtungsgehilfen Schadensverhütungspflichten aus § 823 I BGB abzuleiten. Dagegen ist § 823 I BGB auch in Fällen der Realisierung von *Personalfahr*<sup>1141</sup> weiterhin als Haftungstatbestand in Betracht zu ziehen, wenn für das Delikt eines Selbständigen gehaftet werden soll oder wenn ein Verrichtungsgehilfe nicht den vollen

---

<sup>1138</sup> Inwieweit die c.i.c. in diesem Bereich gerechtfertigt ist, kann hier ebenso wenig untersucht werden, wie die Frage, ob dieses Institut durch die Einführung einer deliktischen Generalklausel (zusätzlich zur Reform der Haftung für Verrichtungsgehilfen) insgesamt überflüssig würde.

<sup>1139</sup> Liegt konkretes Verschulden des unmittelbar Handelnden nicht vor, so kann evtl. weiterhin ein "Organisationsverschulden" gegeben sein, sofern die Bestellung eines *Organs* für die konkrete Verrichtung den Schaden vermieden hätte (§§ 823 I, 31 BGB). An sich handelt es sich dabei aber um nichts anderes als die allgemeinen Verkehrspflichten in Gestalt von Organisationspflichten. Soweit das "Organisationsverschulden" über diese Fälle hinausgehen sollte, wäre dies nicht gerechtfertigt. Insbes. ist die Nichtbestellung von Organen allein noch kein Haftungsgrund. *Ramm* sieht die Haftung für körperschaftliches Organisationsverschulden schon jetzt als überflüssig an, da er die Entlastungsmöglichkeit des § 831 BGB bereits *de lege lata* aus verfassungsrechtlichen Gründen verwirft: III G 726, II G 469.

<sup>1140</sup> Bei Verwirklichung der Personalfahr; vgl. dazu oben § 10 C. I. 5 (S. 288 ff.). Zur Schadensabwendungspflicht aus § 823 BGB s. oben N. 1072 sowie unten N. 1142.

<sup>1141</sup> Vgl. dazu oben § 10 C. I. 5 (S. 288 ff.).

Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt (Schuldlosigkeit, Deliktsunfähigkeit) bzw. nur "bei Gelegenheit" seiner Verrichtungen eine unerlaubte Handlung begangen hat.<sup>1142</sup>

Im Gebiet der Haftung für *Sachgefahren* wird. es insgesamt bei der Anwendung des § 823 I BGB bleiben müssen, wenn man nicht fiktive Schadensabwendungspflichten des Gehilfen gegenüber Dritten konstruieren oder – bei klar umgrenztem Pflichtenkreis – § 278 BGB entsprechend anwenden will.<sup>1143</sup>

In prozessualer Hinsicht könnte eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten durch die geplante Reform entscheidend vereinfacht oder völlig vermieden werden. Bisher muss man in das "Innenverhältnis" des betroffenen Unternehmens (Betriebsorganisation, Auswahl, Aufsicht, Instruktion, Ausrüstung) und. in den Lebenslauf des schädigenden Gehilfen selbst dann eindringen, wenn dessen konkretes Verschulden auf der Hand lag.<sup>1144</sup> Nach der Reform würde dagegen das schädigende Verhalten im Mittelpunkt des Streites stehen.<sup>1145</sup> Das Verfahren könnte auf diese Weise von zahlreichen Beweisanträgen, die häufig an der Sache vorbeigehen *müssen*, entlastet werden.

---

<sup>1142</sup> Die Schadensverhütungspflicht (Auswahl, Aufsicht, Organisation usw.) ergibt sich in diesen Fällen aus erlaubtem gefahrschaffendem Tun (Einsatz von Hilfspersonen; vgl. etwa RG 9.1.1928 RGZ 120, 154 [161]) oder einfach aus (mittelbarer) Teilnahme am allgemeinen Verkehr (allgemeine Sorgfaltspflicht). M.E. handelt es sich dabei nur um verschiedene Formulierungen für dieselbe Sache. Im französischen Recht wird die allgemeine Deliktshaftung (Art. 1382 fr.c.c.) für den Geschäftsherrn herangezogen, wo Art. 1384 V fr.c.c. nicht eingreift, weil der Gehilfe (1.) außerhalb seines dienstlichen Aufgabenkreises Schaden anrichtet (vgl. z.B. *Mazeaud-Tunc* I Nr. 722, Nr. 922 N. 1: "*hors du service*") oder (2.) nicht schuldfähig ist (vgl. z.B. *Carbonnier* IV 365 mit Nachweisen; s. dazu auch unten N. 1150) oder (3.) wenn es aus sonstigen Gründen an einer *faute* des Verrichtungsgehilfen fehlt (z.B. *Savatier* I Nr. 285 mit Nachweisen in N. 2 und 3). In diesen Fällen zieht man eine *culpa in eligendo vel custodiendo* des Geschäftsherrn in Betracht. Die Gerichtspraxis scheint im Übrigen nicht selten geneigt zu sein, mit Rücksicht auf die Mittellosigkeit der Verrichtungsgehilfen und die zunehmende Verbreitung von Haftpflichtversicherungen kausales Verschulden des Geschäftsherrn zu bejahen: vgl. *Rodière* Nr. 1491.

<sup>1143</sup> Vgl. die Nachweise oben N. 1109.

<sup>1144</sup> Vgl. etwa den Fall BGH 7.6.1966 VersR 1966, 929 (Vorstrafen) oder BGH 22.10.1964 VersR 1965, 44 (Straßenmeister einer Gemeinde, "den sicherlich ein Verschulden trifft", 45).

<sup>1145</sup> Vgl. dazu etwa auch *Weitnauer*, VersR 1970, 594/595 mit weiteren Nachweisen in N. 92. Ein besonders illustratives Beispiel für die "Entfernung" des Prozesstoffes vom schädigenden Handeln ist ein von *Th. Meyer* aus der Praxis des 6. RG-Senats berichteter Fall (Recht 1924, 315 f.): Explosion einer mit hochexplosiver Vulkanisierlösung gefüllten Korbflasche in einem Eisenbahnzug. Durch die Explosion wurden acht Personen getötet und 64 verletzt. Die Flasche war von einem Soldaten als Handgepäck mit in das Abteil genommen und im Gepäcknetz untergebracht worden, wo sie aus nicht geklärter Ursache explodierte. Der Soldat hatte die Korbflasche im Auftrag der Continental-Kautschuk-AG in eine andere Fabrik bringen sollen. Die Aktiengesellschaft wurde in sämtlichen drei Instanzen verurteilt. Zur Umgehung des angetretenen oder bereits geführten Entlastungsbeweises aus § 831 BGB für jeden beteiligten höheren Angestellten stützte man die Entscheidung auf die Verletzung der Aufsichtspflicht durch den Generaldirektor der AG, der zwar Weisungen über die Versendung von Gummilösungen erteilt, deren Befolgung aber nicht genügend überwacht hatte! Der Prozess dauerte etwa fünf Jahre und verursachte hohe Kosten.

Insgesamt gesehen erreicht der Referentenentwurf zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften von 1967 auch hier – unter Beibehaltung befriedigender Ergebnisse – eine begrüßenswerte Vereinfachung des geltenden Rechts.<sup>1146</sup>

## 2. Diskussionsvorschläge zu der geplanten Neufassung von § 831 BGB

Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, zu der Neuordnung der Haftung für Verrichtungsgehilfen umfassend Stellung zu nehmen. Einige Ergebnisse unserer Rechtsprechungsanalyse mögen jedoch dazu beitragen, das Gewicht einzelner noch offener Streitfragen richtig einzuschätzen.<sup>1147</sup>

Es ist angeregt worden, die Haftung des Geschäftsherrn unabhängig von Verschuldensfähigkeit und konkretem Verschulden des Verrichtungsgehilfen eintreten zu lassen.<sup>1148</sup> In der Tat scheint es z. B. nicht gerechtfertigt, den von einem nicht verantwortungsfähigen Gehilfen an Leib oder Gut Geschädigten leer ausgehen zu lassen. Indessen ist darauf hinzuweisen, dass derartige Fälle in der Gerichtspraxis außerordentlich selten sind. In unserem Untersuchungsfeld war jedenfalls keine einzige einschlägige Entscheidung aufzufinden. Unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungsökonomie erscheint es daher fraglich, ob wir dem Beispiel des niederländischen Entwurfes eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches folgen und eine entsprechende Vorschrift in § 831 BGB n. F. aufnehmen sollten.<sup>1149</sup> Im Übrigen dürfte man in „*hard cases*“ mit Hilfe des § 823 I BGB eine Haftung des Geschäftsherrn erreichen können.<sup>1150</sup>

Die Analyse der Rechtsprechung im Bereich der vor-vertraglichen Beeinträchtigungen von Personen und Sachen zeigt auch, dass dem Streit um die *Abgrenzung von Rechtswidrigkeit und Schuld* keine praktische Bedeutung zukommt. Die Abgrenzung ist in keinem einzigen untersuchten Urteil relevant geworden. Die Fassung des geplanten neuen § 831

---

<sup>1146</sup> Mehr oder weniger skeptisch hinsichtlich des Entwurfes demgegenüber z.B. *Helm*, AcP 166 (1966) 406 und *Eike Schmidt*, AcP 170 (1970) 520 ff. Eine – allerdings weniger weitgehende – Vereinfachung des geltenden Rechts ist bereits *de lege lata* auf der Grundlage des fortentwickelten § 831 BGB möglich: vgl. oben § 10 C. I. 6 (S. 290).

<sup>1147</sup> Dass der Beweiswert unserer Analyse sich auf den hier untersuchten engen Sachverhaltsbereich beschränkt, wird nicht verkannt.

<sup>1148</sup> Vgl. z.B. *Diederichsen*, ZRP 1968, 60 f.

<sup>1149</sup> Die Bestimmung (6.3.8., II) lautet: "Die Verantwortlichkeit des Auftraggebers wird nicht berührt durch den Umstand, dass die Verantwortlichkeit des Untergebenen wegen eines geistigen oder körperlichen Gebrechens entfällt oder wegen eines anderen ihn betreffenden Umstands ermäßigt werden kann." (Vgl. Referentenentwurf II 92). S. zu dieser Frage auch schon *Löning* 59 ff. sowie v. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1967, Diskussionsbeitrag, sub 5.

<sup>1150</sup> Im Falle der "*démence*" des Gehilfen griff man auch im französischen Recht bis vor kurzem auf die Generalklausel des Art. 1382 c.c. zurück: z.B. Cass. civ. 15.3.1956 J.C.P. 1956, II, 9297 Anm. *Esmein*; *Carbonnier* IV, 365 mit weiteren Nachweisen. Vgl. jetzt aber Art. 489-2 fr.c.c. (1968), wonach "*démence*" die Haftung nicht ausschließt, s. dazu *Carbonnier* II, 469 sowie *Alexiou* 56 N. 127.

BGB sollte meines Erachtens gerade deshalb beibehalten werden, um den bisher im Wesentlichen theoretisch gebliebenen Streit nicht in die Praxis hineinzutragen. Der vorgesehene Wortlaut stellt jedenfalls – unbeschadet der vertretenen Theorie – außer Streit, dass eine Haftung des Geschäftsherrn nur eintritt, wenn der Gehilfe bei seiner Schädigung hinter den objektiven *standards* zurückgeblieben ist.<sup>1151</sup>

Verschiedentlich wird die Einführung der unbedingten Haftung des Geschäftsherrn lediglich für *Wirtschaftsunternehmen* befürwortet.<sup>1152</sup> Dazu ist zunächst zu bemerken, dass in unserem gesamten Rechtsprechungsmaterial nicht ein einziger Fall im nicht-wirtschaftlichen Verkehr vorgekommen ist. Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage sollte daher nicht zu hoch eingeschätzt werden. Im Übrigen scheint mir aber der eben erwähnte Vorschlag die Interessen des Geschädigten zu sehr außer Acht zu lassen, Für den Verletzten ist es beispielsweise gleichgültig, ob er von einem privaten Chauffeur oder einem Betriebsfahrer angefahren wird. Auch der private Geschäftsherr steht der endgültigen Schadenstragung jedenfalls näher als der Geschädigte. In diesem nicht-wirtschaftlichen Bereich ist im Übrigen das Argument der Mittellosigkeit (des Geschäftsherrn und des Gehilfen) noch heute von Gewicht, weil es hier auch in der Gegenwart häufig an einer allgemeinen Haftpflichtversicherung fehlt. Angesichts, der relativ niedrigen Prämie ist der Abschluss einer derartigen Versicherung<sup>1153</sup> jedem zumutbar, der heute die Mittel für die Beschäftigung privater Angestellter aufbringen kann. Die generelle Einführung der unbedingten Haftung<sup>1154</sup> wäre vermutlich geeignet, die betroffenen Personenkreise zu diesem Schritt zu veranlassen und damit den Geschädigten sicheren Schutz zu verschaffen.

---

<sup>1151</sup> Vgl. auch v. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1961, 27 (Ges. Schriften I 578 f.).

<sup>1152</sup> So z.B. *Diederichsen*, *ZRP* 1968, 60; *Esser*, *Schuldrecht II*, § 110 I c (die bisherige Fassung des § 831 BGB sei für die Fälle aufrecht zu erhalten, in denen mit der Tätigkeit der Hilfspersonen keine typische "Gefahrerhöhung" verbunden sei, wie z.B. bei Hauspersonal oder Geschäftsboten); *Larenz*, *Schuldrecht II*, § 67 VI (nicht für Haushalte und im Wesentlichen nur mit Familienangehörigen arbeitende Kleinbetriebe); vgl. auch schon *Michaelis* 57 ff. (Ausübung eines Berufes oder Betriebes) und den öst. Entwurf (oben § 2 B. III., S. 181).

<sup>1153</sup> Die Privathaftpflicht-Versicherung schließt Hilfspersonen ein: vgl. oben § 1 D. II. (S. 165).

<sup>1154</sup> Dafür z.B. auch v. *Caemmerer*, *Karlsruher Forum* 1967, Diskussionsbeitrag, sub 6. sowie *Weitnauer*, *VersR* 1970, 596 (beide mit dem Hinweis, dass die entsprechende Regelung weder im Bereich des Common law noch der französischen Rechtsfamilie zu Misshelligkeiten geführt habe). Unerwünschte Ergebnisse können mit Hilfe des Normzweckgedankens (allgemeines Lebensrisiko) vermieden werden.

## § 11 Zusammenfassung

### I.

1. Das deutsche Recht kennt keine allgemeine gesetzliche Regel für vor-vertragliche Verletzungen von Personen oder Eigentum. Auch analogiefähige Sonderregeln sind dem Gesetz fremd (§ 1 A.). Die damit als Gemeinordnung (außervertragliche Haftungsordnung) in erster Linie anwendbaren Deliktsregeln empfand man vor allem im Hinblick auf die Gehilfenhaftung (§ 831 BGB) schon bald nach der Kodifikation als unbefriedigend. Das deutsche *Schrifttum* versuchte diesem Mangel abzuhelpfen, indem es die Deliktsordnung durch die Vertragsordnung ersetzte. Der Sache nach ging es dabei ausschließlich um die Anwendung des § 278 BGB an Stelle des § 831 BGB. Um das gewünschte Ziel zu erreichen, bediente sich die Lehre anfangs des Parteiwillens. Teils stützte man sich dabei auf einen (fiktiven) *Vertragsschluss* (*Siber, Hildebrandt*), teils auf ein *einseitiges Rechtsgeschäft* (*Heinrich Stoll*). Die Vertragskonstruktionen zum Schutz des Integritätsinteresses entstanden unabhängig von dem sich allmählich entwickelnden Tatbestand der culpa in contrahendo und wurden vielfach mit dieser Lehre nicht einmal gedanklich verknüpft (§ 1 B. I. 1.). Dagegen bildeten die im vor-vertraglichen Bereich eingetretenen Personen- und Sachschäden für *Heinrich Stoll* und seine Anhänger einen Anwendungsfall des allgemeinen culpa in contrahendo-Tatbestandes (§ 1 B. I. 2.). Entsprechendes gilt für jene in den zwanziger Jahren aufkommende Lehre, die im Verschulden bei Vertragsschluss einen formell selbständigen (weder auf einseitigem Rechtsgeschäft noch auf dem Zielvertrag beruhenden) Haftungstatbestand sah (§ 1 B. II. 1.). Diese "objektive" Auffassung, der *Heinrich Stoll* durch die Ablösung der culpa in contrahendo vom Zielvertrag als Rechtsgrundlage den Weg freigemacht hatte, ist heute im *Schrifttum* allgemein anerkannt. Die Krücken der "subjektiven" Begründungen konnten fallengelassen werden. Sie spielen in der Gegenwart keine Rolle mehr. Im Laufe der Zeit erstreckte man den (objektiven) culpa in contrahendo-Tatbestand über das eigentliche Verhandlungsstadium hinaus auf Personen- und Sachschäden, die *ante contrahendum* eintraten. Tatsächlich schuf man damit einen neuen Tatbestand der *Haftung* für Erhaltungspflichtverletzungen *aus geschäftlichem Kontakt* (*Larenz, h. L.*). Für andere Schäden ist diese Haftungserweiterung nicht relevant. Der zunehmende Verzicht auf die – wenigstens vermutete – beiderseitige geschäftliche Motivation des Kontaktes führte einen weiteren Schritt weg vom Schuldvertrag als Geltungsgrund der verschärften Haftung. Mit dieser (vertragsartigen) *Haftung aus Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken* ist die äußerste Grenze einer "rechtsgeschäft-

lich" legitimierten Verantwortlichkeit erreicht (§ 1 B. II. 2.). In der *Haftung aus sozialem Kontakt (Dölle)* bzw. aus *gesetzlichem Schutzverhältnis (Thiele)* findet diese Entwicklung ihren folgerichtigen Endpunkt (§ 1 B. II. 3.). Damit ist der völlige Bruch mit dem Rechtsgeschäft als Legitimationsgrund der vertragsartigen Haftung vollzogen – eine Entwicklung, die durch die auf *Heinrich Stoll* und *Kreß* zurückgehende Unterscheidung von Leistungs- und Schutz-(schuld)verhältnis vorbereitet war. Gegen alle diese zur Ausdehnung der Vertragsregeln führenden Theorien hält sich in einem Teil des Schrifttums bis heute hartnäckig die Auffassung, dass die vor-vertraglichen Körper- und Sachschäden mit der culpa in contrahendo nichts zu tun haben und ausschließlich den Regeln der außervertraglichen Haftung unterliegen (§ 1 B. II. 4.).

