

§ 23 Das Verschulden bei Vertragsverhandlungen – Culpa in contrahendo (c.i.c.) – §§ 311 II, III, 241 II, 280

Vorbemerkung

1) Normalerweise entsteht eine Verpflichtung zum Schadensersatz dann, wenn eine Vertragspartei eine ihrer vertraglichen Pflichten verletzt oder ein Schädiger den Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht. Dieses gesetzliche System der Schadensersatzansprüche enthält jedoch Lücken:

a) **Im deliktischen Bereich ist die Haftung des Geschäftsherrn für das Verhalten von Hilfspersonen durch die Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn nach § 831 I 2 nur lückenhaft geregelt.**

Beispiel: Linoleumrollenfall RGZ 78, 239: Ein Kunde wird beim Betreten eines Supermarkts von einer herabstürzenden Linoleumrolle verletzt, die ein Angestellter unsachgemäß aufgestellt hatte. Das verletzte Opfer kann sich gemäß § 831 I 1 an den Geschäftsherrn halten, doch steht diesem der Entlastungsnachweis offen, er habe den Angestellten gut ausgesucht und überwacht. Kann er das beweisen, ist eine deliktische Haftung des Geschäftsherrn ausgeschlossen.

b) Die vertragliche Haftung für Hilfspersonen erfolgt über die Zurechnung des Verschuldens gemäß § 278, wobei es keinerlei Exkulpationsmöglichkeit gibt. **Die Anwendung des § 278 setzt aber voraus, dass zwischen dem Geschädigten und dem in Anspruch genommenen Schuldner bereits zur Zeit der schädigenden Handlung ein Schuldverhältnis bestand.**

Beispiel: Im o.g. Linoleumrollenfall scheidet eine Haftung aus § 280 I 1 scheinbar aus, wenn der Kunde zu diesem Zeitpunkt noch nichts gekauft hat.

Die Reaktion auf diese Lücken bestand darin, dass man bereits in einem vorvertraglichen Verhandlungsstadium ein Schuldverhältnis entstehen lässt, um eine Zurechnung des Verschuldens über § 278 vornehmen zu können. Dies hat zur Folge, dass die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten unabhängig davon zum Schadensersatz verpflichtet, ob bereits ein Vertrag geschlossen wurde oder ob dieser Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt noch geschlossen wird. Dabei werden die Verhandlungspartner streckenweise wie Vertragspartner behandelt, obwohl sie es doch noch gar nicht sind.

2) **Die vorvertragliche Haftung des Schädigers aus c.i.c. hat aus der Sicht des Geschädigten im Verhältnis zu den deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen zahlreiche Vorteile:**

a) Der Anspruchsgegner muss sich das Verschulden von Hilfspersonen gemäß § 278 wie eigenes Verschulden zurechnen lassen, ohne sich exkulpieren zu können.

b) Pflichtverletzungen in der Sphäre des Verhandlungspartners kehren die Beweislast um: Nach § 280 I 2 muss der Anspruchsgegner nachweisen, dass ihn bezüglich der vorvertraglichen Pflichtverletzung kein Verschulden trifft.

c) Die Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten verpflichtet auch zum Ersatz von **primären Vermögensschäden**. Derartige primäre Vermögensschäden werden im Deliktsrecht nur bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 oder bei einer entsprechenden Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 II ersetzt. Insbesondere die nur fahrlässige Beschädigung fremden Vermögens verpflichtet innerhalb des Deliktsrechts regelmäßig nicht zum Schadensersatz.

Beispiel: Aufgrund eines fahrlässig falsch erstellten Verkaufsprospekts erleidet der Kapitalanleger einen großen Vermögensschaden, als sich beim Beitritt zu einer Publikums-KG versprochene Steuervorteile nicht realisieren lassen. Dem Geschädigten ist hier nur durch eine Prospekthaftung nach den Regeln der c.i.c. zu helfen, da das Vermögen kein „sonstiges“ Recht i.S.d. § 823 I ist und der Kapitalanlagebetrug gemäß § 264 a StGB als Schutzgesetz i.S.d. § 823 II einen Vorsatz des Schädigers voraussetzt.

- 3) Im Gegensatz zu einem vertraglichen Schuldverhältnis bestehen jedoch **keine klagbaren Leistungspflichten**, sondern nur **Wohlverhaltenspflichten** zu Rücksicht, Fürsorge und Loyalität, die den Verhandlungspartner vor Schaden bewahren sollen: Der Gläubiger kann nur Schadensersatz verlangen, also erst dann klagen, wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist.

I. Das vorvertragliche Schuldverhältnis

Das vorvertragliche Schuldverhältnis entsteht durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Diese Vertragsverhandlungen beginnen aber nicht erst mit dem konkreten Verhandlungsgespräch über einen bestimmten Gegenstand, sondern bereits mit der ersten Kontaktaufnahme. Dabei können wir zwischen folgenden Fallgruppen unterscheiden:

1) Aufnahme von Vertragsverhandlungen: § 311 II Nr. 1

- a) **Bereits mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen darf jede Seite erwarten, dass der andere Fragen wahrheitsgemäß beantwortet, auf die Interessen der Gegenseite Rücksicht nimmt** und auf Umstände hinweist, die für den anderen erkennbar von Bedeutung sind und die dieser aus eigener Sachkunde nicht zuverlässig beurteilen kann. Jeder Verhandlungspartner muss auf bestehende Formerfordernisse oder behördliche Genehmigungserfordernisse hinweisen, darf also das Zustandekommen des Vertrages nicht schuldhaft verhindern (dazu unten II 3).
- b) Die an dem vorvertraglichen Schuldverhältnis Beteiligten müssen sich dabei nicht wie Gegner gegenüberstehen. Auch wenn eine Sache von mehreren gemeinsam gekauft oder verkauft werden soll, ohne dass zwischen ihnen ein besonderes Rechtsverhältnis besteht, haften sie untereinander in entsprechender Anwendung der Regeln über die c.i.c., z.B., wenn sie einander nicht zutreffend über ihre Veräußerungsbefugnis informieren.
- c) **Das vorvertragliche Schuldverhältnis setzt keinen persönlichen Kontakt der Verhandlungspartner voraus.** Auch die schuldhaft falsche Angabe in Verkaufsprospekten oder die unsachgemäße Bevorzugung eines Mitbewerbers bei einer öffentlichen Ausschreibung verpflichten zum Schadensersatz (BGH NJW 1985, 1466), wenn der Bewerber nachweist, dass er bei sachgerechter Entscheidung den Auftrag erhalten hätte.
- d) **Das vorvertragliche Schuldverhältnis endet, wenn die Vertragsverhandlungen abgebrochen werden** (z.B. wenn der Kunde den Laden verlässt) **oder der Vertrag geschlossen wird.** Die schuldhafte Verletzung von vertraglichen Pflichten verpflichtet ohnehin gemäß § 280 I zum Schadensersatz.

