

# I. Einleitung

## 1. Allgemein

Die im deutschen Schuldrecht in § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuches verankerte Generalklausel von Treu und Glauben ist als grundlegendes und als allgemeingültiges rechtsethisches Prinzip aus dem deutschen Schuld- und Vertragsrecht nicht mehr wegzudenken.

In den letzten Jahren ist zwar ein stärker werdendes Interesse in den common law Ländern festzustellen, sich mit der Generalklausel von Treu und Glauben auseinanderzusetzen und sie für die Rechtspraxis nutzbar zu machen. Trotzdem wird noch immer als grundlegender Unterschied zwischen dem anglo-amerikanischen common law und dem kontinentaleuropäischen civil law angesehen, daß das letztere - unter dem Einfluß des römischen Rechts – ein generelles Treu-und-Glaubensprinzip ausgebildet hat, während dies im common law nicht der Fall ist.<sup>1</sup>

Jedoch ist insbesondere in den USA „Treu und Glauben“ schon seit langem kein unbekannter Begriff mehr. Er hat selbst in Kodifikationen wie dem Uniform Commercial Code<sup>2</sup>, ein in fast allen Einzelstaaten geltendes Handelsgesetzbuch, Eingang gefunden. Auch das auf Privatinitiative beruhende, vom American Law Institute veröffentlichte Second Restatement of Contracts<sup>3</sup> hat ‚good faith‘ in § 205 eingeführt.

Diese Vorschriften beschränken ‚good faith‘ zwar grundsätzlich in seinem zeitlichen Anwendungsbereich auf den Zeitraum der vertraglichen Erfüllung, also auf die Phase nach Abschluß des Vertrages, ob jedoch die Rechtsentwicklung nicht so weit

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 1337 des italienischen Codice Civile sowie Art. 1134 Abs. 3 des französischen Code Civil.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu unten ausführlich II. Kap. 4.4, S. 44 ff.; der Uniform Commercial Code besitzt einen weit über den Anwendungsbereich hinausreichenden insbesondere rechtsvereinheitlichenden Einfluß und wurde von allen Staaten übernommen, nur in wenigen Passagen modifiziert oder in schon bestehende Handelsgesetzbücher inkorporiert (z.B. Louisiana).

<sup>3</sup> Vgl. hierzu unten II. Kap. 4.5, S. 49 ff.

fortgeschritten ist, daß ‚good faith‘ darüber hinaus auch im vorvertraglichen Bereich große Bedeutung erlangt hat, bleibt der weiteren Untersuchung überlassen. Vorbild wäre hier die rasante Entwicklung im deutschen Recht, dessen § 242 BGB sich nach dem Wortlaut auch nur auf die schuldrechtliche Beziehung der Vertragsparteien beschränkt<sup>4</sup>, jedoch schon bald nach Inkrafttreten als umfassendes Rechtsprinzip auch auf die vorvertraglichen Rechtsbeziehungen angewandt wurde.

Die Vereinigten Staaten scheinen bei der Einführung von ‚good faith‘ eine Vorreiterrolle zu spielen. Die englische Haltung hingegen erscheint sehr zurückhaltend, aber auch dort gibt es nunmehr in der Literatur immer häufiger Stimmen, die für ein Umdenken eintreten.<sup>5</sup>

Die Auseinandersetzung mit ‚good faith‘ hat Tradition in der rechtswissenschaftlichen Literatur der Vereinigten Staaten.<sup>6</sup> Neben einflußreichen US-amerikanischen Rechtsprofessoren spielt hier nicht von ungefähr der deutsche Emigrant Friedrich Kessler eine bedeutende Rolle, ist er doch durch seine deutsche juristische Ausbildung durch das umfassende Prinzip von Treu und Glauben beeinflußt worden. Bemerkenswert ist hier insbesondere der rechtsvergleichende Artikel von Kessler und Fine<sup>7</sup>, die die deutsche Lehre von der culpa in contrahendo

---

<sup>4</sup> Nach Wortlaut und systematischer Stellung bestimmt § 242 BGB grundsätzlich nur, daß die Leistungsbewirkung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu erfolgen hat.

<sup>5</sup> Z.B.: Brownsword, Kap. 1 E, ‚Good Faith‘, S. 67 ff.; zur Vorreiterrolle der USA vgl. E.A. Farnworth, „Good Faith in Contract Performance“, S. 153, 156 ff.

