

STEFANIE JUNG

Täuschungen
in unternehmerischen
Vertragsverhandlungen

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 276



Stefanie Jung

Täuschungen
in unternehmerischen
Vertragsverhandlungen

Mohr Siebeck

Stefanie Jung, geboren 1985; Studium „Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht“ an der Universität Siegen und der ESC Dijon-Bourgogne (Frankreich); Studium „European Economic Integration and Business“ am College of Europe in Brügge (Belgien); wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Siegen; 2013 Promotion (Siegen); Juniorprofessorin für Zivilrecht, insb. Gesellschaftsrecht an der Universität Siegen; seit 2020 Professorin für Corporate Law an der Technischen Universität München (Campus Heilbronn).

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 534291726

ISBN 978-3-16-163331-7 / eISBN 978-3-16-163332-4

DOI 10.1628/978-3-16-163332-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Stefanie Jung

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Habilitationsschrift befasst sich mit Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen. Das Thema hat mich von Anfang an fasziniert und meine Begeisterung für die Problematik ist mit den Jahren sogar stetig gewachsen. Dass ich das Habilitationsverfahren an der Fakultät III der Universität Siegen im Juni 2023 mit dem Habilitationsvortrag abschließen konnte, verdanke ich vor allem meinem Doktor- und Habilitationsvater Prof. Dr. Peter Krebs. Er ist nicht nur mein akademischer Lehrer, sondern auch mein Mentor. Ich bedanke mich von Herzen bei ihm dafür, dass er meine Leidenschaft für das wissenschaftliche Arbeiten geweckt und mir bei der Erstellung dieser Arbeit sowie während meiner akademischen Laufbahn unermüdlich mit Rat und bedingungsloser Unterstützung zur Seite gestanden hat. Ohne den Austausch mit ihm und seine stets konstruktive Kritik hätte diese Arbeit so nicht entstehen können. Seine Denkweise prägt nicht nur diese Habilitationsschrift, sondern spiegelt sich in allen meinen wissenschaftlichen Werken wider.

Bedanken möchte ich mich zudem bei den Mitgliedern der Habilitationskommission und des Habilitationsausschusses sowie bei meinen Gutachtern. Mein besonderer Dank gilt insofern Prof. Dr. Reinhard Singer, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller und Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Engel für ihre wertvollen Anmerkungen, die mich zu weiteren Überlegungen angeregt haben.

Mein Dank gilt zudem Prof. Dr. h.c. Dr. h.c. Richard Epstein, der mich seit vielen Jahren an das von ihm geführte Classical Liberal Institute an der NYU einlädt. Diese Forschungsaufenthalte haben mein Interesse an der ökonomischen Analyse des Rechts sowie der rechtsempirischen Forschung geweckt und somit diese Arbeit stark beeinflusst.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei meinen derzeitigen und ehemaligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für ihre engagierte, sorgfältige und geduldige Unterstützung. Im Einzelnen gilt mein Dank Anne-Kathrin Haag, Melissa Dowse, Lina María Gélvez Álvarez, Nikita Rolsing, Carolin Siebeck, Bernadette Boehl, Carolina Böhm, Linus Lange, Magdalene Back und Alan Khoja.

Der DFG gebührt mein herzlicher Dank für die finanzielle Förderung dieses Werks. Die durch die DFG gewährte Publikationsbeihilfe ermöglicht es mir, dieses Werk *open-access* zu veröffentlichen. Für die publizierte Fassung habe ich Literatur und Rechtsprechung bis November 2023 berücksichtigt.

Dass ich dieses Werk überhaupt erstellen konnte verdanke ich außerdem meiner Familie, die mich unentwegt ermutigt, bestärkt sowie mir Rückhalt geboten hat. Meinen Eltern ist diese Arbeit für ihre liebevolle Unterstützung gewidmet.

Frankfurt, im Januar 2024

Stefanie Jung

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abbildungsverzeichnis	XXV
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
1. Teil: Einleitung und Grundlagen	1
A. Einleitung	1
B. Begrifflichkeiten	10
C. Die Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen	15
2. Teil: Der Status quo der unternehmerischen Praxis und des Rechts	31
A. Die Praxis von Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen	31
B. Rechtlicher Status quo in Deutschland	101
3. Teil: Die Täuschungsproblematik aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive und die Konsequenzen für das deutsche Recht	237
A. Rechtshistorische Betrachtung	237
B. Rechtsvergleichende Perspektive	259
C. Die Betrachtung zentraler Regelungselemente aus rechtsvergleichender und rechtshistorischer Sicht	418
D. Weitere denkbare Regelungselemente	445
E. Ergebnisse des 3. Teils	489
4. Teil: Wertungsmäßige Betrachtung, insbesondere für Deutschland	493
A. Potenzielle Wertungsfaktoren	493
B. Moralische Bewertung von Täuschungen in Vertragsverhandlungen . . .	494
C. Das Rechtsgefühl bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen . .	507
D. Das Judiz zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen	531
E. Zwischenergebnis zu Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Judiz	536

F. Die Bedeutung des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes für das Recht sowie deren Verhältnis zueinander	537
G. Ökonomische Analyse von Täuschungen in Vertragsverhandlungen . . .	553
H. Rechtliche Umfeldwertungen	659
I. Die Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs anhand von Täuschungsgegenständen – Zusammenfassung und Gesamtbewertung der erzielten Ergebnisse	709
 5. Teil: Konstruktive Lösung für Deutschland	 727
A. Lösung <i>de lege lata</i>	727
B. Lösung <i>de lege ferenda</i>	780
 6. Teil: Ergebnisse	 797
A. Das Ergebnis <i>in a nutshell</i>	797
B. Die Beantwortung der Forschungsfrage	798
C. Kritische Reflektion des erzielten Ergebnisses	808
D. Detaillierte Darstellung der erzielten Ergebnisse	810
 Quellenverzeichnis	 835
Anhang	893
Stichwortverzeichnis	913

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	IX
Abbildungsverzeichnis	XXV
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
1. Teil: Einleitung und Grundlagen	1
<i>A. Einleitung</i>	1
<i>B. Begrifflichkeiten</i>	10
<i>C. Die Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen</i>	15
I. Teilnehmer	15
II. Versionen	18
III. Inhaltliche Ausgestaltung der Siegener Studie	20
1. Die Szenarien	20
2. Die Fragen	26
3. Das Vorgehen	27
2. Teil: Der Status quo der unternehmerischen Praxis und des Rechts	31
<i>A. Die Praxis von Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen</i>	31
I. Rahmenbedingungen von Lügen	32
1. Limitationen des Forschungsstands	32
2. Überblick über den Forschungsstand	34
II. Häufigkeit von Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen	43
III. Unternehmerische Verhandlungen als Prinzipal-Agenten-Situation	45
1. Eine komplexe Struktur aus Prinzipalen und Agenten	45
2. Grundlagen der Prinzipal-Agenten-Problematik in Vertragsverhandlungen	48
3. Auswirkungen der Prinzipal-Agenten-Situation auf Täuschungen	51
IV. Lügen zum eigenen Vorteil?	54

V.	Einfluss von Täuschungen auf das Verhandlungsergebnis	57
	1. Grundlagen: BATNA und ZOPA	57
	2. Die Auswirkungen von Täuschungen auf das Verhandlungsergebnis	60
VI.	Ausgesuchte Täuschungstaktiken	63
	1. Similar-to-me-Taktik	64
	2. Taktik der kleinen Menge	65
	3. Better-offer-Taktik	67
	4. Unternehmensinterne Vorgaben	68
	5. <i>Phony facts</i>	69
	6. Falsche rechtliche Bedenken	70
	7. Preis	71
	8. <i>False deadlines</i>	71
	9. Emotionen	72
	10. Sonderfall <i>reservation price</i>	73
VII.	Umgang mit Lügen in Vertragsverhandlungen	74
	1. Präventive Maßnahmen gegen Lügen	75
	2. Erkennen und Aufdecken von Lügen	77
	3. Auswirkungen von Täuschungen auf Emotionen und Vertrauen	79
	a) Umgang mit dem emotionalen Stress durch den Täuschenden	80
	b) Emotionen des Getäuschten	82
	c) Vertrauensverlust	83
	4. Konfrontation des Lügners – Das Betrugsdilemma für den Getäuschten	84
	5. Änderung des Verhandlungsverhaltens	86
	a) Getäuschte Seite	86
	b) Täuschende Seite	88
	6. Ignorieren und Verzeihen der Lüge	89
	7. Die „Gegenlüge“ bzw. weitere Täuschungen	89
	a) Die „Gegenlüge“ durch die getäuschte Seite	89
	b) Weitere Täuschungen durch den Täuschenden	90
	8. Nachverhandlung	91
	9. Ausgleich bei Folgetransaktion	93
	10. Austausch des täuschenden Verhandlers	94
	11. Verhandlungsabbruch bzw. Abbruch der gesamten Geschäftsbeziehung	94
	12. Soziale Sanktionen durch das Publimachen der Lüge	96
	13. Gerichtliche bzw. schiedsgerichtliche Klärung	97
	14. Exkurs: Kollektivmaßnahmen und Strafrecht	99
	15. Zwischenergebnis	100
VIII.	Zwischenergebnis zum 2. Teil, A.	101

<i>B. Rechtlicher Status quo in Deutschland</i>	101
I. Gesetz – Der Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB	102
1. Willenserklärung	102
2. Täuschung	102
a) Täuschungshandlung	102
b) Täuschung über Tatsachen	110
aa) Meinungsäußerungen und Werturteile	111
bb) Tatsachenkern und marktschreierische Anpreisungen	116
cc) Exkurs: Das Verständnis von Tatsachen beim strafrechtlichen Betrug	118
dd) Absichten	121
ee) Wahrscheinlichkeiten, Erfahrungssätze und Prognosen	122
ff) Künftige Ereignisse	123
gg) Zwischenergebnis	124
3. Irrtum	125
4. Kausalität	130
a) Doppelte Kausalität	130
b) <i>Dolus causam dans</i> und <i>dolus incidens</i>	134
c) Kausalität in der unternehmerischen Verhandlungspraxis	135
5. Arglist	137
a) Grundlagen	137
b) Korrektur von fehlerhaften Angaben	142
c) Korrektur von zunächst richtigen Angaben	144
d) Weitergehende Bedeutung des Begriffs „arglistig“?	145
6. Übereinstimmung von (ursprünglich falscher) Aussage und Realität	147
7. Die Rechtswidrigkeit und das „Recht zur Lüge“	148
a) Das derzeitige Verständnis der Rechtswidrigkeit	148
b) Das „Recht zur Lüge“	150
c) Dogmatische Einordnung des „Rechts zur Lüge“	153
8. Zwischenergebnis zum Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB	154
9. Person des Täuschenden	156
a) Täuschungen durch „Dritte“	157
b) Täuschungen durch Agenten	165
c) Täuschung durch den Prinzipal	165
d) Zwischenergebnis	166
10. Person des Getäuschten	166
a) Stellvertreter unterliegt einer Täuschung	167
b) Prinzipal des Stellvertreters unterliegt einer Täuschung	167
c) Verhandlungsgehilfe ohne Abschlussvollmacht unterliegt einer Täuschung	168
d) Dritter unterliegt einer Täuschung	169

	e) Zwischenergebnis	170
	11. Darlegungs- und Beweislast	170
	a) Beweislastverteilung	170
	b) Beweisführung und Beweiswürdigung	172
	aa) Täuschung	172
	bb) Kausalität	173
	cc) Vorsatz	179
	dd) Die Besonderheiten der Prinzipal-Agenten-Situation	181
	ee) Zwischenfazit	182
	12. Anfechtungserklärung	183
	13. Rechtsfolgen	183
	14. Anfechtungsfrist	188
	15. Vertragliche Abdingbarkeit	193
	16. Zwischenergebnis zum rechtlichen Status quo des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB	195
II.	Bewertung ausgewählter Täuschungskonstellationen, insbesondere mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung	195
	1. Überblick	196
	2. Ausgewählte Entscheidungen	198
	a) Täuschungen über den Leistungsgegenstand	198
	b) Täuschungen über Preise, Kosten u. ä.	199
	c) Täuschungen eines Vertragspartners über sich selbst	202
	d) Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes sowie der Vertragsparteien	204
	3. Gründe für das Fehlen von Rechtsprechung	207
	a) Aufdeckung und Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB	208
	b) Alternativen zur gerichtlichen Klärung und unerwünschte Rechtsfolgen	209
	c) Beweisprobleme	210
	d) Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Judiz	210
	e) Beidseitige Täuschungen	212
	4. Zwischenergebnis zur Rechtsprechung	212
III.	Stand der Diskussion in der Literatur	213
	1. Gegenstand der aktuellen Diskussion	213
	2. Entwicklung der Diskussion bis zum aktuellen Stand	220
IV.	Die rechtliche Bewertung von nicht bzw. kaum diskutierten Täuschungstaktiken	222
	1. Täuschungen über Tatsachen	223
	2. Vorsatz	227
	3. Irrtum	227
	4. Kausalität	228

5. Rechtswidrigkeit	230
6. Darlegungs- und Beweislast	231
7. Zwischenergebnis zu nicht bzw. kaum diskutierten Täuschungstaktiken	235
V. Ergebnis zum 2. Teil, B.	235

3. Teil: Die Täuschungsproblematik aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive und die Konsequenzen für das deutsche Recht	237
--	-----

A. <i>Rechtshistorische Betrachtung</i>	237
---	-----

I. Zielsetzung	237
II. Einführung	238
III. Römisches Recht	240
IV. Glossatoren	243
V. <i>Usus modernus</i> und Naturrecht	244
VI. Historische Rechtsschule	248
VII. Schaffung des BGB	252
VIII. Zwischenergebnis	257

B. <i>Rechtsvergleichende Perspektive</i>	259
---	-----

I. Einleitung	259
II. USA	262
1. Einführung	262
2. <i>Misrepresentations</i>	265
a) Falschaussage	265
aa) Fakten und Meinungen	267
bb) Rechtliche Aspekte	270
cc) Intentionen	272
dd) Zukünftige Ereignisse	273
b) <i>Fraudulent misrepresentation</i>	274
c) <i>Material misrepresentation</i>	277
3. <i>Inducement</i>	278
4. <i>Justified reliance</i>	279
5. Rationales Verhalten?	283
6. Vermögensschaden (<i>pecuniary loss</i>)	284
7. <i>Sales talk</i> und <i>puffery</i>	286
8. Täuschungen durch Agenten	287
9. Rechtsfolgen	288
10. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen	290
11. <i>Parol evidence rule</i> und vertragliche Regelungsoptionen	294
12. Zwischenergebnis	301

III.	Italien	304
	1. Einführung	304
	2. Täuschungshandlung und Täuschung	307
	3. Vorsatz	311
	4. Schaden und Schädigungsabsicht	314
	5. Irrtum des Getäuschten	314
	6. Kausalität	317
	7. Eigenverantwortung des Getäuschten	319
	8. <i>Dolus bonus</i> und <i>dolus malus</i>	322
	9. Täuschung durch Verschweigen	326
	10. Täuschungen durch Dritte	328
	11. Beweislast und Beweisführung	331
	12. Rechtsfolge	333
	13. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen	336
	14. Zwischenergebnis	340
IV.	Frankreich	342
	1. Einführung	342
	2. <i>Dol</i>	344
	3. <i>Dolus bonus</i> und <i>dolus malus</i>	349
	4. Vorsatz des Täuschenden	355
	5. Irrtum des Getäuschten	356
	6. Kausalität	357
	7. Nachweis der Kausalität und Eigenverantwortung des Getäuschten	359
	8. Täuschungen durch Dritte	361
	9. Rechtsfolge	361
	10. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen	364
	11. Zwischenergebnis	368
V.	Österreich	369
	1. Einführung	369
	2. List	372
	a) Überblick	372
	b) Meinungsäußerungen	373
	c) Marktschreierische Anpreisungen	374
	d) Übertreibungen und Untertreibungen	375
	e) Geschäfts- und Motivirrtümer	375
	3. Irrtum des Getäuschten	376
	4. Vorsatz des Täuschenden	377
	5. Kausalität	379
	a) Allgemein	379
	b) Wesentliche und unwesentliche Irrtümer	379

6.	Grobe Fahrlässigkeit des Getäuschten	381
7.	Rechtswidrigkeit	382
8.	Beweislast und Frist der Anfechtung	383
9.	Täuschungen durch Dritte	384
10.	Rechtsfolge	387
11.	Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen	391
	a) Ausgewählte Beispiele	391
	b) Gründe für die fehlende Rechtsprechung	393
12.	Zwischenergebnis	394
VI.	Schweiz	395
	1. Einführung	395
	2. Täuschungshandlung und Täuschung	396
	3. Absichtliche Täuschung	400
	4. Irrtum des Getäuschten	401
	5. Kausalität	402
	6. Arglist	403
	7. Rechtswidrigkeit	404
	8. Opfermitverantwortung	406
	9. Schaden und Schädigungsabsicht	407
	10. Beweislast und Beweisführung	408
	11. Täuschungen durch Dritte	409
	12. Rechtsfolge	412
	13. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen	415
	14. Zwischenergebnis	417
	<i>C. Die Betrachtung zentraler Regelungselemente aus rechtsvergleichender und rechtshistorischer Sicht</i>	418
I.	Einordnung der betrachteten Rechtsordnungen	419
II.	Aus der Rechtsvergleichung und der rechtshistorischen Betrachtung gewonnene Regelungsmechanismen	426
	1. <i>Sollertia</i>	426
	2. Rechtswidrigkeit vs. <i>dolus bonus/dolus malus</i>	427
	3. Verknüpfung von Rechtsfolge und Auswirkung der Täuschung	430
	a) <i>Dolus causam dans</i> und <i>dolus incidens</i>	430
	b) Erheblichkeitsschwelle	432
	4. Differenzierung zwischen Tatsachen und Meinungen	433
	5. Eigenverantwortung des Getäuschten	435
	6. Vertrauen	439
	7. Differenzierung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen	441
	8. Personelle Differenzierung	443
	9. Zwischenergebnis zu den verwendeten Regelungselementen	444

<i>D. Weitere denkbare Regelungselemente</i>	445
I. Materielle Intensitätsstufen von Täuschungen – Grad der Unwahrheit	447
II. Handlungsintensität von Täuschungen	448
III. Situationen der Täuschung	452
IV. Techniken der Täuschung	453
V. Ziele und Gründe von Täuschungen	454
VI. Konsequenzen von Täuschungen	456
VII. Subjektives Element des Täuschenden	460
VIII. Zeitliches Element der Täuschung	462
IX. Gegenstand der Täuschung	464
1. Bedeutung des Gegenstands der Täuschung	464
2. Ergebnisse der Siegener Studie zur Bedeutung des Täuschungsgegenstands	465
3. Grundlagen der Kategorisierung nach dem Gegenstand der Täuschung	477
4. Auflistung	479
5. Zwischenergebnis	488
<i>E. Ergebnisse des 3. Teils</i>	489
4. Teil: Wertungsmäßige Betrachtung, insbesondere für Deutschland	493
<i>A. Potenzielle Wertungsfaktoren</i>	493
<i>B. Moralische Bewertung von Täuschungen in Vertragsverhandlungen</i> . . .	494
I. Einführung	494
II. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Moralverständnis in Deutschland	498
1. Originalumfrage	499
2. Zweite Version der Umfrage	501
3. Fazit zur moralischen Bewertung von Täuschungstaktiken in Deutschland	504
III. Moralvorstellungen weltweit	504
IV. Résumé zur moralischen Bewertung von Täuschungstaktiken	505
<i>C. Das Rechtsgefühl bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen</i> . . .	507
I. Entwicklung der Debatte um das Rechtsgefühl	508
II. Der Begriff „Rechtsgefühl“	511
III. Skepsis gegenüber der empirischen Ermittlung des Rechtsgefühls . .	515
IV. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Rechtsgefühl in Deutschland	518
1. Originalumfrage	518
2. Zweite Version der Umfrage	523

3. Rechtsgefühl weltweit	525
4. Interpretation des empirisch ermittelten Rechtsgefühls	526
5. Résumé zum Rechtsgefühl	530
<i>D. Das Judiz zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen</i>	<i>531</i>
I. Der Begriff des Judizes	531
II. Abgrenzung von Judiz und Rechtskenntnis	532
III. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Judiz in Deutschland	533
IV. Zwischenergebnis zum Judiz	535
<i>E. Zwischenergebnis zu Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Judiz</i>	<i>536</i>
<i>F. Die Bedeutung des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes für das Recht sowie deren Verhältnis zueinander</i>	<i>537</i>
I. Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl	537
II. Verhältnis von Judiz und Rechtsgefühl	540
III. Eigenständigkeit des Rechtsgefühls und intuitive Erfassung relevanter Aspekte	541
IV. Die Bedeutung von empirisch ermittelten Moralvorstellungen für das Recht	542
V. Die Bedeutung des empirisch ermittelten Judizes für das Recht . . .	543
1. Das Judiz von Laien	544
2. Das richterliche Judiz	544
VI. Bedeutung des Rechtsgefühls für das Recht	546
VII. Zwischenergebnis	550
<i>G. Ökonomische Analyse von Täuschungen in Vertragsverhandlungen . . .</i>	<i>553</i>
I. Einführung	553
II. Ökonomische Argumente im Rahmen der Auslegung und der Gesetzgebung	553
III. Aktueller Diskussionsstand	558
IV. Die Wechselbeziehung verschiedener Faktoren	562
1. Kosten-Nutzen-Relation	563
2. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten	565
a) Aufdeckung und Beweisführung	566
b) Die Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen	568
c) Das Verhältnis von Rechtsgefühl und Judiz zur Rechtsdurchsetzung und Rechtsbefolgung	570
d) Zwischenergebnis	573
V. Die ökonomischen Ansätze zur Bewertung von Täuschungen	573
1. Transaktionskosten	575
2. <i>Cheapest cost avoider</i>	580

3.	Wohlfahrtsökonomie (Allokationseffizienz)	582
	a) BATNA und ZOPA	582
	aa) Täuschungen, die das ZOPA/NOPA nicht beeinflussen	583
	bb) Täuschungen, die das ZOPA/NOPA beeinflussen	585
	b) Pareto-effiziente Lügen und die <i>hypothetical bargain theory</i>	589
4.	Wahrheitssignal und Vertrauen	592
5.	Spillover-Effekt hinsichtlich der Bereitschaft zu lügen	597
	a) Gegenlüge	597
	b) Lügen des Getäuschten gegenüber Dritten	599
	c) Täuschungen durch andere Marktteilnehmer	599
	d) Mögliche Einschränkungen des Spillover-Effekts	600
	e) Einfluss der Häufigkeit der Täuschung auf den Spillover-Effekt	601
	f) Spillover-Effekte und gesetzliche Regeln	602
6.	Lügen zum Schutz des Rechts zu Schweigen	602
7.	Strukturelle Begünstigung der schwächeren Partei und Stärkung der Vielfalt	609
8.	Zwischenergebnis	612
VI.	Baseline Szenario und Vergleichsszenario	613
	1. Baseline Szenario	613
	2. Vergleichsszenario	614
VII.	Ökonomische Konsequenzen von Lügen gemäß dem Täuschungsgegenstand	615
	1. Leistungsgegenstand – Täuschung durch Anbieter	616
	a) Baseline Szenario	617
	b) Vergleichsszenario	620
	2. Preis	621
	a) Täuschungen über den Preis im engeren Sinn	621
	aa) Baseline Szenario	621
	bb) Vergleichsszenario	622
	b) Täuschungen über den Preis im weiteren Sinn	623
	aa) Freundschaftspreis/Sonderpreis	623
	aaa) Baseline Szenario	623
	bbb) Vergleichsszenario	626
	bb) Exkurs: Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreise	628
	aaa) Baseline Szenario	628
	bbb) Vergleichsszenario	630
	3. Emotionen	630
	a) Baseline Szenario	630
	b) Vergleichsszenario	636
	4. Alternativen und Alternativangebote	636
	a) Baseline Szenario	637
	b) Vergleichsszenario	639

5.	Rechtliche Situation	640
	a) Wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren	641
	b) Täuschungen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen	642
	aa) Baseline Szenario	642
	bb) Vergleichsszenario	644
	c) Täuschung über die Unzulässigkeit bestimmter Handlungen	644
	aa) Baseline Szenario	644
	bb) Vergleichsszenario	646
6.	(Unternehmensinterne) Vorgaben und Anweisungen	646
	a) Baseline Szenario	646
	b) Vergleichsszenario	648
7.	Überblick	649
VIII.	Zwischenergebnis	658
<i>H. Rechtliche Umfeldwertungen</i>		659
I.	Einleitung	659
II.	Willensmängel	660
	1. Drohungen	662
	2. Irrtumsanfechtung	671
III.	Mängelgewährleistungsrecht	677
IV.	Haftung aus <i>culpa in contrahendo</i>	680
V.	Sittenwidrigkeit	687
VI.	Lauterkeitsrecht	690
VII.	Strafrechtlicher Betrug	697
VIII.	Résumé zu den rechtlichen Umfeldwertungen	706
<i>I. Die Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs anhand von Täuschungsgegenständen – Zusammenfassung und Gesamtbewertung der erzielten Ergebnisse</i>		709
I.	Leistung	711
II.	Identität und Charakteristiken des Vertragspartners	712
III.	Emotionen	713
IV.	Preis	713
V.	<i>Reservation price</i>	715
VI.	Rechtliche Situation	716
VII.	Vorgaben und Anweisungen	717
VIII.	Verfügbarkeit	718
IX.	Alternativen und Alternativangebote	719
X.	Marktlage	720
XI.	Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung	721
XII.	Verhandlungsprozess	721
XIII.	Zwischenergebnisse/Vereinbarungen	722

XIV. Zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses	722
XV. Interessen und Präferenzen	723
XVI. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen	724
XVII. Ergebnis	724
5. Teil: Konstruktive Lösung für Deutschland	727
<i>A. Lösung de lege lata</i>	727
I. Einführung	727
II. Nicht verrechtlichter Bereich?	729
III. Auslegung des Gesetzesrechts und Gewohnheitsrecht	731
1. Darlegungs- und Beweislast als Teil des geltenden Rechts	731
2. Gewohnheitsrecht in Bezug auf Täuschungsgegenstände	735
a) Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht	736
b) Praktizierung durch die Rechtsunterworfenen	740
c) Billigung als rechtmäßig durch die Rechtsunterworfenen und die juristischen Fachkreise	743
d) Zwischenergebnis zum Gewohnheitsrecht in Bezug auf einzelne Täuschungsgegenstände	745
3. Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtswidrigkeitsvoraussetzung	746
a) Hintergrund	746
b) Die Rechtswidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	747
4. Begründung der in der Literatur und Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen durch Gewohnheitsrecht	749
a) Einleitung	749
b) Enge, gewohnheitsrechtliche Regel	750
5. Zwischenergebnis	755
IV. Mögliche Rechtsfortbildungen	755
1. Fehlendes Rechtsfortbildungsbedürfnis?	755
2. Gesetzesanalogie zur als möglich angesehenen gewohnheitsrechtlichen Regel?	759
a) Planwidrige Unvollständigkeit	759
b) Hinreichend große rechtliche Ähnlichkeit des geregelten und des unregelten Falls	761
3. Rechtsanalogie zur als möglich angesehenen gewohnheitsrechtlichen Regel?	762
a) Einleitung	762
b) Analoge Anwendung auf Bluffs über den Entscheidungswert?	764
c) Zwischenergebnis	767
4. Teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB	767
a) Einführung	767

b) Teleologische Reduktion in Form des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit	769
c) Enge teleologische Reduktion	770
aa) Begründung einer engen teleologischen Reduktion	770
bb) Abwägung i. R. d. Rechtswidrigkeitsprüfung	773
5. Rechtsfortbildung <i>extra legem</i>	776
6. Exkurs: Täuschungen im B2C- und C2C-Bereich	777
7. Zwischenergebnis	777
<i>B. Lösung de lege ferenda</i>	780
I. Einführung	780
II. Konkretisierung der <i>de lege lata</i> erarbeiteten Lösung	780
III. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i>	782
1. § 123 BGB n. F.	782
2. Erläuterung des § 123 BGB n. F.	785
a) Widerrechtliche Drohung	785
b) Täuschungen durch Dritte	786
c) Die Grundidee der Kombination von Widerrechtlichkeit, Vermutung und konkreten Täuschungsgegenständen	786
d) § 123 Abs. 1, S. 1 BGB n. F.	787
e) § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n. F.	787
f) § 123 Abs. 1, S. 3 und S. 4 BGB n. F.	788
g) § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n. F.	789
h) § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F.	790
aa) Erfassung des B2B-Bereichs	791
bb) Erfassung indirekter Informationsverlangen sowie anlasslose Lügen	792
IV. Zwischenergebnis	795
6. Teil: Ergebnisse	797
<i>A. Das Ergebnis in a nutshell</i>	797
<i>B. Die Beantwortung der Forschungsfrage</i>	798
I. Ausgangspunkt der Untersuchung	798
II. Ziel der Untersuchung	799
III. Ergebnis der Untersuchung	799
<i>C. Kritische Reflektion des erzielten Ergebnisses</i>	808
<i>D. Detaillierte Darstellung der erzielten Ergebnisse</i>	810

Quellenverzeichnis	835
I. Literaturverzeichnis	835
II. Weitere Quellen	890
Anhang	893
III. Originalumfrage der Siegener Studie (Erste Version)	893
IV. Zweite Version der Siegener Studie	897
V. Dritte Version der Siegener Studie	902
VI. Graphiken und Tabellen	909
Stichwortverzeichnis	913

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Ausgewählte Zitate zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen . . .	2
Abb. 2: Von der internationalen Siegener Studie erfasste Länder	16
Abb. 3: Teilnehmer der Siegener Studie	16
Abb. 4: Teilnehmer an der ersten Version der Siegener Studie	19
Abb. 5: Teilnehmer an der zweiten Version der Siegener Studie	19
Abb. 6: Teilnehmer an der dritten Version der Siegener Studie	20
Abb. 7: Abgefragte Szenarien im Rahmen der Siegener Studie	25
Abb. 8: Befragungsformen der Originalumfrage der Siegener Studie	28
Abb. 9: Befragungsformen der zweiten Version der Umfrage der Siegener Studie	29
Abb. 10: Befragungsformen der dritten Version der Umfrage der Siegener Studie	29
Abb. 11: Verhandlungen <i>at the table</i> und <i>behind the table</i>	46
Abb. 12: Komplexe Prinzipal-Agenten-Problematik	48
Abb. 13: Vereinfachte Darstellung der Herausforderungen einer Prinzipal-Agenten-Situation im Unternehmen	51
Abb. 14: Zusammenspiel von BATNA und ZOPA	60
Abb. 15: Auswirkungen von Meinungsäußerungen auf das Anfechtungsrecht	114
Abb. 16: Zusammenspiel der verschiedenen Elemente im Zeitablauf	155
Abb. 17: Entscheidungen zu § 123 BGB in Beck-online	197
Abb. 18: Entscheidungen zu § 123 BGB in juris	197
Abb. 19: Grad der Differenzierungsfreundlichkeit der einzelnen Rechtsordnungen	424
Abb. 20: Überblick über die i. R. d. Siegener Studie abgefragten Täuschungsgegenstände	466
Abb. 21: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Studierenden mit Blick auf die Originalversion	467
Abb. 22: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Studierenden mit Blick auf die zweite Version	468
Abb. 23: Moralverständnis, Rechtsgefühl und Judiz der deutschen Studierenden mit Blick auf die dritte Version	469
Abb. 24: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Berufstätigen mit Blick auf die Originalversion	470

Abb. 25: Moralverständnis der deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler mit Blick auf die Originalversion	470
Abb. 26: Rechtsgefühl der deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler mit Blick auf die Originalversion	471
Abb. 27: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Richter mit Blick auf die zweite Version	472
Abb. 28: Moralverständnis, Rechtsgefühl und Judiz der deutschen Richter mit Blick auf die dritte Version	473
Abb. 29: Moralverständnis, Rechtsgefühl und Judiz der deutschen Anwälte mit Blick auf die dritte Version	474
Abb. 30: Moralverständnis der Studierenden in den USA, Russland, Spanien und China mit Blick auf die Originalversion	475
Abb. 31: Das Rechtsgefühl der Studierenden in den USA, Russland, Spanien und China mit Blick auf die Originalversion	476
Abb. 32: Auflistung der Gegenstände der Täuschung	478
Abb. 33: Moralisch akzeptierte Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	497
Abb. 34: Moralisch nicht akzeptierte Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	498
Abb. 35: Moralisch umstrittene Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	499
Abb. 36: Moralische Bewertung bzgl. einer Lüge über ein Konkurrenzangebot durch den Käufer mit Blick auf die zweite Version (Studierende und Richter)	500
Abb. 37: Überblick zum Moralverständnis der Studierenden mit Blick auf die zweite Version	501
Abb. 38: Überblick zum Moralverständnis der Richter mit Blick auf die zweite Version	501
Abb. 39: Überblick zum Moralverständnis weltweit mit Blick auf die Originalversion	503
Abb. 40: Ablehnung der Anfechtung in Übereinstimmung mit den Moralvorstellungen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	517
Abb. 41: Rechtsgefühl bzgl. Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	518
Abb. 42: Rechtsgefühl bzgl. Lügen über die Rechtslage (Unzulässigkeit) (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	518
Abb. 43: Auseinanderfallen von Moralverständnis und Rechtsgefühl mit Blick auf die Originalversion (Studierende)	519

Abb. 44: Ablehnung der Anfechtung bzgl. unternehmensinterner Vorgaben und der Verfügbarkeit (Verkäufer) (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion	520
Abb. 45: Befürwortung eines Anfechtungsrechts durch Richter und Studierende mit Blick auf die zweite Version	521
Abb. 46: Moralverständnis und Rechtsgefühl der Studierenden mit Blick auf die zweite Version	522
Abb. 47: Moralverständnis und Rechtsgefühl der Richter mit Blick auf die zweite Version	523
Abb. 48: Rechtsgefühl der Studierenden weltweit mit Blick auf die Originalversion	523
Abb. 49: Interpretation der empirischen Ergebnisse	525
Abb. 50: Interpretation der empirisch ermittelten Ergebnisse zum Rechtsgefühl	526
Abb. 51: Judiz der deutschen Richter mit Blick auf die dritte Version	531
Abb. 52: Judiz der deutschen Anwälte mit Blick auf die dritte Version	532
Abb. 53: Judiz der deutschen Studierenden mit Blick auf die dritte Version	532
Abb. 54: Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl	537
Abb. 55: Zwischenergebnis zu Moral, Rechtsgefühl und Judiz	549
Abb. 56: Die ökonomischen Konsequenzen verschiedener Täuschungen . .	648
Abb. 57: Wertungsmäßig erarbeiteter „Täuschungsspielraum“	723
Abb. 58: Moralische Bewertung einer Lüge über Zeitdruck (Studierende und Berufstätige) mit Blick auf die Originalversion	907
Abb. 59: Moralische Bewertung verschiedener Täuschungen (Studierende, Richter, Anwälte, professionelle Verhandler) mit Blick auf die Originalversion	907
Abb. 60: Moralische Bewertung einer Täuschung über unternehmensinterne Vorgaben (Studierende und Berufstätige) mit Blick auf die Originalversion	908
Abb. 61: Moralische Bewertung einer Lüge über die Verfügbarkeit mit Blick auf die Originalversion (Studierende und Berufstätige) .	908
Abb. 62: Blau Index, IQV und Varianz aller Gruppen	909
Abb. 63: Ergebnisse des Chi-squared Tests für die Proportionen (deutsche Anwälte, Richter und professionelle Verhandler)	909
Abb. 64: Ergebnisse des Chi-squared Tests für die Proportionen (deutsche Studierende und Berufstätige)	910
Abb. 65: Ergebnisse des Levene Tests für die Varianzhomogenität	910

Abkürzungsverzeichnis

Diese Arbeit verwendet Abkürzungen grundsätzlich gem. Kirchner (Begr.), Das Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021. Abweichend verwendete Abkürzungen werden im Folgenden gelistet. US-amerikanische Urteile werden so zitiert, wie es in den USA üblich ist und insofern enthaltene Abkürzungen werden hier nicht erläutert. Die US-amerikanischen Gerichte werden entsprechend Columbia Law Review/Harvard Law Review/University of Pennsylvania Law Review/The Yale Law Journal (Hrsg.), Bluebook: A Uniform System of Citation, 21. Aufl. 2020 abgekürzt. Im Folgenden werden lediglich weitere bzw. für das Verständnis zentrale Abkürzungen (insb. für englischsprachige Begriffe) aufgelistet:

ABA	American Bar Association
Abb.	Abbildung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ALI	American Law Institute
Anw.	Anwälte
B2B	business-to-business
B2C	business-to-consumer
BAFO	best and final offer
BATNA	best alternative to a negotiated agreement
Begr.	Begründer
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BlgHH	Beilage zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses des Reichsrates
BVGer	Bundesverwaltungsgericht (Schweiz)
C2B	consumer-to-business
C. civ.	code civile (französisches Zivilgesetzbuch)
c.c.	codice civile (italienisches Zivilgesetzbuch)
C2C	consumer-to-consumer
Cir.	Circuit
cod. civ.	codice civile (italienisches Zivilgesetzbuch – alternative Abkürzung)
CSR	corporate social responsibility
EANT	ethically ambiguous negotiation tactics
FTF	face-to-face
GFA	Gesetzesfolgenabschätzung
HGer	Handelsgericht (Schweiz)
HHB	Herrenhausberichte
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Österreich)
IQV	index of qualitative variation
K	keine Antwort

KassGer	Kassationsgericht (Schweiz)
KGer	Kantonsgericht (Schweiz)
LoI	letter of intent
M	männlich
MfS	Ministerium für Staatssicherheit (DDR)
n.	Nummer
NDA	non-disclosure agreement
NEA	Nichteinigungsalternative
NOPA	No possible agreement
NYU	New York University
ODR	Online Dispute Resolution
OGer	Obergericht (Schweiz)
Omnibus-RL	Richtlinie (EU) 2019/2161
Pkt.	Punkt
PON	Program on negotiation (Harvard Law School)
R2C	Restatement (Second) of Contract
R2T	Restatement (Second) of Tort
RG	Rechtsgefühl
StrK	Strafkammer
Stud.	Studierende
SVA	statement validity assessment
TINA	there is no alternative
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG
U.S.C.	United States Code
UCC	Uniform Commercial Code
v.	versus
Ver.	Verhandler
VIP	very important person
Vol.	Volume
W	Weiblich
WATNA	worst alternative to a negotiated agreement
Werbe-RL	Richtlinie 2006/114/EG
ZOPA	Zone of possible agreement

1. Teil

Einleitung und Grundlagen

A. Einleitung

Lügen, Täuschungen, Irreführungen und sog. Bluffs, die das Verhandlungsergebnis kausal beeinflussen sollen, sind in unternehmerischen Vertragsverhandlungen (weit) verbreitet. Obwohl es keine aussagekräftigen Studien zur Häufigkeit von Lügen in B2B-Vertragsverhandlungen gibt,¹ lässt sich deren Bedeutung und Verbreitung einer Gesamtschau der bestehenden Erkenntnisse entnehmen (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.II.). Zugleich kann die Relevanz von Täuschungen in Vertragsverhandlungen an der Intensität abgelesen werden, mit der sich die (überwiegend englischsprachige) Verhandlungsliteratur mit Irreführungen beschäftigt. Dort werden mehr als 38 verschiedene Taktiken und Techniken beschrieben und unterschieden, die auf Täuschungen des Verhandlungspartners basieren.² In diesem Zusammenhang werden Täuschungstaktiken in vielen Fällen als akzeptierte

¹ In Studien wurde zwar untersucht, wie viele Personen dazu tendieren, zum eigenen Vorteil zu lügen. Diese Ergebnisse können aber aufgrund ihres spezifischen Aufbaus nicht direkt auf Verhandlungen übertragen werden. *Fischbacher/Heusi*, Research Paper Series, Thurgau Institute of Economics and Department of Economics at the University of Konstanz, No 40 (2008), 1, 1 ff. erforschen beispielsweise die Tendenz zu lügen mit Hilfe eines Würfelspiels, bei dem sich der Ertrag nach der gewürfelten Punktzahl bemäß. Die Autoren gehen davon aus, dass in etwa 39 % die Wahrheit sagen und maximal 22 % sich wie ein *homo oeconomicus* verhalten (d.h. immer die höchstmögliche Zahl nennen). Aus den vielen Untersuchungen, die sich auf die unterschiedlichsten Situationen beziehen, lassen sich daher nur näherungsweise Rückschlüsse über die tatsächliche Häufigkeit von Täuschungen ziehen. Siehe näher zur Häufigkeit von Täuschungen unter 2. Teil, A.II.

² S. *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, Themenliste: Irreführungen (S. 471 ff.). Im Folgenden werden die 38 Taktiken und Techniken unter der Bezeichnung aufgelistet, mit der sie auch im Buch aufgeführt sind: Ablenkungsmanöver, *all I've got*, *ambiguous authority*, argumentative Übertreibungen, *bait and switch*, besseres Angebot, *biased choice*, *big pot*, Bluff, *bogey*, *Brer rabbit*, Budgetbegrenzung, *cheap talk*, *deliberate error*, Desinformation, *faking*, *false deadline*, *foggy recall*, *funny money*, *information overload*, leeres Versprechen, letzte Chance, mehrdeutige Formulierung, *missing person maneuver*, *padding*, *phony facts*, *playing dumb*, *posturing*, Pseudomissverständnisse, *red herring*, scheinbare Konnexität, *scrambled eggs*, Similar-to-me-Taktik, *snow job*, Taktik der kleinen Menge, Verharmlosen, Vorbringen einer falschen Rechtsansicht, Wahlmöglichkeiten begrenzen, Zwischenrufer. Daneben gibt es weitere Taktiken/Strategien, die auf Bluffs beruhen. Außerhalb des Verhandlungskontexts (im außenpolitischen Bereich) wird beispielsweise die sog. „Madman“-Taktik erörtert, die sich ggf. auch auf geschäftliche Verhandlungen übertragen ließe. Siehe dazu z.B. *Seitz/Talmadge*, *The Washington Quarterly* 43 (2020), 31, 31 ff.; *McManus*, *Security Studies* 28 (2019), 976, 976 ff.

und/oder notwendige Geschäftspraxis bzw. wichtige Fähigkeit eines erfolgreichen Verhandlers³ bezeichnet sowie angenommen, dass in Verhandlungen häufig getäuscht wird. Irreführungen sind somit ein weltweites Phänomen mit täglich mehreren Millionen neuen Anwendungsfällen im Geschäftsverkehr. Die folgenden Zitate sollen den Diskurs in der (nichtjuristischen) Literatur beispielhaft verdeutlichen:⁴

Ausgewählte Zitate aus der englischsprachigen Literatur

„In the context of negotiations, bluffing is a generally accepted business practice where pretense is used to imply that one’s position is stronger, cleverer or more determined etc., than one’s position really is.“⁵

„Commercial negotiations seem to require a talent for deception.“⁶

„[...] deception often seems to be an unavoidable characteristic of negotiation.“⁷

„Most executives from time to time are almost compelled, in the interest of their companies or themselves, to practice some form of deception [...]“⁸

„However, reality presents another story, where deception is sometimes permissible, sometimes necessary, and sometimes expected.“⁹

³ In diesem Werk wird das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten jedoch gleichermaßen für alle Geschlechter.