2) Herstellung eines geschäftlichen Kontakts: § 311 II Nr. 2

- a) **Bereits mit dem Betreten fremder Geschäftsräume entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis**, da der Verhandlungspartner zu diesem Zeitpunkt bereits darauf vertrauen darf, dass der andere die ihm anvertrauten Rechtsgüter sorgfältig behandelt. Den Geschäftsinhaber trifft also zu diesem Zeitpunkt bereits eine **vorvertragliche Verkehrssicherungspflicht**, dafür zu sorgen, dass in seinen Räumlichkeiten niemand zu Schaden kommt (BGH WM 2013, 692).

- b) **Wie bereits der Name zeigt, entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis aber nur, wenn der Kunde zumindest grundsätzlich bereit ist, über einen Vertragsschluss zu verhandeln.** Dies setzt noch keine konkrete Kaufabsicht voraus, so dass auch derjenige Ansprüche aus § 280 I anmelden kann, der sich zuerst einmal umschaun und sich über das Angebot informieren wollte. Wer sich jedoch nachgewiesenermaßen (!) nur vor einem Platzregen in ein Kaufhaus geflüchtet hat oder sich dort nur aufwärmen will, kann sich bei einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nur auf das Deliktsrecht (§§ 823 ff.) stützen, aber nicht auf die §§ 280 I, 311 II, 241 II (BGHZ 66, 51, 55).

Nach der Gegenansicht (Medicus Schuldrecht AT § § 14 II) soll auch der Passant durch das Entstehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach den Regeln der §§ 280 I, 311 II, 241 II geschützt werden, der zunächst nichts kaufen will, da auch er durch die Dekoration und das Warenangebot zu einem jetzigen oder späteren Kauf verleitet werden soll.

Folgt man dieser Ansicht, so können sich nur diejenigen nicht auf die Regeln der §§ 280 I, 311 II, 241 II berufen, die den Geschäftsraum zu deliktischen Zwecken betreten haben (z.B. Ladendiebe).

3) Ähnliche geschäftliche Kontakte: § 311 II Nr. 3

Unter diese Norm sollen alle Konstellationen subsumiert werden, die nicht unter die Nummern 1 und 2 passen, so dass die Möglichkeit einer Weiterentwicklung offengehalten wird.

- a) Zu denken wäre einmal an Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht (MünchKomm/Kramer, Rz. 32 a, 33 vor § 241), wie im Falle einer Auskunft (dazu BGH ZIP 1998, 1434, 1435; Canaris in FS für Schimansky, 1999, 43 ff.).
- b) Auch aus einer dauernden Geschäftsbeziehung, durch die sich ein Vertrauensverhältnis gebildet hat, kann sich eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen auch für die Handlungen ergeben, die nichts mit der Erfüllung eines bestehenden Vertrags zu tun haben. Diese Haftung ist ein *Parallelfall*, aber kein *Unterfall* der c.i.c., deren Umfang von Fall zu Fall schwankt. So kann ein falscher Rat oder eine falsche bzw. unterbliebene Auskunft gemäß den §§ 280 I, 311 II, 241 II schadensersatzpflichtig machen, wenn der Geschädigte in dieser Situation eine entsprechende Beratung oder Information erwarten durfte (BGHZ 49, 168).

II. Die Pflichtverletzungen

1) Die Verletzung von Sorgfaltspflichten

- a) Jeder Verhandlungspartner darf erwarten, dass er im Zuge der Vertragsverhandlungen durch den anderen und dessen Hilfspersonen nicht schuldhaft in seinen Rechtsgütern verletzt wird. Insofern gilt auch innerhalb von Vertragsverhandlungen ein allgemeines Schädigungsverbot („neminem laede“): **Jeder muss sich so verhalten, dass er nicht durch sein schuldhaftes Verhalten andere verletzt** (BGH NJW 1986, 2757). Wer seine Verkaufs-, Praxis- oder Geschäftsräume dem Publikumsverkehr öffnet, muss für die erforderliche Verkehrssicherheit innerhalb der Räume sorgen. Dabei beginnt der räumliche Verantwortungsbereich im Eingangsbereich zu den Räumlichkeiten (BGH NJW 1962, 31). **Die Haftung ist umso strenger, je größer und umfangreicher der eröffnete Verkehr ist.** Eine besonders strenge Haftung trifft Großmärkte und Kaufhäuser, wobei jeder Versuch der Haftungsfreizeichnung (z.B. durch ein Schild mit der Aufschrift: „Betreten auf eigene Gefahr“) unzulässig ist.

- b) **Es müssen zumutbare Maßnahmen der Schadensverhinderung getroffen werden, wobei der jeweilige Unternehmer die Erfüllung dieser Pflichten nicht mit für ihn befreiender Wirkung vollständig delegieren kann.** Er persönlich bleibt dafür verantwortlich, dass sein Betrieb entsprechend organisiert ist und dass die Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen ständig kontrolliert wird.

Beispiele für eine Verletzung der Verkehrssicherungspflichten: Der Kunde wird durch eine herabstürzende Linoleumrolle verletzt (RGZ 78, 239), rutscht auf einer vereisten Rinne (OLG Saarbrücken, NJW -RR- 2012, 152), einer Bananenschale (BGH NJW 1962, 31) oder einem Gemüseblatt aus (BGHZ 66, 51).