<sup>6</sup> Rafael M. Powell, „Good Faith in Contracts“, 9 Current Legal Problems 16 ff. (1956); E. A. Farnworth, „Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code“, 30 U. Chi. L. Rev. 666 (1963); Kessler/Fine, „Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: a Comparative Study“, 77 Harv. L. Rev. 401 (1964); R. S. Summers, „Good Faith in General Contracts Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code“, 54 Va. L. Rev. 195 ff. (1968); *ders.*, „The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization“, 67 Cornell L. Rev. S. 810 ff. (1982); *ders.*, „Good Faith in American General Contract Law“, in Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, S. 127 ff.; Steven J. Burton, „Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith“, 94 Harv. L. Rev. 369 ff. (1980); Clayton P. Gillette, „Limitations on the Obligation of Good Faith“, 1981 Duke L. Rev. 619; Nadia E. Nedzel, „A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability“, 12 Tul. Eur. & Civ. L. F. 97 ff. (1997); Saul Litvinoff, „Good Faith“, 71 Tul. L. Rev. 1645 ff. (1997); Nicola W. Palmieri, „Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations“, 24 Seton Hall L. Rev. 70 ff. (1993).

<sup>7</sup> Kessler/Fine, „Culpa in Contrahendo“, 77 Harv. L. Rev. 401 (1964); ausführlich zur Rolle Kesslers auch J. Klapisch „Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten“, 1991;

(*cic.*) als Ausgangspunkt für die Suche nach rechts- oder funktionsäquivalenten Rechtsfiguren im US-amerikanischen common law wählten.

Ähnlich wird auch der Ansatz dieser Arbeit sein. Das Augenmerk wird sich auf vorvertragliche Aufklärungspflichten als wichtige Fallgruppe der deutschen culpa in contrahendo richten, die auch als bedeutendes Beispiel für die besondere Ausprägung eines Treu-und-Glaubensprinzips im vorvertraglichen Bereich dient. Zu untersuchen ist deshalb, welchen Ansatz das US-amerikanische common law bei der Behandlung von Aufklärungspflichtverletzungen wählt. Im Vordergrund wird hierbei – aus deutscher Sicht zwangsläufig – der Einfluß von Treu und Glauben stehen.

Für die vorliegende Aufgabenstellung könnte die Ausgangssituation der beiden Rechte nicht unterschiedlicher sein. Jeder US-Richter und Anwalt wird auf die Frage, ob es eine der deutschen *cic.* vergleichbare Rechtsfigur auch im US-amerikanischen Recht gibt, mit einem eindeutigen „Nein“ antworten. Dies hängt eng mit der Verneinung eines auch für Vertragsverhandlungen geltenden Treu-und-Glaubensprinzips zusammen. Gerade aus der Tatsache, daß keine umfassende „Lehre“ von Treu und Glauben in den Vereinigten Staaten existiert, d.h. sie noch nicht als umfassendes Rechtsprinzip anerkannt ist, konnte sich naturgemäß auch keine culpa in contrahendo entwickeln.<sup>8</sup>

## **2. Widerstreitende Interessenlage der Vertragsparteien**

Die Problematik, die sich bei der Behandlung der Aufklärungspflichten den beiden Rechtssystemen stellt, ist gleich. Länderübergreifend handelt es sich überall um den gleichen Sachverhalt und die gleiche Problemstellung, die rechtlich einzuordnen und zu beurteilen sind.<sup>9</sup>

---

siehe auch J. Köndgen, „Friedrich Kessler – ein Grenzgänger zwischen den Disziplinen“, in „Der Einfluß der deutschen Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und Deutschland“, S. 286 ff.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu auch Chr. v. Bar „Gemeineuropäisches Deliktsrecht“, Bd. 1, § 5, S. 475, Rn. 475; Köndgen, „Die Positivierung der culpa in contrahendo“, S. 231, 235.

<sup>9</sup> Die Problemstellung ist schon von Cicero in seiner moralphilosophischen Schrift „de officiis“ mit vielen praktischen Rechtsfällen aufgezeigt und eingehend beschrieben worden, vgl. ausführlich unten II. Kap. 1. S. 15 ff.

Im Vorfeld eines Vertrages bedarf man der Aufklärung für unterschiedliche Sachverhalte, dabei ist fast allen Fällen gemein, daß es sich um vertragsschlußbezogene Informationsdefizite handelt. Bevor man einen Vertrag abschließt, wird man oft bemüht sein, hinreichend Informationen zu erlangen, um den Entschluß, den Vertrag abzuschließen, auf eine möglichst gesicherte Tatsachengrundlage zu basieren. Eine Aufklärung ist insbesondere über Tatsachen oder wirtschaftliche Zusammenhänge wichtig, um etwaige Vertragsrisiken zu minimieren, insbesondere das Risiko, eine Vermögenseinbuße durch einen unvorteilhaften Vertrag zu erleiden.