⁴ Zur Wahrnehmung in der Literatur mit Blick auf Lügen über eigene Präferenzen auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1991), 135, 137 („The puzzle is that, according to standard moral theories, this practice is objectionable, yet it is widely condoned in business and legal negotiations, and even praised, as ‚shrewd‘ bargaining when it is successful.“). Dazu, dass historisch gesehen Handel und Lügen eng verbunden sind, auch *Miller* in: Clancy (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*, 2009, S. 51, 61 („Deceit was the name of the game“). Die folgenden Zitate beziehen sich allgemein auf Verhandler. In der Literatur finden sich zudem viele Stellungnahmen zur Häufigkeit von Täuschungen durch Anwälte: „lawyers lie, especially in negotiations“ (*Reilly*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 24 (2008), 481, 483f.); „lying is not the province of a few ‚unethical lawyers‘ who operate on the margins of the profession. It is a permanent feature of advocacy and thus of almost the entire province of law.“ (*Wettlaufer*, *Iowa Law Review* 76 (1990), 1219, 1272). Ebenfalls feststellend, dass die Literatur Täuschungen als akzeptierte und/oder notwendige Geschäftspraxis sieht, diese Verbindung von Verhandlungen und notwendigerweise unethischem Verhalten jedoch bezweifelnd *Gunia*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 3, 5. Allg. Täuschungen als zentrales Thema bezeichnend und Täuschungsspezialisten („deception specialists“) fordernd (unabhängig vom Verhandlungskontext) *Cox*, *George Washington Law Review* 90 (2022), 297, 301 und 372.

⁵ *Guth*, *The Contract Negotiation Handbook*, 2008, S. iii.

⁶ *Shell*, *Sloan Management Review* 32 (1991), 93, 93.

⁷ *Michelman*, *Journal of Business Ethics* 2 (1983), 255, 255. Ders. führt ebendort auch aus: „one must negotiate by means of deception.“ *Strudler*, *Business Ethics Quarterly* 5 (1995), 805, 805 drückt es umgekehrt aus: „The truth can get in the way of a good deal.“

⁸ *Carr*, *Harvard Business Review* 46 (1968), 143, 144. Siehe auch auf S. 153: „Whatever the form of the bluff, it is an integral part of the game“.

⁹ *Lakhani*, *ADR Bulletin* 9 (2007), 133, 138.

„The critical difference between those who are successful negotiators and those who are not lies in this capacity both to mislead and not to be misled.“¹⁰

„To conceal one’s true position, to mislead an opponent about one’s true settling point, is the essence of negotiation.“¹¹

„Yet, it is worth noting that minor fraud is a widespread, even customary, practice.“¹²

„[...] deception and disguise of one’s true position are essential to maximizing objectives.“¹³

„Businessmen frequently defend bluffing and other deceptive practices on the grounds that they are profitable or ‚economically necessary.‘ Such acts are also defended on the grounds that they are standard practice in economic transactions.“¹⁴

„Business bluffing is part of negotiating.“¹⁵

„Everybody lies.“¹⁶

Ausgewählte Zitate aus der deutschsprachigen Literatur

„Das schließt zwar eine mit Über- und Untertreibungen einhergehende ‚Täuschungs-
spanne‘ nicht aus, ist ein solches Verhalten zur Auslotung vorhandener Marktchancen
doch nicht selten geradezu angebracht; [...]“¹⁷

„Eine häufig verwendete Verhandlungstaktik ist auch der Bluff bzw. die Täuschung.“¹⁸

¹⁰ White, American Bar Foundation Research Journal 1980 (1980), 926, 927.

¹¹ White, American Bar Foundation Research Journal 1980 (1980), 926, 928. Ders. auch auf S. 927: „I submit that a careful examination of the behavior of even the most forthright, honest, and trustworthy negotiators will show them actively engaged in misleading their opponents about their true positions“.

¹² Sherwin, Loyola of Los Angeles Law Review 36 (2003), 1017, 1024.

¹³ Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), Negotiating in organizations, 1983, S. 68, 69. Siehe auch Lewicki/Hanke in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace, 2012, S. 211, 212 („information is often exaggerated, embellished, distorted, or even outright ‚invented‘ to construct the most persuasive case – that is, they lie and deceive.“) und auf S. 216 („Ethically ambiguous tactics are common in negotiation“). Sowie Lewicki/Polin in: Adair/Olekalns (Hrsg.), Handbook of Research on Negotiation, 2013, S. 161, 176 („One of the most common ethically ambiguous behaviors is for one or both parties’ to use deception in their management of information.“) und Lewicki/Litterer, Negotiation, 1985, S. 324 („various forms of lying and deceit are an integral part of effective negotiation“).

¹⁴ Caron/Wokutch in: Robinson/Prichard/Ellin (Hrsg.), Profits and Professions, 1983, S. 141, 147.

¹⁵ C. Karrass, Give and Take, 2016, S. 24. Der Autor führt weiter aus: „However, the rules forbid and should penalize outright lying, false claims, bribing an opponent“. Vgl. auch Horton, The Leader’s Guide to Negotiation, 2016, S. 223 („but there are an equal number who accept that lying is part of the business world. [...] Indeed, many would urge it as a negotiation best practice.“).

¹⁶ C. Ford, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 1 ff. benennt so direkt ein ganzes Kapitel seines Buches. Auf S. 3 führt der Autor weiter aus: „lies are a ubiquitous phenomenon“. Allg. zu Lügen (ohne Bezug zu Verhandlungen) siehe auch Cox, George Washington Law Review 90 (2022), 297, 297: „Lies are everywhere today.“

¹⁷ M. Weber, AcP 192 (1992), 390, 397.

¹⁸ Macharzina/J. Wolf, Unternehmensführung, 12. Aufl. 2023, S. 650.

<p>„Doch wer erfolgreich verhandeln will, der muss taktieren, bluffen, drohen [...]“¹⁹</p> <p>„Betrug‘ [...] ist offenbar allgegenwärtig.“²⁰</p> <p>„Kaum ein Vertrag wird geschlossen, in dem der eine den anderen Teil nicht ‚täuscht‘, ihm gewisse Erwartungen verheimlicht, die er selbst hegt.“²¹</p> <p>„Dass sich die Lüge durch das Leben wie der sprichwörtlich ‚rote Faden‘ zieht, ist keine neue Erkenntnis.“²²</p>
<p>Ausgewählte Zitate aus der französischen und spanischen Literatur</p>
<p>„Dans la négociation, le bluff est inévitable.“²³</p> <p>„En algunos casos la mentira o el engaño forman parte del código comunicativo.“²⁴</p> <p>„Pero no hay verdades absolutas ni normas fijas e inamovibles, sino que el negociador pisa siempre sobre tierras movedizas [...] Estamos ante el arte del disimulo, del regateo, de la astucia, de la apariencia, del engaño.“²⁵</p>

Abb. 1: Ausgewählte Zitate zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen

Befragt man Praktiker, bestätigen diese das Bild, dass gewisse Bluffs und Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen durchaus üblich sind.²⁶ Es lässt sich daher annehmen, dass bei Verhandlungen eine gewisse „Tradition“ besteht, den Verhandlungspartner irrezuführen. Die Begriffe „Tauschen“ und „Täuschung“ haben im deutschen Sprachgebrauch auch dieselbe Wurzel,²⁷ was die enge Verbindung von Verhandeln und Irreführen unterstreicht.²⁸ In der griechischen Mytho-

¹⁹ Nöllke, *Machtspiele*, 2015, S. 121.

²⁰ Tietzel, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), 17, 19.

²¹ Schermaier in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *HKK*, Bd. 1, 2003, §§ 123–124 Rn. 104.

²² Preis/Bender, *NZA* 2005, 1321, 1321.

²³ Guedj, *Les 50 règles d'or de la négociation*, 2022, S. 78.

²⁴ Fernández Longo, *La Negociación inevitable*, 2004, S. 144. Der Autor führt weiter aus: „la mentira forma parte del juego.“

²⁵ Ovejero Bernal, *Técnicas de negociación*, 2004, S. 4. Vgl. zu Sprichwörtern in verschiedenen Ländern, die auf die Üblichkeit von Bluffs hinweisen *de las Alas-Pumariño Miranda*, *El Arte de Negociar*, 2014, S. 126 abrufbar unter: <https://aiim.es/wp-content/uploads/2016/06/EL-ARTE-DE-NEGOCIAR.pdf> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

²⁶ Die Autorin bezieht sich an dieser Stelle auf geführte Gespräche mit Praktikern. Es liegt insofern keine strukturierte Umfrage bzw. qualitative Interviews vor.

²⁷ Vgl. Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25. Aufl. 2011, Stichwort „tauschen“ (S. 909).

²⁸ Vgl. Wacke, *ZRG RA* 94 (1977), 184, 202. Vgl. auch Gerschlagler in: Gerschlagler (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 8 (die ebenfalls auf die Verbindung beider Begriffe abstellt). Der Begriff „Lügen“ ist allerdings negativ besetzt. Vgl. Wagner in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 84: „Die Lüge ist ein negativ besetzter Begriff; jemanden einen Lügner zu nennen, ist eine Beleidigung“. Ebenso Preis/Bender, *NZA* 2005, 1321, 1321; C. Ford, *Lies! Lies!! Lies!!!*, 1999, S. 25. Zur negativen Konnotation des Begriffs „deception“ auch Gerschlagler in: Gerschlagler (Hrsg.), *Expanding the*

logie ist *Hermes* zudem nicht nur der Gott des Handels, sondern zugleich der Gott der Diebe, was ebenfalls auf die seit jeher wahrgenommene Verbindung zwischen Handel und Täuschung hinweisen könnte.²⁹

Die Verhandlungsliteratur empfiehlt bzw. akzeptiert vorsätzliche Täuschungen und Irreführungen aber nicht generell. Vielmehr wird ein differenziertes Bild gezeichnet. Ein Blick in die einschlägigen Veröffentlichungen unterstreicht, dass sich die akzeptierten Verhandlungstaktiken, die auf Irreführungen beruhen, grundsätzlich nicht auf den Leistungsgegenstand, d. h. beispielsweise das Produkt (z. B. die Maschine) oder den Preis im engeren Sinn (z. B. die Preisberechnung) beziehen, sondern auf Aspekte außerhalb des Vertragsgegenstands, wie insbesondere auf Bluffs über bessere Angebote, (unternehmensinterne) Vorgaben, Fristen oder die Verfügbarkeit von Produkten.³⁰

Ziel dieser Arbeit ist es, zu untersuchen, ob das deutsche Recht den in der (nicht-juristischen) Verhandlungsliteratur diskutierten „Täuschungsspielraum“ gewährt bzw. gewähren sollte. Insofern untersucht die vorliegende Arbeit ausschließlich unternehmerische Verhandlungen (B2B-Verhandlungen³¹).³² Ausgangspunkt für diese Überlegungen muss der rechtliche Status quo sein (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.). Ein erster Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (Anfechtung wegen arglistiger Täuschung) scheint jedoch zu zeigen, dass die Vorschrift vorsätzliche, kausal gewordene Täuschungen ausnahmslos als unrechtmäßig ansieht und entsprechend sanktioniert (siehe dazu unter 2. Teil, B.). Betrachtet man allein den Wortlaut der Vorschrift, so fällt im Vergleich zur Regelung von Drohungen (§ 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB) auf, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht explizit ein Rechtswidrigkeitserfordernis vorsieht,³³ was ebenfalls zunächst auf eine sehr pauschale Erfassung aller Täuschungen hinweist. Das deutsche Recht bietet somit in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – auf den ersten Blick – keine differenzierte Lösung, wie sie von der Verhandlungsliteratur propagiert wird. Unter 2. Teil, B.II. und B.III. wird zu zeigen sein, dass entsprechend diesem ersten Eindruck auch in der Rechtsprechung und Literatur lediglich wenige und sehr begrenzte Ausnahmen zu dieser umfassen-

Economic Concept of Exchange, 2001, S. 1, 11. Nach einer Studie von *Anderson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 9 (1968), 272, 273 und 277 standen die Eigenschaften „ehrlich“ und „wahrhaftig“ auf Platz 2 bzw. 5 einer Liste von präferierten Eigenschaften, während sich „unecht“ und „Lügner“ am Ende der Liste (Platz 554 und 555) wiederfanden.

²⁹ Vgl. auch *Gerschlagler* in: *Gerschlagler* (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 8.

³⁰ Zu Gegenständen von Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen siehe näher unter 3. Teil, D.IX.

³¹ „B2B-Verhandlungen“ steht für „Business-to-business-Verhandlungen“. Die Begriffe „unternehmerische Verhandlungen“ und „B2B-Verhandlungen“ sollen in dieser Arbeit synonym verwendet werden. „B2C-Verhandlungen“ (Business-to-consumer-Verhandlungen) und „C2C-Verhandlungen“ (Consumer-to-consumer-Verhandlungen) werden somit ausgeblendet.

³² Zu weiteren Eingrenzungen siehe weiter unten in diesem Abschnitt.

³³ Dieser Aspekt wird an verschiedenen Stellen in diesem Werk intensiv erörtert. Siehe z. B. zum Status quo der Rechtslage näher unter 2. Teil, B.I.7.

den Regel diskutiert werden. Die Verhandlungspraxis und Verhandlungsliteratur weisen damit anscheinend eine erhebliche Diskrepanz zur deutschen Rechtslage auf. Hinzu tritt mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit *ex tunc* nach erfolgter Anfechtung eine harte rechtliche Konsequenz. In Verbindung mit der Häufigkeit von Bluffs in Vertragsverhandlungen unterstreicht dies die wirtschaftliche Relevanz des Themenbereichs.

Allerdings besteht eine solche Diskrepanz nicht nur zwischen der Rechtslage und der Verhandlungspraxis, sondern auch zwischen der rechtlichen Situation und dem Moral- und Rechtsgefühl der Rechtsunterworfenen (siehe zum Moralverständnis unter 4. Teil, B. und zum Rechtsgefühl unter 4. Teil, C.). Denn sogar deutsche Richter befürworten mit Blick auf Lügen, die sich nicht auf den Vertragsgegenstand (d.h. nicht auf die Leistung bzw. auf den Preis i.e.S.³⁴) beziehen, in vielen Fällen kein Anfechtungsrecht. Sie glauben überraschenderweise zudem nicht, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in seiner jetzigen Form ein Anfechtungsrecht für viele übliche Bluffs vorsieht und halten entsprechende Täuschungen teils sogar nicht einmal für unmoralisch.³⁵ Diese Erkenntnisse lassen sich einer eigenen empirischen Untersuchung (sog. „Siegener Studie“³⁶) zu Lügen in Vertragsverhandlungen entnehmen, auf die sogleich im Folgenden (siehe 1. Teil, C.) eingegangen wird.

Die beschriebenen Diskrepanzen nimmt diese Arbeit zum Anlass, sich intensiv damit zu beschäftigen, ob der deutsche Gesetzgeber bereits *de lege lata* einen gewissen „Täuschungsspielraum“ in Verhandlungen gewährt oder zumindest gewähren sollte. Gibt es Argumente, die dafürsprechen, bestimmte Täuschungen in Vertragsverhandlungen nicht zu sanktionieren? Da die deutsche Rechtsordnung, insbesondere der in dieser Arbeit im Fokus stehende § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, pauschal von der Unzulässigkeit von vorsätzlichen Täuschungen auszugehen scheint, besteht eine Hauptaufgabe dieses Werks darin, zu ermitteln, ob Gründe für die Gewährung eines „Täuschungsspielraum“ sprechen und, wenn ja, wo die Grenze *de lege lata* bzw. *de lege ferenda* gezogen werden sollte. Denn die Begründungslast³⁷ liegt insofern bei demjenigen, der eine Nichtsanktionierung bestimmter Täuschungen befürwortet, weshalb dieser Aspekt intensiv von den verschiedensten Perspektiven beleuchtet werden soll.

³⁴ Zu den Lügen über den Preis i.e.S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

³⁵ Mit Blick auf diese Frage hat die Autorin dieser Arbeit gemeinsam mit *Peter Krebs* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen) die sog. „Siegener Studie“ durchgeführt. Die entsprechenden Ergebnisse werden ausführlich unter 4. Teil, B. bis D. behandelt.

³⁶ Durchgeführt von *Stefanie Jung* und *Peter Krebs* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen).

³⁷ Grundlegend zur Begründungslast *Krebs*, AcP 195 (1995), 171, 171 ff. Die Begründungslast bei demjenigen sehend, der Lügen für zulässig erklärt *Bok*, Lying, 1999, S. 22 („Lying requires a reason, while truth-telling does not.“).

Zunächst wird dafür ein Blick in die deutsche Rechtsgeschichte geworfen (dazu näher unter 3. Teil, A.), um festzustellen, ob bereits traditionell zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen³⁸, d.h. sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen, unterschieden wurde. Falls ja, soll dann in einem zweiten Schritt untersucht werden, wie und warum es im Ergebnis zur pauschalen Formulierung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gekommen ist. Erörtert wird zudem, wie andere Rechtsordnungen (siehe dazu unter 3. Teil, B.), mit der Problematik umgehen. Es wird insofern vor allem erforscht, ob andere Rechtsordnungen einen gewissen „Täuschungsspielraum“ gewähren. Sollte dies festgestellt werden, so würde dies zumindest dafürsprechen, dass es lohnenswert erscheint, sich auch in Deutschland mit der Problematik zu befassen. Auch konstruktiv ist es nicht ausgeschlossen, dass andere Rechtsordnungen übernehmerswerte Differenzierungsansätze kennen. Die Beantwortung der Frage, ob das deutsche Recht einen gewissen „Täuschungsspielraum“ gewähren sollte, wird sich allerdings nicht allein durch die rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung beantworten lassen. Sie erfordert darüber hinaus eine umfassende, differenzierte wertungsmäßige Betrachtung (siehe dazu ausführlich im 4. Teil dieser Arbeit). Neben den Wertungen im engeren Sinne sind unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung³⁹ auch die juristischen Umfeldwertungen aus anderen Normen des deutschen Rechts zu beachten (siehe dazu näher unter 4. Teil, H.). Sie zeigen an, ob ein gewisser „Täuschungsspielraum“ im deutschen Recht – insbesondere mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – überhaupt denkbar ist, da sich die Lösung stimmig in das deutsche Regelungssystem einfügen müsste. Anderenfalls würde ein Systembruch hervorgerufen, der zumindest ohne Rechtfertigung für einen solchen Systembruch eine Lösung *de lege lata* ausschließen würde. *De lege ferenda* müssten zudem alle notwendigen Folgeänderungen berücksichtigt werden, wenn man trotz des Systembruchs einen „Täuschungsspielraum“ befürworten würde. Sollten die Umfeldwertungen jedoch darauf hinweisen, dass ein „Täuschungsspielraum“ durchaus vorstellbar ist, kann in Kenntnis dieser rechtlichen Umfeldwertungen eine Lösung (*de lege lata* oder *de lege ferenda*) erarbeitet werden. Als allgemeine Wertungen untersucht diese Arbeit Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen aus moralischer⁴⁰ (siehe unter 4. Teil, B.) und ökonomischer (siehe unter 4. Teil, G.) Sicht. Hin-

³⁸ Siehe zur Begrifflichkeit näher unter 1. Teil, B.

³⁹ Zur Einheit der Rechtsordnung grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, passim. Vgl. auch *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, u.a. auf S. 70 ff., 187 ff., 379 f.; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 99 f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 36.

⁴⁰ In dieser Arbeit wird allein untersucht, wie Täuschungstaktiken moralisch bewertet werden. Damit ist keine Bewertung von Personen verbunden, die entsprechende Taktiken einsetzen. *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1221 äußert sich dazu folgendermaßen: „Those who act unethically are usually not psychopaths or monsters; often, at least, they are regular people with an evolved disposition to pursue their self-interest while maintaining a self-perception of being pro-social. They are us.“

zu kommen eine Erörterung des Rechtsgefühls⁴¹ (siehe unter 4. Teil, C.) sowie des Judizes⁴² (siehe unter 4. Teil, D.) mit Blick auf Bluffs in Vertragsverhandlungen. Bezüglich der moralischen Perspektive sowie des Rechtsgefühls und des Judizes können die Ausführungen wiederum auf die sog. „Siegener Studie“⁴³ (siehe dazu sogleich unter 1. Teil, C.) zu Lügen in Vertragsverhandlungen und damit auf empirische Erkenntnisse gestützt werden. Bejaht man die Frage nach einem „Täuschungsspielraum“ grundsätzlich, so tritt die Herausforderung hinzu, dessen Grenzen exakt zu bestimmen.⁴⁴

Die zentrale neue Idee dieses Werks ist es, zur Absteckung des „Täuschungsspielraums“ nach einzelnen Täuschungsgegenständen zu differenzieren.⁴⁵ Die Ausgangshypothese dieser Arbeit besteht somit darin, dass es bei der Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen darauf ankommt, worüber ein Verhandler lügt. Dahinter steht der Gedanke, dass sich die Wertungen unterscheiden können, je nachdem worüber in der Verhandlung getäuscht wird. Es werden somit Überlegungen dazu angestellt, ob vorsätzliche Irreführungen über den Leistungsgegenstand (z. B. die Maschine) und Bluffs über Alternativangebote, Deadlines oder unternehmensinterne Vorgaben aus wertungsmäßiger Sicht rechtlich differenziert behandelt werden sollten und, wenn ja, ob eine entsprechende Unterscheidung aus regelungstechnischer Sicht sinnvoll erscheint. Die bereits angeführten wertungsmäßigen Überlegungen werden daher jeweils bezogen auf die unterschiedlichen Täuschungsgegenstände⁴⁶ ausgeführt.

Sind die Grenzen eines u. U. zu befürwortenden „Täuschungsspielraums“ (ggf. nach Täuschungsgegenständen) abgesteckt, so bleibt zu ermitteln, ob eine entsprechende Lösung – entgegen der bisherigen Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – bereits *de lege lata* möglich erscheint.⁴⁷ Insofern stehen insbesondere eine Feststellung von Gewohnheitsrecht sowie Möglichkeiten der Rechtsfortbildung im Zentrum der Diskussion.⁴⁸ Sollte eine Lösung *de lege lata* jedoch nicht vertretbar sein oder die *de lege lata* mögliche Lösung noch nicht gänzlich den wertungsmäßigen Überlegungen entsprechen, so verbliebe es noch, einen entsprechenden Vorschlag *de lege ferenda* entsprechend der erarbeiteten Wertungen zu unterbreiten.⁴⁹

⁴¹ Unter Rechtsgefühl wird in dieser Arbeit das Gefühl dafür verstanden, wie das Recht ausgestaltet sein sollte. Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.II.

⁴² Unter Judiz wird in dieser Arbeit das Gefühl dafür verstanden, wie das Recht ausgestaltet ist. Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.I.

⁴³ Durchgeführt von *Stefanie Jung* und *Peter Krebs* (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen).

⁴⁴ Zur in dieser Arbeit vorgeschlagenen Grenzziehung siehe näher unter 4. Teil, I.

⁴⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IX.

⁴⁶ Viele Taktiken knüpfen zudem an unterschiedliche Täuschungsgegenstände an. Siehe zu ausgewählten Täuschungstaktiken näher unter 2. Teil, A.VI.

⁴⁷ Siehe dazu unter 5. Teil, A.

⁴⁸ Siehe dazu unter 5. Teil, A.III.2. (Gewohnheitsrecht) und 5. Teil, A.IV. (Rechtsfortbildungen).

⁴⁹ Siehe dazu unter 5. Teil, B.

Die Herausforderung bei der Bearbeitung der Fragestellung liegt vor allem in der hohen Komplexität, durch die sich Lügen in Vertragsverhandlungen auszeichnen. Die Problematik besteht darin, dass es mannigfaltige Formen von Lügen in Vertragsverhandlungen gibt. Dieser Facettenreichtum der möglichen Täuschungen führt dazu, dass dem Gesetzgeber potenziell zahlreiche Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.⁵⁰ Im Ergebnis wird in diesem Werk erstmalig untersucht, ob eine fallgruppenspezifische Kategorisierung nach dem Täuschungsgegenstand (d. h. worüber der Verhandler blufft, siehe dazu unter 3. Teil, D.IX.) dazu beitragen kann, die Komplexität von Lügen regelungstechnisch angemessen zu erfassen.

Die Komplexität von Lügen in Vertragsverhandlungen und die hier gewählte umfassende Bearbeitung der Fragestellung (rechtshistorisch, rechtsvergleichend und interdisziplinär) macht zudem eine gewisse Eingrenzung der Thematik notwendig, um zumindest so eine Komplexitätsreduzierung zu erreichen. Daher werden Lügen in Vertragsverhandlungen ausschließlich mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (Anfechtung wegen arglistiger Täuschung) betrachtet. Weitere rechtliche Vorgaben werden lediglich im Rahmen der juristischen Umfeldwertungen angesprochen (siehe unter 4. Teil, H.), stehen aber darüber hinaus nicht im Fokus dieser Untersuchung. Erörtert werden zudem im Ergebnis nur vorsätzliche Täuschungen durch aktives Tun, d. h. durch die positive Erregung eines Irrtums.⁵¹ Täuschungen durch Unterlassen bei Bestehen einer Aufklärungspflicht werden somit nur am Rande betrachtet. Die vorliegende Arbeit nimmt zudem lediglich unternehmerische Verhandlungen (B2B-Verhandlungen) in den Blick und bezieht sich insofern auf Vertragsverhandlungen außerhalb struktureller Ungleichgewichtslagen. Auch treuhänderische Verhältnisse bzw. Verhandlungen, in denen eine Partei eine Expertenstellung einnimmt, werden ausgeklammert. Zudem werden Verhandlungen im Rahmen von gerichtlichen Prozessen ausgeblendet. Die Arbeit fokussiert sich aus Vereinfachungsgründen zudem ausschließlich auf Zwei-Parteien-Verhältnisse. Angrenzende Probleme, wie z. B. mit Blick auf den Datenschutz, werden ebenfalls nicht aufgegriffen.

Im Ergebnis möchte diese Arbeit somit für eine spezielle, aber zugleich wirtschaftlich und sozial hochbedeutende und zudem hochkomplexe Frage eine wertungsmäßig stimmige und dogmatisch fundierte Lösung finden. Die Herangehensweise zeichnet sich dabei durch einen holistischen Ansatz aus. Dieser generelle Ansatz einer gesamtheitlichen Betrachtung könnte bei Bewährung dieser Herangehensweise auch auf andere Fragestellungen übertragen werden. Zusammenfas-

⁵⁰ Die rechtshistorische und die rechtsvergleichende Betrachtung zeigen auf, welche Regelungsoptionen bereits von den verschiedenen Gesetzgebern genutzt werden (siehe dazu unter 3. Teil, C.).

⁵¹ Unter „unprovzierten Täuschungen“ werden in dieser Arbeit solche Bluffs verstanden, die vornehmlich proaktiv eingesetzt werden, um einen Verhandlungsvorteil zu erzielen. Sie werden also nicht im Rahmen einer besonderen Drucksituation oder mit Blick auf eine Eskalation eingesetzt.

send lässt sich festhalten, dass das Problem von Bluffs in unternehmerischen Vertragsverhandlungen im Ergebnis aus den unterschiedlichsten Blickwinkeln betrachtet werden soll. Ausgangspunkt muss dafür immer der Status quo sein, und zwar sowohl der rechtliche Status quo des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (siehe 2. Teil, B.) als auch der Status quo der Geschäftspraxis (siehe 2. Teil, A.). Eine umfassende Analyse soll dann zeigen, ob es einen Bedarf für die Änderung des Status quo gibt und, wenn ja, wie die Änderung ausgestaltet sein sollte. Dafür werden die Ergebnisse der Rechtsvergleichung (siehe 3. Teil, B.) und der Rechtshistorie (siehe 3. Teil, A.) herangezogen. Es werden zudem die ökonomischen Auswirkungen (siehe 4. Teil, G.) sowie die empirisch ermittelten Moralvorstellungen, das Rechtsgefühl und das Judiz (siehe 4. Teil, B., bzw. 4. Teil, C. und 4. Teil, D.) berücksichtigt. Um eine stimmige Lösung zu erzielen, müssen zudem die juristischen Umfeldwertungen herangezogen werden (siehe 4. Teil, H.). Die dogmatische Lösung *de lege lata* wird dann unter 5. Teil, A. erörtert und im 5. Teil, B. ein Vorschlag *de lege ferenda* unterbreitet. Die Fragestellung wird damit bezogen auf das deutsche Recht erörtert. Es ist nicht Ziel der Arbeit, eine juristische „Weltformel“ für einen möglicherweise sinnvollen „Täuschungsspielraum“ in unternehmerischen Verhandlungen zu entwerfen. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn die in diesem Werk erzielten Ergebnisse eine Inspiration für andere Rechtsordnungen darstellen würden.

B. Begrifflichkeiten

Die Untersuchung, ob mit Blick auf unternehmerische Verhandlungen ein gewisser „Täuschungsspielraum“ bestehen sollte, kann nur unter Rückgriff auf die einschlägige Terminologie durchgeführt werden. Die relevanten Begrifflichkeiten werden jedoch nicht immer einheitlich verwendet, weshalb an dieser Stelle zunächst zentrale Termini erläutert werden sollen, um im Folgenden Missverständnisse zu vermeiden. Die Diskussion, wie die Begriffe „Lüge“, „Täuschung“, „Bluff“ und „Irreführung“ zu definieren sind, wird in dieser Arbeit beispielsweise außerhalb der rechtlichen Debatte um die arglistige Täuschung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (siehe 2. Teil, B.I.2.) nicht aufgegriffen.⁵² Es soll vielmehr an dieser Stelle vorab definiert werden, wie diese Begriffe im Folgenden verwendet werden.

Die Bezeichnungen „Lüge“, „Täuschung“, „Bluff“ und „Irreführung“ und alle damit verwandten Formulierungen (wie z.B. „lügen“, „Lügner“ oder „täuschen“, „Täuschender“, „Getäuschter“) sollen in dieser Arbeit synonym verstanden wer-

⁵² Aus ökonomischer Sicht vertritt *Peters*, *Ohio State Law Journal* 48 (1987), 1, 1 ff. die Auffassung, dass eine Unterscheidung zwischen Täuschungen und anderen Formen der Lüge keine Auswirkung auf die ökonomische Betrachtung hat. Generell zeigen die vielen Begriffe, wie facettenreich der Bereich „Täuschungen“ ist. Vgl. dazu auch *de Montaigne* in: Blageart (Hrsg.), *Les essais de Michel seigneur de Montaigne*, 1649, S.27 („Mais le revers de la vérité a cent mille figures et un champ indéfini“).

den,⁵³ obwohl verbreitet z.B. Lügen und Täuschungen unterschieden werden. Die Lüge wird dann regelmäßig enger und die Täuschung weiter gefasst, da eingewandt wird, dass die Täuschung auch mit außersprachlichen Mitteln verübt werden kann.⁵⁴ Die Bezeichnung „Bluff“ wird in der Literatur oftmals verwendet, um anzuzeigen, dass es sich im Verhältnis zu Lügen und Täuschungen um eine weniger schwerwiegende Irreführung handelt.⁵⁵ Der Begriff „Irreführung“ wiederum sagt implizit aus, dass jemand eine andere Person getäuscht hat.⁵⁶ „Täuschen“ kann sich hingegen eine Person auch, ohne dass eine andere Person sie irreführt haben muss.

In dieser Arbeit sollen die Begriffe „Lüge“, „Täuschung“, „Bluff“ und „Irreführung“ allerdings synonym zum Ausdruck bringen, dass es um eine bewusst falsche Aussage geht, bei der der Täuschende zugleich die Intention hat, sein Gegenüber in die Irre zu führen.⁵⁷ Diese Begrenzung auf vorsätzliche Täuschungen ist nicht sprachlich, sondern durch den rechtlichen Untersuchungsgegenstand, d.h. das Täuschungsverbot des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, bestimmt. Täuscht sich jemand zunächst erfolgreich selbst und dann wiederum eine andere Person, liegt nach dem hier zu Grunde gelegten Verständnis beispielsweise keine Lüge vor, da es in diesem Fall an der Intention zu täuschen fehlt. Die Begriffe „Lüge“, „Täuschung“, „Bluff“ und „Irreführung“ werden in dieser Arbeit insofern relativ eng definiert.⁵⁸ Gleichzeitig handelt es sich jedoch um ein gängiges Begriffsverständnis, mit dem sich insbesondere mit Blick auf die arglistige Täuschung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

⁵³ C. Ford, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 25 listet verschiedene Verben, Substantive und Adjektive auf, die eine Verbindung zu Lügen (*lies*) haben.

⁵⁴ Paganini, *Communicatio Socialis* 52 (2019), 67, 68; vgl. auch L. Alexander/Sherwin, *Law and Philosophy* 22 (2003), 393, 400. Ebenfalls darauf hinweisend, dass der Begriff Täuschung weiter ist Barry/Rebel in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Research in Conflict Management*, 2014, S. 343, 344 („deception – a broader construct that subsumes lying“) und Bok, Lying, 1999, S. 13 f. („Deception, then, is the larger category, and lying forms part of it.“).

⁵⁵ Entsprechend verwendet beispielsweise Allhoff, *Journal of Business Ethics* 45 (2003), 283, 285 den Begriff („bluffing does not carry the same prima facie wrongness that lying does“). Häufig werden Lügen auch als problematischer angesehen als Täuschungen. Siehe z.B. Chisholm/Feehan, *The Journal of Philosophy* 74 (1977), 143, 153.

⁵⁶ Im Duden etwa wird unter Bedeutungen für „irreführen“ aufgeführt: „absichtlich auf den falschen Weg bringen“ oder „(absichtlich) einen falschen Eindruck entstehen lassen“. Siehe unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/irrefuehren> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁵⁷ Eine ähnliche Definition gebend Bok, Lying, 1999, S. 13 („I shall define as a lie any intentionally deceptive message which is stated“), wobei die Autorin allerdings die Lüge im Verhältnis zur Täuschung enger fasst. Sich dieser Definition z.B. anschließend Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in organizations*, 1983, S. 68, 73. Vgl. auch Levine/Schweitzer, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), 107, 108. Barry/Rebel in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 344 definieren die Täuschung hingegen noch enger: „We say that a person (and by extension a negotiator) engages in deception when that person, either verbally or implicitly, deliberately leads another, possessing the right to expect the truth, to falsely believe something that the deceiver believes is false but warrants as true.“.

⁵⁸ Die Definition von Lüge diskutierend Barry/Rebel in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 343 f.

gut arbeiten lässt. Außerdem reflektiert die Definition die gängige Praxis. Denn in unternehmerischen Verhandlungen werden Lügen regelmäßig bewusst eingesetzt, um einen Vorteil für sich zu erlangen bzw. einen möglichen Nachteil abzuwenden (siehe unter 2. Teil, A.IV.). Es geht also gerade darum, den Vertragspartner durch den bewussten Einsatz einer Lüge zu täuschen.

Teilweise wird bei der Definition von Lüge dann noch auf den Kontext, insbesondere auf die Seite des Informationsempfängers, abgestellt. Eine Lüge würde demnach voraussetzen, dass der Informationsempfänger sich nicht bewusst ist, dass die andere Seite versucht, ihn zu täuschen. Dadurch sollen beispielsweise Aussagen beim Poker ebenso wie kleine Lügen beim *small talk* (z. B. auf die Frage nach dem eigenen Wohlbefinden) vom Kreis der Lügen ausgenommen werden.⁵⁹ Einen ähnlichen Effekt erzielt die Einschränkung, dass mit der Aussage verbunden sein muss, dass der sich Äußernde die Wahrheit gewährleisten möchte.⁶⁰ In dieser Arbeit soll die beschriebene Einschränkung allerdings nicht vorgenommen werden. Unwahre Aussagen beim *small talk* werden nach hier vorgegebenem Verständnis daher ebenfalls als „Lüge“ bzw. „Bluff“ bezeichnet. Es wird jedoch im Laufe der Arbeit diskutiert, welche Bedeutung der Tatsache beizumessen ist, dass der Informationsempfänger bestimmte Täuschungen möglicherweise erwartet.⁶¹ Dass Lügen außerdem nonverbal erfolgen können, wird hier ebenfalls angenommen.⁶² So können in Verhandlungen z. B. unter anderem ein zustimmendes Kopfnicken oder verneinendes Kopfschütteln zur Täuschung eingesetzt werden.

Neben der Lüge durch eine falsche Aussage wird zudem vielfach die Täuschung durch Verschweigen diskutiert.⁶³ Entsprechende Bluffs bleiben in dieser Arbeit nahezu unberücksichtigt. Die Arbeit bezieht sich vielmehr auf „aktive Täuschungen“, d. h. die bewusste Irreführung der anderen Seite, die durch eine falsche Aussage (u. U. auch nonverbal und durch Tathandlungen) herbeigeführt wird. Es wird somit auf eine aktive Täuschungshandlung abgestellt, wobei allerdings die Unterdrückung von Tatsachen, die ebenfalls eine „aktive“ Handlung darstellt, nicht im Vordergrund dieses Buches steht. Täuschungen durch Unterlassen in Form der Verletzung einer Aufklärungspflicht werden hingegen nicht behandelt. Allerdings dürfte

⁵⁹ Ekman, Telling Lies, 1991, S. 70: „Because the participants expect misinformation, not the truth, bargaining and poker don't meet any definition of lying“.

⁶⁰ Vgl. Carson, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 317, 320f. („To lie, on my view, is to invite trust and to encourage others to believe what one says by warranting the truth of what one says and at the same time to betray that trust by making false statements which one does not believe to be true“). Dadurch nimmt er seines Erachtens ebenfalls „Bluffs“ aus dem Anwendungsbereich der Definition aus.

⁶¹ Siehe dazu zum Beispiel unter 2. Teil, A.I.2. (zu den Auswirkungen der Erwartungshaltung auf das eigene Verhalten) oder 2. Teil, A.VII.2. (zum Erkennen und Aufdecken von Lügen).

⁶² Zu nonverbalen Lügen siehe auch C. Ford, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 24 und 33 ff. Hingegen davon ausgehend, dass *deceit* (Täuschung) nonverbal erfolgen kann, *lying* (Lügen) jedoch nur verbal erfolgen kann Attas, Journal of Business Ethics 21 (1999), 49, 50.

⁶³ Insofern geht es um die Verletzung von Aufklärungspflichten. Zu Aufklärungspflichten z. B. grundlegend Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, passim.

es geradezu zwangsläufig sein, dass die Zulässigkeit einer aktiven Täuschung auch die Zulässigkeit eines Unterlassens bezüglich des gleichen Inhalts zur Folge hätte. Im Zentrum des Werks stehen zudem sog. „unprovozierte“ (aktive) Täuschungen. Es geht also nicht um Irreführungen, die aufgrund einer besonderen Drucksituation oder im Rahmen einer Eskalation (z. B. als Reaktion auf eine Lüge der anderen Seite) begangen werden, sondern in erster Linie um solche Bluffs, die vornehmlich proaktiv eingesetzt werden, um einen Verhandlungsvorteil zu erzielen.

In dieser Arbeit wird daher im Ergebnis mit folgender Definition von „Lüge“ bzw. „Täuschung“, „Irreführung“ oder „Bluff“ gearbeitet:

„Eine Täuschung (Lüge/Bluff/Irreführung) ist jede aktive, falsche Aussage (auch in Form nonverbaler Kommunikation bzw. durch Tathandlungen) einer Person gegenüber einer anderen Person, bei der der Täuschende die Fehlerhaftigkeit seiner Aussage kennt bzw. von deren Fehlerhaftigkeit ausgeht und auch die Intention hat, sein Gegenüber in die Irre zu führen.“

Da es in dieser Arbeit um die Grenzziehung in Bezug auf einen „Täuschungsspielraum“ im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB geht, bedarf es auch dafür aussagekräftiger Begriffe. Zunächst ließe sich daran denken, von „rechtmäßigen“ und „rechtswidrigen“ Täuschungen zu sprechen. Diese Begriffsbildung erscheint insofern naheliegend, als die wenigen Ausnahmen zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, die in der Literatur diskutiert werden, generell unter Rückgriff auf das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der „Rechtswidrigkeit“ diskutiert werden.⁶⁴ In diesem Werk wird im Rahmen der Lösung *de lege lata* (siehe unter 5. Teil, A.) ausführlich erörtert, ob ein „Täuschungsspielraum“ über das Rechtswidrigkeitserfordernis erzielt werden kann. In diesem Zusammenhang wird die Terminologie auch genutzt. Um jedoch bereits sprachlich eine Vorfestlegung des Ergebnisses zu vermeiden, muss eine alternative Formulierung gefunden werden.⁶⁵

Neutraler erscheint das Begriffspaar „sanktionierte“ und „sanktionslose“ Lügen. Die Sanktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist das Anfechtungsrecht der getäuschten Seite. Die Formulierung zeigt somit auf, dass es Bluffs geben könnte, die die getäuschte Seite nicht zur Anfechtung berechtigen. Alternativ soll in dieser Arbeit zudem das Begriffspaar „arglistige Täuschung“ und „listige Täuschung“ gewählt werden. Vorsätzlich kausale, aber rechtlich zulässige Lügen werden insofern als „listige Täuschungen“ bezeichnet. Die Begriffsbildung „listige Täuschung“ ist sprachlich vom österreichischen Recht inspiriert (vgl. § 870 ABGB, siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.).⁶⁶ Dort ist die „listige Täuschung“ („durch List“) allerdings

⁶⁴ Siehe dazu ausführlich unter 2. Teil, B.I.7.c).

⁶⁵ Das Begriffspaar „zulässige“ und „unzulässige“ Täuschungen ist insofern als synonym zu „rechtmäßigen“ und „rechtswidrigen“ Bluffs anzusehen, weshalb diese Option hier ebenfalls nicht gewählt wird.

⁶⁶ § 870 ABGB: „Wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerechte und gegründete Furcht (§ 55) zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.“

ein Synonym für die arglistige Täuschung.⁶⁷ Hier wird die Bezeichnung „listige Täuschungen“ jedoch abweichend vom österreichischen Recht für die mögliche Kategorie der sanktionslosen Lügen gewählt, da der Begriff zwar dem Wort „arglistig“ nahesteht, beim Adjektiv „listig“ im Verhältnis zu „arglistig“ jedoch ein weniger negativer Unterton mitschwingt.⁶⁸ Das Wort „listig“ ist aus etymologischer Sicht vielmehr mit Begriffen wie „Geschicklichkeit“ verbunden.⁶⁹ Aus der Begriffspaarung „listige/arglistige Täuschungen“ lässt sich daher gut entnehmen, dass es um „schlimme“ und weniger „schlimme“ Lügen geht bzw. um „verwerfliche“ Lügen und solche, die eher auf Verhandlungsgeschick hinweisen. Die Bezeichnung „listige“ Täuschung soll damit im Ergebnis zugleich auch verdeutlichen, wie nah sich solche möglicherweise sanktionslosen, „listigen“ Täuschungen und die arglistigen, d. h. sanktionierten Täuschungen stehen. Gerade diese Nähe erschwert die Frage nach der Bewertung und der Abgrenzung.⁷⁰

In dieser Arbeit wird daher im Ergebnis mit folgender Definition von „listiger“ und arglistiger Täuschung gearbeitet: Unter einer „listigen“ Täuschung werden solche Lügen verstanden, wegen denen die getäuschte Seite nicht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten kann. Unter arglistigen Täuschungen sind hingegen solche Lügen zu fassen, die § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB mit einem Anfechtungsrecht sanktioniert.