Die deutsche *Rechtsprechung* folgte der Entwicklungslinie der Lehre nur zum Teil. In rechtstatsächlicher Hinsicht ist vorweg besonders hervorzuheben, dass *bisher* keine einzige Entscheidung veröffentlicht ist, die eine Verurteilung zum Ersatz von vor-vertraglichen Personen- oder Sachschäden in unzweideutiger Weise *ausschließlich* auf den "gesetzlichen" Haftungstatbestand der culpa in contrahendo (geschäftlicher Kontakt) gestützt hat. Bis zum zweiten Weltkrieg sprachen die Gerichte Schadensersatzansprüche wegen Körper- oder Sachschädigungen *im eigentlichen Verhandlungsstadium* entweder auf *deliktischer* oder auf *vertraglicher* Grundlage zu. Soweit als Haftungstatbestand ein besonderes "vertragsähnliches" Verhältnis angeführt wurde, handelte es sich in Wahrheit um nichts anderes als einen (Innominat-) Kontrakt. Dies gilt auch für die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts v. 7.12.1911 im Linoleumrollenfall.<sup>1155</sup> Die Anwendung vertragsartiger Haftungsgrundsätze wurde insbesondere auch dann noch auf Verträge gestützt, als ein "objektiver" (d.h. rechtsgeschäftsunabhängiger) culpa in contrahendo-Tatbestand in der Judikatur bereits anerkannt war. Urteilsgründe, die Erhaltungspflichten in contrahendo aus dem "gesetzlichen" Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen entnehmen – erstmals 1929 – tragen die jeweilige Entscheidung nicht. Im Übrigen ist zu bemerken, dass es bis etwa 1920 bei der vertraglichen Sicherung ausschließlich um Schädigungshandlungen ging. Verträge hinsichtlich der *Verkehrssicherung* während der eigentlichen Vertragsverhandlungen finden sich in der Rechtsprechung erst später. Das Motiv für die vertragliche Abstützung verurteilender Entscheidungen ist zum einen in der Ersetzung des § 831 BGB durch § 278 BGB, zum anderen in der Umkehr der Beweislast zugunsten des Verletzten zu sehen. Beim Eintritt von Personen- und Sachschäden vor Beginn konkreter Verhand-

---

<sup>1155</sup> RG 7.12.1911; s. oben N. 475.

lungen, d.h. *im Bereich des* später sogenannten *geschäftlichen Kontakts* lehnte das Reichsgericht eine *vertragliche* Haftung ab. Eine vertragsartige Verantwortlichkeit auf Grund des "gesetzlichen" Tatbestandes der culpa in contrahendo wurde in diesen Fällen vom Reichsgericht nicht einmal geprüft (§ 1 C. I.). Neben den auf Vertrag gestützten Urteilen finden sich während des gesamten Zeitraums bis zum zweiten Weltkrieg zahlreiche Entscheidungen, die ausschließlich die Regeln außervertraglicher Haftung heranziehen. Nach 1945 ändert sich das Bild der Rechtsprechung. Die Judikatur dehnt die Haftung nach vertraglichen Grundsätzen auf das Stadium des geschäftlichen Kontakts aus und stützt die vertragsartige Haftung im gesamten Vorfeld des Schuldvertrages auf das "gesetzliche" Institut der culpa in contrahendo. Der Wechsel in der Begründung hat jedoch keine praktischen Konsequenzen. Es ist in diesem Zusammenhang nochmals daran zu erinnern, dass in unserem Untersuchungsfeld auch nach 1945 bisher keine verurteilende Entscheidung tragend *ausschließlich* auf die culpa in contrahendo (geschäftlicher Kontakt) gestützt worden ist; stets wurde *zugleich* eine unerlaubte Handlung angenommen. Daneben ist eine deutliche Tendenz in der Rechtsprechung festzustellen, den Schutz von Personen und Sachen im vor-vertraglichen Raum allein durch die Gemeinordnung (Deliktsordnung) zu gewährleisten und die culpa in contrahendo mehr oder weniger stillschweigend zu übergehen. In den einschlägigen Urteilen zeigt sich klar das Bestreben, den § 831 BGB zu überspielen, obwohl diese Vorschrift dank ihrer Fortentwicklung durch die Rechtsprechung heute durchaus praktikabel geworden ist. Die weitgehende Überwindung dieser Schwäche hat zusammen mit der Verbesserung der Beweislastgrundsätze bewirkt, dass die Gerichte nunmehr auf der Grundlage des Deliktsrechts vertragsäquivalente Lösungen auch in jenen Fällen erreichen können, in denen Gehilfen beteiligt oder Beweislastfragen relevant sind (§ 1 C. II.).

Die *Haftung aus sozialem Kontakt* hat bei Verletzung des Integritätsinteresses (Personen- und Sachschäden) im vor-vertraglichen Bereich bisher in der deutschen Rechtsprechung keine Rolle gespielt (§ 1 C. I. 4. und II. 3.).

2. Die *rechtsvergleichende Übersicht* (§§ 2 - 8) zeigt eine nahezu völlige Isolierung des in der Bundesrepublik (theoretisch) herrschenden Lösungsansatzes. Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo findet – soweit es überhaupt anerkannt ist – auf vor-vertragliche Verletzungen von Personen oder Sachen keine Anwendung. Dies gilt ausnahmslos für die Rechtsprechung; in der Lehre bildet lediglich Österreich – neuerdings – eine Ausnahme. Der Grund für die abweichenden Lösungsansätze der untersuchten fremden Rechtsord-



nungen dürfte im mangelnden Bedürfnis für die Einführung oder entsprechende Ausdehnung der culpa in contrahendo zu suchen sein. Zumeist erlaubt die Deliktsordnung von jeher eine befriedigende Entscheidung der Streitfälle. Wo die Regeln außervertraglicher Verantwortlichkeit nicht ausreichend schienen, fingierte man früher – insbesondere in Frankreich – einen Vertragsschluss und konnte so die Vertragsordnung unmittelbar anwenden. Dank der richterlichen Weiterentwicklung der Deliktsregeln treten die Vertragsfiktionen jedoch immer mehr in den Hintergrund. Die Deliktsordnung setzt sich in jüngerer Zeit auch in diesen Fällen zunehmend durch.

3. Im Übrigen ist festzustellen, dass eine unzureichende Bestellerhaftung durch die Vertragspraxis der *Haftplichtversicherung* weitgehend ausgeglichen wird: Nach den Standard-Geschäftsbedingungen aller untersuchten Länder (Bundesrepublik Deutschland, Österreich, Schweiz, Schweden) sind sämtliche Hilfspersonen durch den Versicherungsvertrag des Geschäftsherrn mitversichert (§§ 1 D; 2 C; 3 C; 4 C).

## II.

1. Die *rechtsgeschäftliche Begründung* der Haftung nach Vertragsgrundsätzen (Sicherungsvertrag, einseitiges Rechtsgeschäft) wird heute in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr vertreten. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit diesen Konstruktionen (§ 9 A). *Gewohnheitsrechtliche Geltung* für die vertragsartige Haftung bei vor-vertraglichen Schäden an Leib und Gut (culpa in contrahendo, geschäftlicher Kontakt, Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken, sozialer Kontakt) ist nicht anzuerkennen. Es handelt sich auf der einen Seite um eine *herrschende Lehrmeinung*, die sich indessen bei der Ausformung des "gesetzlichen" Haftungstatbestandes stark aufspaltet. Auf der anderen Seite haben wir Richterrecht vor uns, das mit Rücksicht auf das Fehlen einer langjährigen, die Entscheidungen tragenden Übung noch nicht verfestigt ist. Dieser Rechtszustand lässt den Weg zur Neuorientierung *de lege lata* offen (§ 9 B. I. 1.).

Geht man vom *Schutzbereich der Schadenstragungsnorm als Lösungsansatz* aus, so wird deutlich, dass *Personen- und Sachschäden für die culpa in contrahendo nicht normrelevant* sind. Da das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen nichts anderes ist als das in das Vorfeld erstreckte *vertragliche* Schuldverhältnis ("sonstige Verhaltenspflichten"), kann der Normzweck der culpa in contrahendo nur heteronom bestimmt, d.h. vom Schutzzweck des Schuldvertrages abgeleitet werden (§ 9 B. I. 2. a. und b.). Jede andere Be-

stimmung des Schutzbereichs der culpa in contrahendo würde sich dem Vorwurf der Willkür aussetzen.

Nach Auffassung der herrschenden Meinung umfasst der Schutzzweck des Schuldvertrages das gesamte durch die Sonderbeziehung tangierte Vermögen des Partners, ohne Rücksicht auf den konkreten oder typischen Zweck der bestehenden Vertragsbeziehungen. Von daher erklärt sich der allgemein anerkannte weite Schutzbereich der culpa in contrahendo. Demgegenüber ist der Normzweck des Schuldvertrages von der *Funktion* dieses Rechtsinstituts in der Gesamtrechtsordnung zu bestimmen. *Funktion des Schuldvertrages* ist die Ordnung des vermögensrechtlichen Verkehrs unter Lebenden, insbesondere die Regelung des Güter- und Leistungsaustausches. Legt man diese Auffassung zugrunde, so zeigt sich, dass das *Interesse an der Integrität* der Rechtsgüter, insbesondere an der Unversehrtheit von Person und Eigentum, vom *Schutzzweck des Schuldvertrages nicht gedeckt* ist. Das allgemeine Erhaltungsinteresse wird funktionell durch die Gemeinordnung, insbesondere das Deliktsrecht gewährleistet, während der Schutzzweck des Schuldvertrages auf die Leistungserwartung gerichtet ist. Bedenkt man nun, dass die Verhaltenspflichten des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen nichts anderes sind als die auf den vor-vertraglichen Bereich erstreckten *vertraglichen* "sonstigen Verhaltenspflichten" (Schutzpflichten), so wird klar, dass *Personen- und Sachschäden für das Verhandlungsverhältnis ebenso wenig normrelevant sind wie für das Vertragsverhältnis*. Erhaltungspflichtverletzungen im vor-vertraglichen Bereich sind ausschließlich für die Gemeinordnung von Belang. Das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen (bzw. der geschäftliche Kontakt) begründet keine "besonderen" Erhaltungspflichten für Person und Eigentum im Sinne von schuldrechtlichen Sonderbeziehungen (§ 241 ff. BGB, (§ 9 B. I 2 c und d).

Dieser theoretische Ansatz wird durch eine nähere Analyse der herrschenden Meinung bestätigt. Der "rechtsgeschäftliche" Ansatz erweist sich als nicht tragfähig: Konsequenter durchgehalten, führt er zu Unterscheidungen, die rechtsethisch nicht gerechtfertigt sind. Den Beweis für diese These liefern die vielfältigen Versuche, das rechtsgeschäftliche Element im Tatbestand der culpa in contrahendo möglichst weitgehend zurückzudrängen. Der Rechtsgeschäftsbezug im Tatbestand der culpa in contrahendo wird so mehr und mehr verwässert, ja aufgelöst (culpa in contrahendo mit Schutzwirkung für Dritte, geschäftlicher Kontakt, geschäftlicher Kontakt mit Schutzwirkung für Dritte, Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken, sozialer Kontakt). Diese Entwicklung zeigt, dass die "rechtsgeschäftliche" Lösung im Ansatz verfehlt ist. Eigentliches Motiv für die Ausweitung der ver-

tragsartigen Haftung ist die gewünschte Anwendung des § 278 BGB anstelle des § 831 BGB. Um diese *eine* Vorschrift zu korrigieren, überträgt man die gesamte Vertragsordnung auf Sachverhalte, auf die das Vertragsrecht nicht zugeschnitten ist. Die (*de facto*-) Teilkorrektur des § 831 BGB für den vertragsnahen Bereich trübt den Blick für die *generelle* Fragwürdigkeit der außervertraglichen Leutehaftung des BGB. Die darin liegende zufällig-punktueller Fortbildung des Gesetzes verstößt gegen den Gleichheitssatz und damit gegen die Rechtsidee. Der *besondere* (= vertragsartige) Schutz von Personen und Sachen im vor-vertraglichen Raum entbehrt des rechtfertigenden "inneren Grundes" (§ 9 B. II. 1.). Auf der Seite der *Haftungsfolgen* führt die globale Anwendung der Vertragsordnung um einer einzigen Vorschrift willen (§ 278 BGB) zu *überwiegend unangemessenen Rechtsfolgen*. Soweit man sich nicht einfach damit begnügt; die Anwendbarkeit der Vertragsordnung festzustellen, sondern Lösungen für einzelne Sachfragen sucht, wird denn auch durchweg der Gemeinordnung der Vorzug gegeben. Anders ist dies nur für § 278 BGB (§ 9 B. II. 2. a.). Die Folgen der vertragsartigen Haftung sind jedoch nicht nur unangemessen, sondern auch *ungenügend*: Für Ansprüche Dritter (§§ 844, 845 BGB) und die Gewährung von Schmerzensgeld (§ 847 BGB) fehlt es an einer Rechtsgrundlage (§ 9 B. II. 2. b.). Die angeführten Schwächen der Vertragshaftung dürften dafür entscheidend sein, dass die Gerichte heute in unseren Fällen regelmäßig die deliktsrechtlichen Regeln anwenden.

2. Die skizzierte Verzerrung der gesetzlichen Ordnung wäre nur dann hinzunehmen, wenn befriedigende Ergebnisse in den praktisch allein wichtigen Fragen der *Gehilfenhaftung* und *Beweislast* auf andere Weise nicht erreichbar wären. Die Untersuchung der deutschen Rechtspraxis beweist jedoch, dass sachgerechte Lösungen dieser Probleme *heute* auch mit den Deliktsregeln zu erzielen sind. *Der Ausweitung der Vertragshaftung* (culpa in contrahendo i.w.S., Drittschutz, sozialer Kontakt) *bedarf es schon de lege lata nicht*, um Verletzungen von Personen oder Eigentum im vor-vertraglichen Bereich angemessen beurteilen zu können (§ 10 A.). Insbesondere ist es in Anbetracht der Entwicklung des allgemeinen Beweisrechts (insbes. Anscheinsbeweis, Gefahrenkreislehre) nicht erforderlich, die Vertragsordnung auf vor-vertragliche Personen- oder Sachschadensfälle auszudehnen, um eine brauchbare Beweislastregelung zu erreichen (§ 10 B.). Entsprechendes gilt bereits *de lege lata* auch hinsichtlich der außervertraglichen Haftung für Leute. Die Fortbildung des § 831 BGB in der Rechtsprechung hat aus diesem legislativen "Ärgernis" eine relativ brauchbare Regel gemacht. Danach besteht heute eine nur schwer zu widerlegende Vermutung, dass eine Schädigung durch den Verrichtungsgehilfen nur deshalb

eintreten konnte, weil der Geschäftsherr nicht alle zur Schadensverhütung gebotenen Maßnahmen getroffen hatte. Die konsequente Ausschöpfung der mit dieser Regel gebotenen Möglichkeiten würde es erlauben, auf die Anwendung des § 278 BGB, d.h. die Ausweitung der Vertragsordnung in ihren verschiedenen Erscheinungsformen zu verzichten und die nicht unbedenklichen Versuche zur Ausdehnung des § 31 EGB (extensive Interpretation *ultra verba legis*; Analogie; körperschaftlicher Organisationsmangel) aufzugeben. Der praktisch schon längst bedeutungslose dezentralisierte Entlastungsbeweis könnte auch theoretisch fallengelassen werden. Darüber hinaus wäre es möglich, die vielfach festzustellende Überdehnung des Anwendungsbereiches des § 823 I BGB rückgängig zu machen. Diese Norm drängt § 831 BGB (und § 278 BGB) in der Gerichtspraxis ganz in den Hintergrund. Insgesamt gesehen bietet jedenfalls bereits die geltende Gemeinordnung den Gerichten auch im Bereich der Gehilfenhaftung genügend Instrumente, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden (§ 10 C. I.).