AL-Klausurtyp: Die dadurch entstehende Haftung gemäß den §§ 280 I 1, 311 II, 241 II steht in Anspruchskonkurrenz zur gleichfalls vorliegenden deliktischen Haftung gemäß den §§ 823 ff. Der Vorteil einer konkurrierenden vorvertraglichen Haftung besteht aus der Sicht des Gläubigers in zwei Punkten:

- § 278: Haftung für Hilfspersonen ohne Exkulpationsmöglichkeit
- § 280 I 2: Beweislastumkehr

- c) **Die Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen beginnt bereits, nachdem der Unternehmer die Sache des Kunden in Obhut genommen hat.** Dies ist von Bedeutung, wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Vertrag geschlossen ist.

Beispiel: Der Eigentümer einer Motoryacht bringt seine Yacht zur Reparatur in eine Bootswerft. Noch bevor er den Reparaturauftrag erteilt hat, haben Angestellte des Unternehmers die Yacht beim Abladen beschädigt.

- d) **Nach den gleichen Prinzipien haftet der Kaufinteressent, der einen Pkw während der Probefahrt schuldhaft beschädigt** (BGH NJW 1972, 1363). Der Kunde haftet aber nicht bei leichter Fahrlässigkeit, weil sich der Verkäufer gegen derartige Schäden selbst durch den Abschluss einer Kaskoversicherung schützen kann. Hat er dies nicht getan, muss er den Kunden zumindest auf das Fehlen eines derartigen Versicherungsschutzes hinweisen.

Sollten dennoch, z.B. infolge von grober Fahrlässigkeit, Ansprüche gegen den Kaufinteressenten gemäß den §§ 280 I 1, 311 II, 241 II bestehen, so verjähren diese Ansprüche analog § 548 innerhalb von 6 Monaten (BGH NJW 1992, 2413, 2414).

2) Die Verletzung von Aufklärungspflichten

- a) **Auch wenn der Vertrag wirksam geschlossen worden ist, kann eine Seite der anderen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie ihre vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt und dadurch der andere einen aus seiner Sicht nachteiligen Vertrag schließt, den er bei entsprechender Aufklärung so nicht geschlossen hätte** (BGH NJW 2012, 846; BAG NZA 2012, 211). Dabei besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Aufklärungspflicht und Selbstverantwortung: Einerseits steht jeder Vertrag unter dem Gebot von Treu und Glauben; andererseits bedeutet Privatautonomie nicht nur Selbstbestimmung, sondern auch Selbstverantwortung, so dass eine Aufklärungspflicht nur im Rahmen des Zumutbaren besteht und auch nur soweit, wie der andere Aufklärung nach Treu und Glauben erwarten durfte (BGH NJW 2010, 3362; 2008, 258; 1989, 1794; WM 1990, 479, 481; MünchKomm/Emmerich Rz. 79 vor § 275; Soergel/Wiedemann Rz. 121 vor § 275).

Beispiel: Verkauft der HiFi-Verkäufer einen Vorverstärker, so muss er dem Kunden nicht erklären, dass der Kunde auch über eine Endstufe und eine Signalquelle wie CD-Player oder Tuner verfügen muss. Er muss auch dem 75jährigen Freak nicht erklären, dass ein absolut linearer Frequenzgang von 20 Hz – 25.000 Hz für ihn nur noch ein theoretischer Wert ist, der vielleicht das Herz wärmt, aber nicht mehr hörbar ist.

- b) **Andererseits muss jeder Verhandlungspartner den anderen über die Umstände aufklären, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährden können.** Dies gilt insbesondere dann, wenn der andere diese Umstände nicht kennt, sie aber in erkennbarer Weise für dessen Entscheidung von Bedeutung sind. Je weiter das jeweils erforderliche Fachwissen von Verkäufer und Käufer auseinanderklafft, desto eher darf der Kunde von einem Fachhändler entsprechende Aufklärung erwarten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die entsprechenden Informationsquellen nicht frei zugänglich sind oder die Information für einen Laien schwer verständlich ist (BGHZ 60, 221, 223; 61, 118, 121).

- c) **AL-Klausurtyp: Die Regeln der Irrtumsanfechtung sind im Verhältnis zu den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 keine abschließende Regelung.** Wer durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschluss bewegt wurde, hat neben dem Anfechtungsrecht noch einen Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn ihm nach erfolgter Anfechtung trotz der daraus folgenden Nichtigkeit des Vertrags noch ein weiterer Schaden entstanden ist (BGH NJW 1979, 1983). Dabei kann der Getäuschte Aufhebung des Vertrags gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 124 verlangen (BGH WM 1985, 466).

- d) Ist der Vertragspartner nur **fahrlässig getäuscht** worden, liegen die Voraussetzungen des § 123 I nicht vor. Der durch Verletzung einer Mitteilungs- oder Aufklärungspflicht fahrlässig getäuschte Vertragspartner kann aber gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Verhalten, also bei entsprechender Aufklärung, stünde. Er kann also gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 249 I verlangen, dass der Vertrag wieder rückgängig gemacht wird; ferner sind ihm seine nutzlos erbrachten Aufwendungen zu ersetzen.

Will der fahrlässig getäuschte Vertragspartner jedoch am Vertrag festhalten, so muss er so behandelt werden, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Vertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen. Dabei kommt es nicht auf den hypothetischen und kaum zu führenden Beweis an, dass die Gegenseite den Vertrag zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte; entscheidend ist allein, wie sich der fahrlässig getäuschte Vertragspartner in Kenntnis der wahren Sachlage verhalten hätte. Bei Abschluss eines Kaufvertrags durch einen nicht entsprechend aufgeklärten Käufer stellt also der Teil des Kaufpreises einen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 zu ersetzenden Schaden dar, den der Käufer im Vertrauen auf richtige und vollständige Aufklärung zu viel bezahlt hat. Der Käufer kann daher gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 Herabsetzung des Kaufpreises in analoger Anwendung des § 441 III verlangen (BGH NJW 1989, 1794).