In dieser Arbeit wird intensiv untersucht, ob die Grenzziehung zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen anhand des sog. Täuschungsgegenstands (auch als „Gegenstand der Täuschung“ bezeichnet) erfolgen kann. Mit Täuschungsgegenstand ist hier der Aspekt gemeint, über den der Lügner blufft, z. B. über den Preis, über die Verfügbarkeit des Produkts oder über bessere Alternativangebote. Die Bezeichnung „Täuschung über die Leistung“ stellt somit ebenfalls einen Täuschungsgegenstand dar. Konkret bezieht sich die Begrifflichkeit auf Bluffs über die vereinbarte Leistung, d. h. z. B. auf das zu verkaufende Auto oder die zu verkaufende Maschine und wird hier vielfach als Bluff über den „Leistungsgegenstand“ be-

⁶⁷ „List ist die rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung“. Vgl. *Bollenberger* in: *Koziol/Bydlin-ski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkommentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1. Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.

⁶⁸ Vgl. dazu *Wacke*, *ZRG RA* 94 (1977) 184, 221. Vgl. auch *Paganini*, *Communicatio Socialis* 52 (2019), 67, 68. v. *Lübtow* in: *Harms* (Hrsg.), *FS Bartholomeyczik*, 1973, S. 250, 263 f. setzt „List“ mit „dolos“ gleich und führt aus, dass der Begriff neutral ist und kein tadelndes Werturteil enthält. Übersetzt man „listig“ im Englischen mit „crafty“, so zeigt auch die Studie von *Anderson*, dass dieser Begriff eindeutig weniger negativ besetzt ist als die Bezeichnungen „unecht“ und „Lügner“. Denn „crafty“ befindet sich auf Platz 325, die anderen beiden Begriffe hingegen auf Platz 554 und 555. „Cunning“ schafft es sogar auf Platz 283, wogegen „sly“ auf Platz 428 landet. *Anderson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 9 (1968), 272, 273 ff.

⁶⁹ *Kluge*, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „List“ (S. 580). Siehe auch *Deutsches Wörterbuch* von *Jacob Grimm* und *Wilhelm Grimm*, Bd. 1, Spalte 1070 ff. (List kommt von Klugheit/Schlauheit).

⁷⁰ *White*, *American Bar Foundation Research Journal* 1980 (1980), 926, 938 formuliert insofern treffend: „To draft effective legislation is difficult“.

zeichnet. Der Begriff „Täuschung über den Vertragsgegenstand“ wird hingegen in einem weiteren Sinn verwendet und bezieht sich auf den Preis (i. e. S.⁷¹) und die Leistung. Dieser Oberbegriff ist wichtig für dieses Werk, da Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands, d. h. außerhalb von Preis (i. e. S.) und Leistung, im Fokus dieser Arbeit stehen. Gerade bei ihnen stellt sich die Frage, ob sie sanktionslos bleiben sollten.

C. Die Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen

An dieser Stelle soll vorab die Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen beschrieben werden, da auf die insofern erzielten Ergebnisse und Erkenntnisse im Laufe der Arbeit immer wieder abgestellt wird. Auf diese Weise kann in den folgenden Kapiteln daher allein auf die Ergebnisse eingegangen werden und für den Aufbau der Studie auf diesen Abschnitt verwiesen werden. Die Studie wurde von *Peter Krebs*⁷² und der Autorin gemeinsam erstellt sowie durchgeführt und ermöglicht es, die dogmatischen Erörterungen im Rahmen dieser Arbeit mit konkreten empirischen Ergebnissen zu untermauern. Denn die Studie ermittelt empirisch das Moralverständnis und das Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein *sollte*) sowie ausblicksartig auch das Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht *ist*) und die Rechtskenntnis bezüglich verschiedener Täuschungsgegenstände. Die Ergebnisse werden unter anderem im Rahmen der wertungsmäßigen Betrachtung (siehe unter 4. Teil, B. bis D.) aufgegriffen.

I. Teilnehmer

Die internationale Siegener Studie⁷³ umfasst insgesamt 3.138 Antworten aus 13 verschiedenen Ländern⁷⁴.

⁷¹ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

⁷² *Peter Krebs*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen.

⁷³ Die Umfrage ist abrufbar unter: <https://www.wiwi.uni-siegen.de/contractgovernance/survey/?lang=de> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023). Erste Ergebnisse finden sich in *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 973 ff. und *dies.*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 378 ff. Eine tieferegehende Veröffentlichung der empirischen Ergebnisse mit Blick auf deutsche Studierende erfolgt demnächst in Kooperation mit *Peter Krebs* und *Monika Leszczyńska* (*Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1 ff.; abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁷⁴ Neben Deutschland und den USA sind das Italien, Spanien, England, Russland, Österreich, die Schweiz, die Ukraine, Argentinien, Kolumbien, China und Polen. Außerdem wurden auch internationale Berufstätige gefragt (bei denen keine weitere Länderzuordnung erfolgte).

Abb. 2: Von der internationalen Siegener Studie erfasste Länder⁷⁵

Die Befragung wurde im Wintersemester 2015/2016 begonnen und dauerte bis 2021 an. Die Umfrage wurde jeweils in der Landessprache durchgeführt.⁷⁶ An der Studie nahmen Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und insbesondere Studierende teil. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die befragten Gruppen (ergänzt um die Geschlechtsangabe). Der Schwerpunkt der Befragung liegt entsprechend der Fokussierung dieser Arbeit auf §123 Abs.1, 1.Alt. BGB in Deutschland (mit insgesamt 1.884 Antworten). Aber erst der Vergleich mit anderen Ländern zeigt, ob in Deutschland spezifische moralische Vorstellungen vorherrschen bzw. das Rechtsgefühl anders ausgeprägt ist als in anderen Ländern (was eine unterschiedliche Regelung rechtfertigen könnte). Daher wurde die Umfrage weltweit noch in zwölf weiteren Ländern durchgeführt.

	Gesamt			Studierende			Berufstätige		
		W	M		W	M		W	M
Deutschland	1884	889	905	1509	714	743	375	175	162
		90	84		52	38			
		84	77		84	0			
Österreich	164	3	3	162	3	75	2	0	2
		3	77		3	0			
		3	77		3	0			
Schweiz	117	67	35	117	67	35	0	0	0
		67	35		67	0			
		15	15		15	0			

⁷⁵ Quelle: Die Weltkarte wurde mit Hilfe von paintmaps.com sowie den Daten der internationalen Siegener Studie erstellt.

⁷⁶ Eine Besonderheit besteht mit Blick auf Italien. Dort wurde ein Teil der Studierenden auf Englisch befragt, der andere Teil auf Italienisch.

	Gesamt		Studierende			Berufstätige			
USA	125	W	57	104	W	49	21	W	8
		M	54		M	44		M	10
		K	14		K	11		K	3
Argentinien	84	W	40	48	W	27	36	W	13
		M	42		M	20		M	22
		K	2		K	1		K	1
Italien	44	W	25	44	W	25	0	W	0
		M	19		M	19		M	0
		K	0		K	0		K	0
Russland	30	W	17	30	W	17	0	W	0
		M	13		M	13		M	0
		K	0		K	0		K	0
Ukraine	95	W	55	0	W	0	95	W	55
		M	40		M	0		M	40
		K	0		K	0		K	0
Spanien	108	W	71	108	W	71	0	W	0
		M	37		M	37		M	0
		K	0		K	0		K	0
China	220	W	138	64	W	50	156	W	88
		M	82		M	14		M	68
		K	0		K	0		K	0
England	47	W	10	25	W	6	22	W	4
		M	30		M	13		M	17
		K	7		K	6		K	1
Polen	38	W	16	0	W	0	38	W	16
		M	14		M	0		M	14
		K	8		K	0		K	8
Kolumbien	117	W	56	107	W	50	10	W	6
		M	61		M	57		M	4
		K	0		K	0		K	0
Internationale Berufstätige	65	W	19	0	W	0	45	W	19
		M	25		M	0		M	25
		K	1		K	0		K	1
Gesamt	3138	W	1544	2318	W	1160	800	W	384
		M	1434		M	1070		M	364
		K	140		K	88		K	52

Legende: W = weiblich M = männlich K = Keine Antwort⁷⁷

Abb. 3: Teilnehmer der Siegener Studie⁷⁸

⁷⁷ Einige Fragebögen enthielten außerdem die Antwortoption „divers“. Lediglich eine Person kreuzte diese Möglichkeit an. Da diese Option nicht durchgehend abgefragt wurde, wird sie in der Tabelle nicht gesondert aufgeführt.

⁷⁸ Die Gruppe „Internationale Berufstätige“ umfasst die Antworten einer Gruppe von internationalen Diplomaten und Ministerialer, die an einer von der Autorin durchgeführten Fortbildung zu Verhandlungen bei der WHO teilnahmen (Originalversion). Außerdem umfasst die

II. Versionen

Die Siegener Studie ermittelt empirisch das Moralverständnis und das Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein *sollte*) sowie das Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht *ist*) und die Rechtskenntnis der befragten Personen anhand jeweils konkreter Fragestellungen zu Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen.⁷⁹ Die Studie umfasst insofern drei verschiedene Versionen:

- 1. Version (Originalversion)
- 2. Version (Replikation und Erweiterung in Bezug auf die abgefragten Täuschungsgegenstände)
- 3. Version (Erweiterung in Bezug auf das Judiz und die Rechtskenntnis)

Die Originalversion (siehe Anhang I.) erfasst neun Szenarien, in denen jeweils eine unternehmerische Vertragsverhandlung beschrieben wird. Sie zielt allein auf die Erfassung des Moralverständnisses und des Rechtsgefühls ab. Die zweite Version der Umfrage (siehe Anhang II.) wurde als Replikation und Erweiterung der Originalumfrage strukturiert. Sie enthält zum einen leicht veränderte Szenarien, um die Stabilität der Ergebnisse zu überprüfen, sowie zum anderen weitere praxisrelevante Szenarien. Die neuen Szenarien beziehen sich auf weitere, von der Originalumfrage nicht erfasste Täuschungsgegenstände. Die zweite Version ermittelt ebenso wie die Originalversion ausschließlich das Moralverständnis und das Rechtsgefühl.

Die dritte Version (siehe Anhang III.) der Umfrage umfasst wieder die neun Szenarien aus der Originalumfrage. Im Unterschied zur Originalumfrage wird allerdings neben dem Moralverständnis und dem Rechtsgefühl auch das Judiz und die Rechtskenntnis ermittelt. Hinzu kommt, dass im Rahmen der dritten Version noch eine Zusatzumfrage durchgeführt wurde. Diesbezüglich sollten die Teilnehmer aus einer Liste mit möglichen Optionen ankreuzen, welche Aspekte sie bei der Beantwortung der Frage nach dem Rechtsgefühl berücksichtigt haben. Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die Teilnehmer an den drei Versionen in Deutschland.

Gruppe die Antworten von internationalen Teilnehmern einer Verhandlungsschulung in einem deutschen Unternehmen (zweite Version). Darüber hinaus umfasst die Gruppe die Antworten, die in einem in Irland ansässigen Unternehmen gesammelt wurden (Originalversion). Es handelte sich dabei ebenfalls nicht vorwiegend um irische, sondern internationale Mitarbeiter.

⁷⁹ Im Sinne *Biblers*, Rechtsgefühl, System und Wertung, 1979, S. 29 stellt dies eine Ermittlung auf „erlebnisdeskriptiver“ Ebene dar.

Gesamt	Studierende						Berufstätige									
Erste Version 1076	893	W	436	Bachelor	711	W	352	183	W	105	Professionelle Verhandler	87	W	66		
						M	339						M	18		
						K	20						K	3		
		M	435		Master	182	W		84	M		75	Anwälte	31	W	13
							M		96						M	18
							K		2						K	0
	K	22	Master	182	W	84	K	3	Richter	65	W	26				
					M	96					M	39				
					K	2					K	0				

Legende: W = weiblich M = männlich K = Keine Antwort

Abb. 4: Teilnehmer an der ersten Version der Siegener Studie

Gesamt	Studierende						Berufstätige									
Zweite Version 410	355	W	160	Bachelor	348	W	153	55	W	18	Professionelle Verhandler	0	W	0		
						M	181						M	0		
						K	14						K	0		
		M	181		Master	7	W		7	M		21	Anwälte	0	W	0
							M		0						M	0
							K		0						K	0
	K	14	Master	7	W	7	K	16	Richter	55	W	18				
					M	0					M	21				
					K	0					K	16				

Legende: W = weiblich M = männlich K = Keine Antwort

Abb. 5: Teilnehmer an der zweiten Version der Siegener Studie

Gesamt	Studierende						Berufstätige								
Dritte Version 398	261	W	118	Bachelor	106	W	44	55	W	52	Professionelle Verhandler	0	W	0	
						M	50						M	0	
						K	12						K	0	
		M	127		Master	155	W		74	M	66	Anwälte	71	W	22
							M		77					M	35
							K		4					K	14
	K	16	K	19	Richter	66	W	30	K	19	W	30			
							M	77			M	31			
							K	4			K	5			

Legende: W = weiblich M = männlich K = Keine Antwort

Abb. 6: Teilnehmer an der dritten Version der Siegener Studie

III. Inhaltliche Ausgestaltung der Siegener Studie

1. Die Szenarien

In allen drei Versionen der Siegener Studie wird somit mit verschiedenen Szenarien gearbeitet, auf die sich dann die Fragen nach dem Moralverständnis, dem Rechtsgefühl, dem Judiz und der Rechtskenntnis beziehen. Die Szenarien sind dabei so aufgebaut, dass immer eine Seite ihren Verhandlungspartner vorsätzlich über eine Tatsache belügt.⁸⁰ Die Studie variiert bei den Szenarien bezüglich des Gegenstands der Lüge (z.B. Preis, Leistung, besseres Konkurrenzangebot, Verfügbarkeit des Produkts etc.). Der Verhandlungspartner vertraut in den beschriebenen Szenarien auf den Bluff und dieser wird in allen Fällen kausal für den Vertragsschluss. Die Szenarien sind damit so ausgestaltet, dass sie den Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglichst erfüllen.⁸¹ Um aussagekräftige Ergebnisse zu erzielen, wurde darauf geachtet, möglichst realitätsnahe Szenarien zu entwerfen, weshalb z.B. Übertreibungen statt völlig falscher Aussagen gewählt wurden.⁸²

⁸⁰ Die andere Seite täuscht hingegen nicht. Es gibt somit eine Seite, die täuscht, und eine Seite, die getäuscht wird.

⁸¹ In einzelnen Fällen mag diskutiert werden, ob das Szenario wirklich die entsprechenden Informationen liefert. Aber die Szenarien sind zumindest mit diesem Grundgedanken konzipiert worden. Siehe zu möglichen Kritikpunkten jeweils in der Fußnote zu den einzelnen Szenarien.

⁸² *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1218 weist in seiner Auswertung der beste-

Darüber hinaus erfasst die Siegener Studie nur Täuschungen durch aktives Tun. Täuschungen durch Unterlassen wurden bewusst nicht einbezogen, da sie nicht Gegenstand dieser Arbeit sind. Darüber hinaus sind alle Falschdarstellungen als sogenannte *black lies* zu bewerten. *Black lies* zeichnen sich dadurch aus, dass der Lügner sie zum eigenen Vorteil bzw. für sein Verhandlungsteam oder für den Prinzipal⁸³ einsetzt. Dabei wird entweder in Kauf genommen, dass die andere Seite durch die Lüge schlechter gestellt wird oder teilweise ist dies sogar das Ziel (bei *zero-sum games*⁸⁴).⁸⁵

Die Szenarien sind bewusst kurzgehalten und enthalten nur notwendige Informationen in möglichst abstrakter Form.⁸⁶ Dabei wurde darauf geachtet, dass der Fall gleichzeitig in sich stimmig und abgeschlossen wirkt. Denn die Teilnehmer sollten nicht das Gefühl haben, dass ihnen relevante Informationen zur Beurteilung fehlen oder sich Fehlvorstellungen vom Sachverhalt machen.⁸⁷

Außerdem sind die Szenarien in einer neutralen und einfachen Sprache formuliert.⁸⁸ Das stellt sicher, dass die Befragten den Sachverhalt (das Szenario) schnell, leicht und korrekt erfassen können. Aus diesem Grund wurde insbesondere darauf verzichtet, juristische Terminologie zu verwenden. Zudem wurde darauf geachtet, dass die Szenarien keine Wörter wie „lügen“ oder „täuschen“ enthalten. Denn diese negativ belegten Bezeichnungen hätten zu einer Verzerrung der Antworten führen können. Die Darstellung des Sachverhalts erfolgte somit lediglich beschreibend und ohne dabei bestimmte Qualifizierungen vorzunehmen.⁸⁹ Die Szenarien vermeiden zudem weitestgehend die Erwähnung von möglichen Identifikationsaspekten (Alter, Geschlecht,⁹⁰ Beruf, wirtschaftliche Lage der Verhandler etc.), um grup-

henden Studien z. B. darauf hin, dass Personen dazu tendieren, ihre erzielten Ergebnisse nur etwas zu übertreiben, anstatt völlig falsch darzustellen.

⁸³ Zur Prinzipal-Agenten-Problematik in unternehmerischen Verhandlungen siehe näher unter 2. Teil, A.III.

⁸⁴ Der Begriff „Nullsummenspiel“ (bzw. *zero-sum game*) stammt aus dem Bereich der Spieltheorie. Nullsummenspiele zeichnen sich dadurch aus, dass die Interessen der Spieler sich diametral gegenüberstehen, wodurch die Gewinne auf der einen Seite gleichzeitig einen Verlust auf der anderen Seite bedingen. Einen Überblick zu Nullsummenspielen gebend *Behnke*, Entscheidungs- und Spieltheorie, 2. Aufl. 2020, S. 71 ff.

⁸⁵ Näher zu *black lies* bzw. *harmful lies* und ihrem Gegenstück, den *white lies* unter 2. Teil, A.IV.

⁸⁶ Zu dieser Anforderung für die sinnvolle Erfassung des Rechtsgefühls bereits *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 388.

⁸⁷ Zu dieser Anforderung für die sinnvolle Erfassung des Rechtsgefühls bereits *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 389. Vgl. auch *Kriele* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 23, 27: „Das Rechtsgefühl kann, auch wenn es an sich intakt ist, irreführend werden durch falsche Annahmen oder unvollständiges Wissen“. *Christoph*, MschrKrim 103 (2020), 58, 63 und 66 betont die Bedeutung der gegebenen Informationen und der Ausgestaltung insgesamt.

⁸⁸ Generell zu Problemen bezüglich verschiedener Formulierungen *Finkel*, Commonsense Justice, 1995, S. 12f.

⁸⁹ Zu dieser Anforderung für die sinnvolle Erfassung des Rechtsgefühls bereits *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 388 f.

⁹⁰ Alle Versionen der Umfrage wurden auf Deutsch im generischen Maskulinum formuliert („der Geschäftspartner“, „der Verhandler“ etc.).

penspezifische Effekte zu minimieren.⁹¹ Der Vermeidung einer Beeinflussung dient auch der Verzicht auf die Namensnennung der Verhandlungsparteien. Die Parteien wurden vielmehr durchgehend gemäß ihrer Rolle, beispielsweise als Käufer (K) und Verkäufer (V) oder Käufer (K) und Hersteller (H), bezeichnet und dann die entsprechenden Kürzel verwendet. Die Teilnehmer bekamen jeweils eine Version des Fragebogens vorgelegt und waren entsprechend dazu aufgefordert, alle Szenarien zu beurteilen (sog. *within-subject design*). Um jedoch eventuelle Effekte zu ermitteln, die sich aus der Reihenfolge der Fragen ergeben könnten, wurde teilweise die Stellung der Szenarien geändert (Frage 1 wurde beispielsweise Frage 5).

Bei der Gestaltung von Szenarien können verschiedene Abstraktionsgrade gewählt werden. In der Siegener Studie werden Fallgruppen beschrieben.⁹² Die Szenarien sind so aufgebaut, dass die Teilnehmer eine neutrale Beobachterperspektive einnehmen.⁹³ Sie sollten also die Bewertung (Moral/Rechtsgefühl/Judiz/Rechtskenntnis) aus Sicht eines neutralen Dritten vornehmen.⁹⁴ Die Tatsache, dass es um Lügen geht, verhindert nach hier vertretener Ansicht die Einnahme der Perspektive eines neutralen Dritten nicht, da sich Personen wohl grundsätzlich vorstellen können, sowohl auf der Seite des Getäuschten zu stehen, als auch derjenige zu sein, der sich vielleicht versucht fühlt, zu bluffen.⁹⁵ Die Beobachterperspektive wurde hier bewusst gewählt, da sie der Sicht des Gesetzgebers bzw. des Richters entspricht.⁹⁶

Der Unterschied zwischen den Szenarien bestand vor allem darin, dass immer über einen unterschiedlichen Aspekt gelogen wurde, d. h. es wurde der Gegenstand

⁹¹ Zu dieser Anforderung für die sinnvolle Erfassung des Rechtsgefühls allgemein bereits S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 389.

⁹² Siehe dazu bereits S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 388, die sich allgemein für die Heranziehung der abstrahierten Fallgruppe ausspricht.

⁹³ Siehe dazu bereits S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 389. Zu den Auswirkungen einer Identifikation auf die moralische Beurteilung siehe auch *Kronzon/Darley*, *Basic and Applied Social Psychology* 21 (1999), 49, 49 ff. Siehe zur Beeinflussung des Rechtsgefühls durch die Zugehörigkeit zu einer Gruppe u. a. *Kuhlenbeck*, *ARWP* 1 (1907), 16, 20 f. Siehe zu Problemen, sich in jemanden hineinzusetzen, auch *Höffding*, *Psychologie in Umrissen*, 1887, S. 323: „Besonders schwer wird es, sich an die Stelle anderer zu setzen, wenn deren innere oder äußere Lebensbedingungen von den unsrigen sehr verschieden sind.“ *T. Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964, S. 384 befürchtet genereller, dass es schwierig ist, das „wahre“ Rechtsgefühl von anderen Motiven abzugrenzen. Insofern ist anzumerken, dass sich seine Beispiele allerdings auf Einzelfälle beziehen, bezüglich derer auch in diesem Beitrag vor der Berücksichtigung des Rechtsgefühls gewarnt wird.

⁹⁴ Welche Perspektive eingenommen wird, beeinflusst grundsätzlich die Bewertung. Mit Blick auf Täuschungen zeigt sich z. B., dass bei der Bewertung eigener und fremder Täuschungen ein Doppelstandard besteht. Vgl. *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214 ff. (die den „double standard“ untersuchen).

⁹⁵ Vgl. auch *Bok*, *Lying*, 1999, S. 28 („We all know what it is to lie, to be told lies [...]. In principle, we can all readily share both perspectives.“) und S. 102 („We are all too easily aware of having been both liar and dupe, agent and person affected“).

⁹⁶ Die Perspektive ist damit sowohl für eine mögliche Lösung *de lege lata* als auch *de lege ferenda* relevant.

der Täuschung variiert. Im Folgenden sollen die Täuschungsgegenstände der verschiedenen Versionen aufgelistet werden.

1. Version (Originalversion):

- Persönliche Präferenzen: Ein Verhandler lügt über eine persönliche Vorliebe. Er täuscht vor, Fan eines bestimmten Fußballclubs zu sein.⁹⁷
- Verfügbarkeit (Verkäufer): Ein Hersteller lügt über die Verfügbarkeit einer Maschine. Er täuscht vor, dass er zum gewünschten Termin nur noch eine Maschine liefern könne, obwohl er in Wahrheit noch fünf Maschinen gelagert hat.⁹⁸
- Alternativangebot (Verkäufer): Der Hersteller behauptet fälschlicherweise, dass er für die bei ihm tatsächlich letzte verfügbare Maschine noch eine weitere Kaufanfrage erhalten habe.⁹⁹
- Alternativangebot (Käufer): Der Käufer behauptet fälschlicherweise gegenüber dem Verkäufer, dass er ein attraktiveres Alternativangebot für eine gleichwertige Maschine eingeholt habe. Er behauptet, er würde die Maschine vom Verkäufer nur erwerben, wenn dieser seinen Preis entsprechend reduziert.¹⁰⁰
- Deadline: Ein Verhandler täuscht einen Zeitdruck vor (Rückflug), der in Wahrheit so nicht gegeben ist.¹⁰¹
- Unternehmensinterne Vorgaben: Ein Verhandler gibt fälschlicherweise vor, dass er zur Änderung einer Klausel nicht die Verhandlungsmacht besäße und dass sein Unternehmen einer solchen Änderung noch nie zugestimmt habe.
- Leistungsgegenstand (Verkäufer): Der Verkäufer übertreibt bezüglich der Leistungsdaten einer Maschine.¹⁰²

⁹⁷ Ob jemand eine Präferenz besitzt oder nicht, ist eine Tatsache. Problematisch ist in solchen Fällen der Nachweis. Darum ging es in den Konstellationen jedoch nicht. Der Fall macht jedoch eindeutig klar, dass der Verhandler über seine Präferenz lügt. Im konkreten Fall war der Verhandler sogar eingetragenes Mitglied eines anderen Fußballvereins. Grundsätzlich zur Möglichkeit über Präferenzen zu lügen *Koning et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 35, 35 („Bargainers often share information about their preferences and priorities, but it should be noted that they can do so truthfully or in a deceptive manner.“).

⁹⁸ Die konkrete Täuschung zielte nicht auf andere Vertragsklauseln ab, sondern der Verkäufer wollte den unentschlossenen Käufer dadurch zum sofortigen Kauf verleiten. Nach deutschem Recht reicht es aus, dass durch die Lüge der Vertrag zu einem anderen Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.4.b).

⁹⁹ Bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Szenarios mag kritisiert werden, dass nicht ganz klar kommuniziert wird, wie sich das Konkurrenzangebot auf den Vertragsschluss auswirkt. Impliziert wird auch hier, dass der Käufer durch die Lüge zum sofortigen Kauf verleitet wird.

¹⁰⁰ Im konkreten Fall stimmt die Preisangabe bezüglich des Konkurrenzangebots. Der Käufer behauptet aber gleichzeitig, dass es sich um eine gleichwertige Maschine handele. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn die andere Maschine ist schlechter ausgestattet. In der Frage wird impliziert, dass der Verkäufer bezüglich des Preises nachgegeben hat.

¹⁰¹ Bei diesem Szenario mag kritisiert werden, dass der Verhandler nicht eindeutig gelogen hat. Denn der Verhandler gibt vor, einen Rückflug erreichen zu müssen. Dieser Rückflug ist auch tatsächlich gebucht, der Verhandler hätte aber unproblematisch umbuchen und einen späteren Flug nehmen können.

¹⁰² Um ein möglichst realitätsnahes Szenario zu entwerfen, wurde hier beispielsweise bewusst mit einer Übertreibung gearbeitet.

- Rechtslage (Unzulässigkeit): Ein Hersteller lehnt die technischen Änderungswünsche des Käufers bzgl. einer Maschine mit dem Hinweis ab, dass die Maschine dann nicht mehr die vorgegebenen Sicherheitsstandards erfüllen würde. Er täuscht damit die Unzulässigkeit des Änderungswunschs vor.
- *Reservation price*: Der Käufer behauptet fälschlicherweise, dass ein bestimmter Preis sein letztes Angebot wäre, da er nicht mehr bieten könne und dürfe.

2. Version:

- Verfügbarkeit (Verkäufer): Ein Verhandler lügt über die Verfügbarkeit einer Maschine. Er täuscht vor, dass nur noch eine Maschine zum Verkauf stehe und in den nächsten acht Wochen kein Nachschub komme, obwohl er in Wahrheit noch fünf Maschinen gelagert hat.¹⁰³
- Einkaufspreis: Der Verkäufer täuscht über den wahren Einkaufspreis des Verhandlungsgegenstands.¹⁰⁴
- Leistungsgegenstand (Käufer): In diesem Fall besitzt der Käufer mehr Informationen über das zum Verkauf angebotene Grundstück als der Verkäufer. Konkret täuscht der Käufer vor, keine Kenntnis über Edelmetalle auf dem zu Verkauf stehenden Grundstück zu haben, obwohl er in Wahrheit über entsprechende Informationen verfügt.
- Rechtslage (Zulässigkeit): In diesem Szenario täuscht der Hersteller die Zulässigkeit von Sicherheitsstandards vor. Konkret erfüllt eine Maschine bestimmte Sicherheitsstandards nicht. Der Hersteller behauptet jedoch entgegen der wahren Sachlage, dass die vorgegebenen Sicherheitsstandards beachtet wurden.
- Alternativangebot (Käufer): Der Käufer behauptet fälschlicherweise gegenüber dem Verkäufer, dass er ein Alternativangebot vorliegen habe, welches dieser zumindest halten oder unterbieten müsse, damit es zum Vertragschluss kommt.¹⁰⁵
- Interessen: Ein Käufer lügt über seine wahren Interessen. Konkret täuscht der Käufer Interesse an einer späteren Lieferung des Kaufgegenstands vor.
- Freundschaftspreis: Ein Verkäufer behauptet wahrheitswidrig, dass ein bestimmter Preis ein Freundschaftspreis sei, obwohl der Preis sogar höher liegt als der normale Verkaufspreis.
- Verfügbarkeit (am Markt): Ein Verkäufer lügt über die Gesamtverfügbarkeit einer antiken Vase am Markt. Er behauptet fälschlicherweise, dass es davon weltweit nur noch vier Exemplare gäbe, obwohl es in Wahrheit weltweit ungefähr 30 entsprechende Vasen gibt.

¹⁰³ Die Frage wurde aufgenommen, um die Stabilität der Ergebnisse der entsprechenden Frage in der Originalversion zu prüfen. Hier wird die Lüge über die Verfügbarkeit des Produkts noch klarer herausgearbeitet.

¹⁰⁴ Der Einkaufspreis wird in diesem Szenario lediglich als Argument angeführt und nicht im Rahmen einer Preisberechnung (siehe das entsprechende Szenario unten).

¹⁰⁵ In diesem Szenario mag kritisiert werden, dass die Kausalität nicht klar genug herausgearbeitet wurde. Aus dem Kontext sollte dies jedoch hervorgehen.

- Emotion: Ein Verhandler simuliert Enttäuschung über ein vorgelegtes Angebot, über welches er sich in Wahrheit freut.
- Preisberechnung: Die Verhandler einigen sich auf eine Preisberechnung (Einkaufspreis + 15 %). Der Händler lügt daraufhin jedoch über den wahren Einkaufspreis.
- Leistungsgegenstand (Verkäufer): Der Verkäufer übertreibt bezüglich der Leistungsdaten einer Maschine.¹⁰⁶

Bei der dritten Version der Umfrage wurden – wie bereits angemerkt – die Fragen der Originalversion verwendet sowie zusätzlich das Szenario zum Einkaufspreis aus der zweiten Umfrageversion. Eine Änderung ergab sich ansonsten nur bei den zusätzlich gestellten Fragen (siehe dazu im Folgenden). Insgesamt wurden damit im Rahmen der Siegener Studie elf verschiedene Täuschungsgegenstände untersucht, wobei bei einigen Täuschungsgegenständen verschiedene Varianten abgefragt wurden (zur Kategorisierung nach Täuschungsgegenständen siehe unter 3. Teil, D.IX.). Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Szenarien:

	Täuschungsgegenstände	Varianten
1.	Leistung	Leistungsgegenstand (Verkäufer)
		Leistungsgegenstand (Käufer)
2.	Preis	Preisberechnung
		Einkaufspreis
		Freundschaftspreis
3.	Rote Verhandlungslinie	<i>Reservation price</i>
4.	Verhandlungsmacht/ Einigungszone	Alternativangebot (Käufer)
		Alternativangebot (Verkäufer)
5.	Rechtliche Situation	Rechtslage (Zulässigkeit)
		Rechtslage (Unzulässigkeit)
6.	Verfügbarkeit	Verfügbarkeit (am Markt)
		Verfügbarkeit (Verkäufer)
7.	Vorgaben und Anweisungen/ Verhandlungsprozess	Unternehmensinterne Vorgaben und bisherige Verhandlungsgestaltung
8.	Zeitliche Aspekte	Deadline des Verhandlungstermins
9.	Interessen und Präferenzen	Interessen bezüglich der Verhandlung
10.	Emotion	Unzufriedenheit/Entsetzen (Verkäufer)
11.	Emotion/ Interessen und Präferenzen	Begeisterung/Persönliche Präferenzen

Abb. 7: Abgefragte Szenarien im Rahmen der Siegener Studie

¹⁰⁶ Das Szenario stimmt mit dem Szenario aus der Originalumfrage überein.

2. Die Fragen

Bei allen drei Umfrageversionen wurden den Teilnehmern im Anschluss an jedes Szenario folgende zwei Fragen gestellt:

Sehen Sie das Verhalten von Verhandler X als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten von Verhandler X den Geschäftspartner Y zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

Die erste Frage ermittelt die Moralvorstellungen der Befragten. Die Frage zielt konkret auf die Moral ab. Die Teilnehmer konnten sich insofern zwischen „moralisch vertretbar“ und „unmoralisch“ entscheiden. Die zweite Frage bezieht sich auf das Rechtsgefühl. Dieses wird jedoch nicht direkt durch eine abstrakte Frage, wie z. B. „Was sagt Ihnen Ihr Rechtsgefühl dazu?“, ermittelt. Dies würde nicht zu sinnvollen Ergebnissen führen. Die Frage sollte generell ohne Rückgriff auf den Begriff „Rechtsgefühl“ formuliert werden, da „Rechtsgefühl“ eine unbestimmte Bezeichnung ist, die eine sehr breite Deutungsmöglichkeit besitzt. Das Rechtsgefühl wird hier daher mit Blick auf eine konkrete Rechtsfolge, namentlich die Anfechtung, um die es in dieser Arbeit geht, ermittelt. Die Teilnehmer konnten insofern mit „ja“ oder „nein“ antworten.

Die Umfrage ermittelt bewusst sowohl die Moralvorstellungen als auch das Rechtsgefühl. Dies liegt nicht allein daran, dass für die folgende Betrachtung beide Aspekte relevant sind, sondern ist vor allem der Tatsache geschuldet, dass sich so das Rechtsgefühl besser ermitteln lässt. Denn durch die vorgeschaltete Frage zur Moral kann sichergestellt werden, dass die Befragten sich auch tatsächlich zu ihrem Rechtsgefühl äußern und nicht Moral und Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte) vermischen.

Im Unterschied zur Originalumfrage und zur zweiten Version der Siegener Studie wurden in der dritten Version zusätzlich zwei weitere Fragen gestellt:

Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?

nein ja

Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?

sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

Die dritte Version untersucht damit neben dem Moralverständnis und dem Rechtsgefühl noch das Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht *ist*) sowie die Rechtskenntnis

der Befragten. Das Judiz wird – ebenso wie das Rechtsgefühl – indirekt ermittelt und der Begriff „Judiz“ wird nicht verwendet. Um die Beziehung von Rechtsgefühl und Judiz besser herausarbeiten zu können, wurden die beiden Aspekte (d. h. Frage 2 und 3) in Bezug gesetzt. Das sollte die Teilnehmer dazu anhalten, sich konkret damit zu befassen, ob ihr Rechtsgefühl und ihr Judiz übereinstimmen bzw. auseinanderfallen.

Im Rahmen der dritten Version wurde daneben noch eine Zusatzzumfrage durchgeführt. Diesbezüglich sollten die Teilnehmer aus einer Liste mit möglichen Optionen ankreuzen, welche Aspekte sie bei der Frage nach dem Rechtsgefühl berücksichtigt haben. Mehrfachnennungen waren ausdrücklich gestattet. Die Zusatzbefragung kann damit Aufschluss über die Bildung des Rechtsgefühls geben. Zu bedenken sind in diesem Zusammenhang allerdings die Limitationen dieses Ansatzes. Denn es ist durchaus wahrscheinlich, dass die Befragten nicht nur die Aspekte ankreuzen, die sie tatsächlich berücksichtigt haben, sondern auch solche, von denen sie glauben, dass sie berücksichtigt werden sollten. Die Antwortmöglichkeiten werden im Folgenden wiedergegeben:

- Ihre persönlichen Moralvorstellungen
- Allgemeine Moralvorstellungen
- Ihr persönliches Gerechtigkeitsgefühl
- Überlegungen, wie Verhandlungen in der Praxis ablaufen
- Eigene Erfahrungen, wie Verhandlungen in der Praxis ablaufen
- Ihre Vorstellungen davon, wie die Rechtslage in Deutschland tatsächlich ist
- Wirtschaftliche Konsequenzen für eine oder beide Parteien
- Überlegungen, ob die Möglichkeit der Aufhebung tatsächlich genutzt würde
- Eigene Erfahrungen, ob die Möglichkeit der Aufhebung tatsächlich genutzt würde
- Das Vorhandensein/Nichtvorhandensein anderer Reaktionsmöglichkeiten als der Aufhebung
- Keine der genannten Punkte
- Andere Punkte, z. B. _____

3. Das Vorgehen

Die Fragebögen wurden von den Teilnehmern in der jeweiligen Landessprache teilweise online und teilweise auf Papier ausgefüllt (siehe Graphik). Die Studie wurde allerdings in beiden Fällen vollständig anonym durchgeführt. Es wurden keine

persönlichen Informationen der Teilnehmer gesammelt, die eine Identifizierung ermöglicht hätten. Den Studienteilnehmern war auch bewusst, dass die Befragung anonym erfolgte. Die Befragung der Studierenden, die auf Papier ausfüllten, erfolgte jeweils im Rahmen einer universitären Veranstaltung. Die polnischen Richter wurden im Rahmen einer Fortbildung befragt und füllten den Fragebogen damit ebenfalls auf Papier aus. Dasselbe gilt für einen Teil der deutschen Richter. Zwei weitere Richtergruppen füllten die Umfrage online aus, und zwar nicht im Rahmen einer Fortbildung. Die Umfrage wurde in diesen Fällen vielmehr über die Landesjustizministerien den Gerichten zugänglich gemacht, die dann wiederum den Link an die Richter weiterleiteten. Die Studierenden wurden darüber informiert, dass der Fragebogen Teil eines Forschungsprojektes ist. Ihnen wurde zudem mitgeteilt, dass die Beantwortung keiner Vorkenntnisse bedarf, sondern es vielmehr um ihre persönliche Meinung geht. Bis auf sehr wenige Ausnahmen haben alle anwesenden Studierenden die Fragebögen ausgefüllt. Bei den Online-Befragungen war der Rücklauf hingegen eindeutig geringer. Die folgenden Graphiken geben einen Überblick über die Befragungsformen der einzelnen Gruppen (Studierende/Berufstätige).

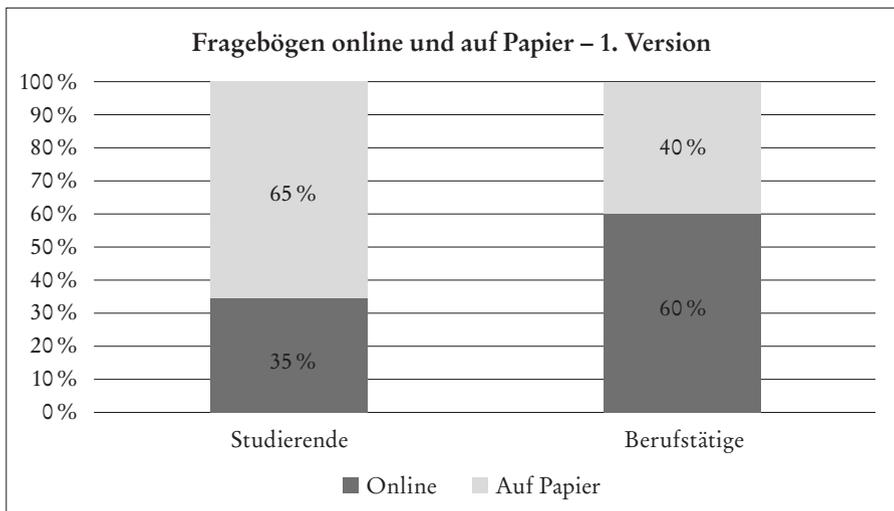


Abb. 8: Befragungsformen der Originalumfrage der Siegener Studie

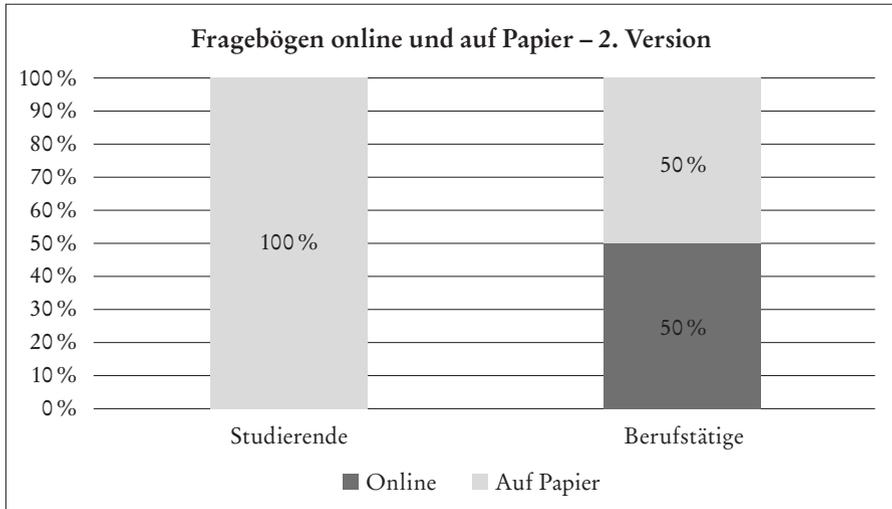


Abb. 9: Befragungsformen der zweiten Version der Umfrage der Siegener Studie

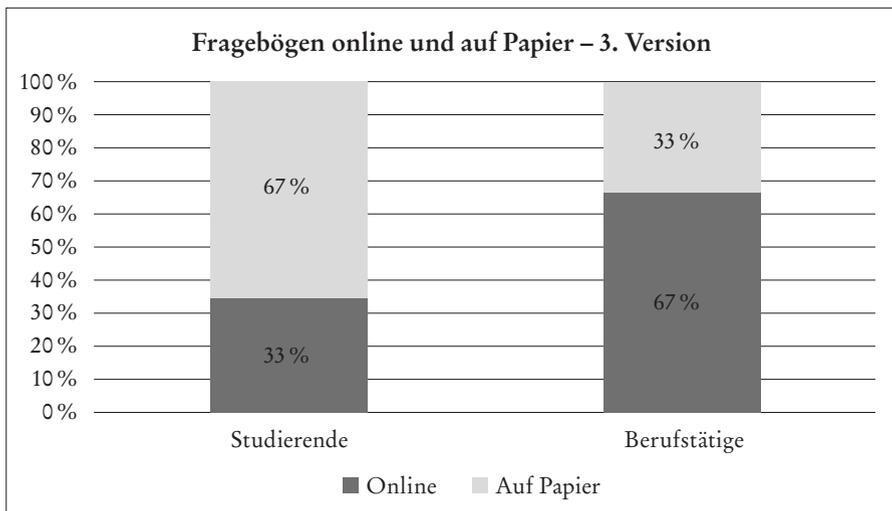


Abb. 10: Befragungsformen der dritten Version der Umfrage der Siegener Studie

2. Teil

Der Status quo der unternehmerischen Praxis und des Rechts

Ausgangspunkt der Untersuchung von Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen muss der Status quo der unternehmerischen Praxis und des Rechts sein. Der folgende Abschnitt dient daher dazu, das Spannungsverhältnis zwischen der geschäftlichen Praxis von Lügen und deren rechtlicher Behandlung herauszuarbeiten. Auf der einen Seite wird die Analyse des rechtlichen Status quo (siehe unter 2. Teil, B.) zeigen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB seinem Wortlaut nach sehr weit gefasst ist. Sofern eine vorsätzliche Täuschung kausal für den Vertragsschluss wird, kann die getäuschte Seite demnach praktisch uneingeschränkt anfechten. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sieht somit scheinbar eine relativ einfach strukturierte und pauschale Lösung vor. Auch in der Rechtsprechung und Literatur werden lediglich wenige und sehr begrenzte Ausnahmen zu dieser umfassenden Regel diskutiert. Auf der anderen Seite wird im unternehmerischen Verkehr regelmäßig über die verschiedensten Aspekte geblufft (siehe unter 2. Teil, A.II. und A.VI.). Im Fall der Aufdeckung einer Täuschung ist jedoch die Anfechtung des aufgrund der Täuschung (so) geschlossenen Vertrags gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB häufig gerade nicht das Mittel, welches von der getäuschten Seite als Reaktion auf den Bluff gewählt wird, selbst wenn das Recht ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung gewährt. Denn der getäuschten Seite steht ein ganzer Strauß an Handlungsoptionen zur Verfügung (siehe unter 2. Teil, A.VII.), deren Einsatz gerade in unternehmerischen Verhandlungen oftmals sinnhafter erscheinen kann als eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Die Praxis spiegelt somit im Ergebnis die hohe Komplexität von Lügen in Verhandlungen wider, während § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB scheinbar eine relativ einfach strukturierte und pauschale Lösung vorsieht.