Die geplante Reform des § 831 BGB würde daher kaum Änderungen für die tatsächlichen Falllösungen bringen (§ 10 C. II. 1. a.). Die entscheidende Bedeutung einer Novellierung liegt vielmehr in einer Bereinigung unseres unübersichtlich gewordenen Haftungsrechts. Zum einen wird die neu geregelte Gehilfenhaftung auch jenen den *Verzicht auf die vertragsartige Haftung bei vor-vertraglichen Personen- und Sachschäden* ermöglichen, die die außervertragliche Haftung selbst in ihrer heutigen fortentwickelten Ausgestaltung für unzureichend halten und daher *de lege lata* die Verantwortlichkeit nach Vertragsgrundsätzen beibehalten wollen. Die im Hinblick auf die ursprünglich unzulängliche Regel des § 831 BGB entwickelten Umgehungsstrukturen (Haftung aus geschäftlichem Kontakt einschl. Drittschutz; Haftung aus sozialem Kontakt bzw. gesetzlichem Schutzverhältnis) könnten fallen gelassen werden. Auch das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen i.e.S. verlöre seine Funktion, soweit die Rechtsfigur dazu dient, den § 278 BGB auf die Verletzung schon deliktisch geschützter Güter der Verhandlungspartner (oder nahestehender Dritter) anwendbar zu machen (§ 10 C. II. 1. b. aa.). Zum anderen würde die beabsichtigte neue Ordnung der Gehilfenhaftung zu einer *Vereinfachung des Deliktsrechts* führen. Zwar sind m. E. bereits *de lege lata* einige "Randbereinigungen" möglich und geboten (Aufgabe der Überdehnung und Analogie der §§ 30, 31 BGB, des körperschaftlichen Organisationsverschuldens sowie des dezentralisierten Entlastungsbeweises). Ohne Zweifel würde aber auch hier die Reform des § 831 BGB den Verzicht auf gewohnte Lösungsmodelle erleichtern. Darüber hinaus gibt es weitere Möglichkeiten zur Bereinigung der Deliktsordnung, die *nur* mittels der Novellierung der Leutehaftung zu verwirklichen sind (Weg-

fall der Schadensabwendungspflicht des Geschäftsherrn aus § 831 BGB und – teilweise – aus § 823 I BGB; prozessuale Konzentration auf die konkrete Schädigung (§ 10 C. II. 1. b. bb.). Unsere Rechtsprechungsanalyse zeigt im Übrigen, dass die umstrittene Frage, ob der Geschäftsherr unabhängig von der Verschuldensfähigkeit und dem konkreten Verschulden des Verrichtungsgehilfen haften solle, wenigstens in unserem Untersuchungsbe- reich keine praktische Bedeutung hat. Entsprechendes gilt für die Beschränkung der strik- ten Haftung des Geschäftsherrn auf den Wirtschaftsverkehr (§ 10 C. II. 2.).

### III.

Die Anwendung der Vertragsordnung auf vor-vertragliche Verletzungen des Erhaltungsin- teresses (Personen- und Sachschäden) ist theoretisch nicht zu begründen und praktisch weder notwendig noch durchweg angemessen. Die Gemeinordnung (insbesondere De- liktsordnung) ist demgegenüber sowohl theoretisch zutreffend als auch praktisch – bereits *de lege lata* – brauchbar. Diese Lösung bedeutet keine Rückkehr zum dichotomischen Anspruchssystem des 19. Jahrhunderts: Vertrag und Delikt sind heute nicht die einzigen Anspruchsgrundlagen des Privatrechts und werden es in Zukunft immer weniger sein. Kompliziertere Lebensverhältnisse verlangen ein differenzierteres außervertragliches Haf- tungsrecht, das durch die Haftpflichtversicherung zu ergänzen ist. Dieses Schadenstra- gungsmodell dürfte wenigstens in unserem, vor allem Verkehrssicherungspflichten betref- fenden Untersuchungsbereich gegenwärtig wohl am zweckmäßigsten sein.<sup>1156</sup> Ob es sich auf die Dauer gegenüber den "Vorsorgesystemen"<sup>1157</sup> behaupten wird, lässt sich heute noch nicht absehen.

---

<sup>1156</sup> In diesem Sinne wohl auch Weyers 660.

<sup>1157</sup> Vgl. zur Frage der Vorsorgelösungen statt vieler die Habilitationsschriften von *Eike von Hippel* und *Weyers*.

## ABKÜRZUNGEN

Soweit nicht anders vermerkt, beziehen sich die Abkürzungen auf *deutsche* Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Gesetze, Gerichte usw.

### A

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Ost.)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung; alte Folge
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht (mit Ortsnamen)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherung
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung
All E.R.	All England Law Reports (engl.)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (1794)
ALR 2nd	American Law Reports Annotated. 2nd series
am.	amerikanisch
a.M.	anderer Meinung
Am.Jur.	American Jurisprudence
Anm.	Anmerkung
App.	Corte d'appello (it.); Appellationshof (schw.)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Arch.giur.	Archivio giuridico "Filippo Serafini" (it.)
ArchPT	Archiv für Post und Telegraphie
Art.; art.	Artikel; article, articolo
Aufl.	Auflage

### B

bad.	badisch(e)
BadRpr.	Badische Rechtspraxis (und Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte)
BayZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
bearb.	bearbeitet
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) i.d.F. v. 29.6.1956 (BGBl. I 559, 562)
begr.	begründet
Bekl.	Beklagte(r)

## Abkürzungsverzeichnis

Belg.	belgisch
Bem.	Bemerkung
Betr.	Der Betrieb
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt (dt.; öst.)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGr	Bundesgericht (schw.)
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung v. 1.8.1959 (BGBI I 565)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (Sektion Privatrecht; fr.)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise

## C

Cass.	Cour de Cassation (belg., fr.); Corte di cassazione (it.)
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile (fr.)
Cass. req.	Cour de Cassation, chambre des requêtes (fr.)
c.c.	code civil (belg., fr.); codice civile (it.)
Chron.	Chronique (fr.)
c.i.c.	culpa in contrahendo
civ.	civil(e)
Corti Bari,	le Corti di Bari, Lecce e Potenza. Rivista di diritto e giurisprudenza (it.) Lecce, Potenza

## D

D.	Dalloz. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législa- tion et de doctrine (fr.; 1845-1924, 1945-1954, 1956- ) D.P. Dalloz periodique (1924-1940) D.H. Dalloz hebdomadaire (1924-1940) D.C. Dalloz critique (1941-1945) D.A. Dalloz analytique (1941-1945) D.S. Dalloz et Sirey (1955)
DAR	Deutsches Autorecht
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d.h..	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
D.L.R.	Dominion Law Reports (Kanada)
Doctr.	Doctrine (fr.)
DR	Deutsches Recht

## Abkürzungsverzeichnis

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dt.	deutsch(e)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

### E

Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EKG	Haager Einheitliches Kaufgesetz 1964 ( <i>loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels; uniform Law on the International Sale of Goods</i> )
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz v. 21.1.1959 (öst.)
ElsaßLothZ	Juristische Zeitschrift für (das Reichsland) Elsaß-Lothringen
engl.	englisch
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 8.-9.1958 (RGBl II 665)

### F

f.	für
f., ff.	folgend(e)
Festschr.	Festschrift
Filangieri	Il Filangieri (it.)
Foro it.	Il Foro Italiano (it.)
Foro it., Rep,	Repertorio Generale Annuale di Giurisprudenza, Bibliografia, Legislazione von "Il Foro Italiano" (it.)
fr.	französisch

### G

G	Gesetz
Gaz .Pal.	La Gazette du Palais (fr.)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 25.5.1949
ggf.	gegebenenfalls
Giur.compl.cass.civ.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione – Sezioni civili (it.)
GIU (NF)	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes von Glaser, Unger und Walther (Bd. I-XXXIV), Neue Folge (Bd. XXXV-LII der ganzen Reihe) (öst.)
GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begr. v. Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. v. Grünhut



**H**

Handschr.	Handschrift
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (H = Hauptblatt; B = Beiblatt)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben

**I**

ibid.	ibidem (ebenda)
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im eigentlichen (eng[er]en) Sinn
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
it.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weite(re)n Sinn

**J**

JBf	Juristische Blätter (öst.)
J.C.P.	Juris-Classeur périodique; La Semaine Juri-dique (fr.)
Jg.	Jahrgang
JhJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JRfPrV	Juristische Rundschau für die Privatversicherung
J.T.	Journal des Tribunaux (belg.)
Jur.Diss.	Juristische Dissertation (Universität)
JuristenJb	Juristen-Jahrbuch
Jur.Liège	Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège (belg.)
JuS	Juristische Schulung
Justiz	Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

**K**

KG	Kammergericht
KGBl	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts
KGr	Kantonsgericht (schw.)
Kl.	Kläger(in)

KritVjschr. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und  
Rechtswissenschaft

**L**

LAG Landesarbeitsgericht  
 LG Landgericht  
 LM Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Loseblattsammlung),  
 hrsg. von Lindenmaier, Möhring u.a.  
 L.Q.R. The Law Quaterly Review (engl.)  
 LS Leitsatz  
 LZ Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht

**M**

Masch.-Schr. Maschinenschrift  
 MDR Monatsschrift für Deutsches Recht  
 m.E. meines Erachtens  
 Motive s. im Literaturverzeichnis

**N**

N Fußnote  
 n. numero  
 N.F., NF Neue Folge  
 NJ Neue Justiz (ehem. DDR)  
 NJW Neue Juristische Wochenschrift  
 Nr. Nummer  
 Nuovo dir. Il Nuovo diritto (it.)

**O**

o. oben  
 ObG Obergericht  
 öJZ österreichische Juristen-Zeitung  
 öRiZ österreichische Richterzeitung  
 öst. österreichisch  
 özöR österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht  
 OG Oberstes Gericht ( ehem. DDR)  
 OGH Oberster Gerichtshof (öst.)  
 OGHBrZ Oberster Gerichtshof für die Britische Besatzungszone  
 OGr Obergericht (schw.)  
 OldZ Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege (im Großherzogtum) in  
 Oldenburg  
 OLG Oberlandesgericht  
 OLGE Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des

OR Zivilrechts, hrsg. v. Mugdan und Falkmann  
Obligationenrecht (schw.)

**P**

Pas. Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du conseil d'Etat de Belgique  
PraxisVersR Praxis des Versicherungsrechts (Beilage zu "Öffentlich-rechtliche Versicherung")  
Protokolle s. im Literaturverzeichnis

**R**

RabelsZ Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Ernst Rabel  
RAG Reichsarbeitsgericht  
RAGE Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts  
RdA Recht der Arbeit  
RdL Recht der Landwirtschaft  
Recht Das Recht, begr. v. Soergel  
Rechtspfleger Der deutsche Rechtspfleger  
Referentenentwurf s. im Literaturverzeichnis  
Rev.crit. Revue critique de législation et de jurisprudence (fr.)  
Rev.crit.jur.belge Revue critique de jurisprudence belge  
Rev.int.dr.comp, Revue internationale de droit comparé (fr.)  
Rev.trim. Revue trimestrielle de droit civil (fr.)  
RG Reichsgericht  
RGBl (I, II) Reichsgesetzblatt (Teil I, Teil II)  
RG-Nachschlagewerk (nicht veröffentlichtes) Nachschlagewerk des RG  
RG-N.W. (eingesehen in der Bibliothek des BGH, Karlsruhe)  
RGZ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen  
RheinZ Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht  
RiA Das Recht im Amt  
Riv.dir.comm. Rivista del diritto commerciale (it. )  
Riv.trim. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (it.)  
Rndnr. Randnummer  
Rspr. Rechtsprechung  
RVO Reichsversicherungsordnung v. 19.7.1911

**S**

s. (o.; u.) siehe (oben; unten)  
S. Seite; Recueil Sirey (fr.)  
SächsArch Sächsisches Archiv für Rechtspflege  
s.c. scilicet  
SchIHA Schleswig-Holsteinsche Anzeigen

SchmJb	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, hrsg. v. Schmoller
schw.	schweizerisch
Sem.jud.	Semaine judiciaire (schw.)
SeuffBl	Blätter für Rechtsanwendung, begr. v. Seuffert
S.J.	The Solicitors' Journal (engl.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SoergelRspr.	Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, bearb. v. Soergel
sog.	sogenannt(e)
Somm.	Sommaires (fr.)
Sp.	Spalte
StVG	Straßenverkehrsgesetz v. 19.12.1952
SZ	Entscheidungen des österreichischen. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen

## T

Temi	Temi (früher: Rivista di giurisprudenza italiana) (it.)
Trib.	Tribunale (it.)
Trib.civ.	Tribunal civil (belg., fr.)
Trib.gr.inst.	Tribunal de grande instance (fr.)
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review(am.)

## U

u.	und; unten
u.a.	und andere; unter anderen (m)
u.ä.	und ähnlich(e, es)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909

## V

v.	versus (gegen); vom, von
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
Verf.	Verfasser
VerhDJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
VersN	Der Versicherungsnehmer. Zeitschrift für die Versicherungnehmende Wirtschaft und den Straßenverkehr
VersPr	Die Versicherungs-Praxis. Organ der Versicherungsnehmer. Zeitschrift für Versicherungswirtschaft und Versicherungsrecht, für Feuerschutz, Feuerlöschwesen und Unfallverhütung
VersR	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung

## Abkürzungsverzeichnis

VersRAI	Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung. Beilage Ausland
Vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.5.1908

## W

WarnRspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, hrsg. v. Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Teil IV)

## Z

ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht (öst.)
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Zentralblatt für die juristische Praxis (öst.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begr. v. Goldschmidt
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZJBI	Zentral-Justizblatt für die Britische Zone
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
z.T.	zum Teil
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (öst.)

## SCHRIFTTUM

Zitierweise: Soweit bei den einzelnen Titeln keine besondere Zitierweise angegeben ist, werden selbständige Veröffentlichungen nur mit Verfassernamen und Seitenzahl zitiert. Unselbständige Veröffentlichungen sind mit der abgekürzten Fundstelle angeführt.