Beispiel: Der Verkäufer einer Altbauwohnung weist den Käufer bei den Vertragsverhandlungen nicht darauf hin, dass aufgrund zwingender Vorschriften der Einbau einer Feuertreppe erfolgen muss und dass sich die Treppe nach ihrer Errichtung vor dem einzigen Fenster der Wohnung befinden wird. Der Käufer kann hier gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 den Geldbetrag verlangen, den er in Unkenntnis dieses Umstandes zu viel gezahlt hat. Man geht also einfach davon aus, dass der Käufer in Kenntnis dieses Umstandes einen günstigeren Preis ausgehandelt hätte; dabei wird dem Verkäufer der Hinweis abgeschnitten, dass er zu diesem niedrigeren Preis die Wohnung nicht verkauft hätte. Der Käufer kann in analoger Anwendung des § 441 III mindern und den zuviel gezahlten Kaufpreis über die §§ 280 I, 311 II, 241 II in Verbindung mit § 249 I zurückverlangen.

3) Schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags

Hat ein Verhandlungspartner die Unwirksamkeit des Vertrags verschuldet, so ist er dem anderen zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verpflichtet. Dabei kommen folgende **Fallgruppen** in Betracht:

a) Ein Verhandlungspartner hat fahrlässig die Formbedürftigkeit des Vertrags verkannt.

Eine Schadensersatzpflicht muss dabei aber auf Ausnahmefälle begrenzt bleiben, da grundsätzlich jede Partei für sich selbst verantwortlich ist und sich auch der Geschädigte um die Einhaltung der erforderlichen Form hätte kümmern müssen. Ein Anspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 kommt nur in Betracht, wenn die eine Partei durch den fehlenden Hinweis auf die Formbedürftigkeit ihre vorvertragliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt hat. Wir müssen zwischen 2 Fällen unterscheiden:

aa) Eine Partei hat schuldhaft falsche Angaben über die Formbedürftigkeit gemacht.

bb) Eine Partei hat aufgrund besonderer Sachkunde Vertrauen für sich in Anspruch genommen, so dass der andere keinen Anlass sah, sich selbständig nach der Formbedürftigkeit des Geschäfts zu erkundigen.

Beispiel: Ein gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen ruft in rechtsunkundigen Bauinteressenten den Eindruck hervor, durch selbst entworfene privatschriftliche Vertragsformulare wirksame Kaufverträge schließen zu können (BGH WM 1965, 674).

cc) **Der Umfang der Haftung** ist in derartigen Fällen umstritten:

(1) **Nach einer Ansicht** (MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 47 m.w.N.) **soll der Umfang der Schadensersatzpflicht davon abhängen, ob der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit geschlossen worden wäre oder nicht.**

(a) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit nicht geschlossen worden, so ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 über § 249 I nur den Vertrauensschaden.** Der Geschädigte wird also lediglich in Geld so gestellt, wie er stünde, wenn von diesem Vertrag niemals die Rede gewesen wäre. Ersetzt werden z.B. nutzlose Aufwendungen wie Gutachterkosten, die in Erwartung der baldigen Vertragserfüllung zur Finanzierung des Kaufpreises entstanden sind, sowie Mehraufwendungen, die jetzt anfallen, weil ein vergleichbares Objekt infolge der zwischenzeitlichen Preissteigerung nur noch zu einem höheren Preis zu erhalten ist. Der Schadensersatzanspruch wird aber durch das *Erfüllungsinteresse* summenmäßig beschränkt, da der Geschädigte nicht verlangen kann, besser gestellt zu werden, als er bei wirksamem Vertrag gestanden wäre. Hat der Betroffene in Unkenntnis der Formnichtigkeit seine eigene Leistung bereits erbracht, z.B. den vermeintlich geschuldeten Kaufpreis bereits bezahlt, so kann er seine Leistung sowohl nach § 812 I 1, 1. Alt. als auch nach den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1/ § 249 I zurückfordern.

(b) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit wirksam geschlossen worden, so ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 dem Geschädigten über § 249 I sein Erfüllungsinteresse.** Er wird also in Geld (nicht durch Erfüllung des Vertrags in Natur!) so gestellt, wie er bei Wirksamkeit des Vertrags stünde.

(2) **Nach anderer Ansicht** (Flume § 15 III 4 c; Larenz Schuldrecht AT § 9 I 3) **ersetzen die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in derartigen Fällen immer nur den Vertrauensschaden, aber niemals das Erfüllungsinteresse, da es sich bei dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung um einen Erfüllungersatzanspruch handelt:** Kann der Betroffene aber wegen der Nichtigkeit des Vertrags *Erfüllung* nicht verlangen, so steht ihm auch kein Ersatzanspruch infolge der *Nichterfüllung* zu.

(3) Medicus (BR 185) meldet gegen die pauschale Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 selbst dann Bedenken an, wenn man sie der Höhe nach auf den Ersatz des Vertrauensschadens beschränkt. Zum einen müsse der Vertrauensschaden nicht immer unterhalb des Erfüllungsinteresses liegen. Zum anderen sei nicht einzusehen, warum eine Partei verpflichtet sei, für einen wirksamen Vertragsschluss zu sorgen. Es müsse daher im Einzelfall entschieden werden, ob der schuldhaft Handelnde dem Geschädigten eine Aufklärung über die Formbedürftigkeit geschuldet habe oder nicht.

b) Eine Verhandlungspartei hat schuldhaft einen **versteckten Dissens** verschuldet, an dem die Wirksamkeit des Vertrags entgegen der Auslegungsregel des § 155 scheitert.

Hier wird der Geschädigte den Dissens regelmäßig mitverschuldet haben, so dass man seinen Anspruch gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 gemäß § 254 I um seinen eigenen Verschuldensanteil kürzen muss.

c) Der Verhandlungspartner hat einen **nicht vertretungsberechtigten Verhandlungshelfen** in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet, der ihn nicht wirksam verpflichten konnte.

Hier gelten die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 aber nur, wenn der Hintermann nicht nach den Regeln über die Rechtsscheinhaftung (z.B. Anscheins- oder Duldungsvollmacht) wirksam verpflichtet worden ist (BGHZ 92, 174).

d) Der Verhandlungspartner hat in einer für den anderen nicht erkennbaren Weise **sittenwidrig** gehandelt, so dass der Vertrag gemäß § 138 I nichtig ist (BGHZ 99, 106).

e) Der Verhandlungspartner hat nicht auf das **Erfordernis einer behördlichen oder privaten Genehmigung** hingewiesen.