A. Die Praxis von Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen

Bevor im 2. Teil unter B. näher auf den rechtlichen Status quo eingegangen wird, wird im Folgenden zunächst die unternehmerische Praxis von Lügen untersucht. Die Erörterung von Lügen in Verhandlungen erscheint vor allem dann brisant, wenn festgestellt werden kann, dass in unternehmerischen Vertragsverhandlungen in der Praxis häufig geblufft wird. Unter 2. Teil, A.II. wird daher die Häufigkeit

von Lügen erörtert sowie zuvor die Rahmenbedingungen abgesteckt, die darauf Einfluss nehmen, wie oft Verhandler sich dazu entscheiden, zu bluffen (siehe unter 2. Teil, A.I.). Da sich diese Arbeit auf unternehmerische Verhandlungen fokussiert, ist es in diesem Zusammenhang unerlässlich, zu klären, wie sich die insofern grundsätzlich gegebene Prinzipal-Agenten-Problematik auf die Thematik auswirkt (siehe unter 2. Teil, A.III.). Das heißt, es bleibt zu erörtern, welche Konsequenzen es hat, dass ein Prinzipal (d. h. ein Geschäftsherr, hier die juristische Person) einen Agenten (d. h. einen Verhandler) damit beauftragt, für ihn zu handeln (konkret zu verhandeln und den Vertrag ggf. auch abzuschließen). Unter 2. Teil, A.V. wird näher darauf eingegangen, wie sich Lügen konkret auf das Verhandlungsergebnis auswirken können. Es wird insofern untersucht, ob Bluffs in unternehmerischen Verhandlungen zum eigenen Vorteil eingesetzt und dabei Nachteile für den Verhandlungspartner in Kauf genommen werden. Denn dies würde die Problemlage verschärfen. Zur Illustration werden dann unter 2. Teil, A.VI. ausgewählte, besonders relevante Täuschungstaktiken vorgestellt, auf die im Laufe der Arbeit immer wieder Bezug genommen wird. In einem letzten Schritt (siehe unter 2. Teil, A.VII.) soll untersucht werden, wie Verhandler in der Praxis mit der Tatsache umgehen, von der anderen Seite getäuscht worden zu sein. Um das Spannungsverhältnis zwischen Rechtslage und Praxis vollständig auszuloten, wird daher aufgezeigt, welche Handlungsalternativen der getäuschten Seite zur Verfügung stehen.

I. Rahmenbedingungen von Lügen

1. Limitationen des Forschungsstands

Die einschlägigen Untersuchungen zeigen, dass es vor allem von den Rahmenbedingungen abhängt, ob eine Person in einer bestimmten Situation lügt oder nicht.¹ Insofern kommt es zum einen auf die Person selbst an (*individual factors*), zum anderen aber auch auf die Partei, die belogen werden soll, sowie viele äußere Umstände (*situational factors*).² Mit Blick auf Lügen in Vertragsverhandlungen besteht die Problematik darin, dass die bisher vorliegenden Studien generell nicht auf der Beobachtung von realen (privaten oder unternehmerischen) Verhandlungen basieren. Vielmehr beziehen sich die Aussagen regelmäßig auf in Laborsituationen erzielte Ergebnisse bzw. Selbstauskünfte von befragten Personen.³ Hinzu kommt, dass die Probanden zumeist Studierende und keine professionellen Verhandler

¹ Einen Überblick über den Forschungsstand gebend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 351 ff.

² *R. Ford/Richardson*, *Journal of Business Ethics* 13 (1994), 205, 205 ff. differenzieren allgemein mit Blick auf ethische Entscheidungen zwischen *individual factors* und *situational factors*.

³ Beispiele für die Auswertung von Tagebüchern: *DePaulo/Bell*, *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (1996), 703, 703 ff.; *DePaulo/Kashy*, *Journal of Personality and Social Psychology* 74 (1998), 63, 63 ff. Beide Untersuchungen beziehen sich auf Lügen im Alltagsleben. Bei-

sind.⁴ Ein weiteres Problem der bislang veröffentlichten Studien besteht darin, dass es sich oftmals um sog. Einmalverhandlungen handelt, d. h. dass die Ergebnisse nur auf der Beobachtung einer „Verhandlungsrunde“ basieren.⁵ Gerade unternehmerische Verhandlungen finden allerdings regelmäßig in ständigen Geschäftsbeziehungen statt, was wohl auch Einfluss auf die Häufigkeit von Täuschungen sowie die Art der eingesetzten Bluffs haben wird. Zudem ergeben sich Herausforderungen mit Blick auf die Klassifizierung von Aussagen bzw. Schweigen als „Täuschung“. Neben konkreten Untersuchungen zu Lügen in Vertragsverhandlungen gibt es zudem zahllose allgemeine Studien zu Täuschungen und den Einfluss von verschiedenen Rahmenbedingungen auf die Ehrlichkeit von Probanden. Besonders beliebt sind Laborsituationen, in denen ein erzielt Ergebnis übermittelt werden muss (z. B. eine gewürfelte Zahl, das Ergebnis eines Münzwurfs, die Anzahl gelöster Aufgaben bzw. das Ergebnis einer bestimmten Aufgabe, etc.)⁶ bzw. Sender-Empfänger-Spiele, bei denen es Anreize für die Übermittlung einer falschen Information gibt (z. B. im Rahmen von Ultimatum-Spielen)⁷.

Bei den beschriebenen situativen Rahmenbedingungen stellt sich jedoch generell die Frage, ob die so erzielten Ergebnisse ohne Weiteres auf unternehmerische Verhandlungssituationen übertragen werden können.⁸ Problematisch ist insofern vor allem, dass diese Untersuchungen nicht die unternehmerische Praxis zu Vertrags-

spiel für eine Selbstauskunft in Form einer eigenen Einschätzung: *Schweitzer/Crosron*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 225 ff.

⁴ Ebenfalls kritisch zur Aussagekraft der entsprechenden Studien *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 350 f. („Since virtually all published research relies on student samples in negotiation role-play experiments, our understanding of the extent of deception is largely confined to deception within simulated negotiation contexts.“).

⁵ Dies anmerkend *Boles/Crosron/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 237 f.

⁶ Siehe z. B. *Fischbacher/Föllmi-Heusi*, *Journal of the European Economic Association* 11 (2013), 525, 525 ff. (Würfelspiel); *Halevy/Shalvi/Verschuere*, *Human Communication Research* 40 (2014), 54, 54 ff. (Würfelspiel und Wortspielaufgabe); *Shalvi et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 181, 181 ff. (Würfelspiel); *Houser/Vetter/Winter*, *European Economic Review* 56 (2012), 1645, 1645 ff. (Münzwurf); *Belot/M. Schröder*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 93 (2013), 233, 233 ff. (Identifizierung von Euromünzen).

⁷ Vgl. z. B. *Kriss/Nagel/R. Weber*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 93 (2013), 337, 337 ff.; *Boles/Crosron/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 235 ff.; *Vesely*, *Studia Psychologica* 56 (2014), 53, 53 ff.; *Koning et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 35, 35 ff.; *SE. Jung/Vranceanu*, *Revue Économique* 68 (2017), 859, 859 ff. Zu Ultimatum-Spielen mit Blick auf Verhandlungen auch grundlegend *Güth/Schmittberger/B. Schwarze*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 3 (1982), 367, 367 ff. Siehe z. B. auch *Binmore* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*, 2007, S. 103, 103 ff.; *Binmore/Shaked/Sutton* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*, 2007, S. 113, 113 ff. und *Bearden*, *Ultimatum Bargaining Experiments*, 2001, S. 3 f.

⁸ Kritisch auch *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research* 2014, S. 343, 355 („It doesn't take a social scientist to know that lying to a stranger about a fictional scenario in a lab and lying to a business counterpart about a costly transaction in a meeting are two very different enterprises“).

verhandlungen widerspiegeln. Das liegt nicht allein daran, dass vornehmlich Studierende an den Studien teilnehmen und dabei um sehr geringe Geldbeträge spielen. Vor allem die Regeln des Spiels bilden nicht die komplexe Realität von unternehmerischen Verhandlungssituationen ab.

Trotz der genannten Limitationen des Forschungsstands zu Lügen in Vertragsverhandlungen sollen im Folgenden einige Haupt Erkenntnisse der bisherigen Untersuchungen mit Blick auf relevante Rahmenumstände für Lügen zusammengefasst werden.⁹ Dabei wird ausschnittsweise auch auf Studien eingegangen, die sich nicht konkret mit Verhandlungen, sondern vielmehr mit Lügen im Allgemeinen befassen.

2. Überblick über den Forschungsstand

Studien haben gezeigt, dass die Nutzung von Taktiken, die auf Täuschungen beruhen, unter anderem davon abhängt, wie die Teilnehmer diese Taktiken ethisch bewerten.¹⁰ Stufen die Teilnehmer eine Lüge als unethisch ein, so sinkt grundsätzlich ihre Bereitschaft, eine darauf basierende Taktik anzuwenden.¹¹ Die empirischen Ergebnisse der Siegener Studie zum Moralverständnis können somit auch dazu herangezogen werden, um die Bereitschaft zum Einsatz von Täuschungstaktiken einzuschätzen.¹² Außerdem konnte in entsprechenden Studien ein Zusammenhang zwischen der Nutzung von Täuschungen und persönlichen Charakteristiken nachgewiesen werden. So ergeben sich z. B. Unterschiede je nach Alter, Geschlecht, Nationalität, Bildungsgrad, religiöser Einstellung sowie mit Blick auf die persönliche Einstellung zu Verhandlungen.¹³ In Bezug auf Letzteres stufen Personen Bluffs als

⁹ Siehe dazu auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 173 ff. sowie *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 81 ff. und *Lewicki/Hanke* in: *Goldman/D. L. Shapiro* (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 217 f. sowie *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 161 ff.

¹⁰ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 665 ff. (wobei in dieser Studie die Täuschungen nicht beobachtet wurden, sondern die Ergebnisse auf einer Befragung basieren. Die Autoren verwenden nicht die Bezeichnung „ethisch“ oder „moralisch“ in ihrer Studie, sondern stattdessen „appropriateness“). *Banas/Parks*, *International Negotiation* 7 (2002), 235–260 (mit Blick auf *false promises*).

¹¹ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 669 befragten Teilnehmer nach der Angemessenheit der Taktik sowie nach der Wahrscheinlichkeit mit der sie eine solche Taktik anwenden würden und stellen eine enge Verbindung zwischen beiden Aspekten fest. *Tenbrunsel/Messick*, *Social Justice Research* 17 (2004), 223, 223 ff. betonen hingegen die Bedeutung von Selbsttäuschungen („which decreases the likelihood that an ethical frame will be adopted, leading to unethical behavior“).

¹² Dies wird im Rahmen der Untersuchung der ökonomischen Konsequenzen eine Rolle spielen. Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.

¹³ Vgl. u. a. *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 675 und 678 (persönliche Einstellung und Nationalität); *Maier/Lavrakas*, *Perceptual and Motor Skills* 42 (1976), 575, 576 (Bildungsgrad und religiöse Einstellung); *Anton*, *International Journal of Conflict Management* (1990), 265, 274 (Alter); *Robinson/Lewicki/Donahue*, *Journal of Organizational Behavior*

akzeptabler ein, wenn sie Verhandlungen eher als eine konfrontative statt als eine kooperative Situation begreifen.¹⁴ Ob eine Person Täuschungstaktiken ablehnt, hängt zudem davon ab, wie empathisch diese Person ist. Personen, die sich gut in andere hineinversetzen können, stehen Täuschungstaktiken generell kritischer gegenüber.¹⁵ Prosozial eingestellte Personen tendieren ebenfalls seltener zum Einsatz von Lügen als auf sich fokussierte (*proself*) Verhandler.¹⁶ Generell gilt, dass die Täuschungsbereitschaft wohl vom „moralischen Charakter“ des Verhandlers abhängt.¹⁷ Mit der moralischen Bewertung geht auch die Einstufung des Risikos für die eigene Reputation Hand in Hand.¹⁸ Eine andere Studie gibt darüber hinaus einen Hinweis darauf, dass die Täuschungsbereitschaft u. a. vom Vertrauen in die eigenen Verhandlungsfähigkeiten abhängt. Selbstbewusste Verhandler neigen danach wohl eher zum Einsatz von Bluffs.¹⁹ Außerhalb des Verhandlungskontexts gibt es zudem Anhaltspunkte dafür, dass eine hohe Kreativität mit mehr Unehrlichkeit einhergehen könnte.²⁰

21 (2000), 649, 656 (Geschlecht und Nationalität); *Dreber/Johannesson*, *Economics Letters* 99 (2008) 197, 197 ff. (Geschlecht); *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 727 (Geschlecht differenziert nach Art der Lüge); *Olekalns/Kulik/Chew*, *Journal of Business Ethics* 120 (2014), 13, 13–26 (Geschlecht im Zusammenspiel mit anderen Faktoren wie Vertrauen und Strategie); *Leming*, *The Journal of Educational Research* 74 (1980), 83, 86 f. (diskutiert „cheating“ statt „lying“ und untersucht, inwiefern sich Sanktionen unterschiedlich auf das Verhalten von Frauen und Männern auswirken); *Volkema*, *Journal of Business Research* 45 (1999), 59, 64 (zu Alter, Geschlecht, Nationalität); *ders.*, *Journal of Business Research* 57 (2004) 69, 74 f. (Geschlecht und Alter); *ders.*, *International Journal of Conflict Management* 9 (1998), 218, 226 (zu bestehenden bzw. nicht bestehenden Unterschieden zwischen Mexiko und den USA bezogen auf ethisch fragwürdige Verhandlungstaktiken); *SE. Jung/Vranceanu*, *Revue Économique* 68 (2017), 859, 859 ff. (Geschlecht). Einen Überblick über die Diskussion gebend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 343. Einen Überblick generell zu ethischem Entscheidungsverhalten gebend *O’Fallon/Butterfield*, *Journal of Business Ethics* 59 (2005), 375, 375 ff.

¹⁴ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 675. Vgl. zu diesem Themenbereich auch *Schweitzer/DeChurch/Gibson*, *Journal of Applied Social Psychology* 35 (2005), 2123, 2123 ff.

¹⁵ *Cohen*, *Journal of Business Ethics* 94 (2010), 569, 572 f. (die die Studie mit Studierenden durchführte).

¹⁶ *Koning et al.*, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 64 (die dies mit Hilfe eines Ultimatum-Spiels testen). Vgl. auch *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 76 (2007), 225, 225 ff. zu kooperativen und kompetitiven Einstellungen. Siehe außerdem *Steinel/Utz/Koning*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 113 (2010), 85, 85 ff. mit Blick auf die Informationspolitik im Rahmen von Gruppendynamiken.

¹⁷ Dazu einen Überblick gebend *Morse/Cohen*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 12, 12 ff.; siehe auch allgemein *Ostermaier/Uhl*, *PLoS ONE* 12 (2017), 1, 2 („It is important to note, however, that behavior depends heavily on ethical mindsets.“).

¹⁸ Zum Verhältnis zwischen moralischer Bewertung und Reputationsrisiken bestimmter Verhandlungstaktiken siehe *Ma/McLean Parks*, *Journal of Business Ethics* 106 (2012), 161, 161 ff.

¹⁹ *Gaspar/Schweitzer*, *Journal of Business Ethics* 171 (2021), 139, 144 ff.

²⁰ *Gino/Ariely*, *Journal of Personality and Social Psychology* 102 (2012), 445, 445 ff. untersuchen das Verhältnis und dessen verschiedene Facetten in mehreren Studien.

Die Tendenz zur Unehrllichkeit könnte zudem von der Branche, in der der Verhandler arbeitet, beeinflusst werden. Eine entsprechende Studie zeigt zwar, dass Bankangestellte nicht per se unehrlicher sind, aber stärker zur Nutzung von Bluffs neigen, wenn in der Testsituation zuvor ihre Identität als Bankangestellte(r) herausgestellt wurde. Die Autoren schließen daraus, dass sich die Geschäftskultur im Bankensektor negativ auf die Bankangestellten mit Blick auf ihre Ehrlichkeit auswirkt.²¹ Die Unternehmenskultur soll ebenfalls Einfluss darauf haben, wie ethisch sich Verhandler verhalten.²² Gleiches soll z. B. auch für die Kultur innerhalb eines Departments oder einer Arbeitsgruppe gelten.²³ Zudem spielt wohl die Verhandlungserfahrung generell eine Rolle in Bezug auf die Einstellung zu bluffen. So scheinen Personen mit mehr Verhandlungserfahrung eher bereit zu sein, selbst Täuschungen in Verhandlungen einzusetzen.²⁴ Zu bedenken ist in diesem Kontext, dass gerade negative Verhandlungserfahrungen Verhandler zu motivieren scheinen, selbst Bluffs in Verhandlungen zu nutzen.²⁵

Daneben spielen vor allem die Erwartungen an das Verhalten des Gegenübers eine Rolle. Geht ein Verhandlungspartner davon aus, dass die andere Seite Lügen einsetzen wird, so ist er wohl selber eher bereit, Täuschungstaktiken zu nutzen.²⁶ Im Bereich der Berichterstattung konnte in diesem Zusammenhang nachgewiesen werden, dass auch Transparenz und *peer pressure* Auswirkungen auf die Ehrlichkeit haben. Je nach Grad der Transparenz und den Ergebnissen, die Kollegen melden (Berichterstattung), variiert die Bereitschaft mit Blick auf den eigenen Bericht zu täuschen. Geben Kollegen beispielsweise unerwartet hohe Ergebnisse an, so

²¹ Cohn/Febr/Maréchal, *Nature* 516 (2014), 86 ff. In einer anderen Studie wurde allerdings auch gezeigt, dass sich die Einstellungen von Verkäufern (*sales manager*) nicht wesentlich von anderen Vermarktern (*non-sales marketer*) unterscheiden: Bass/Barnett/Brown, *The Journal of Personal Selling and Sales Management* 18 (1998), 1, 1 ff.

²² Dazu allgemein Lewicki/Barry/Saunders, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 183 f. (ohne konkret auf Lügen einzugehen).

²³ Dazu allgemein Lewicki/Barry/Saunders, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 183 (ohne konkret auf Lügen einzugehen).

²⁴ Mell et al., *Journal of Artificial Intelligence Research* 68 (2020), 633, insb. 644, mit Blick auf Personen, die sich vorstellen sollten, selbst zu verhandeln. Ging es um die Programmierung eines Agenten, spielte die Erfahrung keine nennenswerte Rolle.

²⁵ Mell et al., *Journal of Artificial Intelligence Research* 68 (2020), 633, 646 f.

²⁶ In diese Richtung weisen die Studien von Mason/Wiley/Ames, *Journal of Experimental Social Psychology* 76 (2018), 239, 244 ff. In einer anderen Studie wurde gezeigt, dass vermehrt falsche Ergebnisse genannt wurden, wenn sich die Teilnehmer mit der Person identifizieren konnten. War dies nicht der Fall, wurden hingegen weniger falsche Angaben gemacht: Gino/Ayal/Ariely, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 396. Boles/Croson/Murnighan, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 252 f. zeigen eine negative Korrelation zwischen Lügen und der Vertrauenswürdigkeit der anderen Partei auf. Volkema/Fleury, *Journal of Business Ethics* 36 (2002), 381, 389 zeigen mit ihrer Untersuchung, dass Personen Täuschungen für akzeptabler halten, wenn die andere Seite eine Reputation als unethischer Verhandler hat. Allgemein liegen Studien dazu vor, wie Personen auf Täuschungen reagieren. Sie tendieren dann zu Bestrafungen der getäuschten Seite sowie Vergeltung. Einen Überblick gebend Barry/Rebel in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 354.

steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Einzelne zu hohe Zahlen meldet und damit eine Täuschung begeht.²⁷

Ob eine Person lügt oder nicht, wird zudem durch Kosten-Nutzen-Abwägungen bestimmt (zur ökonomischen Analyse näher unter 4. Teil, G.). Die Entscheidung hängt somit unter anderem davon ab, wie sehr sich eine mögliche Täuschung auszahlen würde.²⁸ Je mehr Anreize für eine Person bestehen, zu lügen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie blufft.²⁹ Personen scheinen insofern allerdings zugleich das Verhältnis des persönlichen Vorteils und des Nachteils für die Gegenseite zu berücksichtigen.³⁰ Parallel dazu zeigt sich, dass Probanden gleichzeitig eher erwarten, dass eine Person täuschen wird, wenn sie wissen, dass für sie entsprechende Anreize zu bluffen bestehen.³¹ Umgekehrt täuschen Personen aber auch zum Vorteil anderer, wenn sie dies nichts bzw. kaum etwas kostet.³² In unternehmerischen Verhandlungen könnte dies z. B. innerhalb der Prinzipal-Agenten-Situation relevant sein (siehe dazu unter 2. Teil, A.III.).

Die Zeit spielt ebenfalls eine Rolle in Bezug auf das Täuschungsverhalten. So konnte eine Studie belegen, dass Probanden eher zu Bluffs neigen, wenn sie die Entscheidung zwischen Ehrlichkeit und Lüge unter Zeitdruck treffen müssen.³³ Eine andere Untersuchung zeigt (allerdings nicht bezogen auf Verhandlungen), dass die Tendenz zur Lüge wohl auch vom konkreten Zeitpunkt abhängt. Die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß einer vorsätzlichen Irreführung steigt gemäß dieser Untersuchung, wenn die Teilnehmer glauben, dass es sich um die letzte Möglichkeit handelt, ein Ergebnis zu beeinflussen. Die Autoren erklären diesen Effekt mit dem „vorausschauenden Bedauern“ (*anticipatory regret*) über eine verpasste Chance auf einen Gewinn.³⁴ Eine weitere Studie weist darauf hin, dass am Anfang und am Ende weniger gelogen wird als „in der Mitte“, wobei es insofern ebenfalls nicht um eine Verhandlungssituation ging.³⁵

²⁷ Ostermaier/Brunner, *The Journal of Business Ethics* 154 (2017), 127, 134 ff.

²⁸ Tenbrunsel, *Academy of Management Journal* 41 (1998), 330, 334; Gneezy, *The American Economic Review* 95 (2005), 384, 387 f. (die Teilnehmer waren Studierende). Vgl. auch Lundquist et al., *Journal of Economic Behavior & Organization* 70 (2009), 81, 89 (Tabelle 5 – Teilnehmer waren ebenfalls Studierende). Dazu, dass unterschiedliche Anreize bestehen zu täuschen, je nachdem ob es um Suchgüter, Erfahrungsgüter etc. geht, siehe Tietzel in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 23 ff.; Faust, *Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß*, 2001, S. 35 ff. (unveröffentlichte Fassung).

²⁹ Tenbrunsel, *Academy of Management Journal* 41 (1998), 330, 334; vgl. auch Gneezy, *The American Economic Review* 95 (2005), 384, 387 f.

³⁰ Gneezy, *The American Economic Review* 95 (2005), 384, 388 ff.; insgesamt zur Berücksichtigung gegenseitiger Vor- und Nachteile auch Erat/Gneezy, *Management Science* 58 (2012), 723, 726. Vgl. auch Lundquist et al., *Journal of Economic Behavior & Organization* 70 (2009), 81, 89 (Tabelle 5 – Teilnehmer waren Studierende).

³¹ Tenbrunsel, *Academy of Management Journal* 41 (1998), 330, 334 f.

³² Erat/Gneezy, *Management Science* 58 (2012), 723, 725.

³³ Shalvi/Eldar/Bereby-Meyer, *Psychological Science* 23 (2012), 1264, 1264 ff.

³⁴ Effron/Bryan/Murnighan, *Journal of Personality and Social Psychology* 109 (2015), 395, 395 ff.

³⁵ Touré-Tillery/Fishbach, *Journal of Experimental Psychology: General* 141 (2012), 570, 573.

Die Tatsache, ob Sicherheit bzw. Unsicherheit über einen Aspekt besteht, wirkt sich auf das Verhalten von Personen mit Blick auf Täuschungen ebenfalls aus.³⁶ So erhöht Unsicherheit in Verhandlungen generell das Risiko von Lügen.³⁷ In diesem Zusammenhang beeinflusst auch die Elastizität von Informationen die Wahrscheinlichkeit von Lügen.³⁸ Die Tatsache, ob die Größe des Verhandlungskuchens³⁹ bekannt ist oder nicht, scheint gleichfalls eine Rolle mit Blick auf die Ehrlichkeit bzw. Unehrlichkeit zu spielen. Anbieter täuschen wohl häufiger, wenn die Größe des Verhandlungskuchens nicht bekannt ist.⁴⁰ Verhandler könnten zudem geneigter sein, unethische Verhandlungstaktiken einzusetzen, wenn sie davon ausgehen, dass diese Taktik relativ sicher zu dem von ihnen gewünschten Ergebnis führt, während es ansonsten unsicher ist, ob sie das gewünschte Ergebnis erreichen können.⁴¹

Doch nicht nur Unsicherheit begünstigt unethisches Verhalten, sondern auch Machtlosigkeit (zu Täuschungen im Tierreich siehe unter 4. Teil, G.V.7.). So ist wohl davon auszugehen, dass Verhandler, die keine (guten) Alternativen zum Vertragsabschluss haben, eher dazu neigen, zu bluffen. So wurde in einer Studie beispielsweise gezeigt, dass Käufer häufiger täuschen, wenn ihnen ihre Handlungsoptionen nicht bekannt sind.⁴² Die Ergebnisse einer älteren Untersuchung lassen hingegen darauf schließen, dass die stärkere Partei eher zu Lügen neigt als die schwächere Partei.⁴³ Erklärt wird dieses Verhalten teilweise damit, dass die mit der Informationsasymmetrie verbundene Macht die Verhandlungspartei „korrumpiert“.⁴⁴ Eine weitere Studie zu diesem Aspekt konnte wiederum gar keinen Einfluss bestehender bzw. nicht bestehender Alternativen auf das Täuschungsverhalten feststellen.⁴⁵ Der Forschungsstand ist somit nicht eindeutig.⁴⁶ Dieser Themenkomplex wird in diesem Werk noch einmal näher unter 4. Teil, G.V.7. im Rahmen der ökonomischen Konsequenzen von Bluffs aufgegriffen. Außerhalb des Verhandlungsbereichs

³⁶ Einen Überblick gebend *Rees/Tenbrunsel/Bazerman*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 26, 31 ff.

³⁷ *Neale/Fragale* in: Thompson (Hrsg.), *Negotiation Theory and Research*, 2006, S. 27, 27 ff.

³⁸ Vgl. *Schweitzer/Hsee*, *Journal of Risk and Uncertainty* 25 (2002), 185, 195 ff.

³⁹ Im englischsprachigen Raum wird der Begriff *negotiation pie* verwendet. Der Verhandlungskuchen beschreibt den Gesamtwert der Verhandlung, das heißt die Summe der Vorteile, die sich daraus für beide Seiten ergeben. Vgl. *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 279.

⁴⁰ *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 237 und 248.

⁴¹ In diese Richtung wohl *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 181.

⁴² *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 237 und 248. *Koning et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 35, 35 ff. zeigen mit Hilfe eines Ultimatum-Spiels, dass Empfänger in einer schwachen Position eher zu Lügen tendieren (Sender in einer schwachen Position hingegen nicht).

⁴³ *Crott/Kayser/Lamm*, *European Journal of Social Psychology* 10 (1980), 149, 157.

⁴⁴ *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 181 f.

⁴⁵ *Aquino*, *International Journal of Conflict Management* 9 (1998), 195, 207 f.

⁴⁶ Einen Überblick zu Macht und Täuschungen gebend *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 163 f.

konnte zudem nachgewiesen werden, dass Täuschungen zu Gunsten einer anderen Person bzw. zum Nachteil einer anderen Person auch von der wahrgenommenen Ungleichheit abhängen könnten.⁴⁷

Wie häufig Personen bluffen, wird zudem davon beeinflusst, wen sie belügen würden. Eine Studie scheint zu belegen, dass Frauen öfter belogen werden als Männer.⁴⁸ Die Autoren erklären das Ergebnis mit dem Vorurteil, dass sich Frauen leichter täuschen lassen, weshalb ihnen gegenüber dann häufiger geblufft wird. Insofern ließen sich jedoch auch andere Gründe vermuten, wie z. B., dass davon ausgegangen wird, dass Frauen im Fall der Aufdeckung der Lüge zu weniger einschneidenden Gegenmaßnahmen⁴⁹ greifen werden. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bereitschaft, Täuschungstaktiken einzusetzen, wohl von der Einschätzung des Verhandlungspartners abhängt. Gleichzeitig legen Untersuchungen nahe, dass Personen eher zu unmoralischem Verhalten, d. h. z. B. zu Lügen, tendieren, wenn sie als Gruppenmitglied agieren.⁵⁰

Außerdem kommt es auf die Beziehung der Verhandler an.⁵¹ Intuitiv ließe sich vermuten, dass umso weniger *harmful lies*⁵², also Täuschungen, die einen Nachteil für die andere Seite in Kauf nehmen, im Verhandlungskontext eingesetzt werden, je enger und besser das Verhältnis der Parteien ist. Das könnte nicht nur daran liegen, dass der Lügner die zukünftige Beziehung nicht gefährden möchte,⁵³ sondern auch daran, dass ein höheres Entdeckungsrisiko besteht.⁵⁴ Eine Untersuchung findet denn auch einen entsprechenden Zusammenhang⁵⁵, wobei es sich allerdings nur um Selbstauskünfte handelte und nicht um beobachtetes Verhalten. Andere Studien zeigen jedoch in den durchgeführten Laborexperimenten nicht immer einen eindeutigen Zusammenhang zwischen Freundschaft bzw. *rappor*t und weni-

⁴⁷ Gino/Pierce, *Journal of Business Ethics* 95 (2010), 89, 95.

⁴⁸ Kray/Kennedy/Van Zant, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 125 (2014), 61–72. Vgl. auch Yurtsever/Ben-Asher, *African Journal of Business Management* 7 (2013), 976, 978 (die Studie kam zu dem Ergebnis, dass Männer Frauen häufiger belügen als andere Männer).

⁴⁹ Zu möglichen Reaktionen auf Täuschungen siehe bereits unter 2. Teil, A.VII.

⁵⁰ Kocher/Schudy/Spantig, *Management Science* 64 (2018), 3995, 3995 ff. Einen Überblick zur Thematik gebend Rees/Tenbrunsel/Bazerman, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 26, 33 f.

⁵¹ Dazu einen Überblick gebend Lewicki/Barry/Saunders, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 180 f.

⁵² Solche Lügen werden zum Teil auch als *aggressive lies* bezeichnet, vgl. C. Ford, *Lies! Lies!! Lies!!!*, 1999, S. 31.

⁵³ Zu dieser Motivation auch Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 85.

⁵⁴ Ähnlich argumentierend Schweitzer/Croson, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 229, 231, die allerdings keinen Zusammenhang zwischen Freundschaft und Nachfragen finden.

⁵⁵ In diese Richtung deuten die Ergebnisse von Schweitzer/Croson, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 231 und 233. Vgl. auch Lewicki/Spencer, *Academy of Management*, Miami FL, 1991 (zu kurzfristigen und längerfristigen Beziehungen). Ohne konkrete Untersuchung davon ausgehend, dass Freundschaft das Risiko von Lügen reduziert Horton, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 85.

ger Täuschungen,⁵⁶ was teilweise aber auch durch die Laborsituation und den spielerischen Charakter der Simulationen bedingt sein könnte. Gerade mit Blick auf unternehmerische Verhandlungen kommt es wohl stark auf das zwischen den Parteien herrschende Vertrauen an.⁵⁷ Dabei ist Vertrauen allerdings nicht gleich Vertrauen: Erscheint der Verhandlungspartner kompetent, so sinkt die Bereitschaft ihn zu belügen.⁵⁸ Vertrauen in die Fähigkeiten des Partners reduziert somit das Risiko von Lügen. Affektives Vertrauen könnte allerdings umgekehrt die Tendenz zu lügen verstärken.⁵⁹

Emotionen beeinflussen ebenfalls die Entscheidung, Lügen zu nutzen oder bei der Wahrheit zu bleiben.⁶⁰ Verhandler belügen ihr Gegenüber beispielsweise häufiger, wenn sie Neid auf den Verhandlungspartner entwickeln.⁶¹ Auch andere negative Emotionen, wie Ärger und Wut, können die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Täuschungen genutzt werden.⁶² Im Verhältnis dazu führt Traurigkeit hingegen nicht zu mehr Lügen.⁶³ Verhandler, die Angst empfinden, täuschen allerdings öfter.⁶⁴ Personen, die optimistisch sind, neigen wiederum seltener zu Bluffs.⁶⁵

⁵⁶ In Bezug auf *rapport* vgl. *Jap/Robertson/Hamilton*, *Management Science*, 57 (2011), 1610, 1615 ff.; vgl. auch *van der Wijs/Krahmer*, *Friendship, deception, and punishment in negotiations*, Paper presented at the 22nd annual meeting of the International Association of Conflict Management. (Kyoto, Japan), 1, 1 ff. ([abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1488625, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023], die Autoren stellen in ihrer Studie fest, dass im Rahmen eines Ultimatum-Spiels die Anbieter sogar häufiger täuschten, wenn sie mit einem Freund spielten). Siehe zudem *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 und 360 (die Autoren zeigen in ihrer Studie, dass *affective trust* Täuschungen sogar begünstigt).

⁵⁷ Siehe nur beispielhaft *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 29 („trust is a critical element throughout a negotiation, as both the lubricant that enhances and facilitates the negotiation process, and the binding element that often holds deals together.“). Vgl. auch *Olekalns/P. Smith* in: Christie (Hrsg.), *Encyclopedia of Peace Psychology*, Bd. 2, 2012, S. 711 („low levels of trust encourage negotiators to conceal or misrepresent information, that is, to deceive the other party“).

⁵⁸ *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 und 360 (die Autoren sprechen insofern von *cognitive trust*).

⁵⁹ *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 und 360 (*affective trust*). Vgl. zum Verhältnis von Vertrauen und unethischem Verhalten auch *Yip/Schweitzer*, *Current Opinion in Psychology* 6 (2015), 216, 216–220.

⁶⁰ Einen Überblick zum Forschungsstand gebend *Methasani/Gaspar/Barry*, *Negotiation and Conflict Management Research* 10 (2017), 158, 162 f. Siehe dazu auch *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 168 ff.

⁶¹ *Moran/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 1 (2008), 23, 23–29.

⁶² *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 (zu Ärger); *Yip/Schweitzer*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 137 (2016), 207, 210 (zu Ärger).

⁶³ *Yip/Schweitzer*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 137 (2016), 207, 212.

⁶⁴ *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356. Einen Überblick zum Forschungsstand gebend *Methasani/Gaspar/Barry*, *Negotiation and Conflict Management Research* 10 (2017), 158, 162.

⁶⁵ *Olekalns/P. Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356.

Zudem kann möglicherweise die Kommunikationsform einen Einfluss auf die Ehrlichkeit von Personen haben.⁶⁶ Entsprechende Erkenntnisse sind für Verhandlungen entscheidend, da der Prozess zumeist unterschiedlich strukturiert werden kann. Üblich sind z.B. Face-to-face-Verhandlungen (FTF-Verhandlungen), das heißt von Angesicht zu Angesicht, sowie Verhandlungen via E-Mail (seltener Briefpost) oder Telefon. Durch die sog. Corona-Krise haben in letzter Zeit zudem vor allem Videokonferenzen zugenommen.⁶⁷ Die durchgeführten Untersuchungen zeichnen bezüglich dieser Frage allerdings kein einheitliches Bild. Es gibt sowohl Studien, deren Ergebnisse darauf hindeuten, dass Personen öfter täuschen, wenn sie die andere Seite nicht sehen,⁶⁸ als auch Untersuchungen, die genau das Gegenteil zu belegen scheinen.⁶⁹ Andere Experimente kommen zu dem Ergebnis, dass die Kommunikationsmittel keinen Einfluss auf das Auftreten von Lügen haben.⁷⁰ Eine andere Studie folgert wiederum, dass bei Verhandlungen unter Abwesenden, konkret bei online und schriftlichen Verhandlungen, Unterschiede im Täuschungsverhalten festgestellt werden können.⁷¹ Im Ergebnis bedarf es somit weiterer Untersuchungen, um eindeutiger Schlüsse bzgl. des Einflusses der Kommunikationsform auf das Täuschungsverhalten ziehen zu können.

Neben dem Kommunikationsmittel mag zudem das konkrete Kommunikationsverhalten eine Rolle spielen. Stellt ein Verhandler seinem Verhandlungspartner eine direkte Frage, so sinkt beispielsweise die Wahrscheinlichkeit einer Täuschung durch Verschweigen.⁷² Allerdings werden Verhandler, die direkte Fragen stellen, von ihrem Verhandlungspartner häufiger direkt angelogen als solche Verhandler, die keine direkten Fragen stellen.⁷³ Das lässt sich eventuell damit erklären, dass Verhandler unter Druck eher lügen. Die Ergebnisse könnten zudem mit der Tatsache begründet werden, dass die täuschende Seite das Informationsverlangen des Verhandlungspartners als unangemessen ansieht und sich entsprechend zur Täuschung „berechtigt“ fühlt. Eine andere Studie zeigt, dass auch unabhängig vom Verhalten der Gegenseite unzusammenhängende Ereignisse Auswirkungen auf das

⁶⁶ Siehe dazu allgemein die Ausführungen von *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 352 f. Ebenfalls zum Einfluss von synchroner und asynchroner Kommunikation auf Täuschungen *Lewicki/Hanke* in: *Goldman/D. L. Shapiro* (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 229 f.

⁶⁷ Zur Zunahme digitaler Verhandlungen in Deutschland siehe *Voeth/Herbst/Pöschl*, *Harvard Business Manager* 43 (2021), 56, 58 („Liefen zuvor nur 14 Prozent digital ab, so liegt dieser Wert heute bei 73 Prozent.“).

⁶⁸ *Rockmann/Northcraft*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 107 (2008), 106, 106 ff.; vgl. auch *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996), 979, 985.

⁶⁹ *Schweitzer/Brodt/Croson*, *International Journal of Conflict Management*, 13 (2002), 258, 258 ff.

⁷⁰ *Citera/Beauregard/Mitsuya*, *Psychology & Marketing* 22 (2005), 163, 171.

⁷¹ *Naquin/Kurtzberg/Belkin*, *Journal of Applied Psychology* 95 (2010), 387, 387 ff.

⁷² *Schweitzer/Croson*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 241.

⁷³ *Schweitzer/Croson*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 241.

Täuschungsverhalten haben können. Fühlen sich Personen in einem Zusammenhang beispielsweise unfair behandelt, kann es sein, dass sie in einem anderen Zusammenhang stärker zu Lügen tendieren.⁷⁴

Unabhängig von den genannten Faktoren können wohl selbst physikalische Faktoren wie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Objekte in einem Raum sowie die Beleuchtung und die Farbgestaltung der Räume Einfluss auf das Täuschungsverhalten haben.⁷⁵

Trotz der vielen genannten Aspekte, die das Risiko für Täuschungen erhöhen, lügen Personen allerdings nicht ständig. Das kann zumindest teilweise damit erklärt werden, dass sie im Fall der Aufdeckung der Täuschung negative Konsequenzen (z. B. soziale Sanktionen⁷⁶) fürchten. Studien zeigen, dass Personen, die eine soziale Norm, wie z. B. Ehrlichkeit, verletzen, bestraft werden.⁷⁷ Die Forschungsergebnisse deuten sogar darauf hin, dass auch Dritte u. U. bereit sind, Täuschende abzustrafen, und zwar selbst dann, wenn dies für sie mit Kosten verbunden ist.⁷⁸ Dass Personen aber selbst dann nicht ständig lügen, wenn die Täuschung nicht oder praktisch nicht entdeckt werden kann, liegt wohl an der sogenannten *honesty norm*⁷⁹. Denn Personen verinnerlichen Normen wie die „Ehrlichkeitsnorm“. Lügen können dann psychologische „Kosten“ hervorrufen (*lying costs*),⁸⁰ da die Person dies als Verletzung der verinnerlichten Norm wahrnimmt. Solche „Kosten“ können sich z. B. in einem negativeren Selbstbild ausdrücken.⁸¹ Denn bei Lügern lässt sich unter anderem Aktivität in der Amygdala und dem rechten vorderen präfrontalen Kortex nachweisen.⁸² Das deutet auf emotionalen Stress und Gefühle wie

⁷⁴ Siehe z. B. *Houser/Vetter/Winter*, *European Economic Review* 56 (2012), 1645, 1645 ff.