- Abadir*, Rifaat: Anm. zu Cass. civ. 21.7.1970, D. 1970, 768 f,  
*Achilles-Greiff*: BGB, 21. Aufl. Berlin 1958; zit.: Achilles-Greiff/Bearbeiter  
*Adler*, Fritz: Die "culpa in contrahendo". Zugleich ein Beitrag zum Problem des § 463 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jur. Diss. Freiburg i. Br. 1925 (Masch.-Schr.)  
*Alexios*, Konstantin: Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen im deutschen Recht im Vergleich zum französischen und griechischen Recht. Jur. Diss. Freiburg i Br. 1970  
*Amberg*, Carl: Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im BGB. Jur. Diss. Jena 1907  
*Arens*, Peter: Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970) 392-425  
*Ascarelli*, Tullio, Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione, Milano 1952  
*Azard*, Pierre: Anm. zu Cass. civ. 11.5.1966, D.1966, 735-738  
*Ballerstedt*, Kurt: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/1951) 501-531  
*Bappert-Maunz*: Verlagsrecht. Kommentar von W. Bappert u. Th. Maunz.. München 1952  
*Barassi*, Ludovico: Besprechung von C. Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Arch. giur. 62 (1899) 591-596  
*Barbero*, Domenico: Sistema di diritto privato italiano, Bd. I, 6. Aufl. Torino 1962  
*Barth*, Heinrichs: Der soziale Kontakt als Haftungsgrund. Ein Beitrag zur Kritik der "faktischen" Vertragsverhältnisse. Jur. Diss. Göttingen 1947 (Masch.-Schr.)  
*Bartholomeyczik*, Horst: Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung, in: Festschrift für G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967, S.51-77, Frankfurt 1967; zit.: Ficker-Festschr.  
*Baudry-Lacantinerie*, H./Barde, L.: Traité théorique et pratique de droit civil. Bd. XII: Des obligations, I, 3. Aufl. Paris 1906; zit.: Baudry-Lacantinerie/Barde  
*Baumert*, Georg: Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Jur. Diss. Berlin (Freie Univ.) 1955  
*Baur*, Fritz: Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für „Verrichtungsgehilfen“, in: Karlsruher Forum 1962, 14-16  
*Beitzke*, Günther: Zur rechtlichen Qualifikation der Verlöbnisfolgen, in: Festschrift für H. G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967, S. 78-94. Frankfurt 1967, zit.: Ficker-Festschr.  
*Benatti*, Francesco: La responsabilità precontrattuale, Milano 1965  
*Berger*, Erich: Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda, Jur. Diss. Göttingen 1935, Emsdetten i.W. 1935  
*Berner Kommentar*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begr. von M. Gmür, Obligationenrecht, Bd.VI, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-185), erläutert von H. Becker. 2.Aufl. Bern 1941; zit.: Becker in Berner Kommentar

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, begr. von M. Gmür, hrsg. von H. Becker, Bd. I 1: Einleitung. Art.1-10 ZGB, erläutert von P. Liver u.a. Bern 1962; zit.: Bearbeiter in Berner Kommentar
- Betti*, Emilio: Der Grundsatz von Treu und Glauben in rechtsgeschichtlicher und vergleichender Betrachtung, in: Studien zum kausalen Rechtsdenken. Eine Festgabe zum 80. Geburtstag von R. Müller-Erbach, S. 7-32. München-Pasing 1954; zit.: Müller-Erbach-Festschr.
- Betti*, Emilio: Teoria generale delle obbligazioni. Bd. I. Milano 1955; zit.: Teoria generale
- Betti*, Emilio: Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für H. Lehmann zum 80. Geburtstag. Bd. I. S. 255-270 Tübingen 1956, zit.: Lehmann-Festschr. I
- Beyerle*, Franz: Schuldenken und Gesetzeskunst, ZStW 102 (1942) 209-258
- BGB-Entwurf*: s. Kommission „,
- BGB-RGRK*: s. Das Bürgerliche Gesetzbuch
- Blomeyer*, Arwed: Allgemeines Schuldrecht. 4.Aufl. Berlin 1969
- Böhme*, Erwin: Verschulden beim Abschluß wirksamer Verträge. Jur. Diss. Leipzig 1921 (Handschrift)
- Böhmer*, Emil: Künstliche Konstruktionen zur Umgehung des § 831 BGB, MDR 1964, 968-971
- Boehmer*, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. Tübingen 1952, zit.: Grundlagen II 2
- Boehmer*, Gustav: Jugenderinnerungen an die Zeit der Freirechtslehre, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, in: Festschrift für H. Dölle, Bd. I, S. 3-25. Tübingen 1963, zit.: Dölle-Festschr.
- Bogusch*, Ernst: Die neuere Entwicklung der Lehre von der Culpa in contrahendo, Jur. Diss. Königsberg 1928
- Bopp*, Eberhard: Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von allgemeinen Verkehrspflichten, Jur. Diss. Tübingen 1938
- Borsetto*, Pietro: La responsabilità precontrattuale e l'art. 1337 nel nuovo codice civile, Temi 1946, 404-407
- Brecher*, Fritz: Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für A. Nikisch. S. 227-247. Tübingen 1958, zit.: Nikisch-Festschr.
- Brox*, Hans: Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. München 1971.
- Brox*, Hans: Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, 761-767
- Bruck*, Ernst: Das Privat-Versicherungsrecht, Mannheim 1930
- Bruck-Möller*. Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechts, begr. von E. Bruck, neu bearb. von H. Möller, 8.Aufl. Berlin 1961, zit.: Bruck-Möller/ggf. Bearbeiter
- Brückner*: Die Haftpflicht derjenigen, welche die ihrer Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehr gewidmet haben, für die ordnungsmäßige und verkehrssichere Beschaffenheit dieser Räume, Recht 1905, Sp. 329-331, 353-356
- Brückner*: Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Gastwirten, sowie den Schank- und Speisewirten (Restaurateuren) und ihren Gästen, Recht 1907, Sp. 1106-1117
- Brun*, André: Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Paris 1951

- Büren*, Bruno von: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil bzw. Besonderer Teil, Zürich 1964, 1972; zit.: I, II
- Das Bürgerliche Gesetzbuch* mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl. Berlin 1959, zit.: BGB-RGRK/Bearbeiter
- Burckhardt*, Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927; zit.: Organisation
- Burckhardt*, Walther: Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens dem schweizerischen Bundesgericht, dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern. S. I-92. Bern 1924; zit.: BGr-Festgabe
- Bydlinski*, Franz: Bananenprozeß und Schadensersatzrecht, ZAS 1 (1966) 165-179
- Bydlinski*, Franz: Referat in: Zur Erneuerung der- Struktur der Rechtsordnung, veröffentlicht vom Bundesministerium der Justiz, S. 15-58, Wien o. J. (um 1969); zit.: Zur Erneuerung
- Bydlinski*, Franz: Schadensrecht und Arbeitskampf, öZöR 9 (1958/1959) 518-568
- Bydlinski*, Franz: Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBI 82 (1960) 539-367
- Cabjolski*, Hans Jürgen: Entwicklung und heutiger Stand der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Freiburg i.Br. 1955
- Caemmerer*, Ernst von: Die absoluten Rechte in § 823 Abs. I BGB, in: Karlsruher Forum 1961, 19-27 (Ges. Schriften, hrsg. von H.G. Leser, Bd. 1 S. 554-581, Tübingen 1968)
- Caemmerer*, Ernst von: Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen, DAR 39 (1970) 285-292
- Caemmerer*, Ernst von: Diskussionsbeitrag: Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen, in: Karlsruher Forum 1962. Zur Fortentwicklung des Haftungsrechts, 1963, 23 f.
- Caemmerer*, Ernst von: Diskussionsbeitrag: Zur Haftung für Verrichtungsgehilfen, in: Karlsruher Forum 1967. Strukturwandlungen im Haftungsrecht (Versicherungsrecht, Beiheft) wohl nicht im Druck erschienen; im Katalog der Deutschen Nationalbibliothek nicht aufzufinden); zit. nach Gliederungsnummern des Manuskripts
- Caemmerer*, Ernst von: Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg i.Br. 1956. (Ges. Schriften, hrsg. von H, G. Leser, Bd. I. S. 395-410, Tübingen 1968); zit.: Kausalzusammenhang
- Caemmerer*, Ernst von: Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. II. S. 49-136, Karlsruhe 1960. (Ges. Schriften, hrsg. von H.G. Leser, Bd. I S. 452-553, Tübingen 1968); zit.: DJT-Festschr. II
- Calusi*, Vittorio E.: In tema di trattative e responsabilità precontrattuale (Critica della dottrina e della giurisprudenza.), Riv. trim. 1956, 470-487
- Camerlynck*, G.H.: Contrat de travail (Traité de droit du travail, hrsg. von G.H. Camerlynck. Bd. I), Paris 1968
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, 475-482
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964; zit.: Feststellung



- Canaris*, Claus-Wilhelm: Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus "culpa in contrahendo", Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964; 1987-1995
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
- Carbonnier*, Jean: Droit civil, Bd. II: La famille, Les incapacités, 8. Aufl.; Bd. IV: Les obligations, 6. Aufl. Paris 1969
- Carresi*, Franco: In tema di responsabilità precontrattuale, Temi 1965, 440-469
- Chitty*, Joseph: On Contracts, Bd. I: General Principles, 23. Aufl. hrsg. von A.G.Guest, London 1968
- Clerk J. F. & Lindsell W.H.B.*: On Torts, 13. Aufl. hrsg. von A.L. Armitage, London 1969
- Cohérier*, André: Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, Thèse droit, Paris 1959
- Coing s. Enneccerus*
- Colin*, Ambroise - *Capitant*, Henri: Traité de droit civil, bearb. von Léon *Julliot de la Morandière*, Bd. II., Paris 1959; zit.: Colin-Capitant-Julliot de la Morandière II
- Coviello*, Leonardo: Della cosiddetta culpa in contrahendo, Filangieri 25 (1900) 721-758
- Craushaar*, Götz von; Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, München 1969
- Codel*, Paul: Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Königsberg 1925 (Auszug)
- Crome*, Carl: Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, Mannheim 1894
- Dabin*, Jean - *Lagasse*, André: Examen de jurisprudence (1959 à 1965), La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil, art. 1382 et suiv.), Rev. crit. jur. belge 1963, 257-309 und 1964, 289-351
- Dalcq*, Roger O.: Examen de jurisprudence (1965 à 1967). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil art.1382 et suiv.), Rev. crit. Jur. belge 1968, 195-251 und 329-386
- Dalcq*, Roger O.: Traité de la responsabilité civile, Bd. I: Les causes de responsabilité, 2. Aufl. Bruxelles 1967
- Dalcq*, Roger O.: Le vice de la chose, Anm. zu Cass. 30.5.1969, Rev. crit. jur. belge 1970, 61
- Dalloz*, Encyclopédie Juridique. Répertoire de droit civil, Bd. IV, Paris 1954. (mit jährl. mise à jour); zit.: *Dalloz* Rép. civ. IV
- Dalloz*. Encyclopédie Juridique. Répertoire de droit commercial et des sociétés, Bd. I., Paris 1956 (mit jährl. mise a jour); zit.: *Dalloz* Rép. droit comm, I
- Danz*, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911; zit.: Auslegung
- Danz*, Erich: Richterrecht, Berlin 1912; zit.: Richterrecht
- de Bersaques*, André: La "culpa in contrahendo", Anm. zu Cour d'appel de Liège 3.4.1962, Rev. crit. jur. belge 1964, 277-287
- de Cupis*, Adriano: Il danno, teoria generale della responsabilità civile, 2. Aufl. Bd. I, Milano 1966
- Dekkers*, René: Précis de droit civil belge, Bd. II: Les obligations - les preuves ~ les contrats - les sûretés, Bruxelles 1955 (mise à jour 1971)
- Delius*: Die Haftung für Verkehrssicherheit, DJZ 1914, Sp. 206-212
- Demogue*, René: Traité des obligations en général, Paris Bd. II (1925), Bd. V (1925)

- de Page*, Henri: Traité élémentaire de droit civil belge, Bd. II: Les incapables - les obligations (première partie), 3. Aufl. Bruxelles 1964; Bd. IV: Les principaux contrats usuels (première partie), 2. Aufl. Bruxelles 1951
- Dernburg*, Heinrich: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Aufl. Halle, Bd. I: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts 1906 (1. u. 2. Aufl. 1902); Bd. II: Die Schuldverhältnisse ... I. Abt.: Allgemeine Lehren, 1905, 2. Abt.: Einzelne Obligationen, 1906; zit.: *Dernburg I* bzw. *II 1*, *II 2*.
- De Ruggiero*, Roberto – *Maroi*, Fulvio: Istituzioni di diritto civile, Bd. II, 9. Aufl. von C. Maiorca, Milano 1961; zit.: *Ruggiero-Maroi-Maiorca*
- Deutsch*, Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung, Köln 1965
- Deutsch*, Erwin: Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, 244-248
- Diederichsen*, Uwe: Die Haftung des Warenherstellers, München 1967
- Diederichsen*, Uwe: "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" und Ersatz von Mangelfolgeschäden, AcP 165 (1965) 150-168
- Diederichsen*, Uwe: Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgehilfen, ZRP 1968, 60 f.
- Diederichsen*, Uwe: Zur Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefährdungshaftung, in: *Karlsruher Forum* 1966, 21-28
- Diederichsen*, Uwe: Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden beim Vertragsschluß und Sachmängelgewährleistung, BB 1965, 401-405
- Diers*, Ludwig: Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo. Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?, Jur. Diss. Münster 1962
- Dietz*, Rolf: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Köln 1934
- Dietz*, Rolf: Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, in: *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962*, hrsg. von H. Dölle, S. 181-205, Berlin 1962; zit.: *Landesreferat*
- Dilcher*, Hermann: Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154 (1955) 120-141
- Dölle*, Hans: Außergesetzliche Schuldpflichten, ZStW 103 (1943) 67-102
- Dölle*, Hans: Juristische Entdeckungen, Festvortrag (beim 42. Deutschen Juristentag Düsseldorf 1957), *VerhDJT* 42 (1957) II S. B1 - B22, Tübingen 1959
- Dölle*, Hans: Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 34 (1970) 403-410
- Dölle*, Hans: Vom alten zum neuen Schuldrecht, DJZ 1934, Sp.1016-1024
- Dömke*, Gerhard: Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Jur. Diss. Königsberg 1933
- Drechsler*, Bernhard: Die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des sogen. negativen Vertragsinteresses bei nicht zu Stande gekommenem Verträge nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jur. Diss. Rostock 1902
- Drenhaus*, Carl: Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß insbesondere bei Nichtzustandekommen eines Grundstücksübereignungsvertrages, Jur. Diss. Erlangen 1932 (Bochum 1933)
- Drobnig*, Ulrich: Methodenfragen der Rechtsvergleichung im Geiste der "International Encyclopedia of comparative law", in: *Jus privatum gentium. Festschrift für M. Rheinstein*, Bd. I. S. 221-233, Tübingen 1969; zit.: *Rheinstein-Festschr. I*
- Drobnig*, Ulrich: Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie, *RabelsZ* 18 (1953) 295-309

- Durrv*, Georges: Obligations et contrats spéciaux, II: Responsabilité civile, Rev. Trim. 65 (1967) 630-652 und 69 (1970) 171-188
- Eckardt*, Ulrich: Außervertragliche Schutzpflichten, Jur. Diss. Göttingen 1951 (Masch.-Schr.)
- Eckstein*, Ernst: Haftung für Unfälle des Kunden im Laden, SeuffBl 78 (1913) 285 f.
- Edlbacher*, Oskar: Zur geplanten Erweiterung der Haftung für den Besorgungsgehilfen und den Inhaber einer gefährlichen Anlage in Österreich, in: Karlsruher Forum 1962, 17-22
- Ehrenzweig*, Albert A.: Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Wien 1936
- Ehrenzweig*, Armin: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl. Wien. Bd. I, 1. Hälfte: Allgemeiner Teil, bearb. von Adolf Ehrenzweig 1951  
Bd. II, I. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse, 1928; zit.: Ehrenzweig I 1, II I
- Ehrlich*, Eugen: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1905; zit.: Freie Rechtsfindung
- Ehrlich*, Eugen: Grundlegung der Soziologie des Rechts, München 1913
- Ehwalt*, Ursula: Verletzung von Person oder Sachen des Gegners während der Vertragsverhandlungen, Jur. Diss. Königsberg 1928
- Eichler*, Hermann: Gesetz und System, Berlin 1970; zit.: Gesetz
- Eichler*, Hermann: Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1963) 401-420
- Eichler*, Hermann: Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950
- Eichler*, Kurt: Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Eine Untersuchung über die Frage, ob und inwieweit sich für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, die zu einem gültigen Vertrag nicht führen, eine Haftpflicht begründen läßt, Jur. Diss. Hamburg 1924 (Masch.-Schr.)
- Emmerich*, Volker: Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 1971, 273-281
- Endemann*, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. Berlin 1903
- Engelmann*, Ulrich: Veranlassungshaftung aus Verhalten bei Vertragsschluß, Jur. Diss. Köln 1955 (Masch.-Schr.)
- Engisch*, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Enneccerus*, Ludwig - *Kipp*, Theodor - *Wolff*, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Halbbd., 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1960; zit.: Enneccerus-Nipperdey  
Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958; zit.: Enneccerus-Lehmann  
Bd. V: Erbrecht, von Th. Kipp., 12. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1965; zit.: Enneccerus-Coing
- Entwurf* eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Protokolle der 1. Kommission. Berlin 1882 (Manuskript); zit.: Protokolle der I. Kommission
- Erdsieck*, Gerhard: Die Problematik des § 831 BGB und seine Einwirkung auf unsere Vertrags- und Amtshaftung. Ein Beitrag zur Reform des Haftungsrechts, JuristenJb 8 (1967/1968) 36-62
- Erman*, Walter: Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934) 275-356
- Erman*, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, hrsg. von Walter Erman, H-P. Westermann, 5. Aufl. Münster/Westf. 1972

- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 16.6.1896, S. 1897, I, 17
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 21.2.1927, S.1927, I, 137
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. chambres réunies 13.2.1930, S.1930, I, 121
- Esmein*, Paul: Anm. zu Paris 30.6.1958, Gaz. Pal. 1958, II, Doctr. 46
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 20.12.1960, D.1961, 141-143
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 7.11.1961, D.1962, 146-148
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 12.2.1964, D.1964, 358-360
- Esmein*, Paul: Anm. zu Cass. civ. 19.11.1964, D.1965, 93-95
- Esser*, Josef: Besprechung von G. Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, SchmJb 66 (1942) 1. Halbbd. 230-234
- Esser*, Josef: Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse", AcP 157 (1958/59) 86-99
- Esser*, Josef: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, München 1941; zit.: Gefährdungshaftung
- Esser*, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; zit.: Grundsatz
- Esser*, Josef: Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Aufl. Karlsruhe 1949; zit.: Schuldrecht, 1. Aufl.
- Esser*, Josef: Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch; 2.Aufl. Karlsruhe 1960, zit.: Schuldrecht, 2.Aufl.
- Esser*, Josef: Schuldrecht. Ein Lehrbuch  
Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. und 4. Aufl. Karlsruhe 1968 bzw. 1970  
Bd. II: Besonderer Teil, 4.Aufl. Karlsruhe 1971; zit.: Schuldrecht I, II (I, 3.Aufl. mit *entsprechendem Zusatz*)
- Esser*, Josef: Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für F. Hippe/ zum 70. Geburtstag; S. 75-130, Tübingen 1967; zit.: von Hippe/Festschr.
- Faber*, Friedrich: Die Haftung des Vertretenen für das Verschulden des Stellvertreters beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Tübingen 1926 (Stuttgart 1926)
- Fabricius*, Fritz: Anm. zu BGH 16.4.1969, JZ 1970, 29-51
- Fabricius*, Fritz: Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, 1-11 und 50-60
- Faggella*, Gabriele: Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica, in: Studi giuridici in onore di C. Fadda, Bd. III. S. 271-342, Napoli 1906
- Fagnart*, Jean-Luc: Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile 1955-1969, Bruxelles 1971
- Farner*, H.: Die private Unfall- und Haftpflichtversicherung, 3.Aufl. Bern 1960
- Ferid*, Murad: Das Französische Zivilrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren. Recht der Schuldverhältnisse, Frankfurt/M. 1971; zit.: Ferid I
- Ferri*, Luigi: Rassegna di giurisprudenza: Vendita, Riv. trim. 5 (1951 ) 221-246
- Fichtner*, Dieter: Positive Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluß, unter rechtsvergleichender Betrachtung des englischen Rechts – Haftungsumfang und Rechtsquellen Jur. Diss. Heidelberg 1961. (Masch.-Schr.)
- Ficker*, Hans Claudius: Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers und seiner Vormänner bei Sachmängeln in der französischen Rechtsprechung, Frankfurt/M. 1962
- Fikentscher*, Wolfgang: Schuldrecht, 2. Auf I. Berlin 1969
- Fischbach*: Vorbereitende Rechtsverhältnisse, ArchBürgR (1915) 160-170

- Fischer*, Hans-Detlev: Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung, Heide i. Holst. 1958
- Flume*, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965
- Flume*, Werner: Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948; zit.: Eigenschaftsirrtum
- Flume*, Werner: Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten. AcP 161 (1962) 52–76
- Forsthoff*, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 9. Auf München 1966
- Franz*, Erwin: Die Haftung für Sachmängel und für Verschulden beim Vertragsschluß im Kaufrecht, Jur. Diss. Heidelberg 1933
- Fritsch*, Andreas: Das negative Vertragsinteresse, Jur. Diss. Erlangen 1899 (Trier 1900)
- Fritz*, Paul: Die Schlechtleistung im besonderen Teil des Schuldrechts, Jur. Diss. Freiburg i. Br. 1951
- Frotz*, Gerhard: Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, S. 163-180, Aalen 1969; zit.: Gschnitzer-Gedenkschr.
- Fuchs*, Ernst: Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909
- Fuchs*, Ernst: Die gesellschaftskundliche (soziologische) Rechtsgestaltung und die §§ 829 und 831 BGB, Recht und Wirtschaft 8 (1919) 171-176
- Fuchs*, Erwin: Die Gesetzmäßigkeit des Einwandes der unzulässigen Berufung auf Formmängel, Jur. Diss. Köln 1950
- Fürst*, Rudolf: Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsgeschäften, LZ 1910, Sp. 177-189
- Gadow*, Wilhelm: Die Einrede der Arglist, JhJb 84 (1934) 174-205
- Gallo*, Armando: Trattative precontrattuali e perfezionamento de contratto, Anm. zu Cass. 18.6.1953 n.1849, Giur. compl. cass. civ. 1954, 2 bim., 160-163
- Gaudemet*, Eugène: Théorie générale des obligations. (postum) veröffentlicht von H. Desbois und J. Gaudemet, Paris 1965 {Neudruck der Ausgabe von 1937}
- Geigel*, Reinhart und Robert: Der Haftpflichtprozeß mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 14. Auf I. München 1969
- Geiß*, Hans: Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß und die Haftung für fremdes Verschulden bei Vertragsschluß, Jur. Diss. Göttingen 1938 (Quakenbrück 1938)
- Georgiades*, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968
- Gerhardt*, Walther: Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schuldverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597-602
- Gerì*, Vinicio: Responsabilità civile per danni da cose ed animali, 2.Aufl. Milano 1967
- Germann*, O.A.: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.Aufl. Bern 1967
- Gernhuber*, Joachim: Drittwirkung im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, in: Festschrift für A. Nikisch, S.249-274, Tübingen 1958; zit.: Nikisch-Festschr.
- Gernhuber*, Joachim: Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler, hrsg. von der Rechts- u. Staatswiss. Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, S. 151-179, Karlsruhe 1957
- Gernhuber*, Joachim: Gläubiger, Schuldner und Dritte, JZ 1962, 553-558
- Gernhuber*, Joachim: Haftung des Warenherstellers nach deutschem Recht, in: Karlsruher Forum 1963, 1-7

- Gierke*, Julius von: Die Haftpflichtversicherung und ihre Zukunft, ZHR 60 (1907) 1-66
- Gierke*, Otto von: Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden? Gutachten für den 28.Deutschen Juristentag (Kiel 1906), VerhDJT 28 (1906) I, 102-144, Berlin 1905
- Gierke*, Otto von: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887; zit.: Genossenschaftstheorie
- Gierke*, Otto von: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889
- Gilliard*, François: Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 108 (1967) II, 193-325
- Götz*, Donald: Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Ein Beitrag zur Problematik von Verkehrsstörungen durch Untätigkeit, dargestellt insbesondere am Beispiel des Schweigens auf Formularbedingungen und Bestätigungsschreiben, Bad Homburg v.d.H. 1968
- Goldscheider*, Anton: Die Haftung der Wirte für die Unfälle in ihren Räumen, GruchBeitr. 60 (1916) 369-392
- Gorla*, Gino: Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, Bd. II Casistica e problemi, Milano 1954
- Gorla*, Gino: Report on Italian Law: When acceptance becomes effective, in: Formation of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems, General editor Rudolph B. Schlesinger, Bd. II S. 1484-1488, New York 1968; zit.: Formation of Contracts II
- Goujet*, Leo: Die vorgesehene Neufassung des § 831 BGB in ihrer Auswirkung auf die Haftpflichtversicherung, VersPr. 1968, 145-148
- Grandpair*, Fritz: Haftung für culpa in contrahendo (unter besonderer Behandlung dieses Problems) auf dem Gebiete der vormundschaftlichen Vertretung, Jur. Diss. Erlangen 1950 (Masch.-Schr.)
- Greven*, Wilhelm: Das negative Vertragsinteresse nach gemeinem Recht unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Jur. Diss. Erlangen 1898
- Grisoli*, Angelo: Guide to Foreign Legal Materials. Italian, New York 1965
- Grünebauin*: Der § 831 BGB und die Haftpflichtversicherung, LZ 1912, Sp. 139-144
- Gschnitzer*, Franz: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Wien 1965; zit.: Schuldrecht, Allg. Teil
- Gschnitzer*, Franz: Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz, Wien 1965. zit.: Schuldrecht, Bes. Teil
- Güldner*, Werner: Die Beweislast für Verschulden bei der Haftung für positive Vertragsverletzung, Verschulden beim Vertragsschluß und nachvertragliches Verschulden, Jur. Diss. Bonn 1965 (Düsseldorf 1965)
- Guhl*, Theo: Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechts, 5. Aufl., Zürich 1956
- Haecker*, Jens: Zur Einbeziehung von dritten Personen in die Schutzwirkung vertraglicher Schuldverhältnisse, Jur. Diss. Kiel 1961
- Hagen*, Otto: Versicherungsrecht: Die einzelnen Versicherungszweige, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. von V. Ehrenberg, Bd. VIII, 2. Abt., Leipzig 1922; zit.: in EhrenbergsHb VIII 2
- Halsbury's Laws of England*: The Laws of England, hrsg. von Earl of Halsbury, 3. Aufl., hrsg. von Lord Simonds, Bd. IV, London 1953

- Hamburger*, Max: Treu und Glauben im Verkehr, Mannheim 1930
- Hammel*, Alfred: Die sogenannte culpa in contrahendo und die Haftung der Vertragsschließenden bei nicht zustande gekommenem Vertrag nach dem BGB, Jur. Diss. Straßburg 1912
- Hanau*, Peter: Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 (1965) 220-284
- Handelsgesetzbuch*. Großkommentar, begr. von H. Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, 3. Auf l. neu bearb. von D. Brüggemann u.a., Berlin. 1967; zit.: HGB RGRK/Bearbeiter
- Hartig*, Hilmar Heinz: Allgemeine und gesellschaftsrechtliche Verhandlungshaftung (culpa in contrahendo), Jur. Diss. Leipzig 1935 (Glauchau 1935)
- Hasenöhr*, Victor: Das österreichische Obligationenrecht in systematischer Darstellung mit Einschluß der handels- und wechserrechtlichen Lehren, Bd. I, Wien 1881
- Hassel*, Gernot: Die "Culpa in contrahendo" mit Rücksicht auf die Entwicklung der neueren reichsgerichtlichen Rechtsprechung, Jur. Diss. Erlangen 1949 (Masch.-Schr.)
- Haupt*, Günter: Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941 (Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber)
- Haymann*, Franz: Haftung des Versicherers für schuldhaft verzögerte Erledigung von Versicherungsanträgen, JW 1952; 2500-2503
- Heck*, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914) 1-318
- Heck*, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929. (unveränd. Nachdruck 1958)
- Hegel*, Georg W.F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Mit einer Einleitung hrsg. von B. Lakebrink, Stuttgart 1970 (Erstausgabe 1820)
- Heilborn*, Arthur: Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Köln 1925. (Masch.-Schr.)
- Heimbücher*, Bruno: Die Stellung des Arbeitnehmers in der Haftpflichtversicherung, Versicherungswirtschaft 1962, 596-599
- Heimbücher*, Bruno: Technische Ausgestaltung der englischen Haftpflichtversicherung, Versicherungswirtschaft 1955; 581 f.
- Heinsheimer*, Karl: Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen nach der deutschen Praxis und dem österreichischen Entwurf, GrünhutsZ 40 (1914) 115-138
- Heiss*, Klaus: Der dezentralisierte Entlastungsbeweis und die Versuche zu seiner Überwindung, Jur. Diss. München 1968
- Heldrich*, Karl: Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates, AcP 147 (1941) 89-129
- Heldrich*, Karl: Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924
- Hellner*, Jan: Tort liability and liability insurance, Scandinavian Studies in Law 6 (1962) 129-162
- Helm*, Johann Georg: Rechtsfortbildung und Reform der Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP 166 (1966) 389-408
- Henkel*, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964
- Henrici*, Ernst: Über den Irrtum beim Vertragsschluß im schweizerischen Obligationenrecht, Jur. Diss. Zürich 1914 (Aarau 1915)
- Herholz*, Felix: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung), AcP 130 (1929) 257-324

- Herz, Edgar*: Culpa in contrahendo nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Jur. Diss. Zürich 1955
- Herzbruch, Arndt*: Vertragliche Haftung des Geschäftsinhabers für verschuldete Verletzung von Warenhausbesuchern, DJZ 1930, Sp.297-298
- HGB-RGRK*: s. Handelsgesetzbuch
- Hildebrandt, Heinz*: Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1931
- Hilsenrad, Arthur*: Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat. Dépenses, Frais, Accidents, etc., Paris 1932
- Himmelschein, J.*: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135 (1932) 255-327
- Hippel, Eike von*: Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Berlin 1968
- Hippel, Fritz von*: Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg 1935
- Hippel, Fritz von*: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Beiträge zu einem Natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, Tübingen 1956; zit.: Privatautonomie
- Hippel, Fritz von*: Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Tübingen 1957
- Hippel, Fritz von*: Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung. Berlin 1950; zit.: Gesetzmäßigkeit
- Hirsch, Ernst E.*: Besprechung von: Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, AcP 159 (1960) 346-356
- Hirsch, Ernst E.*: Rechtssoziologie, in: Die Lehre von der Gesellschaft, hrsg. von G. Eisermann, 2. Aufl. Stuttgart 1969, S.147-217
- Hochhauser, J. - Findeis, A.E.*: Die Vertragsversicherung. - Schadensversicherung, Lebensversicherung, Unfallversicherung, Krankenversicherung, Wien 1964
- Höhn, Reinhard*: Allgemeines Schuld recht, Berlin 1934
- Hofmann, Paul*: Subjektives Recht und Wirtschaftsordnung, Stuttgart 1968
- Holz, Walter*: Rechtsgrund und Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches für schuldhaftes Verhalten bei den Vertragsverhandlungen, Diss. Jur. Göttingen 1928
- Horn, Adolf*: Die Gebilfenhaftung für mangelhafte Aufsicht und Organisation nach § 823 und § 831 BGB, Jur. Diss. Köln 1968
- Huber, Ulrich*: Normzwecktheorie und Adaequantztheorie, JZ 1969, 677-685
- Hübner, Heinz*: Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, in: Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag am 21. Januar 1965, hrsg. von R. Dietz und H. Hübner, München 1965, Bd. I S. 373-400; zit.: Nipperdey-Festschr. I
- Hübner, Ulrich*: Die Haftung des Gardien im französischen Zivilrecht, Karlsruhe 1992; zit.: Ulrich Hübner
- Jäggi, Peter*: Diskussionsbeitrag, ZSR 108 (1967) II, 754-757
- Jäggi, Peter*: Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für W. Schönenberger zum 70. Geburtstag am 21. September 1968, Freiburg/Schweiz 1968, S. 181-197; zit.: Schönenberger-Festgabe; s. auch Zürcher Kommentar
- Jakobs, Horst Heinrich*: Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrenhaftung, VersR 1969, 1061-1071
- Jakobs, Horst Heinrich*: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969
- Jhering, Rudolph*: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JhJb 4 (1861) 1-112



- Jhering*, Rudolph: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil II, Abt. 2, 6. und 7. Aufl., Leipzig 1923; zit.: Geist des römischen Rechts II 2
- Jhering*, Rudolph: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Giessen 1867; zit.: Schuldmoment
- Jørgensen*, Stig: Vertrag und Recht. Privatrechtliche Abhandlungen, København 1968; zit.: Vertrag und Recht
- Josef*, Eugen: Bemerkungen zur Lehre von der Haftung für die Verkehrssicherheit von privaten und Berufs-Räumen, GruchBeitr. 52 (1908) 525-544
- Josef*, Eugen: Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen?, Recht 1916, Sp. 473-474
- Josserand*, Louis: L'essor moderne du concept contractuel, in: Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de F. Geny, Bd. II. S. 333-346, Paris o.J.; zit.: Études Geny
- Julliot de la Morandière*, Léon: Précis de droit civil, Bd. II., 5. Aufl. Paris 1964
- Julliot de la Morandière*, Léon - *Rodière*, René - *Houin*, Roger: Droit commercial et droit fiscal des affaires, 3ème éd., Bd. II, Paris 1965; zit: Julliot de la Morandiere-Rodiere-Houin II
- Jung*, Erich: Bürgerliches Recht, in: Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung, hrsg. von Rudolf Stammler, Bd. I. S. 447-1180, Berlin 1931
- Käuffer*, Josef: Die Vor- und Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Jur. Diss. Köln 1959
- Kahn-Freund*, O.: Comparative Law as an Academic Subject, Oxford 1965
- Kapfer*, Hans: Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, hrsg. von H. Kapfer, 28. Aufl. Wien 1967
- Kaumanns*, Heinrich: Die Haftung für culpa in contrahendo im Arbeitsrecht, Jur. Diss. Köln 1966
- Keller*, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1970
- Keller*, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positivem Interesse, Jur. Diss. Zürich 1948
- Kessler*, Friedrich: Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des englischen und des deutschen Rechts, Berlin 1932
- Kessler*, Friedrich: Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, in: Festschrift für M. Wolff., S. 67-78, Tübingen 1952; zit.: Wolff-Festschr.
- Kessler F./Fine*, E.: Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, Harvard Law Review 77 (1963-1964) 401-449
- Ketterer*, H. - *Giehl*, F - *Leonhardt*, P.: Die Streupflicht in Gesetzgebung und Rechtsprechung, 3. Aufl. München 1970
- Kinze*, Walter: Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und positive Vertragsverletzung, Jur. Diss. Frankfurt a.M. 1936
- Kipp*, Theodor: Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, DJZ 1903, Sp. 252-256
- Klang*, Heinrich: Besprechung von: H. Hildebrandt, Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes, JBI 61 (1932) 366
- Klang*, Heinrich: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Hrsg. von H. Klang, 4 Bde, Wien 1931-1935; zit.: Klang/Bearbeiter; 2. Auf I. hrsg. von H. Klang und F. Gschnitzer, Bd. 1- , Wien 1950-; zit.: Klang-Gschnitzer/Bearbeiter
- Klein*, Walther Friedrich: Das negative Vertragsinteresse im Gemeinen Rechte und in dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Jur. Diss. Heidelberg 1903