Beispiele:

1) Die Gemeinde, die mit einem Bauträger über die Errichtung eines Altenheims verhandelt, weist den Bauträger nicht auf planungsrechtliche Hindernisse hin (BGH NVwZ 1982, 145).

2) Der Erbbauberechtigte weist bei der Vermietung des Grundstücks nicht auf die vertraglich vorgesehene Genehmigungsbedürftigkeit durch den Eigentümer hin (BGH MDR 1967, 835).

f) Der Verhandlungspartner hat durch sein Verhalten die **Erteilung einer erforderlichen behördlichen Genehmigung vereitelt** (BGHZ 54, 71). Dies gilt aber nicht für die familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (OLG Hamm, MDR 1969, 306).

4) Der unbegründete Abbruch von Vertragsverhandlungen

a) Wer Vertragsverhandlungen aufnimmt, ist selbstverständlich nicht verpflichtet, diese Vertragsverhandlungen stets durch einen Vertragsschluss zu beenden. Ein derartiger Kontrahierungszwang würde dem Grundsatz der Privatautonomie widersprechen, die nicht nur die Freiheit des Vertragsschlusses garantiert, sondern auch die Freiheit, Verhandlungen jederzeit ohne Angabe von Gründen abbrechen zu dürfen. **Der Abbruch von Vertragsverhandlungen verpflichtet auch dann nicht zum Schadenersatz, wenn man weiß, dass die Gegenseite auf den Vertragsschluss vertraut und bereits viel Zeit und Geld in die Vertragsverhandlungen investiert hat** (BGH NJW 2013, 928; Wertensbruch, ZIP 2004, 1525, 1526).

b) Eine Ausnahme gilt dort, wo der Verhandlungspartner in seinem Gegenüber den sicheren Eindruck erweckt hat, der Vertrag werde auf jeden Fall abgeschlossen werden. Erforderlich ist ein **qualifizierter Vertrauenstatbestand**: Der Verhandlungspartner muss den Vertragsschluss als sicher in Aussicht gestellt haben (BGH NJW -RR- 1989, 627), den anderen zu Vorleistungen

veranlasst haben (BGHZ 92, 176) oder die Parteien müssen bereits mit der Durchführung des Vertrags begonnen haben, obwohl dieser noch gar nicht geschlossen ist (BGHZ 6, 334).

Beispiele:

- 1) Der Vermieter hatte den Mieter durch den Hinweis, es werde mit Sicherheit zum Vertragsschluss kommen, bereits zur Kündigung des bisherigen Mietverhältnisses bewogen.
- 2) Der Mieter hatte im Vermieter das Vertrauen auf ein langjähriges Mietverhältnis erweckt und diesen zu umfangreichen baulichen Veränderungen veranlasst, kündigt aber kurze Zeit später.
- 3) Der Arbeitgeber erweckt in einem Bewerber das Vertrauen auf eine sichere Einstellung und bewegt ihn dadurch zur Kündigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses.

In diesem Fall darf der Verhandlungspartner die Verhandlungen nur mit einem **triftigen Grund** abbrechen (BGH NJW 1975, 1774). Andererseits sind wegen der zurzeit noch fehlenden vertraglichen Bindung an die Begründung keine erhöhten Anforderungen zu stellen; das bessere Angebot eines Mitbewerbers würde den Abbruch der Vertragsverhandlungen bereits sachlich rechtfertigen. Dennoch kann eine Verpflichtung zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 entstehen, wenn man dies der Gegenseite nicht unverzüglich mitteilt.

- c) Die Ersatzpflicht setzt nicht voraus, dass das berechtigte Vertrauen auf den baldigen Vertragsschluss *schuldhaft* verursacht wurde (BGH NJW -RR- 1989, 627). Im Übrigen würde es am erforderlichen Verschulden ohnehin fehlen, wenn der Verhandlungspartner einen triftigen Grund für den Abbruch der Vertragsverhandlungen hat.

- d) Etwas anderes gilt bei **formbedürftigen Verträgen: Der unbegründete Abbruch von Vertragsverhandlungen verpflichtet bei formbedürftigen Verträgen regelmäßig nicht zum Schadensersatz**. Dazu der BGH in NJW 1996, 1884:

„Grundsätzlich erlaubt es die Vertragsfreiheit, von Vertragsverhandlungen auch ohne Angaben von Gründen zurückzutreten. Nur wer das Vertrauen auf einen sicheren Vertragsschluss erweckt hat und dann die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht, kann aus c.i.c. haften. Eine solche Haftung ist allerdings regelmäßig ausgeschlossen, wenn der in Aussicht gestellte Vertrag formbedürftig ist. Eine Verpflichtung aus c.i.c., den Vertrauensschaden zu ersetzen, bedeutet indirekt einen Zwang zum Vertragsschluss. Dieser Zwang läuft dem Schutzzweck des § 311 b I zuwider, nach der wegen der objektiven Eigenart des Vertragsgegenstandes eine Bindung ohne Einhaltung der Form verhindert werden soll. Im Bereich der nach § 311 b I zu beurkundenden Rechtsgeschäfte löst der Abbruch von Vertragsverhandlungen, deren Erfolg als sicher schien, auch dann keine Schadensersatzansprüche aus, wenn es an einem triftigen Grund für den Abbruch der Verhandlungen fehlt (BGH WM 1982, 1436, 1437). **Etwas anderes gilt nur, wenn eine so schwere Pflichtverletzung vorliegt, dass die Berufung auf den fehlenden Vertrag gegen § 242 verstoßen würde.** Dies wäre dann der Fall, wenn eine Partei vorsätzlich gegen ihre vorvertragliche Treuepflicht verstößt oder dem anderen während der Vertragsverhandlungen bewusst nicht mitteilt, dass sie nicht mehr bereit ist, den Vertrag zu schließen.“

Nach Medicus (Schuldrecht I § 14 III 1) soll bei formbedürftigen Verträgen ganz auf Schadensersatzansprüche beim Abbruch von Vertragsverhandlungen verzichtet werden, weil der andere vor Einhaltung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form noch nicht auf den Vertragsschluss vertrauen darf.