⁷⁵ Insofern einen Überblick zum Forschungsstand gebend *Gunia*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 43, 43 ff. (mit vielen Einzelnachweisen).

⁷⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.12.

⁷⁷ Einen Überblick zum Forschungsstand gebend *van Kleef/Gelfand/Jetten*, *Journal of Experimental Social Psychology* 84 (2019), 103814 (S. 2). Allg. zur Wirkungsweise sozialer Normen in deutscher Sprache *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, Rn. 97–98a.

⁷⁸ *Fehr/Fischbacher*, *Evolution and Human Behavior* 25 (2004), 63, 63 ff.; *Ohtsubo et al.*, *Evolution and Human Behavior* 31 (2010), 259, 259 ff.

⁷⁹ *Pruckner/Sausgruber*, *Journal of the European Economic Association* 11 (2013), 661, 661 (untersuchen die *honesty norm* mit Blick auf den Kauf von Zeitungen „where payments are not monitored“). Die folgenden Ausführungen finden sich auch in *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 264.

⁸⁰ Zu *lying costs* bspw. auch *Abeler/A. Becker/Falk*, *Journal of Public Economics* 113 (2014), 96, 96 ff. Allgemeiner *Bok*, *Lying*, 1999, S. 24 („He may regard the lie as an inroad to his integrity“). Generell zur Dissonanz zwischen moralischen Vorstellungen und dem eigenen Verhalten *Shu/Gino/Bazerman*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 37 (2011), 330, 330 f.

⁸¹ *Mazar/Amir/Ariely*, *Journal of Marketing Research* 45 (2008), 633, 634. Ähnlich auch allgemein zu unethischem Verhalten *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 191. Dazu, dass Personen Vorteile und Kosten in Form eines negativeren Selbstbilds abwägen (allgemein in Bezug auf unethisches Verhalten) siehe auch *Gino*, *Current Opinion in Behavioral Sciences* 3 (2015), 107, 108 f.

⁸² Vgl. z. B. *Abe et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience* 19 (2007), 287, 290. Vgl. generell auch *Abe*, *Current Opinion in Neurology* 22 (2009), 594, 594 ff.; *ders.*, *The Neuroscientist* 17 (2011),

Scham und Schuld hin.⁸³ Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Täuschende die Lüge nicht vor sich selbst rechtfertigen kann.⁸⁴ Umgekehrt wurde allerdings auch gezeigt, dass Lügner unter Umständen sogar positive Gefühle durch Täuschungen – wie z. B. Selbstzufriedenheit – empfinden können.⁸⁵

II. Häufigkeit von Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen

Wie häufig⁸⁶ professionelle Verhandler in unternehmerischen Verhandlungen im Ergebnis nun tatsächlich lügen, ist allerdings bislang nicht abschließend untersucht.⁸⁷ Studien zu Lügen im alltäglichen Leben zeigen, dass Täuschungen wohl relativ oft vorkommen,⁸⁸ obwohl Personen in Befragungen angeben, dass sie Ehrlichkeit als Charaktereigenschaft schätzen.⁸⁹ Zu bedenken ist bei den häufigen,

560, 560ff. Siehe zudem *Gamer* in: Verschuere/Shakhar/Meijer (Hrsg.), *Memory Detection*, 2011, S. 90, 101 ff., der einen Überblick über die Neurobiologie von Täuschung gibt. Siehe auch *Baumgartner/Gianotti/Knoch*, *Biological Psychology* 94 (2013), 192, 195 (die feststellen, dass „a high level of baseline activation in the anterior insula might predispose individuals to be honest due to a hyperactive emotional system which would make a deceptive act too stressful and bothersome“). Studien zeigen allgemein, dass die Gehirnaktivität höher ist, wenn Menschen lügen, verglichen mit Situationen, in denen sie die Wahrheit sagen. Dies deutet darauf hin, dass es einfacher ist, die Wahrheit zu sagen als zu lügen. Vgl. *Gamer* in: Verschuere/Shakhar/Meijer (Hrsg.), *Memory Detection*, 2011, S. 90, 97. Die Amygdala ist allerdings auch bei Menschen aktiv, die belogen werden, also bei Opfern von Täuschungen. Vgl. *Grèzes/Berthoz/Passingham*, *NeuroImage* 30 (2006), 601, 601; *Grèzes/Frith/Passingham*, *The Journal of Neuroscience* 24 (2004), 5500, 5502.

⁸³ *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 375 (nennen negative Emotionen als Konsequenz einer Lüge). Vgl. auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions* 2001, S. 187, 193. Dies ebenfalls vermutend *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 169f.

⁸⁴ *Shalvi et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 181, 187f.; vgl. auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, S. 187, 193. Siehe auch *Korobkin*, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1217ff. zu verschiedenen Rechtfertigungsmustern durch Lügner. Leichter lassen sich z. B. Übertreibungen zur Erzielung eines höheren Gewinns rechtfertigen als völlig frei erfundene Angaben (z. B. beim Report von Ergebnissen). *Mazar/Amir/Ariely*, *Journal of Marketing Research* 45 (2008), 633, 633 („A little bit of dishonesty gives a taste of profit without spoiling a positive self-view“). Vgl. zudem *Bok*, *Lying*, 1999, S. 24f. („No one trivial lie undermines the liar’s integrity.“).

⁸⁵ *Ruedy et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 105 (2013), 531, 531 ff. diskutieren dies unter der Bezeichnung „*cheater’s high*“.

⁸⁶ Der folgende Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 263f.

⁸⁷ *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 263 (konstatiert „limited research“). Einen Überblick über den entsprechenden Forschungsstand gebend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 350f.

⁸⁸ Siehe *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996), 979, 984 (College-Studierende berichteten von zwei Lügen pro Tag, Personen, die Fortbildungskurse besuchten, von einer Lüge pro Tag). Allgemein ebenfalls davon ausgehend, dass generell häufig geblufft wird *John*, *Harvard Business Review* 94 (2016), 114, 114 („Robust social psychology research indicates that people lie – and lie often“).

⁸⁹ *N. Anderson*, *Journal of Personality and Social Psychology* 9 (1968), 272, 273 und 277. In dieser Studie standen die Eigenschaften „ehrlich“ und „wahrhaftig“ auf Platz 2 bzw. 5, während sich „unecht“ und „Lügner“ am Ende der Liste (Platz 554 und 555) wiederfanden.

alltäglichen Lügen allerdings, dass es sich dabei meist um „kleine, harmlose Lügen“ im sozialen Kontext handelt. Experimente mit Studierenden zeigen jedoch, dass diese auch in Verhandlungssimulationen relativ viel bluffen.⁹⁰ So konnte eine Studie beispielsweise zeigen, dass 28 % der Teilnehmer die Gegenseite entweder aktiv oder durch Verschweigen über die Kompatibilität der Interessen täuschten.⁹¹ In einer anderen Studie gaben MBA-Studierende an, dass sie mit relativ hoher Wahrscheinlichkeit bestimmte Täuschungstaktiken einsetzen würden.⁹² Sieht man diese Ergebnisse im Zusammenhang mit den Erkenntnissen, dass es einige Täuschungstaktiken gibt, die nicht als unmoralisch angesehen werden (siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.)⁹³, und der Tatsache, dass Personen vor allem dann lügen, wenn sie die Täuschung vor sich selbst rechtfertigen können,⁹⁴ dann legt dies nahe, dass in unternehmerischen Verhandlungen häufig getäuscht wird. Das Ergebnis ist auch insofern plausibel, als sich in Verhandlungen unzählige Möglichkeiten für Bluffs ergeben und sich Verhandler in jeder einzelnen Situation zwischen Wahrheit und Täuschung entscheiden müssen.⁹⁵ War ein Verhandler mit einem Bluff erfolgreich,

⁹⁰ Aquino/T. Becker, *Journal of Organizational Behavior* 26 (2005), 661, 670, wobei die Studie auch darauf ausgerichtet war, dass über bestimmte Aspekte gelogen wurde; Murnighan et al., *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 313, 332; Schweitzer/Crosan, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 225 ff. (wobei die Ergebnisse der ersten Studie auf Selbsteinschätzungen der Probanden beruhen). Crott/Scholz/Michels in: Brandstätter/H. Davis/Stocker-Kreichgauer (Hrsg.), *Group Decision Making*, 1982, S. 345, 356; Volkema/Fleck/Hofmeister-Toth, *International Negotiation* 9 (2004), 315, 332 ff. Vgl. auch Lewicki et al., *Negotiation*, 2. Aufl. 1994, S. 392 ff. bezugnehmend auf die (nicht veröffentlichte) Studie von Lewicki/Spencer, *Academy of Management*, Miami, FL, 1991, in der die Autoren MBA-Studierende bezüglich verschiedener Taktiken befragten, für wie wahrscheinlich sie es halten, dass Verhandler diese Taktik anwenden würden. Die Studie zeigt damit die Einschätzung der Studierenden über die Praxis.

⁹¹ O'Connor/Carnevale, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 509.

⁹² Lewicki/Robinson, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670 (Angaben erfolgten auf einer Skala von 1 bis 7. Nicht in allen abgefragten Szenarien geht es um Bluffs und, wenn ja, nicht unbedingt um aktive Bluffs.).

⁹³ Zum Verhältnis von Praxis und Idealvorstellung Pidcocke, *Anthropologica New Series* 10 (1968), 261, 263, 264: „there is a definite tendency for ‚what most people do‘ to become ‚what everyone ought to do‘. But it is also often true that the mode may deviate from the expected or desired pattern, especially if the latter be regarded as a ‚counsel of perfection‘ or ‚ideal‘ which we may without blame fail to achieve.“. Volkema, *Journal of Business Research* 45 (1999), 59, 63 zeigt eine Korrelation zwischen der Bewertung der Angemessenheit einer Taktik und der Wahrscheinlichkeit eine solche Taktik einzusetzen.

⁹⁴ Dazu, dass es naheliegender erscheint, dass Personen häufiger zu Lügen neigen werden, wenn sie sie rechtfertigen können, auch Lukesch in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), *Die Lüge*, 2007, S. 87, 97.

⁹⁵ Vgl. auch Gaspar/Schweitzer, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 161 („negotiations are replete with tempting opportunities for the use of deception“) und Murnighan, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 187 („but the opportunity to engage in unethical behavior is almost always present in bargaining“). Das Dilemma ebenfalls beschreibend J. Rubin/Brown, *The Social Psychology of Bargaining and Negotiation*, 1975, S. 15 („To sustain the bargaining relationship, each party must select a middle course between the extremes of complete openness toward, and deception of, the other.“). Insofern auch von einem *honesty dilemma* sprechend Lewicki/Polin in: Adair/Olekalns (Hrsg.), *Handbook of Research on Negotiation*,

so ist zudem zu erwarten, dass er in ähnlichen Situationen wieder auf diese Taktik zurückgreifen wird.⁹⁶ Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen sind damit ein äußerst praxisrelevantes Thema, dessen nähere Beleuchtung sich lohnt.

III. Unternehmerische Verhandlungen als Prinzipal-Agenten-Situation

Unternehmerische Verhandlungen sind durch eine sog. Prinzipal-Agenten-Situation charakterisiert. Eine Prinzipal-Agent-Situation ist gegeben, wenn ein Prinzipal (d.h. ein Geschäftsherr) einen Agenten damit beauftragt, für ihn zu handeln.⁹⁷ Damit sind verschiedene grundlegende Probleme verbunden (siehe 2. Teil, A.III.2.), die im Folgenden überblicksartig dargestellt werden. Dies ist notwendig, um im Anschluss daran Täuschungen in Vertragsverhandlungen in den Kontext der Prinzipal-Agenten-Problematik einbetten zu können (siehe 2. Teil, A.III.3.). Nur so lassen sich Lügen im B2B-Kontext realitätsnah untersuchen. Bevor auf die Probleme der Prinzipal-Agenten-Situation eingegangen wird, soll im Folgenden zunächst erörtert werden, wie die Situation im unternehmerischen Kontext konkret ausgestaltet ist.

1. Eine komplexe Struktur aus Prinzipalen und Agenten

Eine Prinzipal-Agent-Situation liegt wie soeben angesprochen vor, wenn ein Prinzipal (d.h. ein Geschäftsherr) einen Agenten damit beauftragt, für ihn zu handeln.⁹⁸ In unternehmerischen Verhandlungen sind die Vertragspartner in aller Regel juristische Personen. Die juristische Person ist damit der Prinzipal der Verhandlung.⁹⁹ Sie handelt wiederum durch ihr Vertretungsorgan, deren Mitglieder damit als Agenten einzustufen sind. Neben dem Vertretungsorgan sind vor allem die Mitarbeiter des Unternehmens damit betraut, die Verhandlungen zu führen

2013, S. 161, 168ff.; *Lewicki/Hanke in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 213; *Kelley in: Archibald (Hrsg.), Strategic Interaction and Conflict*, 1966, S. 49, 60 („*dilemma of honesty*“).

⁹⁶ Vgl. auch *Alavoine/Batazzi*, *International Journal of Business and Management Studies* 5 (2013), 33, 45f., wenn von „high consistency“ ausgegangen wird.

⁹⁷ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 313; *Pratt/Zeckhauser in: Pratt/Zeckhauser (Hrsg.), Principals and Agents*, 1985, S. 1, 2 („Whenever one individual depends on the action of another, an *agency relationship* arises.“). Siehe zur Prinzipal-Agent-Problematik grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), 305, 305ff.; vgl. auch bereits *Ross*, *American Economic Association* 2 (1973), 134, 134ff.

⁹⁸ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 313. Siehe zur Prinzipal-Agent-Problematik grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), 305, 305ff.; vgl. auch bereits *Ross*, *American Economic Association* 2 (1973), 134, 134ff.

⁹⁹ An dieser Stelle soll nicht näher auf das Verhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Anteilseignern eingegangen werden sowie der sich daran anschließenden Frage, inwiefern auch die Anteilseigner als Prinzipale angesehen werden könnten. *Pratt/Zeckhauser in: Pratt/Zeckhauser (Hrsg.), Principals and Agents*, 1985, S. 1, 2 sehen bspw. die Aktionäre als Prinzipale des Vorstands an.

und ggf. die entsprechenden Verträge abzuschließen. Sie sind ebenfalls Agenten, die für den Prinzipal (hier die juristische Person) tätig werden. Dazu wird ihnen Verhandlungsvollmacht bzw. ggf. auch Abschlussvollmacht erteilt.¹⁰⁰ Verhandlungsvollmacht und Abschlussvollmacht sind jedoch von der Entscheidungsmacht zu differenzieren. Dabei soll an dieser Stelle nicht näher auf die Unterschiede im Innen- und Außenverhältnis eingegangen werden. Rein tatsächlich kann die Entscheidungsmacht im Innenverhältnis jedenfalls bei einer oder mehreren anderen Personen als dem Verhandler liegen.¹⁰¹ Durch das mögliche Auseinanderfallen von Verhandlungsvollmacht, Abschlussvollmacht und Entscheidungsmacht kommt es somit im Ergebnis sowohl zu Verhandlungen im Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Agent (Verhandlungen *behind the table*) als auch zu Verhandlungen zwischen den Verhandlern beider Unternehmen (Verhandlungen *at the table*).¹⁰²

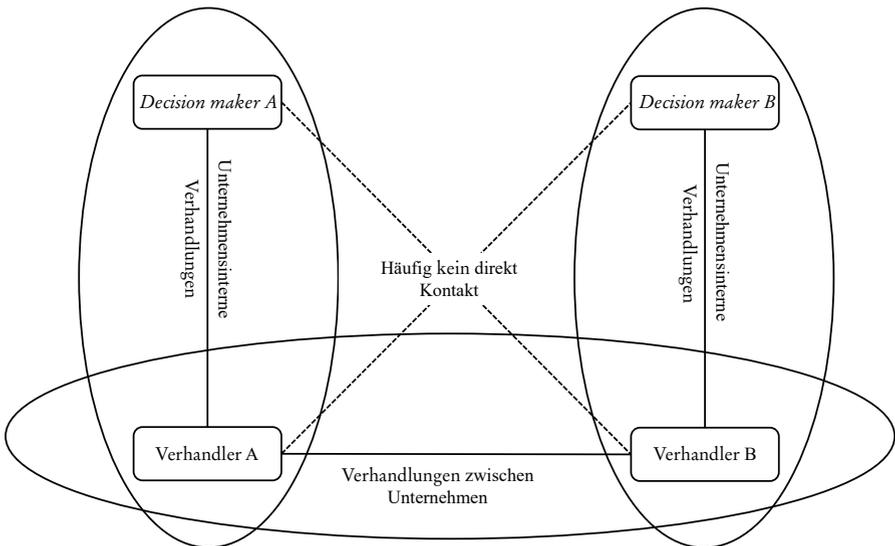


Abb. 11: Verhandlungen *at the table* und *behind the table*¹⁰³

¹⁰⁰ Die Prinzipal-Agenten-Beziehung wird weit verstanden und bezieht sich nicht auf eine konkrete, juristische Konstruktion wie die Stellvertretung. Vgl. *Oeblich*, JURA 2020, 887, 890, der insofern auch ausführt: „dass es in der ökonomischen Sichtweise nicht auf die (schuld-)rechtliche Ausgestaltung ankommt“.

¹⁰¹ *van Uden*, ZKM 2018, 216, 217; vgl. zur internen Abstimmung auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 315. So kann ein Einkaufsleiter formal beispielsweise aufgrund von Prokura Abschlussvollmacht besitzen. Er mag aber unternehmensintern dazu angehalten sein, bestimmte Geschäfte vorher mit der Geschäftsleitung und bestimmten Fachabteilungen (z. B. der Produktion) abzustimmen. Allgemein auf die „multiple principal“ Problematik aufmerksam machend *Bowie/Freeman* in: *Bowie/Freeman* (Hrsg.) *Ethics and Agency Theory*, 1992, S. 3, 5.

¹⁰² *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 315.

¹⁰³ Quelle: Die Graphik stammt aus *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 315.

Bei B2B-Verhandlungen sind unternehmensintern oftmals viele Personen (aus unterschiedlichen Abteilungen) in unterschiedlicher Form in den Verhandlungsprozess eingebunden. Da bei größeren Verhandlungen mit Verhandlungsteams gearbeitet wird, handeln zudem regelmäßig nicht nur unternehmensintern, sondern auch am Verhandlungstisch mehrere Agenten¹⁰⁴ bzw. Agenten und Prinzipale gemeinsam. Darüber hinaus werden häufig Unternehmensexterne, wie Anwälte, Notare und ggf. Unternehmensberater, in Verhandlungen einbezogen. Bereits durch die vielen beteiligten Personen ergibt sich somit eine komplexe Prinzipal-Agenten-Struktur.

Viele Akteure, wie z. B. Geschäftsführer und Abteilungsleiter, sind zudem einerseits Prinzipale im Verhältnis zu ihren Mitarbeitern, andererseits aber auch Agenten (z. B. im Verhältnis zur Geschäftsführung bzw. der juristischen Person). Da die juristische Person zum Agieren in Vertragsverhandlungen immer auf natürliche Personen angewiesen ist, soll der Begriff Prinzipal im Folgenden weiter für alle decision-maker (Entscheider)¹⁰⁵ verwendet werden (und nicht allein für die juristische Person). Insgesamt kann insofern von einer mehrstufigen Prinzipal-Agenten-Problematik i. R. v. unternehmerischen Verhandlungen gesprochen werden.¹⁰⁶ Daraus ergibt sich, dass in die Verhandlungen regelmäßig mehrere Personen eingebunden sind, die jeweils diese Doppelfunktion (einerseits Prinzipal [hier also decision-maker], andererseits Agent) ausfüllen. Diese komplexe Prinzipal-Agenten-Situation liegt gewöhnlich spiegelbildlich bei beiden Verhandlungsparteien vor. Die folgende Graphik mag die Problemlage verdeutlichen.

¹⁰⁴ Teilweise wird dann von einer Multi-Agent-Situation gesprochen. Siehe zum Multi-Agent-Modell z. B. *Kieser/Ebers*, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 224 f.

¹⁰⁵ Zu *decision-makern* in Verhandlungen siehe näher *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 137 ff.

¹⁰⁶ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 313; *van Uden*, *ZKM* 2018, 216, 217. Zu *multiple agent* Problemen *Bohn*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 8 (1987), 279, 279 ff.

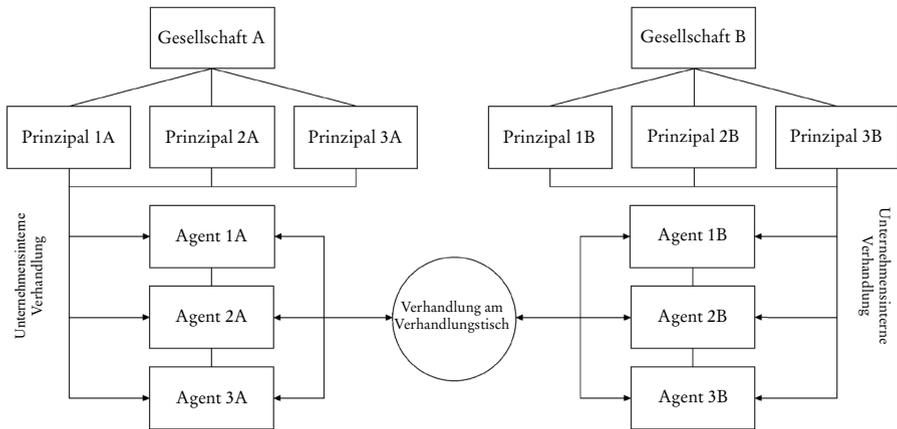


Abb. 12: Komplexe Prinzipal-Agenten-Problematik¹⁰⁷

2. Grundlagen der Prinzipal-Agenten-Problematik in Vertragsverhandlungen

Die Prinzipal-Agenten-Theorie wurde bereits in den 1970er Jahren¹⁰⁸ für Situationen entwickelt, in denen ein Prinzipal (d. h. ein Geschäftsherr) einen Agenten damit beauftragt, für ihn zu handeln.¹⁰⁹ Die Theorie ist Bestandteil der Neuen Institutionenökonomik.¹¹⁰ Die klassische Prinzipal-Agenten-Theorie befasst sich mit mehreren Herausforderungen, die durch diese Konstellation entstehen. Die für diese Arbeit relevanten Problemstellungen¹¹¹ sollen hier kurz und prägnant aufgegriffen und auf unternehmerische Verhandlungen übertragen werden. Die zu erörternden Probleme beruhen vor allem auf (*ex ante* oder *ex post*) bestehenden Informationsasymmetrien und nicht parallel strukturierten Interessen von Prinzipalen und Agenten (d. h. Interessenskonflikten) sowie Umweltunsicherheiten.¹¹²

¹⁰⁷ Es handelt sich um eine eigens für diese Arbeit erstellte Graphik.

¹⁰⁸ Grundlegend: *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), 305, 305 ff.; vgl. auch bereits *Ross*, *American Economic Association* 2 (1973), 134, 134 ff.

¹⁰⁹ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 313; *Pratt/Zeckhauser* in: *Pratt/Zeckhauser* (Hrsg.), *Principals and Agents*, 1985, S. 1, 2 („Whenever one individual depends on the action of another, an *agency relationship* arises.“). Siehe zur Prinzipal-Agenten-Problematik grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), 305, 305 ff.

¹¹⁰ *Alparslan*, *Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie*, 2006, S. 1 f.

¹¹¹ Auf eine umfassende Darstellung der Prinzipal-Agenten-Theorie wird somit verzichtet.

¹¹² So *Alparslan*, *Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie*, 2006, S. 2. Vgl. auch *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 313. Allgemein einen Überblick über die Annahmen der Prinzipal-Agenten-Situation gebend *Oeblich*, *JURA* 2020, 887, 891 ff.

Mit Blick auf Informationsasymmetrien¹¹³ wird u. a. das Problem der *hidden characteristics* diskutiert.¹¹⁴ Kennt ein Prinzipal nicht alle Eigenschaften der möglichen Agenten, mag es ihm schwerfallen, einen geeigneten Agenten auszuwählen. Bei Vertragsverhandlungen geht es insofern vor allem um die Fachkompetenz, die Arbeitsweise und das Verhandlungsgeschick der Agenten.¹¹⁵ Aus den *hidden characteristics* resultiert dann bezüglich der Auswahl der Agenten das Problem der *adverse selection*.¹¹⁶ Mit Blick auf unternehmerische Verhandlungen sollte das Problem jedoch nicht überbewertet werden, da Prinzipale und Agenten in Unternehmen oftmals über einen längeren Zeitraum zusammenarbeiten, was die Informationsasymmetrien bezüglich der Eigenschaften der Agenten reduziert.¹¹⁷ Bezüglich anderer Aspekte bestehen häufig allerdings erhebliche Informationsasymmetrien und zwar auf beiden Seiten. So mögen Agenten beispielsweise über besonderes Fachwissen verfügen sowie aufgrund des direkten Kontakts mit dem Verhandlungspartner mehr Informationen über diesen erlangen als der Prinzipal. Sofern der Prinzipal nicht an den Verhandlungen teilnimmt, weiß der Agent zudem mehr über den Verhandlungsverlauf und die Dynamik am Verhandlungstisch.¹¹⁸ Diesbezüglich wird von *hidden knowledge* bzw. *hidden information* gesprochen.¹¹⁹ Umgekehrt besteht allerdings auch ein Informationsgefälle zwischen Prinzipal und Agent. So besitzen Prinzipale häufig strategische Informationen über die Interessen des Unternehmens, die dem Agenten nicht bekannt sind.¹²⁰ Aus Geheimhaltungsgründen sowie aus taktischen

¹¹³ Es bestehen verschiedene Dimensionen von Informationsasymmetrien: eine zeitliche, personelle und inhaltliche Dimension. Siehe z. B. *Alparslan*, Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 20f. Zu den Informationsdefiziten auf Seiten des Prinzipals beispielsweise auch *Kieser/Ebers*, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 210.

¹¹⁴ Siehe zu *hidden characteristics* statt vieler *Jost* in: *Jost* (Hrsg.), Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, 2001, S. 11, 27–30; *Demougin/Jost* in: *Jost* (Hrsg.), Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, 2001, S. 45, 45–77; *Alparslan*, Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 20ff.; *Kieser/Ebers*, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 212f.; *Göbel*, Neue Institutionenökonomik, 2021, S. 157f., *van Uden*, Die unternehmerische Verhandlungsvertretung, 2021, S. 18f.

¹¹⁵ *van Uden*, ZKM 2018, 216, 218.

¹¹⁶ Grundlegend zur adversen Selektion *Akerlof*, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488, 488ff. Zu *hidden characteristics* und adverser Selektion im Verhandlungskontext auch *K. Eisenhardt*, The Academy of Management Review 14 (1989), 57, 61; *Alparslan*, Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 26; *van Uden*, ZKM 2018, 216, 218.

¹¹⁷ *Spremann* in: *Bamberg/Spremann* (Hrsg.), Agency Theory, Information, and Incentives, 1987, S. 3, 10 (zu dem geringeren Problem in Organisationen). Vgl. auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 314.

¹¹⁸ Vgl. *Fassina*, Negotiation Journal 20 (2004), 435, 440ff. zu verschiedenen Facetten von Expertise. *van Uden*, Die unternehmerische Verhandlungsvertretung, 2021, S. 79, 99, 114 unterscheidet ebenfalls zwischen Fach- und Prozesswissen sowie Verhandlungswissen.

¹¹⁹ Zu *hidden information* z. B. *Arrow* in: *Pratt/Zeckhauser* (Hrsg.), Principals and Agents, 1985, S. 37, 39f.; vgl. auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 314; *van Uden*, ZKM 2018, 216, 218.

¹²⁰ Ähnlich auch *Pratt/Zeckhauser* in: *Pratt/Zeckhauser* (Hrsg.), Principals and Agents, 1985, S. 3, 3.

Gründen werden entsprechende Informationen oftmals nicht vollständig vom Prinzipal an den Agenten weitergegeben.¹²¹

Außerdem stellt es für die Prinzipal-Agenten-Situation eine Herausforderung dar, dass der Prinzipal die Intentionen des Agenten nicht immer kennt (*hidden intentions*).¹²² Problematisch ist dies, wenn die Interessen von Prinzipal und Agent nicht parallel ausgerichtet sind.¹²³ Dann kann es dazu kommen, dass der Agent seine eigenen Absichten statt die des Prinzipals verfolgt. Zu divergierenden Interessen können beispielsweise falsche Anreizsysteme (z. B. pauschale Abschlussprämien) aber auch eine mangelnde Kommunikation der Interessen beitragen.¹²⁴

Neben einem unterschiedlichen Informationsstand treten zudem sog. *hidden actions*. Denn sofern der Prinzipal nicht an allen Verhandlungsrunden teilnimmt, wird er nicht alle Handlungen des Agenten beobachten können.¹²⁵ Die Tatsache, dass der Prinzipal selbst nach Abschluss der Verhandlungen (d. h. *ex post*) keine vollständige Kenntnis über die Handlungen des Agenten und mögliche exogene Einflüsse besitzt, kann zu *moral hazard*¹²⁶, d. h. einer opportunistischen Verhandlungsführung durch den Agenten, führen. Denn die Tatsache, dass der Prinzipal die Handlungen des Agenten selbst *ex post* nicht genau erfassen kann bzw. nicht beurteilen kann, ob das Ergebnis auf den Anstrengungen des Agenten beruht oder auf externe Faktoren zurückzuführen ist, kombiniert mit dem Effekt, dass negative Konsequenzen einer schlechten Verhandlung erst viel später eintreten mögen, kann dazu führen, dass der Agent, also der Verhandler, sich nicht vollumfänglich für sein Handeln verantworten muss.¹²⁷ Das kann ihn dazu verleiten, weniger Einsatz i. R. d. Verhandlung zu zeigen und entsprechend weniger zu leisten.¹²⁸ Umge-

¹²¹ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 314; van Uden, ZKM 2018, 216, 219.

¹²² Vgl. auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 314; van Uden, ZKM 2018, 216, 218. Zu *hidden intentions* beispielsweise auch Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 213.

¹²³ Insofern können beispielsweise Unterschiede zwischen internen und externen Verhandlern bestehen.

¹²⁴ Vgl. auch van Uden, ZKM 2018, 216, 217. Zu Anreizsystemen statt vieler auch Spremann, ZfB 60 (1990), 561, 581 ff.; Holmström, The Bell Journal of Economics 10 (1979), 74, 75 ff.; Harris/Raviv, Journal of Economic Theory 20 (1979), 231, 231 ff.

¹²⁵ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 314; van Uden, ZKM 2018, 216, 217, 219. Vgl. auch Fassina, Negotiation Journal 20 (2004), 435, 438 (in Bezug auf *behaviour* bzw. *outcome contingent contracts*). Siehe Alparslan, Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 22 zum Verhältnis von *hidden actions* und exogenen Störgrößen. Zu *hidden actions* zudem Oeblich, JURA 2020, 887, 893.

¹²⁶ Alparslan, Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 27. Vgl. auch Kieser/Ebers, Organisationstheorien, 8. Aufl. 2019, S. 213. Allgemein zu *moral hazard* in Prinzipal-Agenten-Situationen Bohn, Journal of Economic Behavior & Organization 8 (1987), 279, 279 ff. Vgl. auch K. Eisenhardt, The Academy of Management Review 14 (1989), 57, 61; van Uden, ZKM 2018, 216, 218. Allg. Zu *moral hazard* in deutscher Sprache auch Spremann, ZfB 60 (1990), 561, 571 f. (auf S. 572 auch zur Agency-Theorie).

¹²⁷ Vgl. Spremann, ZfB 60 (1990), 561, 572 (zum exogenen Risiko); van Uden, ZKM 2018, 216, 218 f.; vgl. auch ders., Die unternehmerische Verhandlungsvertretung, 2021, S. 20.

¹²⁸ K. Eisenhardt, The Academy of Management Review 14 (1989), 57, 61; Alparslan, Struktu-

kehrt wird auch der Agent nicht alle Handlungen des Prinzipals kennen, was es ihm erschweren kann, dessen Interessen umzusetzen.

Die folgende Graphik soll die verschiedenen Herausforderungen am Beispiel einer einfachen Prinzipal-Agenten-Situation verdeutlichen:¹²⁹

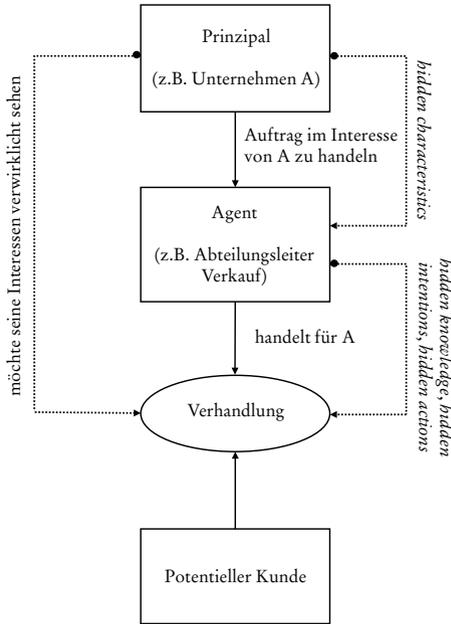


Abb. 13: Vereinfachte Darstellung der Herausforderungen einer Prinzipal-Agenten-Situation im Unternehmen¹³⁰

Belohnungs- und Bestrafungssysteme, Kommunikationssysteme und das Vier-Augen-Prinzip sind Beispiele für Maßnahmen, die ergriffen werden können, um die genannten Herausforderungen der Prinzipal-Agenten-Problematik zu überwinden.

3. Auswirkungen der Prinzipal-Agenten-Situation auf Täuschungen

Diese soeben beschriebene, komplexe Prinzipal-Agenten-Situation hat auch Einfluss auf Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen. Die Auswirkungen

realistische Prinzipal-Agent-Theorie, 2006, S. 27; Spremann, ZfB 60 (1990), 561, 571 (spricht insofern von Müßiggang). Oder der Agent führt den Prinzipal aktiv über sein Leistungsniveau in die Irre. Siehe etwa van Uden, Die unternehmerische Verhandlungsvertretung, 2021, S. 22.

¹²⁹ D.h. die Herausforderungen werden an dieser Stelle nicht bezogen auf die mehrstufige Prinzipal-Agenten-Problematik dargestellt.

¹³⁰ Die Abbildung entstammt S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 317.

sollen im Folgenden näher untersucht werden, da sich die erzielten Ergebnisse unter Umständen in der rechtlichen Bewertung niederschlagen könnten.

Zum einen bestehen für die Akteure aufgrund ihrer divergierenden Interessen und Intentionen unterschiedliche Anreize zu bluffen.¹³¹ Wird ein Agent z.B. pauschal bezahlt, sieht für sich keine Aufstiegschancen und hat keine Angst um seinen Arbeitsplatz, mag er geringe Anreize haben, den Vertragspartner mit Täuschungen zum Vertragsschluss zu bewegen bzw. dadurch einen besseren Vertragsschluss zu erzielen. Die Situation kann sich bei einem Verhandler, der eine Erfolgsprämie erwartet, hingegen ganz anders darstellen. Zum anderen werden die Akteure auch unterschiedlich von potenziellen positiven sowie negativen Konsequenzen von Täuschungen getroffen, was sich ebenfalls auf ihr Verhalten auswirken wird. Geht ein Verhandler davon aus, dass ihm keine oder kaum negative Konsequenzen drohen, mag er eher dazu neigen, Bluffs einzusetzen, als eine Person, die die Aufdeckung der Lüge wegen möglicher negativer Konsequenzen fürchtet. Dies lässt sich mit allgemeinen Kosten-Nutzen-Überlegungen begründen. In der Literatur wird zudem allgemein vermutet, dass Agenten eher zu unethischen Taktiken neigen könnten (zu denen u. a. Bluffs zählen) als Personen, die für sich selbst verhandeln. Erklärt wird dies damit, dass sich die Agenten in diesen Fällen ggf. weniger auf ihre eigenen ethischen Standards fokussieren als auf das ihnen vorgegebene Ziel, einen guten Abschluss für den Prinzipal zu erzielen.¹³² Generell ist zu bedenken, dass in Organisationen direkt oder indirekt Druck auf die Verhandler bestehen kann, zu bluffen.¹³³ Möchte ein Prinzipal beispielsweise nicht selbst lügen, könnte er einen Agenten für die Verhandlung einsetzen und ihm entsprechende Instruktionen geben bzw. indirekt Druck auf diesen aufbauen.¹³⁴

Zu beachten ist außerdem, dass aufgrund des unterschiedlichen Informationsstands die Lügen von Prinzipalen (hier: *decision-makers*) und Agenten variieren werden. Denn eine Lüge setzt einen gewissen Kenntnisstand bzw. die Kenntnis der eigenen Unkenntnis voraus. Innerhalb eines Unternehmens kann zudem auf unterschiedlichen (Hierarchie-)Ebenen getäuscht werden. So mag ein *decision-maker* seinen Agenten täuschen, der dann wiederum die Falschaussage an die andere Seite (d. h. den Verhandlungspartner) weiterträgt. In diesem Fall täuscht nach der hier zugrunde gelegten Definition nur der *decision-maker*, der Agent jedoch nicht, da

¹³¹ Die Tatsache, dass die möglichen Vorteile, die mit einer Täuschung verbunden sind, sich auf das Täuschungsverhalten auswirken, wurde bereits unter 2. Teil, A.I.2. erörtert. Vgl. wiederum *Tenbrunsel*, *Academy of Management Journal* 41 (1998), 330, 334; *Gneezy*, *The American Economic Review* 95 (2005), 384, 387f. (die Teilnehmer waren Studierende).

¹³² *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 182f. Ähnlich auch *DeGeorge* in: *Bowie/Freeman* (Hrsg.), *Ethics and Agency Theory*, 1992, S. 59, 65. Vgl. auch die Ausführungen bei *Rees/Tenbrunsel/Bazerman*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 26, 34. Generell auch mit Blick auf Geschäftsführer *Carr*, *Harvard Business Review* 46 (1968), 143, 144.

¹³³ Siehe dazu auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 183f.

¹³⁴ Siehe zu diesem Aspekt *Rees/Tenbrunsel/Bazerman*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 26, 34.

er glaubt, dass seine Aussage der Wahrheit entspricht.¹³⁵ Teilweise wird sogar vermutet, dass die Prinzipal-Agenten-Situation den Prinzipal geradezu zu listigen Manövern einladen könnte.¹³⁶ Umgekehrt kann der *decision-maker* dem Agenten korrekte Informationen geben, dieser mag sich allerdings dazu entscheiden, den Verhandlungspartner durch eine Falschaussage zu täuschen (*hidden action*). Dieser Bluff kann z. B. der Motivation entspringen, den Vertrag abzuschließen und daraufhin eine Abschlussprämie zu erhalten. Wird die Täuschung nicht aufgedeckt, kann der *decision-maker* nicht erkennen, dass das Verhandlungsergebnis von einem Bluff beeinflusst wurde. Es ist aber auch möglich, dass der *decision-maker* den Agenten sogar anweist zu täuschen.¹³⁷ Ebenso vorstellbar ist es, dass der Agent Informationen, die er im Laufe der Verhandlung generiert, nicht wahrheitsgemäß bzw. unvollständig und bewusst irreführend an seinen *decision-maker* weiterleitet. Er kann zudem falsche Angaben zu seinen Handlungen im Rahmen der Verhandlung gegenüber dem *decision-maker* machen. Insofern haben z. B. *hidden actions* einen Einfluss auf das Täuschungsverhalten. Der direkte Prinzipal (d. h. der *decision-maker*, also z. B. ein Einkaufsleiter) wiederum mag die falschen Informationen dann an andere Entscheidungsträger (z. B. Geschäftsführer) weiterleiten oder auch in die Verhandlung mit der anderen Seite einfließen lassen. Aus juristischer Sicht können die gemachten Ausführungen sowohl für die Täuschung, den Irrtum, den Vorsatz und die Kausalität eine Rolle spielen. Sie werden daher unter 2. Teil, B.I.9. und 10. im Rahmen der Erörterung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wieder aufgegriffen.

Außerdem wird der Umgang mit Lügen durch die Prinzipal-Agenten-Situation beeinflusst. So mag ein vom Verhandlungspartner getäuschter Agent beispielsweise kein Interesse daran haben, Bluffs des Verhandlungspartners aufzudecken.¹³⁸ Dies gilt wohl insbesondere dann, wenn der Agent auf die Täuschung des Verhandlungspartners bereits „hereingefallen“ ist.¹³⁹ Dann mag er davor zurückschrecken, seinem Prinzipal mitzuteilen, dass er erfolgreich belogen wurde.¹⁴⁰ Diese Tendenz

¹³⁵ Siehe zur hier verwendeten Definition unter 2. Teil, A.III.1. und zur rechtlichen Bewertung siehe 2. Teil, B.I.9.c).

¹³⁶ J. Rubin/Sander, *Negotiation Journal* 4 (1988), 395, 400. Vgl. auch Cramton/Dees, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373 f., die dies damit erklären, dass der Prinzipal sich leichter „herausreden“ kann, indem er z. B. darauf verweist, dass es sich um ein Missverständnis gehandelt habe. Ebenfalls Gründe für mehr unethisches Verhalten anführend (im Kontext einer Anwalt-Klienten-Beziehung) Korobkin, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1238 ff.

¹³⁷ Allgemeiner zu unethischem Verhalten J. Rubin/Sander, *Negotiation Journal* 4 (1988), 395, 400.

¹³⁸ So bereits S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 268 f.

¹³⁹ Dees/Cramton, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 140 verweisen auch darauf (ohne konkret auf die Prinzipal-Agenten-Situation einzugehen), dass professionelle Verhandler unter Umständen dazu tendieren könnten, sich selbst verantwortlich zu machen („how could I have been so stupid?“). Vgl. dazu auch Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 76 (zu Schamgefühl).

¹⁴⁰ In anderem Zusammenhang, aber ähnlich auch C. Karrass, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 61 („If negotiators discover it later, they must have the courage to explain to management why

wird besonders ausgeprägt sein, wenn der Agent deswegen negative Konsequenzen fürchtet.¹⁴¹ Er kann sich daher in so einer Situation dazu entscheiden, diesen Aspekt vor seinem Prinzipal zu verbergen.¹⁴² Konkret bedeutet das, dass er seinem Prinzipal oftmals verschweigen wird, dass er belogen wurde, bzw. sogar darüber täuschen wird, wenn er danach gefragt wird. Dies wiederum schränkt die potenziellen Reaktionen auf die Lüge des Verhandlungspartners ein (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.).¹⁴³ Denn wird die Täuschung innerhalb des Unternehmens nicht aufgedeckt, kommt beispielsweise eine Anfechtung und ggf. sogar eine gerichtliche Klärung der Anfechtung nicht in Betracht.¹⁴⁴ Es sind dann vielmehr Reaktionen wie Gegenlügen des Agenten (gegenüber dem Verhandlungspartner) denkbar. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die ökonomische Bewertung von Täuschungen wird näher unter 4. Teil, G.V.5.a) erörtert.