- Kober*, Hermann: Die Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) und die Haftung für ein solches Verschulden des Vertreters, Jur. Diss. Breslau 1930 (Ohlau 1930)
- Köbler*, Gerhard: Culpa in contrahendo und Privatversicherungsrecht, VersR 1969, 773-778
- Koch*, Arno Felix: Die Haftung des Vertretenen für dolus des Vertreters beim Vertragsschlusse, Jur. Diss. Leipzig 1923 (Masch.-Schr.)
- Koenig*, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. Bern 1967
- Koerfer*, Jakob: Culpa in contrahendo bei gültigen, und- nichtigen "Verträgen, Jur. Diss. Köln 1925
- Köpcke*, Günther: Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart 1965
- Körting*, Erhart: Anm. zu BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653; NLW 1970, 1077
- Kohler*, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.. II: Vermögensrecht, Teil 1: Schuldrecht, Berlin 1906
- Kommision* zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2.Buch. Recht der Schuldverhältnisse, I. Allgemeiner Theil mit Begründung, Berlin 1882; zit.: BGB-Entwurf
- Koziol*, Helmut - *Welser*, Rudolf: Grundriß des bürgerlichen Rechts. Bd. I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 2. Aufl. Wien 1971
- Krasnopolski*, Horaz: Lehrbuch des Österreichischen Privatrechts. Bd. III: Obligationenrecht, aus dem Nachlaß hrsg. und bearbeitet von Bruno Kafka, Leipzig 1910; zit.: Krasnopolski-Kafka
- Krause*, Hermann: Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 1955, 265-269
- Krause-Dünnow*, Helmut; Die Sorgfaltspflicht für Zugangswege zu Wohnhäusern auf dem Lande, MDR 1959, 630-631
- Krauße*, Werner: Die Haftung für Culpa in Contrahendo, Jur. Diss. Leipzig 1937
- Kreß*, Hugo: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929
- Kruse*, Gertrude: Das Problem der culpa in contrahendo: ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung gesetzlicher Handlungspflichten, Jur. Diss. Marburg 1928. 1936
- Kruse*, Heinrich Wilhelm: Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971
- Kuchinke*, Kurt: Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, JZ 1965, 167-176
- Lacombe*, Jean: La responsabilité de l'exploitant d'un Magasin à l'égard de ses clients, Rev. trim. 61 (1963) 242-275
- Lalou*, Henri: Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Aufl. bearb. von Pierre Azard, Paris 1962; zit.: Lalou-Azard
- Landwehr*, Götz: Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel. AcP 164 (1964) 482-516
- Lange*, Heinrich: BGB. Allgemeiner Teil, 15. Aufl. München 1970
- Lange*, Heinrich: Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis, JhJb 89 (1941) 277-344
- Lange*, Hermann: Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag (München 1960), VerhDJT 43 (1960) I, 1. Teil. S. 1-60, Tübingen 1960

- Lange*, Wolfgang-Dieter; Zur Abgrenzung des Vertrags zugunsten Dritter und die Drittschadensliquidation, Jur. Diss. Berlin 1956
- Lanz*, Paul: Culpa in contrahendo beim Abschluß des Versicherungsvertrages. Die Stellung des Agenten, Jur. Diss. Basel 1952 (Masch.Schr.)
- Larenz*, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. München 1972; zit.: Allg. Teil
- Larenz*, Karl: Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt", MDR 1954, 515-518
- Larenz*, Karl: Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1965; zit.: Kennzeichen
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1970; Bd. II: Besonderer Teil, 9. Aufl. München 1968; zit.: Schuldrecht I, II
- Larenz*, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl. Berlin 1969; zit.: Methodenlehre
- Larenz*, Karl: Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 375-379
- Larenz*, Karl: Über die Bindungswirkung von Präjudizien; in; Festschrift für H. Schima zum 75. Geburtstag. S. 247-264, Wien 1969; zit.: Schima-Festschr.
- Larenz*, Karl: Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938; zit.: Gegenstand
- Larenz*, Karl: Vertrag und Unrecht. 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937; zit.: Vertrag und Unrecht I, II
- Laufke*: Artikel "Vertrag", in: Staatslexikon, Bd. VIII, Sp. 210-220, Freiburg i.Br. 1963
- Law Reform Committee*. Third Report (Occupiers' Liability to Invitees, Licensees and Trespassers), Cmd. 9305, London 1954; zit.: Report
- Lehmann*, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl. von H. Hübner, Berlin 1966; zit.: Lehmann-Hübner
- Lehmann*, Heinrich: Das "faktische" Vertragsverhältnis, JhJb 90 (1942) 131-144
- Lehmann*, Heinrich: Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1-5
- Lehmann*, Heinrich: Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96 (1904) 60-113
- Lehmann*, Heinrich: Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906; zit.: Unterlassungspflicht; s. auch Enneccerus
- Leonhard*, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB. Bd. I. München 1929; zit.: Allg. Schuldrecht
- Leonhard*, Franz: Die Beweislast; 2.Aufl. Berlin 1926; zit.: Beweislast
- Leonhard*, Franz: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse; Jur. Diss. Göttingen 1896
- Leonhard*, Franz: Verschulden beim Vertragsschlusse. Berlin 1910; zit.: Verschulden
- Levy*, Jakob: Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Marburg 1924 (Auszug)
- Liebs*, Detlef: Reurecht des Käufers "an der Haustür"?, Göttingen 1970
- Lilie*, Franz: Schadensersatz bei unwirksamen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Jur. Diss. Erlangen 1898 (Magdeburg 1898)
- Limpens*, Jean: La vente en droit belge, Bruxelles 1960
- Löning*, George A.: "Faktische Verträge" oder Öffentliches Recht?, ZAkDR 9 (1942) 289-293

- Löning*, George A.: Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, in: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, S. 50-63, München 1940
- Lorberg*, Fritz: Die Haftung für culpa in contrahendo des Stellvertreters unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts, Jur. Diss. Kiel 1931 (Berlin 1931)
- Lorenz*, Werner: Beweisprobleme bei der Produzentenhaftung, AcP 170 (1970) 367-391
- Lorenz*, Werner: Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung -, JZ 1960, 108-114
- Lorenz*, Werner: Die Haftung des Geschäftsherrn für die unerlaubten Handlungen seiner Gehilfen im englischen und deutschen Recht, Jur. Diss. Heidelberg 1951 (Masch.-Schr.)
- Lorenz*, Werner: Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957) 381-413
- Lorenz*, Werner: Rechtsfolgen formnichtiger Schuldverträge - BGH NJW 1965, 812, JuS 1966, 429-436
- Lorenz*, Werner: Warenabsatz und Vertrauensschutz, in: Karlsruher Forum 1965; S. 8-16
- Lorenzen*, Erich: Anwendungsfälle und rechtliche Natur der Haftung für das negative Vertragsinteresse nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jur. Diss. Göttingen 1923 (Auszug)
- Lyon-Caen*: Anm. zu Cass. civ. 21.11.1911, S.1912, I, 73
- Malinconico*, Alfonso: Responsabilità precontrattuale e caparra confirmativa, Anm. zu Trib. Napoli 12.5.1966, Nuova dir. 45 (1968) 736-74
- Mandel*, Joachim: Schadensvorbeugung und Schadenersatz außerhalb von Verträgen, NJ 1970, 5390-395
- Manigk*, Alfred: Neubau des Privat.rechts. Grundlagen und Bausteine, Leipzig 1938
- Manigk*, Alfred: Das rechtswirksame Verhalten. Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, Berlin 1939; zit.: Rechtswirksames Verhalten
- Manigk*, Alfred: Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Beiträge zur Lehre vom Konsens und Dissens, JhJb 75 (1925) 127-236
- Margeat*, Henri - *Favre-Rochex*, André: Précis de la loi sur le contrat d'assurance, 5. Aufl. Paris 1971
- Marschall von Bieberstein*, Wolfgang: Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, München 1959
- Marschall von Bieberstein*, Wolfgang: Anm. zu BGH 29.1.1965, NJW 1965, 812; NJW 1965, 1014-1016
- Marsh*, Norman S.: The History and Comparative Law of Invitees, Licensees and Trespassers, L.Q.R 69 (1953) 182-199 und 359-387
- Marty*, Gabriel - *Raynaud*, Pierre: Droit civil, Bd. II, Teil 1: Les obligations, Paris 1962; zit.: Marty-Raynaud II 1
- Matthiessen*: Ist eine Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zuzulassen?; DGWR 5 (1938) 213-222
- Mauczka*; Josef: Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehende Schuldverhältnisse. Mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen und deutschen Privatrechts, Leipzig 1904
- Mayntz*, Renate: Artikel "Strukturell-funktionale Theorie", in: Wörterbuch der Soziologie, hrsg. von Bernsdorf, S. 1132 ff., 2. Aufl. Stuttgart 1969
- Mayr*, Robert: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. II, Reichenberg 1923

- Mazeaud*, Henri und Léon: Anm. zu Paris 30.6.1958, *Gaz.Pal.*1958. II, 348
- Mazeaud*, Henri und Léon: *Obligations et contrats spéciaux: 1. Obligations en général et responsabilité civile*, *Rev. Trim.* 57 (1959) 88-116
- Mazeaud*, Henri und Léon und Jean: *Leçons de droit civil*, Bd. II. Teil 1, 4.Aufl. von Michel de Juglart, Paris 1969; zit.: *Mazeaud-de Juglart II 1*
- Mazeaud*, Henri und Léon - *Tunc*, André: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Bd. I., 6.Aufl. Paris 1965; zit.: *Mazeaud-Tunc I*
- Medicus*, Dieter: *Bürgerliches Recht*, 5. Aufl. Köln 1971
- Medicus*, Dieter: Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, *JuS* 1965, 209-218
- Medicus*, Dieter: Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: *Tübinger Festschrift für Ed. Kern*, S. 315-354, Tübingen 1968; zit.: *Kern-Festschr.*
- Meeske*, Helmut: Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, *BB* 1959, 857-864
- Meischeder*, Emil: *Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin 1889
- Melliger*, Caspar: *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und, schweizerischen Obligationenrecht sowie dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Aufl. Zürich 1898
- Merkert*, Hubert: Anm. zu OLG Bremen 14.3. 1963, *NJW* 1963, 1455; *NJW* 1963, 1983 f.
- Merz*, Hans: Besprechung von P. Piotet, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit prive suisse*; *ZBJV* 104 (1968) 491-492
- Messineo*, Francesco: Artikel "Contratto" (II, diritto privato), in: *Enciclopedia del Diritto*. Bd. IX. S. 784-979, Milano 1961; zit.: *Enciclopedia IX*
- Messineo*, Francesco: *Il contratto in genere*. Bd. I (Trattato di diritto civile e commerciale dir. da A. Cicu e F. Messineo, Bd. XXI, Teil 1), Milano 1968; zit.: *Contratto I*
- Messineo*, Francesco: *Manuale di diritto civile e commerciale*. Bd. III (§§ 98-138). 9. Aufl. Milano 1959; zit.: *Manuale III*
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, *JZ* 1964, 441-446
- Meyer*, Konrad: *Die Lehre von der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß*, *Jur. Diss.* Königsberg 1928 (Berlin 1928)
- Meyer*, Th.: Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen, *Recht* 1924, Sp. 277-281 und 312-316
- Michaelis*, Karl: *Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts*, Leipzig 1943 (Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber)
- Mielke*, Klaus: *Die Voraussetzungen der Haftung des rechtsgeschäftlich bestellten Stellvertreters für culpa in contrahendo*, *Jur. Diss.* Köln 1963 (Düsseldorf 1963)
- Mirabelli*, Giuseppe: *Dei contratti in generale (Commentario del codice civile, Bd. IV, Teil 2)*, Torino 1961
- Mirabelli*, Giuseppe: *Dei singoli contratti. (Commentario del codice civile; Bd. IV, Teil 3)*, 2. Aufl. Torino 1968; zit.: *Singoli contratti*
- Mommsen*, Friedrich: *Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen*, Braunschweig 1879 (Erörterungen aus dem Obligationenrecht, 2)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. I: Allgemeiner Teil; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1888; zit.: *Motive I, II*

- Motive* zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1963. (Neudruck)
- Mühlich*, Horst: Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (Culpa in contrahendo), unter besonderer Berücksichtigung des Stellvertretungsproblems, Jur. Diss. Leipzig 1933
- Müller*, Hans Beat: Die zivilrechtliche Haftung aus Empfehlung, Auskunft und Raterteilung nach schweizerischem Recht, Jur. Diss. Bern 1934
- Müller*, Herbert Valentin: Haftung auf Schadensersatz für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Marburg 1924 (Auszug)
- Müller*, Klaus: Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher, AcP 165 (1965) 285-331
- Müller-Erbach*, Rudolf: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910) 309-47
- Müller-Freienfels*, Wolfram: Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957) 522-543
- Müllereisert*, F. Arthur: Vertragslehre. Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag, Stuttgart 1947
- Mugdan*, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. u. bearb. v. B. Mugdan, Bd. I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Nater*, Hans: Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäß OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Bern 1971
- Negendanck*, Rolf: Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Marburg 1928
- Nell*, Hermann; Vertrag und vertragsähnliche Beziehung, Jur. Diss. Jena 1940
- Neuenschwander*, Markus: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Privatrecht, Bern 1971
- Neumann-Duesberg*, H.: Kritik der Rechtskonstruktion einer "körperschaftlichen Organisationspflicht", NJW 1966, 715-717
- Niemann*, Richard: Verschulden bei Vertrags Schluß (culpa in contrahendo), Leipzig 1932
- Niermann*, Bernhard: Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im Bürgerlichen Gesetzbuch, Jur. Diss. Heidelberg 1909
- Nikisch*, Arthur: Über "Faktische Vertragsverhältnisse", in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. Dölle, Bd. I. S. 79-102, Tübingen 1963; zit.: Dölle-Festschr.I
- Nipperdey*, Hans Carl: Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, in: Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, S. 36-49. München 1940; zit.: Generalklausel
- Nipperdey*, Hans Carl: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3.Aufl. Köln 1965
- Nipperdey*, Hans Carl: Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985-1994; s. auch Enneccerus
- Nirk*, Rudolf: Culpa in contrahendo - eine richterliche Rechtsfortbildung in. der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Festschrift für Ph. Möhring zum 65.Geburtstag, S. 385-418, München 1965; zit.: Möhring-Festschr.
- Nirk*, Rudolf: Die Lehre von der Culpa in contrahendo in rechtsvergleichender Darstellung als kritischer Beitrag zur Lehre vom sozialen Kontakt, Jur. Diss. Tübingen 1951. (Masch.-Schr.)
- Nirk*, Rudolf: Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo. RabelsZ 18 (1953) 310-355