- e) **Der Haftungsumfang:** Hat der Verhandlungspartner schuldhaft, also ohne triftigen Grund, die Verhandlungen abgebrochen, obwohl er den Vertragsschluss als sicher in Aussicht gestellt hat, so ist er dem anderen gegenüber zum Schadensersatz gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 verpflichtet. Er muss ihm den **Vertrauensschaden** ersetzen, ihn also so stellen, wie dieser stünde, wenn die Verhandlungen niemals geführt worden wären.

Die Regeln über die c.i.c. verpflichten aber nicht dazu, den Vertrag zu erfüllen, da der Vertragspartner nicht den Vertragsschluss an sich erwarten durfte, sondern nur, rechtzeitig informiert zu werden, wenn die Vertragsverhandlungen gescheitert sind (BGH NJW 2006, 1963; NJW -RR- 1988, 288). Ferner werden nur die Aufwendungen ersetzt, die nach Lage des Falles vertretbar waren (BGH WM 1976, 923).

III. Anspruchsteller und Anspruchsgegner

Regelmäßig entsteht das vorvertragliche Schuldverhältnis nur zwischen denjenigen, die als Verhandlungspartner auch Partei des abzuschließenden Vertrags werden würden.

Beispiel: Ist der Kunde in einem Supermarkt durch eine herabstürzende Linoleumrolle verletzt worden, so richten sich seine Ansprüche gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 gegen das Unternehmen, nicht gegen den einzelnen Angestellten, der die Rolle unsachgemäß aufgestellt hat. Der Angestellte haftet allerdings nach den deliktischen Regeln der §§ 823 ff.

In Ausnahmefällen wird aber der Kreis der am vorvertraglichen Schuldverhältnis Beteiligten erweitert:

- **Anspruchsberechtigt** ist auch derjenige, der in analoger Anwendung des § 328 in den Schutzbereich des vorvertraglichen Schuldverhältnisses miteinbezogen wird.
- **Anspruchsgegner** ist nicht nur der spätere Vertragspartner, sondern auch der Sachwalter, der in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet ist.

1) Der Anspruchsteller der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

Grundsätzlich hat nur derjenige Ansprüche, der sich an den Vertragsverhandlungen beteiligt hat und den Vertrag auch selbst schließen wollte, doch findet auch hier von Fall zu Fall eine Ausdehnung des geschützten Personenkreises statt.

- a) Auch der **Vertreter des künftigen Vertragspartners**, der durch Verletzung der Sorgfaltspflicht geschädigt ist, kann sich auf die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 berufen.

Beispiel: Die Haushälterin, die für ihre Chefin im Supermarkt einkauft, rutscht auf einem Salatblatt aus.

- b) **Beschränkt geschäftsfähige Verhandlungspartner** werden durch die §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 geschützt, ohne dass es darauf ankäme, ob sie den Vertrag hätten wirksam schließen können. Die Regeln des Minderjährigenschutzes wollen den Minderjährigen davor bewahren, anderen etwas zu schulden, aber nicht davor, eigene Ansprüche gegen andere zu erlangen.

- c) **Geschäftsunfähige** können keine wirksamen Verträge schließen und kommen daher als Verhandlungspartner von Haus aus nicht in Betracht, doch werden sie durch eine analoge Anwendung des § 328 in den Schutzbereich des vorvertraglichen Schuldverhältnisses miteinbezogen (BGH NJW 2011, 139).

Beispiel (Salatblattfall BGHZ 66, 51): Der 6-jährige Heinz-Rüdiger, der seine Mutter beim Einkauf im Supermarkt begleitet, rutscht auf einem Gemüseblatt aus. Hier stehen Heinz-Rüdiger über die analoge Anwendung des § 328 direkte Ansprüche aus c.i.c. gegen den Unternehmer zu, wobei Heinz-Rüdiger bei der Geltendmachung seiner Ansprüche durch die Eltern als gesetzliche Vertreter vertreten wird.

2) Der Anspruchsgegner der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1

a) Die Haftung des (potentiellen) Vertragspartners

Schuldner der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 ist derjenige, der Vertragspartner geworden ist oder es geworden wäre, wenn der Vertrag zustande gekommen wäre. Auch wenn für eine der Verhandlungsparteien ein Vertreter auftritt, ist nur der Verhandlungspartner selbst, nicht der handelnde Vertreter, aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verpflichtet. Der Vertreter gibt zwar eine eigene Erklärung ab, doch treffen ihn selbst die Folgen der Erklärung nicht, wenn er im Namen des eigentlichen Verhandlungspartners auftritt und dadurch die Fremdwirkung seines Handelns zum Ausdruck bringt. Das bereits im vorvertraglichen Stadium entstehende Vertrauen wird daher auch nicht dem Vertreter selbst, sondern demjenigen entgegengebracht, der bei einem späteren Abschluss des Vertrags Vertragspartner werden wird.

b) Die Haftung des Vertreters / Verhandlungsgehilfen: § 311 III

Obwohl das Vertrauen grundsätzlich demjenigen entgegengebracht wird, der Vertragspartner ist oder es geworden wäre, sind Fallgruppen anerkannt, in denen der Vertreter bzw. Verhandlungsgehilfe selbst aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis verpflichtet wird und bei schuldhafter Pflichtverletzung nach den Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 persönlich haftet. Dies wurde durch die Schuldrechtsreform nicht neu geregelt, sondern in § 311 III lediglich bestätigt.

aa) Der Vertreter nimmt für sich ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch.

Dieses Vertrauen kann entweder aufgrund einer besonderen Sachkunde oder wegen der besonderen persönlichen Vertrauensbeziehung des Vertreters zum Geschäftsgegner entstanden sein. Das Vertrauen muss aber über das „normale“ Vertrauen weit hinausgehen, das man jedem entgegenbringt, mit dem man verhandelt: **Der Vertreter selbst haftet nur dann gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er eine zusätzliche, gerade von ihm persönlich (!) ausgehende Gewähr für die ordnungsgemäße Pflichterfüllung bietet und dadurch die Vertragsverhandlungen entscheidend beeinflusst** (BAG NZG 2013,34; BGH NJW 1997, 1233; 1987, 2512; ZIP 1997, 548). Dies trifft auf angestellte Verkäufer regelmäßig selbst dann nicht zu, wenn diese im Zuge der Verhandlungen auf ihre besondere Sachkunde hinweisen (BGH NJW 2004, 2523, 2525; NJW -RR- 2005, 23, 25.).