IV. Lügen zum eigenen Vorteil?

In unternehmerischen Verhandlungen verfolgen die Verhandler generell ihre eigenen Interessen bzw. die Interessen ihres Prinzipals, sofern sie – wie in den allermeisten Fällen – selbst als Agenten handeln (Prinzipal-Agenten-Situation, siehe dazu 2. Teil, A.III.). Lügen werden damit regelmäßig eingesetzt, um einen Vorteil für sich bzw. für das eigene Verhandlungsteam und den Prinzipal zu generieren.¹⁴⁵

they did not check things under pressure. This requires the kind of courage some people do not have.“)

¹⁴¹ Vgl. auch *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 268 f.

¹⁴² Möglich sind auch andere Täuschungen (z. B. über Misserfolge in der Verhandlung). Vgl. auch *Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 268 f.

¹⁴³ *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 268 f.

¹⁴⁴ In einem solchen Fall würden zwangsläufig verschiedene Personen des Unternehmens eingebunden werden (z. B. eine ggf. bestehende Rechtsabteilung).

¹⁴⁵ Vgl. *Allhoff*, *Journal of Business Ethics* 45 (2003), 283, 283 („The goal of bluffing is quite simple: to enhance the strength of one’s position during negotiations“). Siehe auch *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Research in Conflict Management*, 2014, S. 343, 356 („Third, the use of deception frequently confers strategic advantages on the negotiator who engages in it“). Vgl. zudem *Methasani/Gaspar/Barry*, *Negotiation and Conflict Management Research* 10 (2017), 158, 159 („The use of self-interested deception is common in negotiations“) und *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 138 zu Lügen über Kompromisslinien („For the most part settlement-issue deception is done simply for private gain“). Siehe mit Blick aufs deutsche Recht auch *Kolbe*, *JZ* 2009, 550, 555: „Menschen täuschen Menschen, um sich auf deren Kosten (pekuniäre) Vorteile zu verschaffen. Daß eine vorsätzliche Irreführung nicht auf die Schädigung fremden Vermögens zielt, ist klar die Ausnahme“. Vgl. auch *Faust*, *Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß*, 2001, S. 35 (unveröffentlichte Fassung): „Es hat daher ein beträchtliches Interesse daran, Information zu seinen Gunsten zu verfälschen oder schädliche Informationen zurückzuhalten“. *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 163 formulieren allgemeiner, dass dies der Beeinflussung in Richtung der Ziele des Lügners dient und darauf ausgerichtet ist, eine Machtverschiebung zu erlangen. Zur Erlangung von Macht auch *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 74. Allgemein dazu, dass unethisches Verhalten grds. zum eigenen Vorteil eingesetzt wird *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 181.

Dabei wird oftmals in Kauf genommen oder sogar darauf abgezielt, dass die andere Seite durch die Lüge schlechter gestellt wird. Täuschungen in Vertragsverhandlungen fallen dann in die Kategorie der sog. *black lies* oder auch *harmful lies*.¹⁴⁶ Entsprechend wird im deutschsprachigen Raum teilweise von „schwarzen Lügen“ gesprochen.¹⁴⁷ Im Fall von reinen Verteilungsfragen (Nullsummenspielen/*zero-sum games*¹⁴⁸) ist die Verbindung aus eigenem Vorteil und Nachteil für die Gegenseite besonders augenfällig. Denn in solchen Situationen bedeutet der Vorteil auf der einen Seite einen ebenso großen Nachteil für die andere Seite. Aufgrund der *fixed pie illusion*,¹⁴⁹ d. h. der Illusion, dass ein unveränderbarer Verhandlungskuchen besteht, nehmen Verhandler häufig an, dass es bei Verhandlungen allein um die Verteilung des Verhandlungskuchens, also um ein Nullsummenspiel, geht.¹⁵⁰ Sie gehen damit von einer *zero-sum situation* aus, was zugleich bedeutet, dass die Lügen, die eingesetzt werden, um einen Verhandlungsvorteil zu erzielen, damit bewusst zum Nachteil der anderen Seite angewandt werden. In diesem Zusammenhang werden Bluffs regelmäßig dazu genutzt, um eigene Forderungen durchzusetzen bzw. Verlangen der anderen Seite abzublocken.¹⁵¹ Dadurch möchten Verhandler bei Verteilungsfragen ein größeres Stück vom sog. Verhandlungskuchen (engl.: *negotiation pie*), also einen größeren Anteil vom Gesamtwert der Verhandlung, erlangen.¹⁵² Weist ein Käufer den Verkäufer beispielsweise darauf hin, dass ihm ein besseres Konkurrenzangebot vorliegt und er das Geschäft nur abschließen wird, sofern ihm der Verkäufer günstigere Konditionen bieten kann, so möchte der Käufer dadurch einen Vorteil für sich selbst auf Kosten des Verkäufers erzielen (sog. *Better-offer-Taktik*¹⁵³). Die Lüge kann zudem darauf ausgerichtet sein, überhaupt einen Vertragsabschluss zu erzielen.¹⁵⁴ Das ist der Fall, wenn dem Verhandlungspartner eigentlich eine bessere Alternative zum Vertragsschluss vorläge, ihm aber vorge-

¹⁴⁶ Die Terminologie ist nicht einheitlich. Teilweise wird auch von *self-serving lies* gesprochen. *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 723 verwenden den Begriff *selfish black lies*.

¹⁴⁷ Siehe z. B. *Beyer*, *Der Lüge auf der Spur*, 2007, S. 22; *Biallowons/Schwartz*, *Ehrlichkeit*, 2014, S. 49 unter Verweis auf den angelsächsischen Sprachraum.

¹⁴⁸ Der Begriff „Nullsummenspiel“ (bzw. *zero-sum game*) stammt aus dem Bereich der Spieltheorie. Nullsummenspiele zeichnen sich dadurch aus, dass die Interessen der Spieler sich diametral gegenüberstehen, wodurch die Gewinne auf der einen Seite gleichzeitig einen Verlust auf der anderen Seite bedingen. Einen Überblick dazu gebend *Behnke*, *Entscheidungs- und Spieltheorie*, 2. Aufl. 2020, S. 71 ff.

¹⁴⁹ Siehe dazu *Bazerman*, *American Behavioral Scientist* 27 (1983), 211, 215 ff.; vgl. auch *Thompson/Hastie*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 47 (1990), 98, 98 ff. (bezeichnen das Phänomen als *fix sum error*).

¹⁵⁰ Vgl. *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 280.

¹⁵¹ Zur Durchsetzung der eigenen Interessen auch *Herresthal* in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 145, 166 ff.

¹⁵² Siehe *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 279 f. zum Begriff *negotiation pie*.

¹⁵³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.3.

¹⁵⁴ Dies kann dadurch erreicht werden, dass ein möglicher Einigungsbereich vorgetäuscht wird, der bei wahrer Sachlage so nicht besteht. Siehe zum ZOPA sogleich näher unter 2. Teil, A.V.1.

täuscht wird, dass das vorliegende Angebot attraktiver ist als seine Alternative. Ohne die Lüge würde der Verhandlungspartner in solchen Situationen den Vertragsschluss ablehnen. Im Folgenden werden unter 2. Teil, A.VI. einige Täuschungstaktiken und ihre Wirkungsweise beispielhaft erläutert.

Lügen werden oftmals im Verhältnis zu anderen Vorgehensweisen, wie der Ausübung von Druck, als vorteilhaft angesehen, um eigene Interessen durchzusetzen, da der Täuschende durch einen erfolgreichen Bluff¹⁵⁵ u. U. ein kooperatives Verhalten vortäuschen kann und gleichzeitig einen Vorteil für sich erlangt.¹⁵⁶ Der Einsatz von Druck und Drohungen offenbart hingegen unkooperatives Verhalten und kann daher die Beziehung zum Verhandlungspartner schädigen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass es auch in unternehmerischen Vertragsverhandlungen Bluffs gibt, die zum beiderseitigen Vorteil vorgetragen werden oder vor allem darauf abzielen, die andere Seite zu schützen. Wenn eine Täuschung dazu führt, dass beide Parteien sich in einer besseren Position wiederfinden oder zumindest eine Partei durch den Bluff besser gestellt und die andere Partei dabei nicht in eine ungünstigere Position gebracht wird, führt die Lüge zu einer Pareto-Verbesserung¹⁵⁷. Solche Bluffs werden in der Literatur *paternalistic lies* oder *Pareto-white lies* genannt.¹⁵⁸ Der Begriff *white lies*¹⁵⁹ wird darüber hinaus allgemein für „harmlose“ Bluffs verwendet. Solche „harmlosen“ Täuschungen werden vor allem in *small talk* Situationen genutzt und dienen dort als soziales Schmiermittel bzw. dazu, die Gefühle der anderen Seite nicht zu verletzen.¹⁶⁰ So mag z. B. ein Gemälde im Büro des Verhandlungspartners gelobt werden, obwohl es nicht den Geschmack der anderen Seite trifft. Das Vorspielen von Freude über Geschenke oder Essenseinladungen würde ebenfalls in diesen Bereich fallen.¹⁶¹ Allerdings ist die Reichweite von paternalisti-

¹⁵⁵ Das bedeutet einer Lüge, die von der anderen Seite nicht aufgedeckt wird.

¹⁵⁶ *Methasani/Gaspar/Barry*, Negotiation and Conflict Management Research 10 (2017), 158, 159.

¹⁵⁷ Das dahinterstehende Konzept ist nach *Vilfredo Pareto* benannt. Als Einführung zu Pareto-Verbesserungen siehe z. B. *Hall/Liebermann*, Principles and Applications of Microeconomics, 6. Aufl. 2012, S. 429 ff.; vgl. auch *Mathur*, The Journal of Economic Education 22 (1991), 172–178.

¹⁵⁸ *Erat/Gneezy*, Management Science 58 (2012), 723, 724 zu *Pareto-white lies*. *Porat/Yadlin*, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 621 verwenden den Begriff *paternalistic lies*. *E. Levine/Schweitzer*, Journal of Experimental Social Psychology 53 (2014), 107, 108 verwenden die Bezeichnung *prosocial lies* für Lügen, die zugunsten der anderen Seite erzählt werden, die täuschende Seite jedoch nichts kosten.

¹⁵⁹ Zu *white lies* siehe allg. z. B. *Bok*, Lying, 1999, S. 57–72 (auf S. 58 verbindet die Autorin die Nachteiligkeit und die Harmlosigkeit: „a white lie [...] is a falsehood not meant to injure anyone, and of little moral import.“). Siehe auch *E. Levine/Schweitzer*, Journal of Experimental Social Psychology 53 (2014), 107, 108 („We define white lies as false statements made with the intention of misleading a target about something trivial“).

¹⁶⁰ Vgl. *C. Ford*, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 28f.

¹⁶¹ Im Bereich von Täuschungen werden die Begrifflichkeiten teils unterschiedlich verwendet. So wird teilweise die Bezeichnung *prosocial lies* als Begriff für Bluffs gewählt, die zugunsten der anderen Seite erzählt werden, die täuschende Seite jedoch nichts kosten. Als *altruistic lies* werden entsprechend Lügen bezeichnet, die der anderen Seite einen Vorteil bringen, den Bluffenden aber gleichzeitig etwas kosten. Siehe z. B. *E. Levine/Schweitzer*, Journal of Experimental Social Psy-

schen Lügen und *Pareto-white lies* sowie *white lies* im Allgemeinen in B2B-Verhandlungen viel enger als in anderen Bereichen. Dass es auch solche Täuschungen gibt, ändert somit im Ergebnis nichts daran, dass in unternehmerischen Verhandlungen die eigennützigen Täuschungen (*black lies*) wohl dominieren.¹⁶² Im Folgenden wird daher besonders auf die Effekte von „schwarzen“ Lügen eingegangen.

V. Einfluss von Täuschungen auf das Verhandlungsergebnis

Nachdem soeben gezeigt wurde, dass in unternehmerischen Verhandlungen häufig zum eigenen Vorteil gelogen wird, wird in diesem Abschnitt näher untersucht, wie diese Vorteile der Täuschung konkret ausfallen. Dies ist zentral für die hiesige Betrachtung, da die aus der Täuschung ggf. resultierenden Vorteile sowie die ggf. entstehenden Nachteile für die Gegenseite die rechtliche Bewertung beeinflussen können. Dafür wird zunächst dargelegt, wie Verhandlungsergebnisse überhaupt beurteilt werden können. Es werden insofern die beiden zentralen Begriffe BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) und ZOPA (*zone of possible agreement*) erörtert, auf die im Laufe der Arbeit immer wieder Bezug genommen wird. Im Anschluss daran soll dann konkret der Frage nachgegangen werden, ob Verhandler ein besseres Verhandlungsergebnis durch die Täuschung erzielen können, sofern der Bluff von der anderen Seite nicht erkannt wird. Dafür werden sowohl die Erkenntnisse bestehender Studien herangezogen als auch die möglichen Auswirkungen auf das BATNA und das ZOPA berücksichtigt. Zum Umgang mit Irreführungen siehe dann näher unter 2. Teil, A.VII. Die allgemeinen ökonomischen Auswirkungen von Lügen auf unternehmerische Verhandlungen werden zudem in einem späteren Abschnitt ausführlich diskutiert (siehe 4. Teil, G.).

1. Grundlagen: BATNA und ZOPA

Um beurteilen zu können, wie sich Lügen auf das Verhandlungsergebnis auswirken, ist es entscheidend zu wissen, wie das Verhandlungsergebnis gemessen werden kann. Im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen in diesem Zusammenhang die Begriffe BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) und ZOPA (*zone of possible agreement*).¹⁶³ Der Begriff BATNA stammt aus dem anglo-amerikanischen Raum und erhielt vor allem durch *Fisher/Ury* und ihr Werk „getting to yes“ (das Harvard Verhandlungskonzept) viel Aufmerksamkeit.¹⁶⁴ Im Laufe der Zeit

chology 53 (2014), 107, 108. *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 724 sprechen im Zusammenhang mit letzteren von *altruistic white lies*.

¹⁶² So auch *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 161.

¹⁶³ Die folgenden Ausführungen basieren auf *S. Jung/Matejcek*, ZKM 2021, 102, 102 ff. Insofern wurden Passagen auch wörtlich bzw. nahezu wörtlich übernommen. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

¹⁶⁴ *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 99 ff. Auch *John Nash* arbeitete bereits

wurde das BATNA so zu einem der zentralen Begriffe und Konzepte der Verhandlungswissenschaft.¹⁶⁵ Das BATNA stellt die beste Alternative zum verhandelten Vertrag dar.¹⁶⁶ Der Verhandler kann mit Hilfe des BATNA erkennen, ob der konkrete, verhandelte Vertrag im Verhältnis zur Alternative (also relativ betrachtet) sinnvoll erscheint.¹⁶⁷ Die zum Vergleich heranzuziehenden Alternativen sollten weit verstanden werden. Als Alternative zum Kauf eines konkreten Produkts sollten nicht nur die entsprechenden Angebote anderer Händler herangezogen werden. Zu den Alternativen zählen beispielsweise auch anders strukturierte Verträge (z. B. ein Leasing statt eines Kaufs [mit derselben oder einer anderen Partei]), Verträge über ein alternatives Produkt (mit derselben oder einer anderen Partei), ein Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt (mit derselben oder einer anderen Partei), andere Handlungen (eigene Herstellung des Gegenstands, den man erwerben wollte) sowie die Beibehaltung des Status quo.¹⁶⁸ Da für die Verhandlungsparteien somit immer auch die Option vorliegt, nicht zu einem Vertragsabschluss zu kommen¹⁶⁹, ist bei Verhandlungen folglich grundsätzlich immer eine Alternative gegeben. Die teilweise verwendete Bezeichnung TINA (*there is no alternative* – keine Alternative)¹⁷⁰ ist insofern irreführend.¹⁷¹

Die Bestimmung des eigenen BATNA ist für Verhandler somit relevant, da das BATNA eine rationale Entscheidung für oder gegen den aktuell verhandelten Vertrag erlaubt.¹⁷² Denn der Verhandler sollte seine beste Alternative, d. h. das BATNA, wählen, sofern der konkrete Verhandlungsstand schlechter als sein BATNA ist. Ein Vertragsschluss sollte hingegen angestrebt werden, wenn der konkrete Verhandlungsstand besser als das eigene BATNA ist.¹⁷³ Das BATNA ent-

1950 die Relevanz von Verhandlungsalternativen heraus, siehe *Nash*, *Econometrica* 18 (1950) S. 155–162. S. *Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁶⁵ *Sebenius*, *Negotiation Journal* 33 (2017), 89, 90 bezeichnet das BATNA als „immensely useful tool“. In Deutschland wird teilweise statt BATNA der Begriff NEA (Nichteinigungsalternative) verwendet. So *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 78.

¹⁶⁶ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 78. *De Vries/Leenes/Zeleznikow* in: *Zeleznikow/Lodder* (Hrsg.), *Second International ODR Workshop*, 2005, S. 59, 60: „a precise notion of what constitutes a BATNA, is not available“. *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103. Die schlechteste Alternative zum verhandelten Vertrag wird entsprechend als WATNA (*worst alternative to a negotiated agreement*) bezeichnet. Siehe statt vieler *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 78.

¹⁶⁷ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁶⁸ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁶⁹ Fälle von Kontrahierungszwang sollen an dieser Stelle außer Acht bleiben. *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁷⁰ Siehe zur taktischen Nutzung von TINA in Vertragsverhandlungen *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 375 f.

¹⁷¹ Die Bezeichnung TINA wird meist dann verwendet, wenn das BATNA sehr schlecht ist (was gleichzeitig bedeutet, dass alle anderen Optionen noch schlechter sind). *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁷² *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103. Vgl. auch *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 273.

¹⁷³ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

spricht somit – vereinfacht ausgedrückt – dem Minimalziel bzw. stellt den *deal-breaker* dar, d. h. den Punkt, ab dem ein rationaler Verhandler den Vertragsschluss ablehnen würde.¹⁷⁴ Es kann zudem vorkommen, dass das BATNA und der aktuelle Verhandlungsstand zu einem vergleichbaren Ergebnis führen. In solchen Fällen kann sich der Verhandler aus rationaler Sicht sowohl für den aktuellen Verhandlungsstand oder auch das BATNA entscheiden. Dieser Punkt trägt die Bezeichnung *indifference point* (Indifferenzpunkt).¹⁷⁵

In Zwei-Parteien-Verhandlungen ergibt sich aus dem Zusammenspiel der BATNA beider Parteien, ob eine *zone of possible agreement* (ZOPA) vorliegt. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich die beiden BATNA überlappen.¹⁷⁶ Der Begriff ZOPA wurde maßgeblich von *Howard Raiffa* geprägt.¹⁷⁷ Jede Einigungsmöglichkeit innerhalb des ZOPA ist für beide Seiten wirtschaftlich sinnvoll,¹⁷⁸ da innerhalb der Einigungszone beiden Verhandlungsparteien keine bessere Alternative zum konkreten Vertragsschluss vorliegt. Das bedeutet, dass die Verhandlungen somit zu einer Einigung führen sollten.¹⁷⁹ Aus dem ZOPA lässt sich dadurch gleichzeitig die Spanne der Einigungsmöglichkeiten ablesen. Außerdem zeigt das ZOPA an, welcher Vorteil insgesamt für die Verhandlungsparteien durch einen Vertragsschluss, d. h. welcher Verhandlungswert (*negotiation value*)¹⁸⁰, generiert werden kann.¹⁸¹ Insofern wird teilweise auch die Bezeichnung „Verhandlungskuchen“¹⁸² (*negotiation pie*) verwendet. Mit Hilfe des ZOPA kann somit ermittelt werden, wie viel eine Partei vom „Verhandlungskuchen“ erhält. Dadurch kann zugleich der relative Verhandlungserfolg bewertet werden.¹⁸³

Überlappen sich die BATNA der beiden Verhandlungsparteien hingegen nicht, so liegt keine Einigungszone vor (= NOPA [*no possible agreement*]).¹⁸⁴ Aus Sicht

¹⁷⁴ Vgl. *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 428. In rationalen, interessenorientierten Verhandlungen stellt eine bessere Alternative zum Vertragsschluss einen *deal-breaker* dar. *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 135. Vgl. auch *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁷⁵ Vgl. *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 230. *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103.

¹⁷⁶ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 104. Vgl. auch *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 274.

¹⁷⁷ *Raiffa*, The Art and Science of Negotiation, 1982, S. 44 ff. (der Begriff *bargaining range* ist ein Synonym).

¹⁷⁸ Vgl. *M. Liu/Chai* in: Benoliel (Hrsg.), Negotiation Excellence, 2. Aufl. 2014, S. 1, 18; *M. Wheeler*, Negotiation Analysis, 2000 (revised 2014), S. 1, 3 („Any price between those two figures obviously leaves both parties better off than they would be if they fail to make a deal“). *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 104; *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 274.

¹⁷⁹ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 104.

¹⁸⁰ *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 281 (beschreiben den Verhandlungswert einer Seite relativ zum BATNA).

¹⁸¹ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 104.

¹⁸² *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 279 f.

¹⁸³ *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 104.

¹⁸⁴ *M. Wheeler* in: Mnookin/Susskind (Hrsg.), Negotiating on Behalf of Others, 1999, S. 235,

der beiden Verhandlungsparteien ist es in solchen Fällen rational, nicht zu einer Einigung zu gelangen.¹⁸⁵ Regelmäßig ist es daher dann empfehlenswert, die Verhandlungen abubrechen.¹⁸⁶

Das folgende Beispiel soll das Zusammenspiel von BATNA und ZOPA veranschaulichen.¹⁸⁷

In diesem Szenario verhandeln Käufer „K“ und Verkäufer „V“ über den Preis eines gebrauchten Kleintransporters. K hat bereits von einem anderen Unternehmer einen vergleichbaren Kleintransporter zum Preis von 10.000 EUR angeboten bekommen (= Ks BATNA und *indifference point*). V hat wiederum von einem anderen potenziellen Kunden ein Angebot für den gebrauchten Kleintransporter in Höhe von 8.000 EUR erhalten (= Vs BATNA und *indifference point*). Dadurch ergibt sich ein ZOPA mit einer Spannweite von 8.000 EUR bis 10.000 EUR (Verhandlungswert/*negotiation pie*: 2.000 EUR), innerhalb dessen jede Einigung für beide Seiten ökonomisch sinnvoll ist. Einigen sich K und V auf einen Preis von 9.000 EUR, so teilen sie sich den Gesamtvorteil der Verhandlung exakt zur Hälfte.

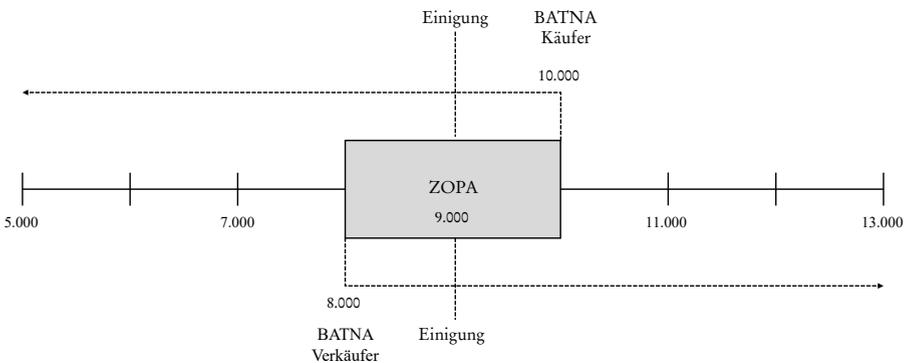


Abb. 14: Zusammenspiel von BATNA und ZOPA¹⁸⁸

2. Die Auswirkungen von Täuschungen auf das Verhandlungsergebnis

Werden Lügen zum eigenen Vorteil eingesetzt, ist es interessant zu sehen, ob sie helfen, den gewünschten Effekt tatsächlich zu erreichen. Gemessen an der Bedeutung der Frage liegen bislang nur relativ wenige Studien zu diesem Aspekt

245 ff.; S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 428; S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 104; S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 274.

¹⁸⁵ S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 104; S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 274.

¹⁸⁶ S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 104.

¹⁸⁷ Das Beispiel wurde aus S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 104 übernommen und findet sich in sehr ähnlicher Form auch in S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 274.

¹⁸⁸ Abbildung entstammt aus S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 104.

vor,¹⁸⁹ was auch daran liegen mag, dass es nicht leicht ist, die Konsequenzen von Täuschungen exakt zu bestimmen. Denn unzählige Faktoren beeinflussen das Endergebnis und nicht jeder Bluff zielt auf denselben Effekt ab. Die Studien, die es bislang gibt, setzen ihre Ergebnisse zudem nicht in Bezug zum BATNA und zum ZOPA/NOPA,¹⁹⁰ d.h. zum Verhandlungswert, und differenzieren auch nicht zwischen den verschiedenen Lügen. Dennoch soll im Folgenden ein Überblick über den bestehenden Forschungsstand gegeben werden.

Eine Untersuchung weist darauf hin, dass zwischen Täuschungen durch Verschweigen und direkten Täuschungen (durch eine falsche Aussage) unterschieden werden muss. Unerfahrene Verhandler scheinen bessere Ergebnisse durch Täuschungen durch Verschweigen als durch direkte Lügen zu erzielen.¹⁹¹ In dieser Studie führte ein direkter Bluff zudem nicht zu einem signifikant besseren Ergebnis. Durch die Täuschung durch Verschweigen wurden hingegen eindeutig bessere Resultate erzielt als durch das Offenlegen der wahren Gegebenheiten.¹⁹² Gerade in unternehmerischen Verhandlungen agieren jedoch professionelle Verhandler, bei denen es naheliegend erscheint, dass die Ergebnisse anders ausfallen würden. Es erscheint z. B. plausibel, dass gerade professionelle Verhandler auch durch direkte Täuschungen signifikant bessere Ergebnisse erzielen, solange ihre Lüge unentdeckt bleibt.¹⁹³ Entsprechend deuten andere Studien darauf hin, dass Bluffs durchaus zu vorteilhafteren Resultaten für die täuschende Seite führen.¹⁹⁴ Eine weitere Untersuchung legt insofern nahe, dass gerade vorsätzliche Irreführungen über die Kompatibilität von Interessen zu einem besseren Ergebnis für die täuschende Seite führen können.¹⁹⁵ Eine weitere Studie kommt zudem zu dem Ergebnis, dass nicht nur die täuschende Seite in der Tat generell einen höheren Gewinn durch die Täuschung erzielt, sondern sich die belogene Seite spiegelbildlich grundsätzlich mit weniger

¹⁸⁹ Wenige Studien konstatierend *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 237. Anders hingegen *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Research in Conflict Management*, 2014, S. 343, 354 („There is no shortage of evidence that deception ‚works‘ in the sense that it can engender better outcomes for the negotiator who deceives“). Einen Überblick zu den kurzfristigen und langfristigen Auswirkungen gebend *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 218ff.

¹⁹⁰ Dieser Aspekt wird daher ausführlich unter 4. Teil, G.V.3.a) im Rahmen der ökonomischen Analyse von Lügen untersucht.

¹⁹¹ *Schweitzer/Croson*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 242.

¹⁹² *Schweitzer/Croson*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 242.

¹⁹³ Den Forschungsstand zusammenfassend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Research in Conflict Management*, 2014, S. 343, 354f.

¹⁹⁴ *Gratch/Nazari/E. Johnson*, *Proceedings of the 15th International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS 2016)*, 728, 734 (die Teilnehmer wurden über Amazon Mechanical Turk rekrutiert); *Croson/Boles/Murnighan*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003) 143, 155f.; *Aquino*, *International Journal of Conflict Management* 9 (1998), 195, 207, 208; *O'Connor/Carnevale*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 509.

¹⁹⁵ *O'Connor/Carnevale*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 510.

Gewinn zufrieden geben muss.¹⁹⁶ Eine andere Untersuchung führt zu dem Schluss, dass der strategische Einsatz positiver Emotionen helfen kann, ein Nachgeben beim Verhandlungspartner zu erreichen.¹⁹⁷ Zwar ging es in der Studie nicht konkret darum, ob über Emotionen geblufft wird. Aber da den Studierenden Rollen zugewiesen wurden (z. B. Vorspielen positiver bzw. negativer Emotionen) und die Emotionen somit nicht wirklich bestanden, sondern lediglich „vorgetäuscht“ wurden, legt die Studie nahe, dass die Ergebnisse auch für Bluffs über Emotionen gelten könnten. In einer anderen Untersuchung erzielten Personen ein besseres Ergebnis, wenn sie zwar wahre Fakten erzählten, diese der Gegenseite jedoch ein verzerrtes Bild vermittelten (*paltering*).¹⁹⁸ Ohne konkret auf empirische Studien zu verweisen, wird zudem in der Literatur oftmals davon ausgegangen, dass Lügen durchaus helfen, bessere Ergebnisse zu erzielen.¹⁹⁹ Eine Studie weist zudem darauf hin, dass sogar das Gesamtergebnis besser ausfallen könnte, wenn Täuschungstaktiken genutzt werden. Dies wurde mit Hilfe eines Verhandlungsspiels gezeigt, bei dem bezüglich fünf verschiedener Aspekte eine Einigung erzielt werden sollte. Bei drei Aspekten standen sich die Interessen diametral gegenüber, bei zwei Punkten bestand jedoch aufgrund abweichender Interessen die Möglichkeit, den Verhandlungskuchen zu vergrößern. Die Studie zeigt, dass der Gesamtwert der Verhandlung höher ausfällt, wenn zumindest eine Partei während der Verhandlung blufft, als wenn beide Parteien ausschließlich die Wahrheit sagen.²⁰⁰ Damit ist allerdings noch nichts über die Verteilung des Gesamtwerts gesagt. Eine andere Studie, die auf dem Gefangenendilemma basiert, kommt hingegen zu dem Ergebnis, dass der gemeinsam erzielte Wert im Fall von Täuschungen geringer ausfällt.²⁰¹ Aus den Ausführungen könnte geschlossen werden, dass es darauf ankommt, ob ein Nullsummenspiel vorliegt oder eine Vergrößerung des Verhandlungskuchens möglich ist.

Betrachtet man die Auswirkungen von Täuschungen mit Blick auf BATNA und ZOPA, so lassen sich zwei Situationen unterscheiden:

- Eine Möglichkeit besteht darin, dass bestimmte Täuschungen keine Auswirkungen auf die beiden BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) der Verhandlungsparteien haben und damit das ZOPA/NOPA (*zone of possible agreement/no possible agreement*) unverändert lassen (dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.a aa)).

¹⁹⁶ Schweitzer/DeChurch/Gibson, *Journal of Applied Social Psychology* 35 (2005), 2123, 2139.

¹⁹⁷ Kopelman/Rosette/Thompson, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 99 (2006), 81, 95.

¹⁹⁸ Rogers et al., *Journal of Personality and Social Psychology* 112 (2017), 456, 456 ff.

¹⁹⁹ Siehe z. B. Wetlaufer, *Iowa Law Review* 75 (1990), 1219, 1272 in Bezug auf Anwälte („a willingness to lie is central to one’s effectiveness in negotiations“). Gaspar/Methasani/Schweitzer, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 62, 64 („deception – at least in the short-term – is often effective.“). Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in organizations* 1983, S. 68, 71 („When used, they may be successful in helping the negotiator to achieve objectives [tangibles]“).

²⁰⁰ O’Connor/Carnevale, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 510.

²⁰¹ Schweitzer/DeChurch/Gibson, *Journal of Applied Social Psychology* 35 (2005), 2123, 2139.

- Daneben gibt es Täuschungen, die in vielfältiger Weise auf die beiden BATNA der Verhandlungsparteien und damit auf das ZOPA/NOPA Einfluss nehmen können (dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.a.bb)).

Auf die einzelnen Auswirkungen je nach Täuschungsgegenstand wird noch genauer im Rahmen der ökonomischen Analyse von Lügen eingegangen (siehe 4. Teil, G.VII.). In jedem Fall können Bluffs somit zu vorteilhaften Ergebnissen für die täuschende Seite führen.²⁰² Das zeigt, dass Anreize bestehen, in unternehmerischen Verhandlungen zu bluffen und plausibilisiert noch einmal, dass Lügen daher wohl auch häufig eingesetzt werden (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.II.). Gleichzeitig verdeutlicht die Betrachtung die Schattenseite von Bluffs. Denn diese können vor allem für die getäuschte Seite zu unvorteilhaften bzw. weniger vorteilhaften Verträgen führen. Im schlimmsten Fall kann durch die Lüge allerdings sogar ein Schaden für beide Seiten entstehen. Das ist immer dann der Fall, wenn der Bluff ein Scheitern der Verhandlungen trotz eines vorhandenen ZOPA provoziert oder zu einem für beide Seiten unvorteilhaften Vertragsinhalt führt. Insofern kann die Lüge zu einer sogenannten Lose-lose-Situation führen.²⁰³

VI. Ausgesuchte Täuschungstaktiken

Im Folgenden werden einige ausgewählte (Irreführungs-)Taktiken vorgestellt. In der Verhandlungsliteratur wird der Oberbegriff EANT (*ethically ambiguous negotiation tactics*) auch für (Täuschungs-)Taktiken genutzt. Allerdings fallen darunter nicht nur Täuschungstaktiken, sondern auch Taktiken, die z. B. auf Druck basieren. Die moralische Bewertung der hier betrachteten Täuschungstaktiken wird in dieser Arbeit näher unter 4. Teil, B. untersucht. Im Folgenden geht es zunächst um die exemplarische Darstellung relevanter (Irreführungs-)Taktiken. Ein Teil der beschriebenen Taktiken muss nicht in jedem Fall mit einer Lüge verbunden sein. Vielmehr können diese Taktiken auch von Verhandlern eingesetzt werden, die die Wahrheit sagen. Die untenstehenden Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf die Varianten, bei denen die entsprechende Taktik mit einem Bluff kombiniert wird. Neben den hier beschriebenen (Irreführungs-)Taktiken gibt es zahlreiche weitere Taktiken, die auf Täuschungen beruhen bzw. beruhen können.²⁰⁴ Die im Folgenden aufgeführten Taktiken wurden ausgesucht, da sie gut das Spektrum

²⁰² Dazu, dass Lügen zum eigenen Vorteil eingesetzt werden siehe bereits unter 2. Teil, A.IV. Dazu, dass Lügen für den Lügner auch vorteilhafte Ergebnisse generieren, 2. Teil, A.V.2. Vgl. auch *Gratch/Nazari/E. Johnson*, Proceedings of the 15th International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS 2016), 728, 734 (die Teilnehmer wurden über *Amazon Mechanical Turk* rekrutiert); *Croson/Boles/Murnighan*, Journal of Economic Behavior & Organization 51 (2003) 143, 155 f.; *Aquino*, International Journal of Conflict Management 9 (1998), 195, 207, 208; *O'Connor/Carnevale*, Personality and Social Psychology Bulletin 23 (1997), 504, 509.

²⁰³ Allgemein zu Lose-lose-Situationen *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 261.

²⁰⁴ Unter 3. Teil, D.IX.4. werden zwar nicht die weiteren Täuschungstaktiken beschrieben, aber dafür die verschiedenen Täuschungsgegenstände.

möglicher Bluffs aufzeigen und regelmäßig in der Verhandlungsliteratur diskutiert werden. Auf diese Täuschungstaktiken wird im Laufe dieser Arbeit zur Veranschaulichung immer wieder Bezug genommen, weshalb hier vorab ihre Wirkungsweise erläutert werden soll. Außerdem wurden diese Taktiken für die Siegenger-Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen (siehe dazu unter 1. Teil, C.III.) ausgewählt. Anhand entsprechend strukturierter Konstellationen wird somit das Moralverständnis und das Rechtsgefühl sowie ggf. das Judiz und die Rechtskenntnis der Befragten untersucht. Die relevanten (Irreführungs-)Taktiken und ihre Funktionsweisen werden daher im Folgenden prägnant erläutert.

1. Similar-to-me-Taktik

Bei der Similar-to-me-Taktik unterstreichen Verhandler Gemeinsamkeiten mit ihrem Gegenüber, um durch die dadurch hervorgerufene Sympathie *rapport*²⁰⁵, d. h. eine gute Beziehung zum Vertragspartner, aufzubauen.²⁰⁶ Die Similar-to-me-Taktik nutzt dabei den Similar-to-me-Effekt.²⁰⁷ Denn Menschen neigen dazu, Personen, die ihnen ähnlich sind, sympathischer zu finden als solche, die weniger Gemeinsamkeiten mit ihnen aufweisen. Diese Ähnlichkeiten können sich z. B. auf das Alter, das Geschlecht, die Herkunft, Hobbies, Charaktereigenschaften, Erfahrungen oder politische Einstellungen beziehen.²⁰⁸ In unternehmerischen Vertragsverhandlungen können entsprechende Gemeinsamkeiten z. B. im Rahmen von *small talk*²⁰⁹ vor, nach aber auch während der Verhandlung betont werden.

²⁰⁵ Vgl. zu *rapport* Nadler, Marquette Law Review 87 (2004), 875, 875 ff.; S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 323; Nasher, Deal!, 2015, S. 75 ff.; Horton, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 85 ff. Siehe auch Jap/Robertson/Hamilton, Management Science 57 (2011), 1610, 1611 („Colloquially, rapport describes a relationship characterized by a high degree of sympathy, accord, and cooperation“). Zu *rapport* und der Abschlusswahrscheinlichkeit bei E-Mail-Verhandlungen auch Nadler, Harvard Negotiation Law Review 9 (2004), 223, 223 ff.

²⁰⁶ Vgl. zur Similar-to-me-Taktik bei Verhandlungen S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 349; Shell, Bargaining for Advantage, 2006, S. 68. Vgl. zu Gemeinsamkeiten und dem Vertrauensaufbau auch Benjamin in: Folberg/Golann (Hrsg.), Lawyer Negotiation, 2. Aufl. 2011, S. 87, 87 f. Vgl. auch Horton, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 87 (ohne den Begriff zu erwähnen).

²⁰⁷ Zum Similar-to-me-Effekt bei Einstellungsgesprächen vgl. Sears/Rowe, Canadian Journal of Behavioral Science 35 (2003), 13, 13 ff. Den Effekt zwar nicht so bezeichnend, aber die Thematik beleuchtend Tsui/O'Reilly, Academy of Management Journal 32 (1989), 402, 402–423.

²⁰⁸ Vgl. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 349; Galin, The World of Negotiation, 2015, S. 52. Vgl. auch Benjamin in: Folberg/Golann (Hrsg.), Lawyer Negotiation, 2. Aufl. 2011, S. 87, 88.

²⁰⁹ Vgl. Benjamin in: Folberg/Golann (Hrsg.), Lawyer Negotiation, 2. Aufl. 2011, S. 87, 88. Siehe zu *small talk* in Vertragsverhandlungen u. a. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 116 f. Zur Bedeutung von Vertragsverhandlungen für die Abschlusswahrscheinlichkeit siehe z. B. Nadler, Harvard Negotiation Law Review 9 (2004), 223, 223 ff. Zur kulturellen Unterschieden bezüglich der Bedeutung von *small talk* auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 183, 193 und 205.

Die Übereinstimmungen bzw. Gemeinsamkeiten mit der Gegenseite, die im Rahmen von *small talk* aufgegriffen werden, können tatsächlich bestehen. So können beispielsweise beide Verhandlungspartner tatsächlich passionierte Golfspieler sein und über diese bestehende Gemeinsamkeit eine gute Beziehung aufbauen. Es wird bezüglich entsprechender Aspekte allerdings nicht selten auch gelogen, d. h. insbesondere untertrieben oder übertrieben. Es werden dann Gemeinsamkeiten hervorgehoben, die so in Wahrheit nicht existieren. Vor allem über Vorlieben und Präferenzen²¹⁰ wird geblufft. Es werden jedoch in diesem Rahmen nicht nur Meinungen vertreten, hinter der die Person in Wahrheit nicht steht, sondern es wird auch über Tatsachen gelogen. So mag beispielsweise ein Verhandler nicht nur darüber täuschen, ob ihm die Stadt Shanghai gefällt, sondern auch darüber, ob er schon einmal dort gewesen ist.

Die Taktik kann Vertragsverhandlungen und Verhandlungsergebnisse trotz des fehlenden Bezugs zum Vertragsinhalt beeinflussen, da Verhandler gerade in ständigen Geschäftsbeziehungen oder in Beziehungen, bei denen die Vertragsdurchführung kritisch ist, häufig großen Wert auf eine gute Beziehung zum Vertragspartner legen.²¹¹ Bei zwei in etwa gleichwertigen Angeboten²¹² kann die Parteibeziehung dann z. B. den Ausschlag für den Vertrag geben.²¹³ Im Extremfall kann sogar das etwas schlechtere Angebot aufgrund einer besonders guten Parteibeziehung gewählt werden.

2. Taktik der kleinen Menge

Bei der Taktik der kleinen Menge unterstreicht der Verkäufer die knappe Verfügbarkeit eines Produkts bzw. einer Dienstleistung.²¹⁴ Er weist beispielsweise darauf hin, noch lediglich „3 Stück auf Lager“²¹⁵ zu haben. Diese Aussage kann den Tat-

²¹⁰ Generell zur Häufigkeit von Lügen über Präferenzen und Interessen in Verhandlungen O'Connor/Carnevale, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 504 ff.

²¹¹ In unternehmerischen Verhandlungen ist zu bedenken, dass die natürlichen Personen über Gemeinsamkeiten Vertrauen aufbauen. Studien haben jedoch gezeigt, dass das Vertrauen in einen Verhandler häufig auf das Unternehmen übertragen wird. Siehe zur Institutionalisierung von Vertrauen bspw. Kroeger in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.) *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 261, 261 ff.; zu interorganisationellem und interpersonellen Vertrauen vgl. Zabeer/McEvily/Perrone, *Organization Science* 9 (1998), 141, 144, 153 ff.; siehe außerdem zu spezifischen Situationen Doney/Cannon, *Journal of Marketing* 61 (1997), 35, 45; Chen/Mau, *The Service Industries Journal* 29 (2009), 59, 69.

²¹² Siehe unter 2. Teil, A.V.1. auch zum Indifferenz-Punkt.

²¹³ Galin, *The World of Negotiation*, 2015, S. 52 („Due to the similarity perception, negotiators tend to prefer, comply, agree and even help opponents who are similar to them“).

²¹⁴ Zur Taktik der kleinen Menge vgl. S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 365; Nasber, *Deal!*, 2015, S. 35 ff.