Naturgemäß ist hier der zukünftige Vertragspartner der erste Ansprechpartner, von dem man sachkundige Aufklärung über alle wesentlichen Vertragsumstände erwartet. Nicht zuletzt deswegen, weil ein besonderes Näheverhältnis zum Vertragsgegenstand vorausgesetzt werden kann (wie z.B. beim Kauf) und er bezogen auf den Vertragsgegenstand einen - wenn auch nicht zwangsläufig – größeren Informationsvorsprung haben dürfte.

Grundsätzlich wird der Vertragspartner, der am Abschluß eines Vertrages genauso interessiert ist wie der Kunde, auch gehalten sein, Informationen über den Vertragsgegenstand und damit verbundene Risiken preiszugeben. Oft werden aber nur die positiven Eigenschaften des Vertragsobjekts werbend beschrieben, um dadurch den Verkauf zu fördern; nur ungern werden auch Vertragsrisiken offenbart werden.

Hier schon wird deutlich, daß ein Interessenwiderstreit über Inhalt und Umfang einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht zwischen den beiden Vertragspartnern besteht. Um das einfache Beispiel des Kaufes zu wählen: der Verkäufer will teuer verkaufen, der Käufer günstig einkaufen. Informationen über den Vertragsgegenstand sind für die Preisfindung im Wettbewerb der entgegenstehenden Interessen von Käufer und Verkäufer deshalb von entscheidender Bedeutung.

Hier erscheint der Verkäufer grundsätzlich in einer günstigeren Position, da er dem Vertragsgegenstand näher steht und mit etwaigen wirtschaftlichen Risiken eines „Fehlkaufes“ im Gegensatz zu seinem Vertragspartner nicht belastet wird. Denn ist

der Vertrag erst einmal abgeschlossen, kann sich der Vertragsschließende nicht mehr gegen die Vertragsrisiken schützen, über die er nicht aufgeklärt wurde.

Deswegen hat insbesondere die deutsche Rechtsprechung schon im vorvertraglichen Bereich den Vertragsparteien weitgehende Aufklärungspflichten auferlegt, deren Verletzung dem anderen Vertragsteil einen Anspruch auf Schadensersatz gibt. Dadurch wird diesem u.a. ermöglicht, sich vom Vertrag zu lösen, ohne daß es für ihn nachteilige Folgen hätte.

Die Begründung einer Aufklärungspflicht ist in ihrer Natur grundsätzlich retrospektiv.<sup>10</sup> Sie steht erst dann als Rechtsfrage im Raum, wenn ein Vertrag sich als (wirtschaftlich) unvorteilhaft herausgestellt hat. Sie dient daher grundsätzlich dem Schutz gegen sog. „unerwünschte Verträge“. Dabei kann jedoch nicht jedes wirtschaftliche Risiko eines nachteiligen Vertragsschlusses über das Vehikel einer Aufklärungspflichtverletzung nachträglich auf den anderen Vertragsteil übertragen werden.

Vielmehr ist zu berücksichtigen, daß durch die Statuierung einer Aufklärungspflicht ein Eingriff in die Privatautonomie vorgenommen wird, der nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt ist. Denn das Privatrecht schützt nicht denjenigen, der „nur“ einen für ihn wirtschaftlich nachteiligen Vertrag abgeschlossen hat.

Die im Bürgerlichen Gesetzbuch wie auch im US-amerikanischen Vertragsrecht des common law manifestierte Privatautonomie ist der Ausdruck eines bürgerlich liberalen Freiheitsverständnisses, das natürlich auch die Freiheit mitumfaßt, sich eigenverantwortlich wirtschaftlich zu ruinieren. Hierunter fällt auch die Eigenverantwortlichkeit für Wissen und Nichtwissen. Heute jedoch ist allgemein anerkannt, daß die Privatautonomie nicht ohne Einschränkungen gelten kann.<sup>11</sup> Als

---

<sup>10</sup> Z.B. MüKomm-Roth § 242 Rn. 260; Breidenbach, „Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß“, S. 12 f., der richtigerweise aber auf den Präventionscharakter der Aufklärungspflichten hinweist, die den Vertragsparteien schon bei Vertragsschluß Verhaltensrichtlinien an die Hand geben sollen, an denen sich die Parteien orientieren können. Insofern treffen sich hier die Schutzpflichten aus Aufklärungspflichten und den Grundsätzen der Produkthaftung, die sich vom Charakter her ähneln.

<sup>11</sup> R. Zimmermann, „The Law of Obligations“, S. 706; Zweigert/Kötz, „Einführung in die Rechtsvergleichung“, S. 72 ff.: bzgl. boni mori.