Beispiel: Der **Gebrauchtwagenhändler**, der ein in Zahlung genommenes Kundenfahrzeug im Namen des Kunden veräußert, haftet als Sachwalter und Quasiverkäufer persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wobei seine Haftung ggf. neben die Haftung des eigentlichen Verkäufers tritt (BGH NJW 2010, 858; NJW -RR- 2011, 462). Der Gebrauchtwagenhändler haftet, wenn zugesicherte Eigenschaften fehlen (BGHZ 87, 305) oder wenn er wesentliche Mängel verschweigt oder eine objektiv unrichtige Erklärung ins Blaue hinein macht, ohne sich zuvor selbst das Fahrzeug angesehen zu haben. Die Eigenhaftung des Gebrauchtwagenhändlers ist aber ausgeschlossen, wenn Gewährleistungsansprüche abbedungen sind. Allerdings gilt hier § 444 analog, so dass der Händler bei arglistigem Verschweigen des Mangels gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 haftet (BGH NJW 2010, 858).

Weitere Beispiele für eine **Sachwalterhaftung** des Vertreters / Vermittlers, der besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt:

Der **Steuerberater** tritt als verlängerter Arm des Verhandlungspartners auf (BGH NJW 1986, 180).

Der **Vermittler von Kapitalanlagen** geriert sich als erfolgreicher Unternehmenssanierer (BGH NJW 1990, 1097).

Der **Kommanditist** schaltet sich maßgeblich in die Verhandlungen ein, die die KG führt (BGH NJW 1984, 2286).

Gegenbeispiele: Eine Haftung wegen Inanspruchnahme eines besonderen Vertrauens wurde in folgenden Fällen abgelehnt:

Angestellte oder Versicherungsvertreter nehmen kein besonderes gerade von ihrer Person ausgehendes Vertrauen in Anspruch (BGH NJW -RR- 1991, 1241, 1242).

Auch wer den Vertragspartner persönlich kennt und auch schon mehrere Geschäfte mit ihm abgewickelt hat, nimmt kein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch (BGH WM 1992, 699, 701).

Allein die Tatsache, dass der Verhandlungspartner besonders sachkundig ist, macht ihn nicht besonders vertrauenswürdig (BGH WM 1993, 295, 298).

⚡-Klausurtyp: Haftet auch der Vertreter oder Verhandlungsgehilfe nach den Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, so tritt die Haftung des Vertreters grundsätzlich neben die Haftung des Vertretenen, der für den Vertreter als Hilfsperson über § 278 einzustehen hat (BGH NJW 2010, 858). Vertretener und Vertreter haften als Gesamtschuldner. Die Haftung des Vertreters geht aber nicht über die Haftung des Vertretenen hinaus (BGH -RR- 2011, 462): Hat der Vertretene seine Haftung zulässig ausgeschlossen oder beschränkt, so gilt diese Freizeichnung in der Regel auch für die Haftung des Vertreters, es sei denn, dass dieser arglistig handelt. Denken Sie aber daran, dass nach § 309 Nr. 7 a ein Haftungsausschluss für Körperschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit nicht möglich ist!

- bb) **Der Verhandlungsgehilfe oder Vertreter haftet auch dann gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er ein gesteigertes wirtschaftliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hat, das dem Interesse des eigentlichen Vertragspartners, für den er handelt, mindestens ebenbürtig ist** (BGH ZIP 1997, 548).

Der Verhandlungsgehilfe bzw. Vertreter handelt hier gleichsam „in eigener Sache“ (BGH NJW 1984, 2284); aus Sicht des anderen Verhandlungspartners ist er der „wirtschaftliche Herr des Geschehens“ (BGH NJW 1988, 2234). Das bloße mittelbare Interesse, durch Abschluss des Vertrags seinen Arbeitsplatz zu erhalten oder eine Provision zu erlangen, reicht nicht aus (BGH NJW 1990, 506). Der Angestellte eines Unternehmens oder der Mitgesellschafter, der allgemein am wirtschaftlichen Erfolg seiner Gesellschaft beteiligt ist, haften nicht persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1. Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesellschafter selbst die Verhandlungen führt und er ein erhebliches Eigeninteresse am Vertragsschluss hat.

Beispiele:

- 1) Der Gebrauchtwagenhändler verkauft ein in Zahlung genommenes Fahrzeug auf eigene Rechnung (BGHZ 87, 302).
- 2) Der Ehegatte führt das Geschäft eines anderen als ob es sein eigenes wäre (BGHZ 14, 313, 318).

cc) **Die Prospekthaftung**

- (1) Um den Kapitalanleger für eine bestimmte Form der Geldanlage zu gewinnen, geben die Anlagegesellschaften, in der Regel Publikums-KG, Verkaufsprospekte heraus, in denen das zu finanzierende Projekt beschrieben und auf die steuerlichen Aspekte, Chancen und Risiken der Kapitalanlage hingewiesen wird. Dieser Verkaufsprospekt muss Chancen und Risiken richtig darstellen; werden die Angaben nachträglich, z.B. durch eine Änderung der Steuergesetze, unrichtig, muss der Verkaufsprospekt berichtigt werden (BGH NJW -RR- 2012, 1312).

Seit 2012 bestehen mit dem **VermAnIG**, ergänzt 2013 durch das für den Vertrieb von Anteilen an Investmentfonds geltenden **KAGB** eine im wesentlichen flächendeckende Prospekthaftung, die für nahezu alle Fallgruppen gilt, die früher unter die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung fielen. Diese gesetzliche Prospekthaftung ist insoweit eine

abschließende Regelung (Nobbe, WM 2013, 193; Suchomel, NJW 2013, 1126), so dass die **c.i.c.-Regeln** nur noch bei der **uneigentlichen Prospekthaftung** gelten, die durch das VermAnlG und das KAGB nicht berührt werden (BGH NJW -RR- 2013, 1255, Nobbe, Suchomel a.a.O.; zur Prospekthaftung vgl. auch Palandt/Grüneberg § 311 Rz. 67 ff. m.w.N). Für diese verbleibenden Fallgruppen gilt:

Verantwortlich für die Richtigkeit der Angaben ist zum einen die Anlagegesellschaft, doch würde die alleinige Verantwortlichkeit der Gesellschaft dem Kapitalanleger regelmäßig wenig nützen, denn wenn sich die Unrichtigkeit der Angaben herausstellt, ist die Gesellschaft – typischerweise eine GmbH oder GmbH & Co. KG mit 25.000 Euro Stammkapital – häufig bereits insolvent geworden. Neben der Gesellschaft haften aber auch die **Initiatoren** und **Gründer** der KG sowie die **geschäftsführenden Gesellschafter** gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1. Dies gilt auch für die finanzierende **Bank**, die für die Anlage wirbt, wenn die Bank als Mitinitiatorin aktiv in die Gestaltung des Prospekts eingegriffen hat (BGH NJW 1987, 1815).