²¹⁵ Diese Taktik wird insbesondere von Online-Plattformen eingesetzt (z. B. Zalando und amazon). Zalando wurde 2015 von der Wettbewerbszentrale abgemahnt, da die Angaben nicht stimmten. Siehe Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Pressemitteilung (von Peter Brammen), Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung,

sachen entsprechen, sie kann aber auch falsch sein. Oftmals wird zugleich betont, wie schnell die Bestände verkauft werden, um zu signalisieren, wie beliebt das Produkt ist und dass es bald nicht mehr vorrätig sein wird („in den letzten 24 Stunden wurden 6 Stück verkauft“²¹⁶). Entsprechende Aussagen können – müssen aber nicht – auf einer Lüge basieren.

Die Taktik beruht im Ergebnis auf dem *scarcity effect*²¹⁷ und zu einem gewissen Grad auf dem *bandwagon effect*^{218, 219}. Denn die Knappheit des Produkts bzw. der Dienstleistung lässt dieses für den potenziellen Kunden wertvoller erscheinen. Außerdem signalisiert die knappe Verfügbarkeit dem Kunden, dass das Produkt/die Dienstleistung bei anderen Kunden beliebt ist. Die Beliebtheit bei anderen Kunden führt wiederum dazu, dass das Produkt/die Dienstleistung positiver bewertet wird und sich der Kunde daher eher zum Vertragsabschluss entscheidet.²²⁰ Außerdem erwächst aus der kleinen Menge ein Entscheidungsdruck, da bei einem zu langen Zögern der Vorrat bei diesem Händler verkauft sein kann. Teilweise erreicht die Taktik daher auch, dass potenzielle Käufer davon abgehalten werden, weitere Angebote einzuholen, da ihnen suggeriert wird, dass der Vorrat bis dahin erschöpft sein könnte. Dadurch möchte der Verkäufer verhindern, dass der Käufer ein im Verhältnis zum angebotenen Produkt besseres Angebot findet.²²¹

Bei einer weiteren Spielvariante der Taktik der kleinen Menge täuscht der Verkäufer allerdings nicht nur über seine Vorräte des Produkts bzw. der Dienstleistung, sondern über die Gesamtverfügbarkeit am Markt. So kann beispielsweise ein Antiquitätenhändler behaupten, eine bestimmte Vase sei ein Unikat, während es in Wahrheit zumindest eine gewisse Anzahl vergleichbarer Vasen gibt. Die Verfügbarkeit ist in diesem Fall ein wertbildender Faktor des Produkts. Die Taktik zielt in dieser Spielvariante regelmäßig darauf ab, eigene Forderungen – im Fall des Antiquitätenhändlers meist nach einem hohen Preis – durchzusetzen. Große Hotelbuchungsportale, bei denen der Kunde davon ausgeht, dass das Portal einen Groß-

(05.11.2015), abrufbar unter: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_pressemitteilung/?id=268 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

²¹⁶ Diese Taktik wird insbesondere von Booking.com genutzt (wobei an dieser Stelle keine Aussage darüber getroffen werden soll, ob die Angaben bei Booking.com stimmen oder nicht).

²¹⁷ Siehe zu den Effekten von *scarcity* auf Verbraucher *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff. Vgl. auch *Nasber*, *Deal!*, 2015, S. 27 sowie *Martini/Kramme/Seeliger*, *VuR* 2022, 123, 123 f.

²¹⁸ Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend *Leibenstein*, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183–207. Zu *popularity cues* und ihren Effekten *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.

²¹⁹ Vgl. *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 365. *Nasber*, *Deal!*, 2015, S. 28 argumentiert umgekehrt, dass die Knappheit durch Wettbewerb angekurbelt wird.

²²⁰ Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend *Leibenstein*, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183–207.

²²¹ Das bessere Angebot würde in diesem Fall das BATNA darstellen und der Kunde würde sich dann im Vergleich für die attraktivere Alternative entscheiden. Selbst wenn der Kunde kein besseres Angebot finden würde, würde die Beschäftigung mit der Thematik ggf. zu einem „stärkeren“ BATNA und damit einer „stärkeren“ Verhandlungsposition führen.

teil der Gesamtverfügbarkeit abbildet, können ähnliche Effekte erzielen, wenn sie z. B. (fälschlicherweise) darauf hinweisen, dass zu den bestehenden Terminen „bereits 92 % der Hotels belegt sind“.²²²

Die Taktik der kleinen Menge findet in B2C-Situationen besonders häufig Anwendung. Zumindest bei relativ intransparenten Märkten ist die Taktik aber im unternehmerischen Bereich (B2B) ebenfalls anzutreffen. Außerdem dürfte die Taktik der kleinen Menge durch die seit 2021 auftretenden Lieferengpässe (ggf. in angepasster Form²²³) im B2B-Bereich ebenfalls an Bedeutung gewonnen haben.

3. Better-offer-Taktik

Bei der Better-offer-Taktik²²⁴ verweist ein Verhandler gegenüber seinem Verhandlungspartner auf ein ihm vorliegendes, besseres, d. h. attraktiveres, Konkurrenzangebot, welches für ihn die Alternative zum verhandelten Vertragsschluss darstellt. Das Konkurrenzangebot signalisiert dem Verhandlungspartner somit, wo das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) der anderen Seite liegt.²²⁵ Dem Verhandlungspartner wird dadurch angezeigt, dass er zumindest ein ebenso attraktives Angebot (Indifferenz-Punkt, siehe dazu 2. Teil, A.V.1.) oder ein besseres Angebot unterbreiten muss, da es ansonsten für die andere Seite rational wäre, sich für das attraktivere Konkurrenzangebot zu entscheiden.

Für den Verhandlungspartner ist es in der Praxis häufig schwer zu erkennen, ob tatsächlich ein besseres Angebot vorliegt oder ob es sich bei dem behaupteten Angebot vielmehr um einen Bluff handelt.²²⁶ Die Schwierigkeit wird dadurch erhöht, dass das Konkurrenzangebot meist nicht vollständig erfunden wird, sondern ein bestehendes Konkurrenzangebot vielmehr positiver dargestellt wird, als es tatsächlich ist. So wird z. B. nicht erwähnt, dass das Konkurrenzprodukt eine schlechtere Qualität aufweist oder beispielsweise erst sechs Monate später lieferbar ist. In diesem Zusammenhang wird daher nicht selten mit Übertreibungen/Unterbreitungen oder dem Weglassen bestimmter Informationen gearbeitet. Die Better-offer-Taktik wird in Verhandlungen besonders häufig angewandt.²²⁷ Theoretisch kann sie z. B. bei Kaufverträgen sowohl von Käufern als auch von Verkäufern ein-

²²² Auch diese Taktik wird von Booking.com angewandt (wobei an dieser Stelle keine Aussage darüber getroffen werden soll, ob die Angaben bei Booking.com stimmen oder nicht).

²²³ Händler könnten insofern (fälschlicherweise) darauf verweisen, dass nur eine geringe Menge an sofort lieferbaren Produkten besteht.

²²⁴ Dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 89f.; S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 292; Nasher, Deal!, 2015, S. 56. Vgl. auch Rockmann/Langfred/Cronin, Negotiation, 2. Aufl. 2021, S. 235 ff. (verwenden den Begriff „Disclosing BATNA“).

²²⁵ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 89.

²²⁶ Vgl. auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 89.

²²⁷ Nach Wissen der Autorin liegen insofern keine empirischen Untersuchungen vor. Die Aussage beruht an dieser Stelle auf Gesprächen, die die Autorin mit professionellen Verhandlern geführt hat.

gesetzt werden, da beide jeweils auf ihre Alternativen, d. h. ihr BATNA, verweisen können. In der Praxis ist es allerdings so, dass häufiger Kaufinteressenten konkrete Konkurrenzangebote vorliegen und sie damit ein klar bestimmbares BATNA haben. Verkäufer verhandeln hingegen nicht regelmäßig mit verschiedenen potenziellen Kunden gleichzeitig um ein Produkt, welches nur einmal vorliegt.²²⁸ Die Alternative besteht für den Verkäufer grundsätzlich darin, das Produkt zu einem späteren Zeitpunkt an einen anderen Kunden zu veräußern, wobei ungewiss ist, ob und wann sich ein anderer Kunde für das Produkt interessieren wird.²²⁹ In der Praxis wird die Taktik daher wohl häufiger von Käufern eingesetzt.

Die Taktik zielt zumeist darauf ab, eigene Forderungen durchzusetzen bzw. Forderungen des Verhandlungspartners abzuwehren. Im Fall von Preisverhandlungen möchte der Verhandler dadurch oftmals einen für ihn günstigeren Preis erzielen, den Verhandlungspartner also diesbezüglich zum Nachgeben veranlassen. Es geht im Ergebnis darum, durch die Taktik ein größeres Stück vom sog. „Verhandlungskuchen“ zu erhalten.

4. Unternehmensinterne Vorgaben

Unternehmensinterne Vorgaben können auf verschiedene Art und Weise verhandlungstaktisch eingesetzt werden. Oftmals verweisen Verhandler darauf, dass sie keine Kompetenz besitzen,²³⁰ den Preis z. B. weiter zu reduzieren, bestimmte Klauseln zu akzeptieren oder gar generell den Vertrag abzuschließen. Bezogen darauf wird die Taktik daher „beschränkte Verhandlungsmacht“²³¹ genannt. Ebenfalls beliebt ist die Taktik, darauf hinzuweisen, dass die Rechtsabteilung bestimmten Klauseln generell nicht zustimmt.²³² Teilweise wird generell auf unternehmensinterne Bestimmungen verwiesen. Es wird dann beispielsweise vorgetäuscht, dass ein bestimmtes Vorgehen gegen die Unternehmenspolitik oder gar Konzernpolitik verstößt. Dadurch wird verdeutlicht, dass sich z. B. auch der Vertriebsleiter (und im Fall der Konzernpolitik sogar der Geschäftsführer) nicht darüber hinwegsetzen darf.

Auch Budgets werden als unternehmensinterne Vorgaben in der Verhandlung taktisch eingesetzt. Die Taktik wird entsprechend „Budgetbegrenzung“ (englisch: *budget limitation*²³³) genannt.

²²⁸ S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 105.

²²⁹ S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 102, 105.

²³⁰ Vgl. dazu die Taktiken „beschränkte Vollmacht“ und „*ambiguous authority*“ in S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 88f. und 46. Ebenfalls die Auswirkungen von Unklarheiten bzgl. Vollmachten erörternd Menkel-Meadow/Kupfer Schneider/Porter Love, Negotiation, 3. Aufl. 2020, S. 90, 93 ff., 420f. Vgl. auch Horton, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 224. Zur beschränkten Vollmacht auch C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 111 ff.

²³¹ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 88f.

²³² Der Verhandler verweist somit auf die fehlende eigene Entscheidungsmacht.

²³³ Vgl. dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 107.

Beispiel: Käufer: „Sie müssen mir wirklich noch ein Stück entgegenkommen. Ich kann Ihnen nicht mehr als 5.000 EUR bieten. Mehr Budget habe ich nicht.“

Die genannten unternehmensinternen Beschränkungen können tatsächlich bestehen, sie können aber auch lediglich vorgetäuscht sein. Die Taktik funktioniert in Verhandlungen oftmals, weil einerseits interne Vorgaben für Außenstehende nur schwer überprüfbar sind und andererseits solche Vorgaben in der Praxis tatsächlich häufig bestehen und dann meist wirklich nur schwer zu überwinden sind. Dies wird dadurch bedingt, dass Unternehmen generelle Vorgaben häufig nicht für ein einzelnes Geschäft aufgeben wollen.²³⁴ Unternehmensinterne Beschränkungen werden daher regelmäßig dazu eingesetzt, um dem Verhandlungsdruck der Gegenseite standzuhalten und deren Forderungen abzuwehren. Sie sollen je nach Ausgestaltung eine härtere oder weniger harte (d.h. unter Umständen verhandelbare) Grenze für die Verhandlung aufzeigen.

5. *Phony facts*

Der Begriff *phony facts* bezeichnet falsche Angaben über den Leistungsgegenstand.²³⁵ Bei dieser Taktik wird das Produkt bzw. die Dienstleistung besser, d.h. leistungsfähiger, dargestellt als es bzw. sie tatsächlich ist. In vielen Fällen wird dazu das Mittel der Übertreibung bzw. Untertreibung genutzt.²³⁶ Die Taktik dient in der Regel dazu, eigene Forderungen durchzusetzen oder Verlangen der anderen Seite abzublocken. Sie kann auch darauf ausgerichtet sein, überhaupt einen Vertragsabschluss zu erzielen, der andernfalls (aufgrund eines besseren BATNA der Gegenseite) nicht zustande käme.

Verhandler, die diese Taktik einsetzen, hoffen darauf, dass die Täuschung nicht entdeckt wird oder dass sie zumindest nicht (leicht) beweisbar ist.²³⁷ Die Verhandler nutzen daher bestehende Informationsasymmetrien bezüglich des Produkts für den Bluff aus.²³⁸ Es ist zudem denkbar, dass die andere Seite selbst bei Entdeckung

²³⁴ Insofern führen Verhandler oftmals auch das sog. „Dammbruchargument“ an, welches „sich gegen die Durchbrechung des bisher Üblichen richtet“. Siehe dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 189.

²³⁵ Vgl. dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, 304f. Die Taktik wird teilweise weiter gefasst und bezieht sich dann nicht nur auf Täuschungen über den Leistungsgegenstand. In diesem Beitrag wird jedoch ein enges Verständnis, d.h. eine Beschränkung auf den Leistungsgegenstand, zugrunde gelegt.

²³⁶ Korobkin, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1218 weist in seiner Auswertung der bestehenden Studien z.B. allgemein darauf hin, dass Personen dazu tendieren, z.B. ihre erzielten Ergebnisse nur etwas zu übertreiben, anstatt völlig falsch darzustellen.

²³⁷ Zu Beweisschwierigkeiten und der Rechtslage in Deutschland siehe näher unter 2. Teil, B.I.11.

²³⁸ Entsprechend wird Verhandlern, die täuschen, in der Literatur daher empfohlen, den Informationsfluss mit dem Opfer der Täuschung zu reduzieren. Vgl. Lewicki/Hanke in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace, 2012, S. 211, 220.

der Täuschung z.B. aus tatsächlichen, ökonomischen oder aus psychologischen Gründen nach Vertragsschluss vor der Durchsetzung ihrer Rechte zurückschrecken wird.²³⁹

6. Falsche rechtliche Bedenken

Rechtliche Bedenken können in vielfältiger Form in unternehmerischen Verhandlungen vorgetragen werden. Wie bei vielen der anderen Taktiken können die rechtlichen Bedenken tatsächlich bestehen bzw. Aussagen über die Rechtslage der Wahrheit entsprechen, sie können aber auch lediglich vorgetäuscht werden bzw. falsch sein.²⁴⁰ In vielen Fällen werden rechtliche Meinungen kundgetan („Meiner Ansicht nach“). Selbst in solchen Fällen kann die Meinung jedoch unter Umständen einen Tatsachekern²⁴¹ enthalten. Es gibt allerdings auch Situationen, in denen über rechtliche Tatsachen gelogen wird.

Beispiele: „Ein Gesetz zum Schutz von XY gibt es nicht.“, „Die Spezifikation erfüllt die rechtlich vorgegebenen Sicherheitsstandards nicht.“

Bezüglich der falschen rechtlichen Bedenken sind wiederum zwei Untergruppen zu unterscheiden: Zum einen kann ein Verhandler behaupten, dass ein Verhalten, welches legal ist, illegal sei. Zum anderen mag ein Verhandler versichern, dass ein bestimmtes Verhalten, welches illegal ist, legal sei.²⁴² Wird ein legales Verhalten als illegal dargestellt, dient dies meist dazu, Forderungen des Verhandlungspartners abzublocken, während die Behauptung, ein illegales Verhalten sei legal, eher auf die Durchsetzung eines für den Verhandler positiven Geschäfts bzw. einer positiven Klausel abzielt.²⁴³ Eingesetzt wird die Taktik (in beiden Spielvarianten) vor allem dann, wenn die täuschende Seite annimmt, dass ihr Verhandlungspartner die Rechtslage nicht gut einschätzen kann, wenn diesbezüglich also Informationsasymmetrien bestehen.²⁴⁴ Gerade bei der Darstellung eines legalen Verhaltens als illegal könnte das Entdeckungsrisiko in der Praxis teils gering ausfallen. Denn wenn sich die Parteien aufgrund der Taktik auf eine andere Vorgehensweise geeinigt haben, werden anschließend die Optionen, die nicht gewählt wurden, wohl oftmals nicht mehr geprüft.

²³⁹ Dies ist z. B. denkbar, wenn ausländische Kunden auf einem Markt belogen werden. Sobald sie den Markt verlassen haben, werden sie auch ggf. bestehende Ansprüche nicht durchsetzen, selbst wenn sie z. B. zu Hause erkennen, dass sie belogen wurden.

²⁴⁰ Siehe dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 415 ff. (Stichwort: Vorbringen einer falschen Rechtsansicht).

²⁴¹ Siehe dazu mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB unter 2. Teil, B.I.2.b)bb).

²⁴² Vgl. auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 415 f.

²⁴³ Ähnlich bereits S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 415 f.

²⁴⁴ Vgl. auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 415.

7. Preis

Auch Täuschungen über den Preis sind in vielfältiger Form möglich. Die Taktik *funny money* basiert beispielsweise darauf, den Preis niedriger erscheinen zu lassen, als er wirklich ist. Dies kann durch die Präsentation des Preises (z. B. Aufteilung in Monatsraten) oder komplizierte Berechnungen erfolgen.²⁴⁵ Ebenso möglich ist es, Preisbestandteile in einer Flut von Informationen „zu verstecken“ und so den Verhandlungspartner mit Hilfe des sog. *information overload*²⁴⁶ zu täuschen. Sowohl *funny money* als auch der *information overload* dienen der Verschleierung. Der Verhandlungspartner soll die Höhe des Preises vor Vertragsschluss nicht vollumfänglich wahrnehmen bzw. erfassen.

Daneben können Preise fälschlicherweise als „Sonderpreise“ oder „Freundschaftspreise“ bzw. „VIP Preise“ dargestellt werden.²⁴⁷ In diesen Fällen kennt der Kunde die tatsächlichen Kosten, er soll aber über die Attraktivität des Preises getäuscht werden. Denn die Verwendung solcher Begriffe deutet auf einen besonders niedrigen Preis im Verhältnis zu anderen (gewöhnlichen) Angeboten hin.

Daneben ist es auch möglich über die Preiskalkulation zu lügen. So kann der Verkäufer beispielsweise angeben, dass er dem Käufer das Produkt zum Händler-einstandspreis plus 10 % Gewinnmarge anbiete, während er in Wahrheit 20 % Gewinnmarge einkalkuliert hat.²⁴⁸ In solchen Fällen hofft der Täuschende darauf, dass der Geschäftspartner nicht genügend Informationen besitzt, um die Täuschung aufzudecken. In vielen Verhandlungen wird jedoch keine konkrete Preiskalkulation vereinbart, sondern diese wird lediglich als Verhandlungsargument herangezogen.

Beispiel: „Ich kann Ihnen nicht weiter entgegenkommen. Meine Gewinnmarge liegt schon jetzt nur bei 3 %.“

Ähnlich verhält es sich mit Bluffs über andere Bepreisungsfaktoren wie Einstandspreise oder Selbstkosten.²⁴⁹

8. False deadlines

Es gibt viele Spielvarianten bezüglich der Täuschung über Fristen (Deadlines). In der Regel geht es darum, einen falschen Endzeitpunkt für die Verhandlung bzw. eine Verhandlungsrunde vorzutäuschen.²⁵⁰ Es ist dabei möglich, dass eine Partei

²⁴⁵ Zur Taktik *funny money* vgl. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 197. Zu *funny money* z. B. auch G. Karrass, Negotiate to Close, 1987, S. 151 ff.

²⁴⁶ Zu *information overload* im Allgemeinen in Verhandlungen siehe z. B. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 231 f.

²⁴⁷ Vgl. auch S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 286.

²⁴⁸ Vgl. S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 286.

²⁴⁹ Vgl. auch S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021, 255, 286.

²⁵⁰ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 181. Generell zur taktischen Nutzung

einseitig einen nicht korrekten Endzeitpunkt vorgibt. Daneben ist denkbar, dass eine Partei über die von einem Dritten gesetzte Deadline lügt. Seltener ist der Bluff über eine von beiden Seiten gesetzte Deadline, da die getäuschte Seite hier generell alle Informationen besitzt und daher regelmäßig keiner Täuschung unterliegen sollte.²⁵¹

Ziel der Taktik ist es, durch die falsche Deadline einen Zeit- und damit Entscheidungsdruck aufzubauen und dadurch bessere Ergebnisse zu erzielen.²⁵² Die Taktik *false deadline* ist damit ein Beispiel dafür, dass Druck und Täuschungen in Verhandlungen häufig kombiniert werden.²⁵³ Wie stark der Druck von der getäuschten Partei empfunden wird, hängt dann nicht nur von der Glaubwürdigkeit der Lüge ab, sondern auch von den angedrohten Konsequenzen (Vertagung der Verhandlung, Verhandlungsabbruch etc.) und der Glaubhaftmachung der Realisierung.²⁵⁴

9. Emotionen

In unternehmerischen Verhandlungen spielen zudem die unterschiedlichsten Emotionen eine große Rolle.²⁵⁵ Diese Emotionen können im Hinblick auf ihre Existenz, ihre Nichtexistenz oder ihr Ausmaß vorgetäuscht werden.²⁵⁶ In Verhandlungen simulieren die Verhandler regelmäßig Ärger, Empörung, Freude, Begeisterung oder Wertschätzung, also sowohl positive wie auch negative Emotionen.²⁵⁷ Es ist außerdem nicht ungewöhnlich, dass ein Verhandlungsführer nicht nur über seine eigenen, sondern auch über die Emotionen seines Vorgesetzten lügt („Meine Chefin war über Ihr Angebot bestürzt.“).²⁵⁸ Wut und Frustration über das Angebot der

von falschen Fristen auch *Horton*, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 224. Vgl. auch *C. Karrass*, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 52 („You can never be sure that a negotiating time limit is real.“).

²⁵¹ In komplexen Prinzipal-Agenten-Situationen kann allerdings der Informationsfluss gestört sein und daher auch der Bluff über eine gemeinsame Deadline – zumindest kurzfristig – erfolgreich sein. Die Lüge dürfte zumeist zumindest im Nachhinein vom Getäuschten aufgedeckt werden.

²⁵² Vgl. zum Entscheidungsdruck *C. Karrass*, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 51. Vgl. dazu, dass Verhandler unter solchem Druck dazu tendieren, nachzugeben oder geringere Forderungen zu stellen *Horton*, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 224.

²⁵³ Dass Verhandler, die in Verhandlungen bluffen, auch häufiger Druck einsetzen, legt die folgende Studie nahe: *O'Connor/Carnevale*, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 510. *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 70 zeigt die Verbindung von Drohungen und Bluffs beispielhaft auf.

²⁵⁴ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 181 und S. 173 (zu Erpressung und Drohung).

²⁵⁵ Grundlegend zur Bedeutung von Emotionen in Verhandlungen *Fisher/D. Shapiro*, *Beyond Reason*, 2005, passim. Der folgende Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 289 f. (die entsprechenden Passagen wurden dafür teils wörtlich übersetzt. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen).

²⁵⁶ *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 289.

²⁵⁷ *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 289.

²⁵⁸ *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 289.

anderen Partei können beispielsweise vorgetäuscht werden, um die andere Seite zu weiteren Zugeständnissen zu veranlassen.²⁵⁹ Darüber hinaus soll ein harter Kampf um das endgültige Angebot, verbunden mit entsprechenden Emotionen (z. B. zur Schau gestellter Frustration), der Gegenseite signalisieren, dass sie das bestmögliche Angebot erhalten hat (daher die Empfehlung *hide your glee*²⁶⁰).²⁶¹ Denn Untersuchungen zeigen, dass Verhandler im Allgemeinen weniger zufrieden mit dem Verhandlungsergebnis sind, wenn die andere Seite Freude über das erzielte Ergebnis artikuliert.²⁶²

Noch häufiger als negative Emotionen werden in Verhandlungen aber wohl positive Emotionen vorgetäuscht.²⁶³ Dies mag auf die mögliche Abneigung gegen das Vortäuschen negativer Emotionen wie Ärger zurückzuführen sein (*lying costs*, dazu 2. Teil, A.I.2.).²⁶⁴ Das Vortäuschen positiver Emotionen scheint zudem weitgehend (moralisch) akzeptiert zu sein.²⁶⁵ Das wird auch daran liegen, dass positive Emotionen meist keinen erheblichen Nachteil für die Gegenseite hervorrufen, sondern lediglich zu einer positiven Verhandlungsatmosphäre führen sollen.²⁶⁶ Da für den Verhandlungserfolg ein gutes Verhältnis zur anderen Seite entscheidend ist, empfinden es Verhandler vermutlich regelmäßig als äußerst nützlich, positive Emotionen, z. B. über Vorschläge der Gegenseite, vorzutäuschen.²⁶⁷

10. Sonderfall *reservation price*

Das Anbringen des sog. *reservation price* in Verhandlungen ist eine besonders beliebte Taktik,²⁶⁸ die je nach Ausgestaltung Ähnlichkeit mit anderen bereits präsentierten Taktiken aufweisen kann. So ist die Taktik *reservation price* in gewisser Weise mit der *Better-offer*-Taktik verwandt. Denn der *reservation price*, stellt den preislichen *deal-breaker*²⁶⁹ dar, also den Punkt, ab dem eine Seite den Vertragsabschluss ablehnen würde.²⁷⁰ *Deal-breaker* ist damit ein Oberbegriff. Bezieht sich

²⁵⁹ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶⁰ Vgl. dazu z. B. S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 221 f.

²⁶¹ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶² Thompson/Valley/R. Kramer, *Journal of Experimental Social Psychology* 31 (1995), 467, 467 ff.

²⁶³ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶⁴ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶⁵ Vgl. dazu Fulmer/Barry/Long, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), 691, 691 ff. Siehe auch die Ergebnisse der Siegener Studie (dazu näher unter 4. Teil, B.II.2.). S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶⁶ Siehe allgemein zu (*Pareto*) *white lies* näher unter 2. Teil, A.IV.

²⁶⁷ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 290.

²⁶⁸ Vgl. auch Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 70 („This is the most common form of deception in negotiation“). Ähnlich wohl auch Horton, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 223.

²⁶⁹ Siehe zum Begriff *deal-breaker* S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 135 ff.

²⁷⁰ S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 135.

der *deal-breaker* auf den Preis spricht man von *reservation price*.²⁷¹ Für den Verkäufer stellt der *reservation price* somit den niedrigsten akzeptablen Verkaufspreis dar. Für den Käufer ist der *reservation price* somit der höchste akzeptable Kaufpreis.²⁷² In rationalen, interessenorientierten Verhandlungen stellt eine bessere Alternative zum Vertragsschluss einen *deal-breaker* dar. Insofern besteht eine Verbindung zwischen Better-offer-Taktik und der Anführung des *reservation price*.²⁷³ Da der *reservation price* jedoch nicht immer mit dem BATNA übereinstimmen muss, ergeben sich auch Unterschiede zwischen beiden Taktiken. Teilweise wird der *reservation price* und die Budgetvorgabe gleichgesetzt. Der falsch angegebene *reservation price* ähnelt dann den Täuschungen über unternehmensinterne Vorgaben („Budgetbegrenzung“).²⁷⁴ Teilweise wird der *reservation price* jedoch mit bestimmten preisliche Angaben verknüpft (z. B. mit Selbstkosten). Dann weist die Taktik wiederum Gemeinsamkeiten mit den Preistaktiken im weiteren Sinn auf.²⁷⁵

Beispiel: Verkäufer: „Weiter kann ich mit dem Preis nicht heruntergehen. Ich biete Ihnen das Produkt ja schon praktisch zu Selbstkosten an. Das ist wirklich der beste Preis, den ich Ihnen anbieten kann.“

Ganz generell zeigt der *reservation price* die Bereitschaft des Verhandlers an, einen bestimmten Preis zu akzeptieren. In diesem Zusammenhang kommt teilweise die sog. BAFO-Technik zum Einsatz. BAFO steht für *best and final offer*. Das muss sich nicht nur, kann sich aber auch auf den Preis beziehen. Insofern kann die Aussage, es handle sich um das *best and final offer*, ausdrücken, dass es sich um den *reservation price* handelt.

VII. Umgang mit Lügen in Vertragsverhandlungen

Im Folgenden soll das Spektrum skizziert werden, wie Verhandler mit Lügen in Vertragsverhandlungen umgehen. Es werden insofern die wichtigsten Handlungsoptionen sowie deren Bedeutung für diese Arbeit herausgearbeitet. Relevant wird die Fragestellung vor allem, wenn es um die Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen geht.²⁷⁶ Dabei ist zwischen der Perspektive des Täuschenden und des Getäuschten zu unterscheiden. Der Täuschende muss zunächst einmal damit umgehen, dass er eine Täuschung begangen hat. Die Lüge kann dann beim Täuschenden zu bestimmten Reaktionen führen (z. B. dem Bedürfnis nach weiteren Bluffs). Außerdem wird der Täuschende ggf. von der anderen Seite (oder auch von eigener

²⁷¹ C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 107 führt in Bezug auf die Taktik „*last and final offer*“ aus: „The trouble is that you never know whether it is or isn't the final offer.“

²⁷² S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 135.

²⁷³ Vgl. auch S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 135.

²⁷⁴ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.4.

²⁷⁵ Siehe zu den Preistaktiken näher unter 2. Teil, A.VI.7.

²⁷⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.13. sowie 4. Teil, G.IV.2.b).

Seite oder einem Dritten) mit der Lüge konfrontiert. Auf die dann möglichen Reaktionen soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Es erfolgt stattdessen eine nähere Auseinandersetzung mit der Perspektive der getäuschten Seite. Für diese Seite stellt sich die Frage, wie sie mit der Möglichkeit umgehen soll, dass der Verhandlungspartner sie eventuell belügt. Insofern kommen zunächst Präventionsmaßnahmen in Betracht, die unabhängig davon ergriffen werden können, ob eine Täuschung tatsächlich erkannt wird. Dann geht es vor allem darum, wie Bluffs erkannt und ob und, wenn ja, wie sie aufgedeckt werden können. Findet ein Verhandlungspartner heraus, dass er tatsächlich belogen wurde, muss er sich überlegen, welche Reaktionsmöglichkeit er wählen möchte. Eine grundlegende Entscheidung besteht diesbezüglich darin, ob er den Lügner mit der Täuschung konfrontieren möchte. Die Reaktionen beider Seiten hängen dann zudem vom konkreten Zeitpunkt ab. Es macht z. B. einen Unterschied, ob die Täuschung noch vor dem Vertragsabschluss oder erst nach dem Vertragsabschluss erkannt wird. Außerdem wird die getäuschte Seite die Kosten und Nutzen der Reaktion abwägen, sofern sie rational agiert (dazu näher im Rahmen der ökonomischen Analyse unter 4. Teil, G.IV.1.). Im Folgenden wird lediglich auf den Umgang mit Lügen innerhalb der konkreten Verhandlungsbeziehung eingegangen. Auswirkungen auf andere Verhandlungen, d. h. mit anderen Verhandlungspartnern (also Externalitäten in Form sog. Spillover-Effekte²⁷⁷ wie z. B. größere Skepsis oder Lügen), werden an dieser Stelle außer Acht gelassen.

1. Präventive Maßnahmen gegen Lügen

Die Verhandlungsparteien sind sich grundsätzlich bewusst, dass ein gewisses Risiko besteht vom Verhandlungspartner getäuscht zu werden. Eine mögliche Reaktion auf dieses Risiko besteht darin, präventive Maßnahmen zu ergreifen. Der Verhandlungspartner soll durch diese Maßnahmen dazu bewogen werden, weniger häufig und weniger erhebliche Lügen zu verbreiten.²⁷⁸ Solche Präventionsmaßnahmen können unabhängig davon eingesetzt werden, ob eine konkrete Täuschung befürchtet oder erkannt wird. Entsprechende Maßnahmen können vielmehr allgemein darauf ausgerichtet sein, das Ausmaß und die Intensität der Täuschungen zu reduzieren. Gerade nach der Aufdeckung eines Bluffs können die ergriffenen Maßnahmen jedoch noch einmal reflektiert und auf die neue Situation angepasst werden.

Die Reduzierung von Lügen soll oftmals beispielsweise durch den Aufbau einer guten Vertrauensbeziehung²⁷⁹ erreicht werden. Wie bereits unter 2. Teil, A.I.2. an-

²⁷⁷ Siehe zu *spillover effects* näher im Rahmen der ökonomischen Analyse von Lügen unter 4. Teil, G.V.5.

²⁷⁸ Dies empfehlend und entsprechende Maßnahmen erörternd *John*, Harvard Business Review 94 (2016), 114, 115 ff.

²⁷⁹ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 28 f.

gesprochen, kann jedoch nicht eindeutig nachgewiesen werden, dass ein gutes Verhältnis zum Geschäftspartner tatsächlich zu weniger Täuschungen führt. Es lässt sich jedoch vermuten, dass zumindest schwerwiegenden Lügen so zu einem gewissen Grad vorgebeugt werden kann. Für vergleichsweise harmlose Bluffs kann dies hingegen nicht sicher festgestellt werden. Denn insofern ist zu bedenken, dass dadurch die Vertrauensbeziehung u. U. nicht nachhaltig geschädigt wird.

Da Personen wohl eher belogen werden, wenn sie vertrauensselig und naiv wirken sowie wenn davon ausgegangen wird, dass die Person nicht sehr gut informiert ist, besteht eine weitere allgemeine Präventionsmaßnahme darin, kompetent, gut informiert und wachsam zu sein und relevante Tatsachen akribisch zu überprüfen. Zumindest ist es wichtig, den Eindruck zu erwecken, kompetent und gut informiert zu sein.²⁸⁰ Generell gilt, dass eine gute Informationslage die Anreize zu täuschen für die andere Seite senkt, da dadurch das Risiko der Entdeckung der Täuschung aufgrund der geringeren Informationsasymmetrien steigt.²⁸¹ Deshalb ist die Informationsgewinnung, z. B. auch durch Fragen stellen, i. R. d. Verhandlung als präventive Maßnahme zu werten.²⁸² Teils werden insofern indirekte Erkundigungsformen als erfolgversprechender angesehen.²⁸³

Beide Seiten können zudem *signalling*²⁸⁴ bezüglich ihrer Ehrlichkeit betreiben bzw. solche Signale einfordern. So kann der Parfümrohstoff Moschus beispielsweise in unbeschädigten Duftdrüsen gehandelt werden. Dies ist ein Signal an die Gegenseite, dass keine Fälschung vorliegt.²⁸⁵ Teil wird generell angenommen, dass das Konzept der Reziprozität Personen dazu bewegen kann, ehrlicher zu sein, weshalb teils ein transparenter Umgang empfohlen wird.²⁸⁶ Zudem werden glaubwürdige Selbstbeschränkungen²⁸⁷ genutzt, um der anderen Seite zu signalisieren bzw. zu versichern, dass keine Betrugsabsicht vorliegt. Dazu zählen z. B. Bankbürgschaften auf erstes Anfordern und Versicherungen von Leistungen.²⁸⁸

²⁸⁰ *Olekals/P. Smith*, Journal of Business Ethics 85 (2009), 347, 356 und 360 zeigen, dass als kompetent wahrgenommene Verhandler seltener getäuscht werden (die Autoren sprechen insofern von *cognitive trust*).

²⁸¹ Vgl. auch zur steigenden Wahrscheinlichkeit von Lügen je größer die Informationsasymmetrien und je schwieriger die Aufklärung *Cramton/Dees*, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 359, 373.

²⁸² Vgl. z. B. auch *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace, 2012, S. 211, 224. Siehe auch *John*, Harvard Business Review 94 (2016), 114, 115 f.

²⁸³ *John*, Harvard Business Review 94 (2016), 114, 117.

²⁸⁴ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29 Beispiel Moschus in Moschusdrüse.

²⁸⁵ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29.

²⁸⁶ *John*, Harvard Business Review 94 (2016), 114, 115 f.

²⁸⁷ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29, (historisch auch auf den Austausch von Geiseln hinweisend).

²⁸⁸ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29.

Generell wird zudem empfohlen, sich auf Hardball-Verhandlungstaktiken vorzubereiten,²⁸⁹ zu denen insbesondere auch Lügen zählen. Dies stellt zwar keine Präventionsmaßnahme dar, aber eine grundsätzliche Empfehlung für die Vorbereitung auf eine Verhandlung.

2. Erkennen und Aufdecken von Lügen

Der folgende Abschnitt fokussiert sich auf das Vermuten, Erkennen und Aufdecken von Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen. Die Aspekte sind von der Konfrontation des Lügners mit der Täuschung zu unterscheiden (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.4.).

Insgesamt zeigen Studien zu Lügen, dass Personen generell nicht besonders gut darin sind, Bluffs zu erkennen.²⁹⁰ In der Literatur wird insofern der sog. *truth bias* diskutiert, wonach Beobachter die Tendenz besitzen, anzunehmen, dass die andere Seite die Wahrheit sagt.²⁹¹ Die Untersuchungen beziehen sich allerdings regelmäßig nicht auf B2B-Verhandlungssituationen, sodass nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob und, wenn ja, wie stark ausgeprägt der *truth bias* in diesem Bereich ist und ob er bezüglich aller Täuschungsgegenstände greift. Wie soeben gezeigt, versuchen die Verhandlungsparteien jedoch unter anderem durch ein vertrauensvolles Verhältnis das Risiko von Täuschungen zu minimieren.²⁹² Sie werden dann wohl auch regelmäßig annehmen, dass ihre Bemühungen zu einem gewissen Grad erfolgreich sein werden bzw. waren.²⁹³ Das bedeutet, dass sie weniger Täuschungen erwarten werden und somit leichter annehmen, dass eine Person glaubwürdig ist.²⁹⁴

²⁸⁹ PON staff, Daily Blog, 4.11.2021 unter Bezugnahme auf *Robert C. Bordone* abrufbar unter: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealing-with-difficult-people-daily/beyond-walking-away-facing-difficult-negotiation-tactics-head-on-nb/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

²⁹⁰ Vgl. z. B. *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214ff.; *Ekman/O'Sullivan*, *American Psychologist* 46 (1991), 913, 913 ff. (nur Mitarbeiter des Secret Service schnitten etwas besser ab); vgl. auch *Ekman/O'Sullivan/Frank*, *Psychological Science* 10 (1999), 263, 263 ff. (zu Berufsgruppen, die Lügen besser identifizieren können). Den Forschungsstand ebenso zusammenfassend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 356. Siehe auch *Keep/Schneider*, *Business Ethics: A European Review* 19 (2010), 64, 67. Umgekehrt scheinen viele Personen gut darin zu sein, zu täuschen, vgl. *Dwenger/Lohse*, *Journal of Economic Psychology* 71 (2019), 74, 74 ff.

²⁹¹ *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214 ff. geben einen Überblick über den Forschungsstand; siehe zum *truth bias* und anderen Verzerrungen, die auf die Entdeckung von Lügen einwirken, z. B. auch *T. Levine/Park/McCornack*, *Communications Monographs* 66 (1999), 125, 126 (sowie auf den folgenden Seiten zu ihrer eigenen Untersuchung).

²⁹² *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 28 f.

²⁹³ Darauf lässt zumindest auch der sog. *overconfidence bias* schließen, der auch für Verhandlungen nachgewiesen werden konnte. *R. Kramer/Newton/Pommerenke*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 56 (1993), 110, 110 ff. konnten nachweisen, dass 63 % der Teilnehmer *ex ante* annahmen, dass sie mit dem Ergebnis ihrer Verhandlung zu den besten 25 % zählen würden.

²⁹⁴ Personen sind entweder glaubwürdig oder ungläubwürdig. Im englischsprachigen Raum

Zu den Faktoren, die dazu führen können, dass Verhandler doch mit Lügen rechnen, gehört die Verhandlungsatmosphäre. So bleibt zu mutmaßen, dass in kompetitiven Verhandlungen entsprechend eher mit Bluffs gerechnet wird als in kooperativ ausgerichteten Verhandlungen.²⁹⁵ Darüber hinaus wird die Erwartung, getäuscht zu werden, von vielen weiteren Faktoren abhängen. So wird wohl häufiger vermutet, dass Personen über ihren *reservation price* täuschen, als dass sie über ein Qualitätsmerkmal des Produkts lügen würden.²⁹⁶ Die Erwartungshaltung könnte damit vom Gegenstand der Lüge abhängen. Außerdem erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass die Erwartungen je nach Branche variieren (z. B. zwischen Autohändlern und Maschinenbauern). Eigene Erfahrungen mit Täuschungen werden die Erwartungshaltung wohl ebenfalls maßgeblich beeinflussen.²⁹⁷ Außerdem würden Lügen durch den Vertragspartner die Erwartung bzgl. weiterer Täuschungen und damit wohl auch einen möglichen *truth bias* beeinflussen.

In unternehmerischen Verhandlungen ist dann zwischen verschiedenen Situationen zu unterscheiden. Kennt ein Verhandler die wahre Sachlage, kann er eindeutig erkennen, ob der Verhandlungspartner ihm falsche Informationen übermittelt. Es ist für ihn insofern nur ggf. nicht direkt ersichtlich, ob dies aufgrund eines Fehlers geschieht oder absichtlich (und damit eine Lüge darstellt). Bezüglich der Sachlage ist in solchen Situationen dann keine Aufklärung notwendig. Ein entsprechender Bedarf besteht höchstens bzgl. der Intention des Verhandlungspartners (d. h. mit Blick auf den möglichen Vorsatz). Das erscheint allerdings nur dann relevant zu sein, wenn die getäuschte Partei beispielsweise überlegt, den Vertrag anzufechten. Für Nachverhandlungen werden solche Aufklärungsbemühungen hingegen grundsätzlich nicht (bzw. kaum) von Bedeutung zu sein. Oftmals wird sich die Situation jedoch nicht so eindeutig darstellen und ein Verhandler wird lediglich

wird der Begriff SVA (*statement validity assessment*) für Glaubwürdigkeitsanalysen verwendet. Siehe dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 210.

²⁹⁵ Zumindest wirken sich kompetitive Verhandlungen wohl negativ auf das Vertrauensverhältnis aus. Zum entsprechenden Forschungsstand einen Überblick gebend Lewicki/Saunders/Barry, *Essentials of Negotiation*, 7. Aufl. 2021, S. 204f.