- Nitschke*, Manfred: Die Anwendbarkeit des im § 31 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger, NJW 1969, 1737-1742
- Nussbaum*, Arthur: Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB in. Vergleichung mit dem gemeinen und dem Landesrecht, Berlin 1898
- Oberbach*, Hans: Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflicht-Versicherung, II. Teil, Berlin 1947; zit.: Oberbach AHB
- Oberbach*, Hans (Hrsg.): Die Grundlagen der Allgemeinen Haftpflichtversicherung, Stuttgart 1951; zit.: Oberbach/Bearbeiter
- Oertmann*, Paul: Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustande gekommenen Verträge, AcP 121 (1923) 122-127
- Oertmann*, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Berlin, Erstes Buch: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927; Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. §§ 241-432, 3./4.Aufl. 1910, 5.Aufl. 1928 (3./4.Aufl. mit entsprechendem Zusatz zitiert)
- Oertmann*, Paul: Die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis. Recht 1922, Sp. 5-11
- Oftinger*, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I (1958); II 1 (1960); II 2 (1962), 2. Aufl. Zürich
- Ostheim*, Rolf: Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Delikt s recht juristischer Personen, in: Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 317-336; zit.: Gschnitzer-Gedenkschr.
- Ostheim*, Rolf: Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JB1 91 (1969) 535-544
- Ostwald*, Walther: Der Erfüllungsdienner. Eine Studie vornehmlich zu den §§ 278, 831 BGB mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht, Berlin 1920
- Ottensmeyer*, Curt: Die rechtsgeschäftliche Haftung für culpa in contrahendo unter besonderer Berücksichtigung der Lehre Leonhard's. Eine kritische Untersuchung, Jur. Diss. Göttingen 1935 (Bad Oeynhausen 1935)
- Palandt*. Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. München 1970; zit.: Palandt/Bearbeiter
- Panza*; Giuseppe: In tema di doveri di avviso nella formzione del contratto, Anm. zu Corte d'appello Bari 15.1.1962, Corti Bari, Lecce, Potenza 33 1963-1964) 89-107
- Paterna*, Erich: Verschulden beim Vertragsschluss, Jur. Diss. Marburg 1921 (Auszug)
- Pawlowski*, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966
- Peters*, Hans-Joachim: Der Grundsatz von Treu und Glauben bei der Behandlung formnichtiger Rechtsgeschäfte, Jur. Diss. Göttingen 1952 (Masch.-Schr.)
- Petersen*, Lorenz: Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen Recht und nach dem bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jur. Diss. Erlangen 1897 (Kiel 1897)
- Petev*, Valentin: Die Sachmängelhaftung bei Kauf- und Lieferverträgen in den sozialistischen Rechten, RabelsZ 34 (1970) 288-314
- Petschek*, Georg: Der österreichische Zivilprozeß. Eine systematische Darstellung, bearb. von F. Stagel, Wien 1963; zit.: Petschek-Stagel
- Picard*, M. - *Besson*, A.: Les assurances terrestres en droit français, Bd. I: Le contrat d'assurance, 3. Aufl. Paris 1970; zit.: Picard-Besson I
- Piotet*, Paul: Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963
- Pisko*, Oskar: Erfüllung und Heilung formungültiger Geschäfte, JB1 63 (1934) 511-517

- Planck's* Kommentar. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, hrsg. von E. Strohal, Bd. II, 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241-363, 3. Aufl. Berlin 1904; 4. Aufl. Berlin 1914; zit.: Planck/ggf. Bearbeiter (3. Aufl. mit entsprechendem Zusatz)
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges*: *Traité pratique de droit civil français*, 13 Bde, 2. Aufl. Paris 1952-1960 (mit permanentem Supplement); zit.: Planiol-Ripert/Bearbeiter, Bd. Pleyer, Klemens: Vertrag und Wirtschaftsordnung. Systemvergleichende Betrachtungen zum Liefer- und Leistungsvertrag in der SBZ, JZ 1963, 233-241
- Pogliani, Mario*: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2. Aufl. Milano 1969
- Polenske, Karl*: *Gastschaftsverträge. Eine Abhandlung aus dem bürgerlichen Recht nach geschichtswissenschaftlichem, gesetzgebundenem und psychologischem Verfahren*, Greifswald 1915
- Polenske, Karl*: *Zum Begriff des Gastschaftsvertrages*, AcP 114 (1916) 415-424
- Prölss, Erich*: *Versicherungsvertragsgesetz*, begr. von E.R. Prölss, fortgeführt von A. Martin u. J. Prölss, 18. Aufl. München 1970
- Prölss, Jürgen*: *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß*, Karlsruhe 1966
- Prölss, Jürgen*: *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR 1964. 901-906
- Prosser, William L.*: *Handbook of The Law of Torts*, 2. Aufl. St. Paul, Minn. 1955
- Protokolle der 1. Kommission*: s. Entwurf...
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*; im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearb. v. Achilles, Spahn, Gebhardt, Bd. I, II Berlin 1899; zit.: Protokolle I, II
- Prym, Eduard*: *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin 1906
- Pufendorf, Samuel*: *De iure naturae et gentium libri VIII*, 1672
- Putzo, Hans*: Anm. zu BGH 12.11.1969, NJW 1970, 653 f.
- Raape, Leo*: *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit*, AcP 147 (1941) 217-289
- Rabel, Ernst*: *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. RheinZ 15 (1924) 279-301 (Ges. Aufsätze, hrsg. von H.G. Leser, Bd. III S. 1-21. Tübingen 1967)
- Rabel, Ernst*: *Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers*, RheinZ 1 (1909) 187-226 (Ges. Aufsätze, hrsg. von H.G. Leser, Bd. I S. 103-140, Tübingen 1965)
- Rabel, Ernst*: *Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, in: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Bd. III S. 77-190. 1937 (Ges. Aufsätze, hrsg. von H.G. Leser, Bd. III S. 180-234, Tübingen 1967); zit.: Fachgebiete
- Rabel, Ernst*: *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin Bd. I 1936 (Neudruck 1957), Bd. II 1958; zit.: Warenkauf I, II
- Rabel, Ernst*: *Der sogenannte Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht*, ZSR 49 (1908) 291-328 (Ges. Aufsätze, hrsg. von H.G. Leser, Bd. I S. 147-177, Tübingen 1965)
- Rabel, Ernst*: *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge im allgemeinen*, in: Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag, 1932, S. 28-404 (Sonderdruck des 6. Jg. der RabelsZ) (Ges. Aufsätze, hrsg. von H.G. Leser, Bd. III S. 119-137, Tübingen 1967); zit.: Zustandekommen



- Raiser*, Ludwig: Diskussionsbeitrag, in: Karlsruher Forum 1962, 26
- Raiser*, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1-8
- Raiser*, Ludwig: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in; Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I S. 101-134, Karlsruhe 1960; zit.: DJT-Festschr. I
- Raiser*, Rolf: Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, AcP 127 (1927) 1-45
- Raiser*, Thomas: Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ 33 (1969) 457-475
- Raiser*, Thomas: Haftungsbegrenzung nach dem Vertragszweck, Jur. Diss. Tübingen 1962
- Ramm*, Thilo: Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil des BGB, Bde. I-III, München 1969, 1970
- Randa*, Anton Ritter von: Die Schadenersatzpflicht nach österreichischem Rechte, 3. Aufl. Wien 1913
- Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile*, dir. da R. Nicolo, Buch IV, Titel 2 bearb. von A. de Martini - C. Giamattasio, Milano 1956; Ergänzungsband 1956-1962, Milano 1965; zit.: Rassegna (de Martini)
- Referentenentwurf* eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften. I: Wortlaut, II: Begründung, Bonn 1967; zit.: Referentenentwurf I, II
- Regelsberger*, Ferdinand: Gesetz- und Rechtsanwendung, JhJb 58 (1911) 146-174
- Regelsberger*, Ferdinand: Pandekten. Bd. I, Leipzig 1893
- Rehbinder*, Eckard: Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Verbraucher ohne Verschulden, BB 1965, 439-445
- Reichel*, Hans: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915
- Reichel*, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 104 (1909) 1-150
- Reinicke*, Dietrich: Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluß, Betr. 1967, 109-114
- Reinicke*, Dietrich: Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge. Bad Homburg v.d.H. 1969
- Renner*, Karl: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Stuttgart 1965 (Erstdruck 1904)
- Report*: s. Law...
- Restatement of the Law Second: Torts 2d*. Vol. 2 §§ 281-503 as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C. May 25, 1965 and May 22, 1964, St. Paul, Minn. 1965
- Rheinstein*, Max: Teaching Comparative Law, The University of Chicago Law Review 5 (1937/1938) 615-624
- Richelmann*, Heinrich: Der Einfluß des Irrtums auf Verträge, Hannover 1837
- Riezler*, Erwin: Besprechung von: K. Polenske, Gastschaftsverträge, KritVjschr. 54 (1919) 375-381
- Riezler*, Erwin: Haftung für Schädigung durch Sachen nach französischen und englischem Recht, RabelsZ 5 (1931) 567-632
- Ripert*, Georges: Anm. zu Cass. civ. 21.2.1927, D.P. 1927, I, 97-99
- Ripert*, Georges: Anm.. zu Cass. chambres réunies 15.2.1930, D.P. 1930, I, 57-60
- Ripert*, Georges: Traité élémentaire de droit commercial. Bd. II. 5. Aufl. hrsg. von R. Roblot, Paris 1964; zit.: Ripert-Roblot II

- Ripert, Georges - Boulanger, Jean*: Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Bd. II, Paris 1957 ; zit.: Ripert-Boulanger II
- Rittner, Fritz*: Artikel "Vertragsrecht", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. XI. S. 263-270, Stuttgart 1961
- Rittner, Fritz*: Artikel "Wirtschaftsrecht", in: Staatslexikon, Bd. VIII. Sp.817-822, Freiburg i.Br. 1963
- Rittner, Fritz*: Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften. Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, S. 97-122, Karlsruhe 1967; zit.: Zur Einheit
- Rodière, René*: Anm. zu Cass. req. 15.11.1945, J.C.P. 1946, II, 3040
- Rodière, René*: Anm. zu Cass. civ. 5.1.1956, D. 1957, 261-264
- Rodière, René*: Anm. zu Cass. civ. 17.5.1961, J.C.P. 1961, II, 12217
- Rodière, René*: Anm. zu Cass.civ. 19.11.1964. J.O.P. 1965, II, 1402
- Rodière, René*: Artikel "Contrat de transport", in: Dalloz, Encyclopédie Juridique. Répertoire de droit commercial et des sociétés. Bd. I, Paris 1956 (mit jährl. mise à jour); zit.: Rep.droit comm. I
- Rodière, René*: Droit des transports. Bd. III, Paris 1960 ; zit.: Droit des transports III
- Rodière, René*: Obligations et contrats spéciaux. II. Responsabilité civile, Rev. trim. 63 (1965) 345-365 und 642-665
- Rodière, René*: La responsabilité civile. Paris 1952 (Sonderabdruck aus Beudant, Cours de droit civil français, Bd. XII. 2.Aufl.)
- Rodière, René*: Voyageurs veillez sur vous!, D. 1971, Chron. 45-50
- Rodotà, Stefano*: Le fonti di integrazione del contratto, Milano 1969
- Rosenberg, L. – Schwab, K.H.*: Zivilprozeßrecht, 10.Aufl. München 1969; zit.: Rosenberg-Schwab
- Rother, Werner*: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965
- Roubier, Paul*: Essai sur la responsabilité précontractuelle, Thèse droit Lyon 1911
- Rubino, Domenico*: La compravendita. (Trattato di diritto civile e commerciale dir. dai A. Cicu e P. Messineo. Bd.XXIII), 2. Aufl. Milano 1962
- Rümelin, Max*: Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910
- Rumpf*: Richterliche Freiheit bei Formnichtigkeit, JW 1938, 2579-2581
- Rundnagel, Ernst*: Beförderungsgeschäfte, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts ..., hrsg. v. V. Ehrenberg. Bd. V, 2. Abt., S. 111-572, Leipzig 1915; zit.: in Ehrenbergs Hb. V 2
- Ruth*: Besprechung von: Weigert, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, AcP 126 (1926) 353-356
- Saleilles, Raymond*: Anm. zu Cass. Civ. v. 16.6.1896, D. 1897, I, 433-439
- Saleilles, Raymond*: De la déclaration de volonté. Paris 1901; zit.: Déclaration
- Saleilles, Raymond*: Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand, 2. Aufl Paris 1901; zit.: Théorie generale
- Saleilles, Raymond*: De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière, Rev. trim. 6 (1907) 697-751
- Sauzet, Marc*: De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Rev. crit. 12 (1883) 596-640
- Savatier, René*: Anm. zu Cass. civ. 5.1.1956, J.C.P. 1956, II, 9095

- Savatier*, René: Anm. zu Nîmes 25.4.1960, D. 1960, 728-730
- Savatier*, René: Anm. zu Paris 14.12.1961, J.C.P. 1962, II, 12547
- Savatier*, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Bd. I: Les Sources de la responsabilité civile, 2. Aufl. Paris 1951
- Savigny*, Friedrich Carl von: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Bd. II, Berlin 1853
- Savigny*, Friedrich Carl von: System des heutigen Römischen Rechts. 8 Bde, Berlin 1840-1849; zit.: System I
- Schenk*, Eva: Das negative Vertragsinteresse, Jur. Diss. Breslau 1926
- Scherrer*, Karl: Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Jur. Diss. Zürich 1928
- Schleeh*, Jörg: Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter. Jur. Diss. Tübingen 1965
- Schlegelberger - Vogels*: Erläuterungswerk zum BG-B und zum neuen Volksrecht. Berlin 1939; zit.: Schlegelberger-Vogel /Bearbeiter
- Schlesinger*, Rudolf B.: The common core of legal systems an emerging subject of comparative study, in: XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal essays in honor of H.E. Yntema. S. 65-79, Leyden 1961; zit.: Yntema-Festschr.
- Schlesinger*, Wilhelm: Die vorläufige und die endgiltige Nichterfüllung, ZBI 44 (1926) 1-26
- Schlesinger*, Wilhelm: Das Wesen der positiven Vertragsverletzungen, ZBI 44 (1926) 721-748
- Schmidt*, Eike: Nachwort zu: R. v. Jhering, Culpa in contrahendo und H. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. S. 131-164, Bad Homburg v.d.H. 1969
- Schmidt*, Eike: Zur Dogmatik des § 278 BGB, AcP 170 (1970) 502-533
- Schmidt*, Fritz; Die Lehre vom negativen Vertragsinteresse nach. gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Jur. Diss. Greifswald 1900
- Schmidt*, Reimer: Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1955
- Schmidt-Rimpler*, Walter: Artikel "Wirtschaftsrecht", in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. XII S.686-731, Stuttgart 1965
- Schmidt-Rimpler*, Walter: Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130-197
- Schmidt-Rimpler*, Walter: Das Kommissionsgeschäft, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. von V. Ehrenberg. Bd. V, 1. Abt., 1. Hälfte, S. 477-1085, Leipzig 1928; zit.: in Ehrenbergs Hb. V,1,1
- Schmölder*. Die Haftung der Wirte für Unfälle ihrer Gäste, DJZ 1905, Sp. 829-832
- Schneider*, Herbert: Schadensersatz und Genugtuung, DR 1936, 422-424
- Schneider*, Konrad: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1902
- Schnitzerling*, Manfred: Die Verkehrssicherungspflicht in Gebäuden und Räumen des Staates, RiA 1960, 131 f.
- Schoenemeyer*, Herbert: Beiträge zur Lehre von der Culpa in contrahendo unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung im Geltungsbereich des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, Jur. Diss. Göttingen 1929 (Potsdam 1929)
- Schönke-Schröder*. Strafgesetzbuch, 15.Aufl. München 1970
- Schoentjes-Merchiers*, Y.: Propositions. Pourparlers et offre de vente, Rev., Crit. Jur. belge 1971, 224-234