- (2) Schaltet die Gesellschaft **Steuerberater** oder **Rechtsanwälte** in die Vertragsverhandlungen mit den Kapitalanlegern ein, die den Anlegern durch Darstellung der steuerlichen Vorteile die Geldanlage erst schmackhaft machen sollen, so haftet die Gesellschaft für deren schuldhaft falsche Angaben über die Regeln der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 278, da die Gesellschaft diese Hilfspersonen in die Verhandlungen eingeschaltet hat.

Neben der Gesellschaft haftet der jeweilige Steuerberater oder Rechtsanwalt als **Sachwalter** persönlich gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1, wenn er ein besonderes, gerade von seiner Person ausgehendes Vertrauen der Kapitalanleger in Anspruch genommen hat und damit eine Garantienstellung für die Angaben des Prospekts übernommen hat (BGH WM 2008, 725; NJW 1992, 228, 2148; 1993, 199; 1995, 1025). Der jeweilige Sachwalter haftet aber nur für die Angaben, für deren Richtigkeit er mit seiner besonderen Sachkunde die Verantwortung übernommen hat.

- (3) **Der durch unrichtige Angaben im Verkaufsprospekt geschädigte Kapitalanleger kann über die Prospekthaftung der §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 in Verbindung mit § 249 I verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, wie er bei Richtigkeit der Angaben stünde** (BGH NJW 2010, 1079; 2005, 1579). In aller Regel hätte er sich dann an dieser Gesellschaft nicht beteiligt, so dass der Schädiger ihn von seiner Verpflichtung gegenüber der Anlagegesellschaft freistellen und ihm seine Aufwendungen nebst Zinsen (BGH NJW 1992, 1223) ersetzen muss. Der Geschädigte ist verpflichtet, Zug um Zug gegen diese Schadensersatzleistung seine Anteile an der Gesellschaft auf den Schädiger zu übertragen (BGH NJW 1992, 228). Dem Schädiger steht dabei der – allerdings kaum zu führende – Gegenbeweis offen, dass der Geschädigte auch bei Richtigkeit der Angaben in gleicher Weise geschädigt worden wäre, weil er z.B. entsprechende Warnungen in den Wind geschlagen hätte. Die Haftung des Schädigers entfällt auch, wenn die unrichtigen Angaben für den Schaden des Kapitalanlegers nicht kausal geworden sind.

dd) **Problem: Gibt es eine eigenständige Berufshaftung beratender Berufe?**

In letzter Zeit wird zunehmend die Frage aufgeworfen, ob nicht Angehörige bestimmter Berufsgruppen, die aufgrund ihrer Vertrauenswürdigkeit und Tradition ein überdurchschnittliches Vertrauen für sich in Anspruch nehmen, für unrichtig erteilte Auskünfte, Testate und Gutachten nicht nur gegenüber ihren Auftraggebern, sondern auch gegenüber Dritten vertraglich haften sollen, wenn diese in gleicher Weise wie der jeweilige

Auftraggeber auf die Richtigkeit der Angaben vertraut und dadurch einen Vermögensschaden erlitten haben. Die Rspr. lehnt eine generelle Berufshaftung ab (BGH NJW 1991, 32 / Rechtsanwälte; BGH WM 1992, 1031, 1034 / Steuerberater), kommt aber dennoch auf drei Wegen zu einer vertraglichen bzw. vorvertraglichen Haftung:

- (1) In bestimmten Fällen arbeitet die Rspr. mit einem konkludent geschlossenen **Beratungsvertrag** zwischen dem Dritten und dem Berater (BGH NJW 2012, 1070; 1987, 1815; NJW 1991, 352), so dass bei schuldhafter Pflichtverletzung der Berater gemäß § 280 I haftet. **Die Rspr. geht unter drei Voraussetzungen von einem derart stillschweigend geschlossenen Auskunftsvertrag aus:**
 - Berater und Geschädigter waren in unmittelbarem Kontakt geraten.
 - Der Berater ist als Experte mit besonderem Sachwissen nach außen aufgetreten. Dies ist nicht der Fall, wenn der Berater nur als unselbständige Hilfsperson des Mandanten auftritt und kein besonderes von seiner Person ausgehendes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.
 - Die Auskunft hatte in einer für den Berater erkennbaren Weise erhebliche Bedeutung für den Geschädigten, der die Beratung zur Grundlage einer weitreichenden Entscheidung machen wollte.
- (2) Eine Alternative zur Annahme eines weiteren konkludent geschlossenen Beratungsvertrags besteht darin, den außenstehenden Dritten in **analoger Anwendung des § 328** in den bereits bestehenden Beratungsvertrag miteinzubeziehen. **Eine derartige Erweiterung des geschützten Personenkreises erfolgt unter drei Voraussetzungen:**
 - Die Äußerung des Beraters ist auch für den später geschädigten Dritten bestimmt gewesen.
 - Der Berater wird aufgrund einer besonderen Sachkunde oder einer staatlich anerkannten Kompetenz (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) tätig.
 - Der Dritte vertraut in einer für den Berater erkennbaren Weise auf die erteilte Auskunft.
- (3) Eine 3. Möglichkeit besteht in der o.g. Eigenhaftung des Beraters in Form der **Sachwalterhaftung gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1**, wenn der Berater sich maßgeblich in die Vertragsverhandlungen eingeschaltet hat.