- Scholz*, Walter: Verschulden beim Vertragsschluß (Culpa in contrahendo), Jur. Diss. Göttingen 1930
- Schopp*, Heinrich: Die Haftung aus culpa in contrahendo, Rechtspfleger 1966, 292-296
- Schubart*: Schadenshaftung des Warenhausbesitzers, Recht 1916, Sp. 507-508
- Schütz*, Victor: Die Haftung für Verschulden von Gehülfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jur. Diss. Jena 1901
- Schultz*, Reginald: Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Marburg 1939
- Schulze zur Wiesch*, Erich: Die Haftung der Schank- und Speisewirte (Restaurateure) für Schäden, welche die Wirtshausbesucher durch den Wirtshausbetrieb erleiden, Jur. Diss. Marburg 1950
- Schweizerisches Privatrecht*. Hrsg. von M. Gutzwiller u.a. Bd. II: Einleitung und Personenrecht. Basel 1967; zit.: Bearbeiter in
- Schwappe*, Albrecht: Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, fortgesetzt von W. Mejer, 4. Aufl. Bd. III: Obligationenrecht, Göttingen 1831
- Schwimann*, Michael: Die Institution der Geschäftsfähigkeit, Wien 1965
- Sconamiglio*, Renato; Artikel "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in: Novissimo Digesto Italiano, Bd. XV S. 670-679, Torino 1968
- Serick*, Rolf: La responsabilité civile en droit allemand, Rev. int. dr. comp. 7 (1955) 560-571
- Siber*, Heinrich: Schuldrecht, Leipzig 1931; zit.: Schuldrecht
- Siber*, Heinrich: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JhJb 70 (1921) 223-299
- Siebert*, Wolfgang: Die allgemeine Entwicklung des Vertragsbegriffes, in: Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937, S. 199-215, Berlin 1937; zit.: Landesreferat
- Siebert*, Wolfgang: Faktische Vertragsverhältnisse. Abwandlungen des Vertragsrechts in den erischen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 21. Juni 1957, Karlsruhe 1958; zit.: Faktische Vertragsverhältnisse
- Silbermann*, Karl: Beiträge zur Lehre von der culpa in contrahendo, Jur. Diss. Breslau 1927
- Siméon*, P. - *David*, Albert: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Hälfte: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10./11.Aufl. Berlin 1921
- Simitis*, Spiros: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privat rechts, Frankfurt a.M. 1957
- Simitis*, Spiros: Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch rechtliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag (Nürnberg 1968), VerhDJT 47 (1968) I, S. C 1 - C 98. München 1968
- Simonius*, August; Über den Ersatz "aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens, ZSR 59 (1918) 225-287
- Simons*, Lothar; Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967
- Soergel-Siebert*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begr. von H.Th. Soergel, neu hrsg. von W. Siebert, 10. Aufl. Stuttgart- 1967; zit.: Soergel-Siebert/Bearbeiter
- Srocke*, Willi: Das negative Vertragsinteresse, Jur. Diss. Breslau 1927

- Staege*, Georg: Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Göttingen 1920. (Auszug)
- Stammler*, Rudolf: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1897
- Stampe*, Ernst: Besprechung von; J. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil 1904; Schuldrecht 1906, DJZ 1907, Sp.545
- Stampe*, Ernst: Einführung in das bürgerliche Recht. I. Teil, Berlin 1920
- Stampe*, Ernst: Die Freirechtsbewegung, Berlin 1911; zit.: Freirechtsbewegung
- Stampe*, Ernst: Grundriß der Wertbewegungslehre. 1. Teil: Tübingen 1912; 2. Teil: Tübingen 1919. (AcP 108 [1912] 42-177; AcP 110 [1913] 119-218)
- Staub*, Hermann: Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904
- Staudinger*, J. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9.Aufl. 1929: Bd. II, Teil 3; 11. Aufl. Berlin 1955; zit.: Staudinger/Bearbeiter (9.Aufl. mit entsprechendem Zusatz)
- Steinberg*, Wilhelm: Die Haftung für Culpa in Contrahendo, Bonn 1950.
- Steindorff*, Ernst: Allgemeine Formvorschriften in Gesellschafts- und Auftragsverhältnissen, ZHR 129 (1967) 21-30
- Stiefel-Wussow*: Kraftfahrtversicherung. Kommentar zu den Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung – AKB von E.Stiefel und W. Wussow, 8. Aufl. München 1971
- Stoffi*, Giuseppe; Anm. zu Cass. 12.1.1954, Foro it. 77 (1954) I, Sp. 1108-1110
- Stoll*, Hans: Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, in: Festschrift für F. von Hippel zum 70. Geburtstag. S. 517-559, Tübingen 1967; zit.: von Hippel-Festschr.
- Stoll*, Hans: Das Handeln auf eigene Gefahr. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1961
- Stoll*, Hans: Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht. Tübingen 1968; zit.: Kausalzusammenhang
- Stoll*, Heinrich: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 156 (1932) 257-320
- Stoll*, Heinrich: Anm. zu RG 21.5.1927, JW 1927, 2118-2120
- Stoll*, Heinrich: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe für Ph. Heck, M. Rümelin, A.B. Schmidt. S. 60-117, Tübingen 1931 (Beiheft zu AcP 133); zit.: Heck-Festgabe
- Stoll*, Heinrich: Besprechung von: H. Hildebrandt, Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes, JW 1933, 34-36
- Stoll*, Heinrich: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1925, Sp. 532-548
- Stoll*, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936; zit.: Leistungsstörungen
- Stoll*, Heinrich: Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929) 141-185
- Stoll*, Heinrich: Vertrag und Unrecht. Halbbd. I und II, Tübingen 1936; 4.Aufl. besorgt von W. Felgentraeger, Tübingen 1944.; zit.: Stoll(-Felgentraeger: 4. Aufl.)
- Stoll*, Heinrich: Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts, Jur. Diss. Bonn o. J.
- Street*, Harry: The Law of Torts, 4. Aufl. London 1968
- Stubenrauch*, Moriz von: Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 8. Aufl. hrsg. von M. Schuster von Bonnot und K. Schreiber, Wien 1905

- Süß*, Theodor: Außerdeliktische Haftungen, DRW 7 (1942) 185-204
- Süß*, Theodor: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung, Leipzig 1931
- Swoboda*, Ernst: Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. 3. Teil: Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1942
- Tamburrino*, Giuseppe: I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, Milano 1954
- Tammena*, Habbo: Die Haftung aus nicht zum Abschluß gekommenen Vertragsverhandlungen, Jur. Diss. Göttingen 1933. Ouakenbrück i.H. 1934
- Theall*, Gary E.: Things in one's custody - Louisiana Civil Code Article 2317, Tulane L. Rev. 43 (1968-1969) 907-915
- Thiele*, Wolfgang: Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzungen. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, JZ 1967, 649-657
- Titze*, Heinrich: Besprechung von: O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB, ZHR 57 (1906) 447-454
- Titze*, Heinrich: Besprechung von: W. Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, JW 1931, 512-513
- Titze*, Heinrich: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900; zit.: Unmöglichkeit
- Titze*, Heinrich: Verschulden beim Vertragsabschluß, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von F. Stier-Sornlo und A. Elster. Bd. VI. S. 516-523, Leipzig 1929; zit.: HwbRwiss. VI
- Titze*, Heinrich: Das Verschulden beim Vertragsschluß (Bericht über diesen Vortrag von anonymem Verf.), DJZ 1925, Sp. 490-491
- Todt*, Günther: Die Schadensersatzansprüche des Käufers, Heidelberg 1970
- Tomandl*, Theodor: Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien 1965
- Torrente*, Andrea: Manuale di diritto privato. 7. Aufl. von Piero Schlesinger, Milano 1968; zit.: Torrente-Schlesinger
- Torrente*, Andrea - *Pescatore*, Gabriele: Codice civile annotato con la giurisprudenza della cassazione, 4. Aufl. Milano 1965; zit.: Torrente-Pescatore
- Trabucchi*, Alberto: Istituzioni di diritto civile, 18. Aufl. Padova 1971
- Tuhr*, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2 Bde. in 3. 1. Bd. 1910, 2. Bd. 1. Hälfte 1914, 2. Bd. 2. Hälfte 1918, Leipzig; zit.: I, II 1, II 2;
- Tuhr*, Andreas von: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Halbb. I (1942), II (1944), 2. Aufl. von A. Siegwart. Zürich; zit.: von Tuhr-Siegwart I, II
- Tuhr*, Andreas von: Schadenersatz bei Dissens, AcP 121 (1923) 359-361
- Tunc*, André: Anm. zu Cass. civ. 20.12.1960, J.C.P. 1961. II. 12031
- Tunc*, André: Anm. zu Riom 27.3.1962, D. 1963, 176-179
- Tunc*, André: Obligations et contrats spéciaux. 1. Obligations en général et responsabilité civile, Rev. Trim. 59 (1951) 670-695 und 60 (1962) 305-348
- Ulmer*, Peter; Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, JZ 1969, 163-174
- Unger*, Klaus Dietrich: Culpa in contrahendo und faktisches Vertragsverhältnis, Jur. Diss. Köln 1949 (Masch.-Schr.)
- Unterhinninghofen*, Wilhelm: Die Haftung für culpa in contrahendo, Jur. Diss. Münster 1924 (Auszug)

- Van *Biema*, Hans-Hermann: Die rechtliche Natur der Vertragsvorstufen, Jur. Diss. Göttingen 1924 (Auszug)
- Van *Rvn*, Jean: Responsabilité aquilienne et Contrats en droit positif, Paris 1933
- Veit, Rolf E.: Das Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz, hrsg. von R.E. Veit, 2. Aufl. Wien 1962; zit.: EKHG
- Visintini, Giovanna: La responsabilità civile nella giurisprudenza, Padova 1967
- Voswinkel, Alfred: Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere bei anfechtbaren Verträgen, Jur. Diss. Marburg 1950 (Bochum 1930)
- Wächter, Carl Georg: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. II; Allgemeine Lehren, Stuttgart 1842
- Wagner, Herbert: Wird die allgemeine Haftung für culpa in contrahendo durch die speziellen Vorschriften der §§ 463, 480 BGB ausgeschlossen?, Jur. Diss. Leipzig 1935 (Dresden 1935)
- Waldmüller, Hans: Verletzung von Schuldnerpflicht und Unerlaubte Handlung, Jur. Diss. Tübingen 1907
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe, hrsg. von J. Winckelmann, Köln 1964
- Weichel, Friedrich: Haftung für Verschulden beim Abschluß nichtiger Verträge, Jur. Diss. Köln 1935 (Köln 1936)
- Weigert, Hans Werner: Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1925
- Weill, Alex : Droit civil. Les obligations, Paris 1971
- Weimar, Wilhelm: Anm. zu BGH 28.4.1952, VersPr. 1952, 95 f.
- Weimar, Wilhelm: Gilt der Rechtsgedanke des § 328 BGB auch bei culpa in contrahendo?, MDR 1959, 266
- Weimar, Wilhelm: Haftung aus "culpa in contrahendo" ohne Rücksicht auf Verschulden?, Ein Beitrag zu der Lehre von der Vertragsausstrahlung, VersN 1954, 111 f.
- Weimar, Wilhelm: Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß gegenüber Vertretern, MDR 1960, 994-995
- Weimar, Wilhelm: Nochmals: Vertragliche Haftung ohne Vertrag?, VersR 1960, 777-778
- Weimar, Wilhelm: Verschulden beim Vertragsschluß bei Geschäftsräumen und Gaststätten, MDR 1967, 459-461
- Weinberg, Hugo: Der Ersatz des negativen Interesses nach bürgerlichem Recht, Jur. Diss. Rostock 1903
- Weitnauer, Hermann: Aktuelle Fragen des Haftungsrechts, VersR "1970, 585-598
- Weitnauer, Hermann: Entwicklungslinien des Haftungsrechts, JuristenJb 4 (1963/1964) 214-242
- Weitnauer, Hermann: Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach geltendem deutschem Recht, in: Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für ausländisches und interationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, hrsg. von E.Wahl, R. Serick, H. Niederländer, S. 71-113, Heidelberg 1967; zit.: Rechtsvergleichung
- Wellspacher, Moriz: Das Naturrecht und das ABGB, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Juni 1911, 1. Teil. S. 175-207, Wien 1911; zit.: Festschr. zur Jahrhundertfeier des ABGB

- Welser*, Rudolf: Vertretung ohne Vollmacht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Wien 1970
- Wennberg*, Klaus: Entlastung der Vertragshaftung?, DRiZ 1967, 336-339
- Wennberg*, Klaus: Die skandinavische Löftetheorie. Das einseitig verpflichtende Versprechen. Seine Bedeutung für die Lehre von der culpa in contrahendo, Jur. Diss. Tübingen 1966
- Wesenberg*, Gerhard: Zum Stand der Diskussion um die Faktischen Vertragsverhältnisse, DRiZ 1953, 19-20
- Westen*, Klaus s Zur .Frage einer Garantie-- und Risikohaftung für sogenannte "Verkehrspflichtverletzungen", in: Festschrift für F. von Hippel zum 70. Geburtstag, S. 591-629, Tübingen 1967; zit.: von Hippel-Festschr.
- Weyers*, Hans-Leo: Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt a.M. 1971
- Wieacker*, Franz: Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR 10 (1943) 33-38
- Wieacker*, Franz: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12.12.1952, Karlsruhe 1953; zit.: Sozialmodell
- Wieacker*, Franz: Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941; zit.: System
- Wilburg*, Max: Haftung für Gehilfen, ZBl 48 (1930) 641-668, 721-749
- Wilburg*, Walter: Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941
- Wilburg*, Walter: Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JhJb 82 (1932) 51-148
- Will*, Heinz: Schweigen auf Bestätigungsschreiben, Bonn 1935
- Wilutzky*: Was gehört zum Vertrauensinteresse?, Recht 1901, Sp. 189-191
- Windscheid*, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. von Th. Kipp, Bd. II. Aalen 1963 (Neudruck der Ausgabe Frankfurt a.M. 1906)
- Winter*, Heinrich: Die Haftung für culpa in contrahendo beim Nichtzustandekommen des Vertrages wegen Mißverständnisses, Jur. Diss. Göttingen 1928
- Wolf*, Manfred: Käuferschutz durch notarielle Beurkundung von Grundstückskaufanwärtverträgen, JZ 1971; 80-84
- Wolf*, Manfred: Abschnitt „Rechtsgeschäfte“ in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt 1972
- Wolff*, Hans J.: Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), 3. Aufl. München 1970
- Wolff*, Karl: Grundriß des österreichischen. Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Wien 1948; zit.: Grundriß
- Wussow*, Werner: Allgemeine Versicherungsbedingungen für Haftpflichtversicherung. 6. Aufl. Frankfurt/Li. 1970; zit.: AHB
- Wussow*, Werner: Das Unfallhaftpflichtrecht, 10. Aufl. Köln 1969
- Yung*, Walter: Devoirs généraux et obligations, in: Festgabe für W. Schönenberger zum 70. Geburtstag am 21. September 1968, S. 163-179, Freiburg/Schweiz 1968
- Zander*, Heinz: Die Haftung für Verrichtungsgehilfen. Ihre Schwächen und die Versuche der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, diesen abzuhelpfen. Ein Vergleich des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Jur. Diss. Tübingen 1966
- Zeiss*, Walther: Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise?, NJW 1964, 477-480
- Zeitlmann*: Unfälle in Warenhäusern, VersN 1962, 3



- Zilken*, Franz: Notwendigkeit einer Reform des § 831 BGB (Haftung für den Verrichtungsgehilfen), Jur. Diss. Köln 1940
- Zimmerer*, Fritz: Vorvertragliche Pflichten beim Vertragsschluß, Jur. Diss. Halle 1934. Würzburg 1934
- Zitelmann*, Ernst: Nichterfüllung und Schlechterfüllung, in: Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für P. Krüger zum Doktor-Jubiläum, S. 263-281, Berlin 1911; zit.: Krüger-Festgabe
- Zürcher Kommentar*: Kommentar zum. Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art.1-185, kommentiert von H. Oser unter Mitwirkung von W. Schönenberger, 2. Aufl. Zürich 1929; zit.: Oser-Schönenberger in Zürcher Kommentar
- Sachregister zu Teil 1-3 (OR Art.1-529) von W. Schönenberger, 2. Aufl. Zürich 1947
  - Bd. V 1a: Das Obligationenrecht, 3. Auf I. von W. Schönenberger - P. Jäggi, 2. Lieferung verfaßt von P. Jäggi, Zürich 1968; zit.: Bearbeiter in Zürcher Kommentar
- Zusammenstellung* der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt. Bd. II: Äußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, Osnabrück 1890 (Neudruck 1967); zit.: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen II
- Zweig*, Walther: Die Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluß, Jur. Diss. Breslau 1929 (Ratibor 1929)
- Zweigert*, Konrad: Artikel "Rechtsvergleiche", in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. III, S.79-82, Berlin 1962
- Zweigert*, Konrad: Der Jurist in Frankreich und Deutschland, in: Festschrift für H. G. Ficker zum 70.Geburtstag am 20.Juli 1967, S. 498-507, Frankfurt a.M. 1967; zit.: Ficker-Festschr.
- Zweigert*, Konrad: Zur Methode der Rechtsvergleichung, *Studium Generale* 13 (1960) 193-200
- Zweigert*, Konrad: "Rechtsgeschäft" und "Vertrag" heute, in: *Ius privatum gentium*. Festschrift für M. Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5.Juli 1969, Bd. II. S. 495-504, Tübingen 1969; zit.: Rheinstein-Festschr.
- Zweigert*, Konrad: Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ* 15 (1949) 5-21
- Zweigert*, Konrad: Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: Festschrift für Ed. Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969, S. 445-449, Berlin 1969; zit.: Bötticher-Festschr.
- Zweigert*, Konrad - *Kötz*, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Bd. II: Institutionen, Tübingen 1969; zit.: Zweigert-Kötz II
- Zweigert*, Konrad - *Kötz*, Hein: Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika. Tübingen 1966; zit.: Zweigert-Kötz, Haftung