²⁹⁶ Bisher liegen keine Studien vor, die die Erwartungen bezüglich einzelner Täuschungsgegenstände untersuchen. In der Literatur finden sich jedoch viele Stimmen, die zeigen, dass bestimmte Täuschungen durchaus erwartet werden. Siehe z. B. Carr, *Harvard Business Review* 46 (1968), 143, 143 ff. (der allg. darauf hinweist, dass einige Täuschungen erwartet werden und insofern eine Parallele zum Poker sieht); vgl. auch Friedman/D. L. Shapiro, *Negotiation Journal* 1995, 243, 248 („Experienced labor negotiators expect that opponents will hide information and try to build up false perceptions about their limits and determination. Negotiators on both sides expect their opponents to have ‚laundry lists‘ of demands, put exaggerated financial offers on the table, declare that constituents will not accept less“); Carson, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 317, 323 („It is not expected that one will speak truthfully about one’s negotiating position“); Strudler, *Business Ethics Quarterly* 5 (1995), 805, 813 („Deception about reservation price is a normal and expectable part of haggling.“). Kritisch dazu hingegen Provis, *Journal of Business Ethics* 28 (2000), 145, 145 ff. (insb. auch 154).

²⁹⁷ Die Erwartungshaltung wird wohl von vielen verschiedenen Faktoren geprägt, die hier jedoch nicht näher konkretisiert werden sollen.

vermuten, dass er gerade unrichtige Informationen übermittelt bekommt. Dann ist es notwendig, nicht nur ggf. die Intention festzustellen, sondern zunächst die Sachlage aufzuklären, um feststellen zu können, ob eine Lüge bzw. Fehlinformation vorliegt.

Doch selbst wenn ein Verhandler konkret befürchtet, getäuscht zu werden, führt dies in unternehmerischen Verhandlungen nicht unbedingt zu Aufklärungsbemühungen. Dies hängt vielmehr von der Kosten-Nutzen-Relation ab.²⁹⁸ Denn gerade bei unerheblichen Bluffs und Täuschungen, die auf psychologische Effekte abzielen, mögen alternative Reaktionsmöglichkeiten sinnvoller erscheinen. Blufft eine Seite beispielsweise vermutlich über ihre Emotionen (z. B. ihre Enttäuschung über ein Angebot), so ist es für die andere Seite grundsätzlich zweckmäßiger, diese Emotion möglichst auszublenden, anstatt diesbezüglich Nachforschungen anzustellen. Ob ein Verhandler versuchen wird, vermutete Irreführungen aufzuklären, wird somit im Ergebnis davon abhängen, wie stark die Befürchtung ist, getäuscht zu werden, welche ökonomischen Folgen ein Bluff für ihn hätte (z. B. Vertragsschluss außerhalb oder innerhalb des ZOPA), wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Aufklärung ist, wie hoch die Kosten für die mögliche Aufklärung liegen und welche alternativen Handlungsmöglichkeiten bestehen bzw. welche Konsequenzen der Verhandler im Fall der Feststellung der Lüge ergreifen möchte. Außerdem kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem eine Aufklärung in Betracht käme. Wird einem Verhandler bei einer Einmalverhandlung erst nach Vertragsschluss bewusst, dass er vermutlich getäuscht wurde, wird er die potenzielle Lüge nur dann versuchen aufzuklären, wenn er ggf. Maßnahmen, wie z. B. eine mögliche gerichtliche Klärung oder Nachverhandlungen, anstrebt. Befürchtet ein Verhandler hingegen bereits vor Vertragsschluss eine Täuschung, so mag er je nach Relevanz versuchen, die Lüge aufzuklären,²⁹⁹ um eine sachgerechtere Entscheidung bezüglich des Vertragsschlusses treffen zu können. Falls dies nicht möglich sein sollte, wird der Verhandler darum bemüht sein, den möglichen Bluff einzupreisen.

3. Auswirkungen von Täuschungen auf Emotionen und Vertrauen

Im Folgenden wird der Umgang mit den Emotionen, die durch die Lüge ausgelöst wurden, erörtert. Dabei wird die Perspektive des Täuschenden von der des Getäuschten unterschieden. Es geht an dieser Stelle somit darum, zu klären, welche Emotionen beide Parteien empfinden, wenn sie lügen bzw. belogen werden. Außerdem werden die Auswirkungen von Täuschungen auf das Vertrauen zwischen den Verhandlungsparteien erörtert. Die Ausführungen stellen die Grundlage für die

²⁹⁸ Siehe dazu auch näher unter 4. Teil, G.IV.1.

²⁹⁹ Zu möglichen Herangehensweisen, um Täuschungen während der Verhandlung aufzudecken (z. B. durch Nachfragen), siehe unter anderem *Adler*, MIT Sloan Management Review 48 (2007), 69, 72 f. Zum Entdecken von Täuschungen auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 366 ff.

weitere Betrachtung der Reaktionen auf Lügen dar. Denn die emotionale Wirkung des Bluffs auf den Täuschenden selbst wird sich wohl auf die Häufigkeit entsprechender Lügen auswirken, was wiederum im Rahmen der ökonomischen Analyse zu berücksichtigen sein wird.³⁰⁰ Die Effekte der Bluffs auf den Getäuschten werden wiederum wohl dessen Reaktionen auf die Täuschung beeinflussen.³⁰¹ Es erscheint insofern wahrscheinlich, dass die Wahl der Reaktion auf die Täuschung auch vom Ausmaß der negativen Emotionen und des Vertrauensverlusts abhängen wird. Emotionen und der Vertrauensverlust werden sich daher wohl auf die Entscheidung der getäuschten Seite für oder gegen eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auswirken.

a) Umgang mit dem emotionalen Stress durch den Täuschenden

Wie bereits ausgeführt, können Lügen beim Täuschenden sog. *lying costs* in Form von negativen Emotionen wie Scham und Schuldgefühle hervorrufen (siehe unter 2. Teil, A.I.2.). Das dürfte sich regulierend auf die Häufigkeit von Bluffs auswirken, was wiederum für die ökonomische Analyse von Lügen relevant ist.³⁰² Die Tatsache, dass Lügner jedoch verschiedene Strategien entwickelt haben, um den emotionalen Stress, der durch die Täuschung entsteht, zu reduzieren,³⁰³ führt wohl zu einer Verringerung dieses regulierenden Effekts. So beschreiben *Sykes* und *Matza* z. B. folgende Strategien zum Umgang mit dem eigenen unethischen Verhalten:³⁰⁴

- Leugnung der Verantwortung: Der Täuschende entschuldigt sein Verhalten damit, dass es aus Versehen geschah bzw. sich um eine nicht kontrollierbare Handlung handelte.³⁰⁵ Für unternehmerische Verhandlungen scheint diese Strategie weniger relevant zu sein, da Verhandler entsprechende Taktiken oftmals bewusst einsetzen.
- Leugnung des Schadens: Der Täuschende verharmlost die negativen Folgen seines Verhaltens. Es erscheint durchaus plausibel, dass insbesondere diese Strategie in unternehmerischen Verhandlungen mit Blick auf Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. bei Bluffs über Emotionen, die Verfügbarkeit etc.) einge-

³⁰⁰ Siehe zur ökonomischen Analyse ausführlich unter 4. Teil, G.

³⁰¹ Zu den verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten sogleich im Folgenden (2. Teil, A.VII.).

³⁰² Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.

³⁰³ *Sykes/Matza*, *American Sociological Review* 22 (1957), 664, 666 f. (um sich vor *self-blame* zu schützen).

³⁰⁴ *Sykes/Matza*, *American Sociological Review* 22 (1957), 664, 667 ff. Ebenfalls verschiedene Rechtfertigungsmöglichkeiten erörternd *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 170 ff. sowie *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 78 f. und *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 187 ff. allgemein zur Rechtfertigung unethischen Verhaltens. Siehe auch *Zitrin/Langford*, *The Moral Compass of the American Lawyer*, 1999, S. 164 (zu Ausflüchten von Anwälten) sowie zur Notwendigkeit der Rechtfertigung von Lügen aufgrund der moralischen Verwerflichkeit *Lukesch* in: *J. Müller/Nissing* (Hrsg.), *Die Lüge*, 2007, S. 87, 97.

³⁰⁵ Dies ebenfalls erwähnend *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 170.

setzt wird. Denn die negativen Folgen sind insofern teils weniger offensichtlich.³⁰⁶

- Rechtfertigung durch Verweis auf Andere: Der Täuschende entschuldigt sein Verhalten damit, dass Andere in gleicher Weise agieren.³⁰⁷ Dieses Verhalten zielt darauf ab, Üblichkeit zu suggerieren. Möglich ist auch die Rechtfertigung damit, dass die andere Seite einen voraussichtlich anlügen wollte bzw. keine guten Intentionen verfolgte.³⁰⁸ Beide Argumentationsmuster erscheinen ebenfalls insbesondere bei unternehmerischen Vertragsverhandlungen von Interesse, da viele Bluffs wohl in der Praxis häufig vorkommen und Verhandler oftmals vermuten, von der anderen Seite ebenfalls nicht die volle Wahrheit zu erfahren.
- Rechtfertigung durch den Verweis auf eine höhere Sache: Der Täuschende erkennt die Lüge an, rechtfertigt sie aber mit dem Hinweis darauf, für eine höheres Gut gehandelt zu haben. Dieses Rechtfertigungsmuster wird im Rahmen von unternehmerischen Verhandlungen von untergeordneter Bedeutung sein.
- Rechtfertigung durch Verweis auf Unzulänglichkeiten des Opfers: Der Täuschende erkennt die Lüge an, rechtfertigt sie jedoch damit, dass das Opfer bestimmte negative Charakteristiken aufweist.³⁰⁹ Dieses Argumentationsmuster wird in unternehmerischen Verhandlungen wohl ebenfalls herangezogen.

Außerdem entschuldigen Verhandler ihr Verhalten teils damit, dass sie z.B. von einer anderen Person dazu veranlasst wurden (Drittverantwortung).³¹⁰ Verhandler mögen sich z.B. darauf berufen, dass ihre Prinzipale in diese Richtung Druck ausgeübt haben (entweder direkt oder indirekt, z.B. durch sehr ambitionierte Vorgaben). Daneben versuchen Personen auch, ihr Verhalten als ethisch zu interpretieren.³¹¹ Der Bluff kann insofern z.B. als trivial oder unerheblich angesehen werden.³¹² Ebenso denkbar ist es, dass Verhandler sich damit rechtfertigen, dass es sich nicht um eine „richtige“ Lüge handelt.³¹³ Durch diese Strategien können Verhandler ihr positives Selbstbild (als ehrlich) beibehalten und trotzdem Vorteile aus dem

³⁰⁶ Zu den ökonomischen Folgen von Bluffs über Emotionen siehe z.B. ausführlich unter 4. Teil, G.VII.3.a).

³⁰⁷ Vgl. auch *Bok*, *Lying*, 1999, S. 76 (die insofern zur Bezugnahme auf Fairness spricht).

³⁰⁸ Siehe auch *Korobkin*, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1219; ähnlich auch *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 85. Vgl. auch *Bok*, *Lying*, 1999, S. 82 f. (und zur Rechtfertigung, falls der Lügner bereits seinerseits angelogen wurde).

³⁰⁹ *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 171 umschreiben dies auch treffend mit „They had it coming“ und „They deserve it“. Vgl. auch *Korobkin*, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1219 f.

³¹⁰ *Bok*, *Lying*, 1999, S. 74 (die stärker von einer Nötigung zur Täuschung spricht); vgl. auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 170.

³¹¹ Zur *self-concept maintenance theory* u.a. *Mazar/Amir/Ariely*, *Journal of Marketing Research* 45 (2008), 633, 633 ff.

³¹² Vgl. dazu auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 170.

³¹³ Vgl. auch *Bok*, *Lying*, 1999, S. 74, die ausführt, dass Lügner angeben könnten, dass es sich nicht wirklich um eine Lüge handelt.

Bluff (der als ethisch zulässig interpretiert wird) ziehen.³¹⁴ Aber auch die sog. „moralische Reinigung“ (*moral cleansing*)³¹⁵ kann helfen, mit eigenem unethischem Verhalten umzugehen. Dies kann z. B. durch eine kompensierende, gute Tat erfolgen.³¹⁶ Eine Entschuldigung beim Opfer der Lüge kann ebenfalls dazu beitragen, den Moralverstoß emotional zu händeln (was sich wiederum auf die Emotionen und das Verhalten des Opfers auswirkt, dazu sogleich im Folgenden).

Die soeben angesprochenen Strategien zum Umgang mit dem eigenen unethischen Verhalten können auch angewandt werden, wenn der Lügner durch die getäuschte Seite konfrontiert wird (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.4.). Insofern bestehen zwar weitere Reaktionsmöglichkeiten (wie z. B. ein *foggy recall*³¹⁷), die jedoch an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden sollen.

b) Emotionen des Getäuschten

Eine emotionale Reaktion des Getäuschten auf die Lüge kommt nur in Betracht, sofern der Getäuschte den Bluff erkennt bzw. eine Täuschung vermutet. Es erscheint dann intuitiv, dass Lügen vor allem negative Emotionen beim Getäuschten hervorrufen können.³¹⁸ Die Übertragbarkeit der Erkenntnisse, die außerhalb des Verhandlungskontexts gewonnen wurden, auf unternehmerische Verhandlungen ist jedoch nur eingeschränkt möglich. Das liegt vor allem daran, dass Verhandler im unternehmerischen Kontext in aller Regel als Agenten des Unternehmens handeln³¹⁹ und daher persönlich weniger von der Lüge des Verhandlungspartners betroffen sein können. Dennoch erscheint es auch in unternehmerischen Verhandlungen durchaus nachvollziehbar, dass vor allem gravierende Lügen negative Emotionen hervorrufen. Ob bzw. in welchem Umfang dies allerdings für kleinere Bluffs (z. B. über einen angeblichen Rückflugtermin) gilt, bliebe zu untersuchen. Da solche relativ harmlosen Lügen von einer Mehrheit sogar als moralisch angesehen werden (siehe dazu unter 4. Teil, B.II.), ließe sich zumindest vermuten, dass sich das

³¹⁴ Vgl. *Mazar/Amir/Ariely*, Journal of Marketing Research 45 (2008), 633, 633 ff. in Bezug auf die *self-concept maintenance theory*.

³¹⁵ Vgl. dazu und anderen Strategien wie Geständnissen *Shalvi et al.*, Current Directions in Psychological Science 24 (2015), 125, 128. Dazu, dass *moral cleansing* davon abhängt, wer das Opfer des unmoralischen Verhaltens war *Meub et al.*, Applied Economics Letters 23 (2016), 1162, 1162 ff.

³¹⁶ In den Untersuchungen geht es allerdings auch um selbst zugefügte Schmerzen etc. und damit um Verhalten, welches für unternehmerische Verhandlungen wohl weniger relevant ist. Einen Überblick gebend *Shalvi et al.*, Current Directions in Psychological Science 24 (2015), 125, 128.

³¹⁷ *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 191 f.

³¹⁸ Einen Überblick gebend *Bies* in: Cropanzano (Hrsg.), The Oxford Handbook of Justice in the Workplace, 2015, S. 89, 96. Vgl. auch *Lewicki/Barry/Saunders*, Negotiation, 8. Aufl. 2020, S. 169 sowie bereits *Lewicki* in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), Negotiating in Organizations, 1983, S. 68, 76 zu Verärgerung und Enttäuschung. Allg. beispielsweise auch *Bok*, Lying, 1999, S. 20 und *Frankfurt* in: Clancy (Hrsg.), The Philosophy of Deception, 2009, S. 37, 39.

³¹⁹ Zur Prinzipal-Agenten-Situation in unternehmerischen Verhandlungen siehe 2. Teil, A.III.

Ausmaß der negativen Emotionen in Grenzen halten könnte. Wie stark negative Emotionen empfunden werden, hängt zudem davon ab, ob der Betrogene die Gründe erfährt, aus denen der Verhandlungspartner getäuscht hat. Falls die belogene Partei eine Erklärung für die Lüge präsentiert bekommt, hängt die Reaktion auf die Lüge u. a. von der Art und Form der Erklärung ab.³²⁰ Eine andere Studie konnte zudem zeigen, dass der täuschenden Seite eher mit Verständnis begegnet wird, wenn sie sich in einer schwachen Verhandlungsposition befunden hat.³²¹ Es kommt also wohl auch aus der Perspektive der belogenen Seite darauf an, unter welchen Umständen geblufft wird. Es ist zu vermuten, dass sich die Emotionen, die die getäuschte Seite empfindet, auf die Entscheidung für bzw. gegen bestimmte Handlungsoptionen auswirkt.

c) Vertrauensverlust

Neben negativen Emotionen steht vor allem der potenzielle Vertrauensverlust der getäuschten Seite im Fokus der Literatur zu Lügen.³²² Generell können Täuschungen dazu führen, dass das Vertrauen in den Lügner sowie andere Marktteilnehmer sinkt. Bezogen auf das Vertrauen in den Verhandlungspartner ist dann noch einmal zwischen dem Vertrauensverlust in den konkreten Verhandler sowie den Vertrauensverlust in das Unternehmen, für welches er arbeitet, zu unterscheiden.³²³ Au-

³²⁰ In diese Richtung weist die Studie von *D. L. Shapiro*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 614, 614 ff. Ausführlich dazu wie verbale Reaktionen, wie eine Entschuldigung, mit Blick auf Vertrauensverletzungen wirken *Lewicki/Polin* in: *Bachmann/Zaheer* (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 45 ff.

³²¹ *Koning et al.*, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 68.

³²² Siehe zum Vertrauensverlust durch Täuschung und Möglichkeiten Vertrauen zurückzugewinnen z. B. *Schweitzer/Hershey/Bradlow*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 101 (2006), 1–19. Allgemein von einem Vertrauensverlust ausgehend *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 169; *Lewicki/Hanke* in: *Goldman/D. L. Shapiro* (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 212 f. (auf S. 222 f. auch einen Überblick zur Zurückgewinnung von Vertrauen gebend) sowie *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 71; *Gunia*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 43, 44. *Horton*, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 223 (generell zu *dirty tricks*); *C. Karrass*, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 25 f. (zur Zulässigkeit von Bluffs); zur möglichen Beschädigung der Beziehung und *Lewicki/Polin* in: *Bachmann/Zaheer* (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 41 („One of the most common ways for trust to be broken is through one or both parties' use of deception“). Zum Vertrauensverlust bei *settlement issues* auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 139. Siehe zudem *Zamir/Medina*, *Law, Economics, and Morality*, 2010, S. 276 allgemein zum Vertrauensverlust im Sozialleben („Every lie undermines the mutual faith and trust underlying social life“). Vgl. auch *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 355 (einen kurzen Überblick zu Täuschungen und Vertrauen gebend). Hingegen darauf hinweisend, dass die Stärke des Vertrauensverlustes auch von den Einstellungen des Verhandlers abhängt *Haselbuhn et al.*, *Journal of Business Ethics* 145 (2017), 215, 215 ff.

³²³ Auf die weiteren möglichen Unterscheidungen zwischen verschiedenen Formen an Vertrauen soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Siehe insofern z. B. *McAllister*, *Academy of Management Journal* 38 (1995), 24–59, der zwischen *cognition-based trust* und *affect-*

ßerdem wird die Stärke des Vertrauensverlusts davon abhängen, welche Überzeugungen der jeweilige Verhandler vertritt.³²⁴ Vertrauensverluste werden unter 4. Teil, G.V.4. noch einmal in Bezug auf die Verwässerung des Wahrheitssignals im Rahmen der ökonomischen Analyse von Lügen aufgegriffen.

Wie auch im Rahmen von Emotionen, bliebe zu untersuchen, wie stark der Vertrauensverlust bezüglich verschiedener Lügen in unternehmerischen Verhandlungen tatsächlich ausfällt. Insbesondere bei kleineren Bluffs (z.B. über einen angeblichen Rückflugtermin) mag der Vertrauensverlust gering sein. Insbesondere der Vertrauensverlust in das hinter dem Verhandler stehende Unternehmen dürfte in solchen Fällen wohl kaum ins Gewicht fallen. Es liegen jedoch nicht zu all den genannten Aspekten entsprechende empirische Untersuchungen vor, sodass an dieser Stelle nur Vermutungen angestellt werden können. Eine Studie kommt interessanterweise zu dem Ergebnis, dass Personen, die herausfinden, dass sie getäuscht wurden, bei den kommenden Verhandlungsrunden nicht mehr Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussagen der Gegenseite äußern als Personen, die nicht wissen, ob sie belogen wurden. Gleichzeitig zeigt die Untersuchung allerdings auch, dass das Vertrauen in die täuschende Person sinkt, wobei insofern allerdings Unterschiede je nach Position des Verhandlers festgestellt wurden.³²⁵

4. Konfrontation des Lügners – Das Betrugsdilemma für den Getäuschten

Bevor auf die einzelnen Reaktionsmöglichkeiten auf Lügen eingegangen wird, ist an dieser Stelle das sog. Betrugsdilemma zu erörtern, welches ebenso wie Emotionen und das Vertrauen einen Einfluss auf die Wahl der Handlungsoption hat. Denn erkennt die getäuschte Seite einen Bluff, stellt sich für sie zunächst die grundlegende Frage, ob sie den Lügner damit konfrontieren soll oder nicht. In diesem Rahmen ist dann vor allem das Betrugsdilemma zu berücksichtigen. Aus Sicht des Getäuschten besteht ein sog. Betrugsdilemma, wenn er erkennt, dass er vom Verhandlungspartner belogen wurde, die Verhandlung oder die Beziehung zur anderen Seite für ihn aber weiterhin vorteilhaft ist. Denn konfrontiert der Getäuschte den Verhandlungspartner mit seinem Bluff, kann dadurch der Vertragsschluss bzw. die langfristige Geschäftsbeziehung zum Verhandlungspartner gefährdet werden. Dies lässt sich damit erklären, dass die andere Seite durch die Aufdeckung der Täuschung und die Konfrontation damit einen sog. Gesichtsverlust erleidet.³²⁶ In vie-

based trust unterscheidet. Zu verschiedenen Formen von Vertrauen auch *Lewicki/Polin* in: Adair/Olekals (Hrsg.), *Handbook of Research on Negotiation*, 2013, S. 161, 162 ff. Es wird auch diskutiert, inwiefern das Konzept Vertrauen auf inter-personelle Kontakte beschränkt ist oder auch auf inter-organisationelle Beziehungen ausgeweitet werden kann. Siehe z.B. *Mouzas/Henneberg/Naudé*, *European Journal of Marketing* 41 (2007), 1016, 1016 ff.

³²⁴ *Haselbuhn et al.*, *Journal of Business Ethics* 145 (2017), 215, 215 ff.

³²⁵ *Boles/Crososon/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249 und 251 (im Rahmen eines Ultimatum-Spiels).

³²⁶ *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 92. Allgemein zur Bedeutung von Ge-

len Fällen wird die mit der Lüge konfrontierte Seite daher mit Ärger und Wut reagieren.³²⁷ Dies ist im Unternehmen insbesondere dann zu fürchten, wenn ein Prinzipal getäuscht hat bzw. die Lüge durch den Agenten mit dem Prinzipal abgesprochen war oder die Täuschung nur gegenüber dem Agenten, nicht jedoch gegenüber dem Prinzipal aufgedeckt wird. Täuscht ein Agent allerdings ohne die Rückendeckung seines Prinzipals und legt die andere Seite die Täuschung gegenüber dem Prinzipal offen, so muss der Agent, der sich der Lüge bedient hat, gegebenenfalls unternehmensintern negative Konsequenzen fürchten (z. B. den Abzug aus der Verhandlung, siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.10.).³²⁸

Aber auch die Entscheidung, die andere Seite nicht mit ihrem Bluff zu konfrontieren, kann negative Konsequenzen mit sich bringen. Denn dadurch mag der Täuschende in seinem Verhalten bestätigt werden, d. h. er wird sich versucht sehen, zukünftig weiterhin Bluffs einzusetzen.³²⁹ Letzteres ist dabei nur dann der Fall, wenn der Täuschende das Gefühl hat, dass er aus der Lüge einen Vorteil ziehen konnte.³³⁰

Ein Mittelweg besteht für den Getäuschten mithin darin, den Verhandlungspartner nicht direkt mit seinem Bluff zu konfrontieren, sondern vielmehr zu demonstrieren, dass die Lüge erfolglos bleibt. Dies kann dadurch geschehen, dass die getäuschte Seite beispielsweise dem Verlangen der anderen Seite nicht nachgibt. Im Fall der Better-offer-Taktik kann die getäuschte Seite zudem verlangen, das Konkurrenzangebot schriftlich vorgelegt zu bekommen und anderenfalls den geforderten Preisnachlass zu verweigern.³³¹ Teilweise kann zudem versucht werden, das Betrugsdilemma abzumildern, indem die „Lüge“ der anderen Seite stattdessen als „Fehler“ dargestellt wird. Der Getäuschte suggeriert der täuschenden Seite in dem Fall, dass er annimmt, es handle sich um einen schlichten Fehler (der der anderen Seite unabsichtlich unterlaufen ist), statt einer (absichtlichen) Lüge. Dadurch kann das Betrugsdilemma jedoch nur abgemildert werden, denn auch ein Fehler bedeutet oftmals einen Gesichtverlust. Es kann zudem versucht werden, die Situation

sichtswahrung und Gesichtverlust (in Bezug auf China) siehe u. a. *Yau-fai*, *American Journal of Sociology* 81 (1976), 867, 867ff.; *Hu*, *American Anthropologist* 46 (1944), 45, 45ff.; vgl. auch *Huang/C. Anderson*, *Minnesota Law Review* 90 (2006), 1045, 1045ff. (zum Verhältnis von Gesichtverlust und Recht).

³²⁷ Das haben der Autorin verschiedene Praktiker aus ihrer Erfahrung berichtet.

³²⁸ Zur Prinzipal-Agenten-Situation bereits unter 2. Teil, A.III.

³²⁹ Vgl. dazu und möglichen Verhaltensoptionen S. *Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, Stichwort: Betrugsdilemma. Siehe auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, S. 187, 192, der allgemein darauf hinweist, dass Verhandler die in der Vergangenheit erfolgreich geblufft haben, übertrieben selbstbewusst mit Blick auf zukünftige Lügen sein könnten. Ähnlich auch *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 167 („Ultimately, the successful use of deception may embolden negotiators to use more deception in the future.“).

³³⁰ Denn dadurch wird die wahrgenommene Kosten-Nutzen-Relation zu Gunsten von Täuschungen beeinflusst.

³³¹ S. *Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 92.

als Missverständnis oder als Versprecher darzustellen. Ebenfalls denkbar ist, dass die getäuschte Seite die Information einfach korrekt wiedergibt und so tut, als hätte sie die (korrekte) Information von der Gegenseite erhalten. All diese Maßnahmen dienen dazu, der täuschenden Seite eine „goldene Brücke“³³² zu bauen, um die Parteibeziehung nicht noch weiter zu beschädigen.

Das Betrugsdilemma ist damit ebenso wie die Emotionen relevant für die Reaktionen der getäuschten sowie der täuschenden Seite. Denn einige Handlungsoptionen setzen eine Konfrontation des Lügners mit der Täuschung voraus, andere hingegen nicht. Die getäuschte Seite muss also zunächst die Grundentscheidung treffen, ob sie der anderen Seite offenbaren möchte, dass sie die Lüge erkannt hat. So mag aufgrund des Betrugsdilemmas im Ergebnis die belogene Seite trotz einer beweisbaren Täuschung beispielsweise davon absehen, den Vertrag gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anzufechten, da dies eine klare Konfrontation mit der Lüge erfordert.

5. Änderung des Verhandlungsverhaltens

Ein Bluff in Vertragsverhandlungen kann sowohl auf Seiten der getäuschten Partei als auch auf Seiten der täuschenden Partei zu einer Verhaltensänderung führen. Allerdings ist ebenso denkbar, dass das Verhandlungsverhalten nicht angepasst wird. Im Folgenden soll zunächst ein kurzer Überblick über mögliche Anpassungen des Verhaltens und insofern relevante Rahmenbedingungen gegeben werden, bevor auf einzelne Aspekte dann im Folgenden näher eingegangen wird.

a) Getäuschte Seite

Wird eine Verhandlungspartei getäuscht, so kann sie ihr Verhandlungsverhalten daraufhin anpassen³³³ oder umgekehrt unbeeinflusst weiterverhandeln (siehe unter 2. Teil, A.VII.6.). Wird eine Verhaltensänderung in Betracht gezogen, kann diese zu verschiedenen Zeitpunkten vorgenommen werden, was wiederum auch vom Moment der Aufdeckung der Lüge abhängt. Wird eine Täuschung noch vor Vertragsabschluss erkannt, kann die Verhaltensanpassung sofort erfolgen und sich somit noch (korrigierend) auf den zu verhandelnden Vertrag auswirken. Wird eine Lüge erst nach Vertragsschluss erkannt, so kann das Verhandlungsverhalten mit Blick auf Nachverhandlungen (siehe unter 2. Teil, A.VII.8.) bzw. zukünftige Verhandlungen mit demselben Verhandlungspartner (siehe zum Ausgleich bei Folgeverhandlungen unter 2. Teil, A.VII.9.) geändert werden. Es besteht zudem die Möglichkeit, dass die getäuschte Seite ihr Verhalten auch gegenüber Dritten anpasst.

³³² Zu dieser Taktik *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 107f.

³³³ So allg. auch *Lewicki* in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 78 mit Blick auf zukünftige Interaktionen.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Anpassung stehen der getäuschten Seite verschiedene Formen der Verhaltensanpassung zur Verfügung. Zunächst einmal kann die getäuschte Seite Energie in die Aufklärung und ggf. Beweissicherung investieren (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.2.). Außerdem wird sie sich unter Umständen damit befassen, wie sie weiteren Täuschungen und deren negativen Auswirkungen vorbeugen kann (dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.1.). Die weiteren Reaktionen hängen vor allem davon ab, ob die getäuschte Seite dem Verhandlungspartner offenbaren wird, dass sie den Bluff erkannt hat.³³⁴ Es erscheint insgesamt plausibel, dass die Aufdeckung einer Täuschung zu einem weniger kooperativen Verhalten des Getäuschten führen kann.³³⁵ Es ist daher anzunehmen, dass der Getäuschte z. B. den für Verhandlungen wichtige Informationsaustausch reduziert, sofern die Lüge zu einem Vertrauensverlust geführt hat. Außerdem wird der Getäuschte auf weitere gegebene Informationen eventuell nicht mehr vertrauen.³³⁶ Es lässt sich zudem vermuten, dass die getäuschte Seite ggf. weniger kooperative Verhandlungstaktiken einsetzen wird, z. B. solche die auf Druck und Drohung beruhen. Außerdem kann sich die getäuschte Seite veranlasst sehen, ebenfalls zu bluffen (zur Gegenlüge sogleich ausführlicher unter 2. Teil, A.VII.7.).³³⁷ Interessant ist beispielsweise auch die Erkenntnis, dass die Anpassung des Verhaltens von der Machtstruktur abzuhängen scheint. So zeigt ein Experiment, dass die belogene Seite viel stärker auf die Lüge durch einen starken Partner als durch einen schwachen Partner reagiert. Der schwachen Partei wird ihr Bluff damit wohl eher verziehen.³³⁸

Bei den im Folgenden zu diskutierenden Reaktionsmöglichkeiten ist zudem zu bedenken, dass bestimmte Optionen kumulativ gewählt werden können. So kann ein betrogener Verhandler beispielsweise die Anfechtung des Vertrags (notfalls auch gerichtlich) durchsetzen und gleichzeitig durch Publikmachen der Täuschung einen Reputationsschaden für den Lügner erzeugen (zu Letzterem näher unter 2. Teil, A.VII.12.). In einigen Fällen erscheinen bestimmte Reaktionsmöglichkeiten zudem beinahe untrennbar miteinander verbunden zu sein. Wird einer Partei beispielsweise durch das Publikmachen der Lüge ein Reputationsschaden zugefügt, ist damit wohl beinahe zwangsläufig zugleich ein Ende (also eine Beendigung) der Geschäftsbeziehung verbunden.³³⁹

³³⁴ Zum insofern relevanten Betrugsdilemma siehe näher unter 2. Teil, A.VII.4.

³³⁵ Untersuchung legen sogar weitergehend nahe, dass die getäuschte Seite zu Bestrafungen sowie Vergeltung neigen könnte. Einen Überblick gebend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 354.

³³⁶ *Gunia*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 43, 44. Ähnlich auch *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, S. 30 und 38 generell zu Vertrauen, Vertrauenswürdigkeit und Informationsaustausch.

³³⁷ Insofern wird auch von *spillover effects* gesprochen. Siehe dazu näher im Rahmen der ökonomischen Analyse unter 4. Teil, G.V.5.

³³⁸ *Koning et al.*, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 68.

³³⁹ Dazu näher unter 2. Teil, A.VII.12.

b) Täuschende Seite

Es erscheint zudem naheliegend, dass die täuschende Seite ihr Verhandlungsverhalten ebenfalls gegenüber dem konkreten Verhandlungspartner und ggf. gegenüber Dritten (d. h. anderen Verhandlungspartnern) anpasst. Auch hier spielt die zeitliche Dimension eine Rolle, d. h. ob es um laufende oder abgeschlossene Verhandlungen geht und ob weitere Verhandlungen mit derselben Partei vorgesehen sind. Außerdem kommt es darauf an, ob die täuschende Partei davon ausgeht, dass ihre Lüge erkannt oder unentdeckt bleiben wird sowie mit welchen Konsequenzen sie im Fall der Aufdeckung rechnet. Denn dementsprechend wird der Lügner seine Kosten-Nutzen-Rechnung bezüglich des konkreten Bluffs anpassen.³⁴⁰ Eine hohe Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung einer Lüge führt beispielsweise zu einer Verschlechterung der Kosten-Nutzen-Relation der Täuschung. Das bedeutet zunächst lediglich, dass zu vermuten ist, dass der Lügner seltener über diesen konkreten Aspekt (z. B. bessere Alternativangebote) täuschen wird, und zwar sowohl gegenüber dem konkreten Verhandlungspartner (sofern weitere Verhandlungen anstehen) als auch gegenüber anderen Verhandlungspartnern. Ob er zugleich weniger über andere Aspekte (z. B. die Verfügbarkeit seines Produkts) lügen wird, ist damit nicht geklärt. Zu den Auswirkungen entdeckter Lügen siehe sogleich im Folgenden unter 2. Teil, A.VII.4. bis 13.

Außerdem ist zu vermuten, dass das „Auffliegen“ einer Täuschung zu einem veränderten Verhalten gegenüber dem konkreten Verhandlungspartner führt, sofern die Parteien weiterverhandeln. Studien zum Ultimatum-Spiel³⁴¹ mit Studierenden kamen insofern jedoch zu keinem eindeutigen Ergebnis. In einer Untersuchung wurde das (überraschende) Ergebnis erzielt, dass Lügner, deren Täuschungen der anderen Seite offenbart werden, in Folgerunden der getäuschten Seite keine signifikant höheren Angebote machten.³⁴² Dieselbe Studie konnte auch nicht nachweisen, dass sich Lügner regelmäßig für ihre Täuschung entschuldigen.³⁴³ In einer anderen Studie unterbreiteten Lügner in weiteren Verhandlungsrunden der getäuschten Seite hingegen durchaus höhere Angebote.³⁴⁴ Dabei ist zu bedenken, dass das Verhalten der täuschenden Seite nach der Aufdeckung der Lüge die Emo-

³⁴⁰ Zur Kosten-Nutzen-Relation von Bluffs auch ausführlich unter 4. Teil, G.IV.1. im Rahmen der ökonomischen Analyse von Täuschungen.

³⁴¹ Zu Ultimatum-Spielen mit Blick auf Verhandlungen auch grundlegend *Güth/Schmittberger/B. Schwarze*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 3 (1982), 367, 367 ff. Siehe z. B. auch *Binmore* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*, 2007, S. 103, 103 ff.; *Binmore/Shaked/Sutton* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*, 2007, S. 113, 113 ff. und *Bearden*, *Ultimatum Bargaining Experiments*, 2001, S. 3 f.

³⁴² *Boles/Crosno/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249.

³⁴³ *Boles/Crosno/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249 f.

³⁴⁴ *Crosno/Boles/Murnighan*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003) 143, 155 f.

tionen und wohl auch Reaktionen der getäuschten Seite maßgeblich beeinflusst. So wurde z. B. außerhalb des Verhandlungskontext gezeigt, dass sich Entschuldigungen positiv auswirken können.³⁴⁵

6. Ignorieren und Verzeihen der Lüge

Eine Möglichkeit des Umgangs mit Lügen besteht für die getäuschte Seite somit darin, nicht weiter auf die Täuschung zu reagieren, d. h. z. B. keine Nachverhandlungen anzustreben, ihr Verhandlungsverhalten nicht anzupassen und nicht anzufangen, selbst zu lügen. Das Täuschungsverhalten des Verhandlungspartners kann schlicht ignoriert werden.³⁴⁶

Eine andere Option besteht darin, dem Verhandlungspartner zu verzeihen. Ob dies der anderen Seite auch kommuniziert wird, stellt hingegen eine andere Frage dar. Insofern kommt es zum einen darauf an, ob sich der Lügner zuvor für sein Verhalten entschuldigt hat. Zum anderen ist wiederum das bereits angesprochene Betrugsdilemma (siehe 2. Teil, A.VII.4.) zu berücksichtigen, sofern der Lügner die Täuschung nicht zugegeben (und sich ggf. dafür entschuldigt) hat. Die Tatsache, dass die belogene Seite dem Lügner verzeiht, sagt allerdings noch nicht konkret etwas darüber aus, wie sie ansonsten mit der Täuschung umgeht. Es besteht die Möglichkeit, dass die getäuschte Verhandlungspartei die Lüge schlicht entschuldigt und ansonsten keine weitere Reaktion zeigt. Es ist aber ebenso denkbar, dass sie den Bluff zwar verzeiht, aber dennoch ihr Verhandlungsverhalten zu einem gewissen Grad anpasst (z. B. eine verstärkte Überprüfung von Informationen vornimmt etc.).

7. Die „Gegenlüge“ bzw. weitere Täuschungen

a) Die „Gegenlüge“ durch die getäuschte Seite

Erkennt ein Verhandler, dass er belogen wurde oder befürchtet er dies, steht ihm als Handlungsoption außerdem die sog. „Gegenlüge“ zur Verfügung. In der Literatur wird diese Reaktionsmöglichkeit im Zusammenhang mit *spillover effects* diskutiert. Insofern geht es darum, ob die Lüge eines Verhandlers den Verhandlungspartner dazu veranlasst, ebenfalls zu lügen.³⁴⁷ Denn es mag argumentiert werden,

³⁴⁵ Aune/Metts/Ebesu Hubbard, *The Journal of Social Psychology* 138 (1998), 677, 685. Allgemein zum Effekt von Entschuldigungen für Täuschungen in Verhandlungen Lewicki/Hanke in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 221.

³⁴⁶ Wobei damit nichts darüber ausgesagt werden soll, wie die Lüge emotional verarbeitet wird.

³⁴⁷ Dazu näher im Rahmen der ökonomischen Analyse unter 4. Teil, G.V.5. Tietzel in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 31 (der Autor verwendet zwar nicht die konkrete Bezeichnung, diskutiert aber das Phänomen); vgl. auch Porat/Yadlin, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 663 sowie Murnighan, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 182.

dass eine Lüge die Wahrscheinlichkeit einer „Gegenlüge“ erhöht.³⁴⁸ Dabei ist zu unterscheiden, wen die getäuschte Seite aufgrund des Bluffs beginnt zu belügen. Sie kann sich einerseits dazu veranlasst sehen, den lügenden Verhandlungspartner nun ebenfalls in die Irre zu führen. Für diese Situationen wird hier der Begriff „Gegenlüge“ verwendet. Die getäuschte Seite kann sich aber auch dazu entschließen, in anderen Verhandlungen ggü. Dritten zu bluffen, was dann wiederum zu negativen Externalitäten führen kann. Die Thematik wird im Rahmen der ökonomischen Analyse näher erörtert (siehe unter 4. Teil, G.V.5.b)).

b) Weitere Täuschungen durch den Täuschenden

Auch wenn dies nicht unmittelbar von der Definition des Spillover-Effekts erfasst wird, muss der Umstand berücksichtigt werden, dass der Täuschende womöglich noch mehr Lügen verbreiten wird, wenn seine ursprüngliche Täuschung ihm einen Verhandlungserfolg eingebracht hat.³⁴⁹ Auch in diesem Zusammenhang ist es möglich, dass der Lügner entweder gegenüber demselben Verhandlungspartner oder gegenüber anderen Verhandlungspartnern weitere Täuschungen über denselben Aspekt oder andere Aspekte einsetzt. Dies mag zum einen mit der positiv wahrgenommenen Kosten-Nutzen-Relation der Lüge zusammenhängen. Zum anderen mag der Effekt damit erklärt werden, dass Bluffs als immer „normaler“ angesehen werden.³⁵⁰ Die Lüge mag somit die moralische Bewertung von Täuschungen verschieben und dadurch zu weiteren Bluffs führen (zum Zusammenhang zwischen moralischer Bewertung und der Häufigkeit von Täuschungen siehe 2. Teil, A.II.).³⁵¹ In der Literatur wird zudem vertreten, dass Verhandler durch die Übung lernen, immer besser zu täuschen und dies dann wohl auch nutzen.³⁵²

Ebenfalls denkbar ist, dass ein Verhandler sich aufgrund der ursprünglichen Lüge „gezwungen“ sieht, weiter zu täuschen, um nicht als Lügner entlarvt zu wer-

Generell Vergeltungsmaßnahmen mit Blick auf *dirty tricks* ansprechend Horton, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S.223. Siehe zudem Dees/Cramton, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 144, die die Lüge als defensive Strategie in Verhandlungen bezeichnen (unter drei Bedingungen). Siehe S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 276f.

³⁴⁸ C. Ford, *Lies! Lies!! Lies!!!*, 1999, S. 88 weist darauf hin, dass eine Partei ihre Lüge damit rechtfertigen mag, dass die andere Seite die Wahrheit nicht verdient.

³⁴⁹ Gaspar/Schweitzer, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 167 („Ultimately, the successful use of deception may embolden negotiators to use more deception in the future.“). Ähnlich allgemein zu unethischem Verhalten Murnighan, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 181. Der folgende Abschnitt basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 276f. (wobei einige Passagen auch [nahezu] wörtlich übersetzt wurden, worauf im Folgenden nicht gesondert hingewiesen wird.).

³⁵⁰ Vgl. dazu z.B. die psychologische Studie von Verschuere et al., *Consciousness and Cognition* 20 (2011), 908, 909 („habitual lying makes lying easier.“). Vgl. auch P. Fleming/Zyglidopoulos, *Journal of Business Ethics* 81 (2008), 837, 841 („The increased ease of lying makes it more likely that deception will continue once it has started“).

³⁵¹ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021, 255, 276f.

³⁵² Vgl. Gaspar/Schweitzer, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 167.

den.³⁵³ Dies ist unter anderem der Fall, wenn die andere Seite Rückfragen zur gegebenen Falschinformation stellt. Dann muss der Verhandler gegebenenfalls über weitere Aspekte bluffen, damit seine ursprüngliche Täuschung nicht entdeckt wird.³⁵⁴

8. Nachverhandlung

Stellt ein Verhandler nach Vertragsschluss fest, dass er bezüglich eines bestimmten Aspekts in der Verhandlung getäuscht wurde, so kann er auf Nachverhandlungen³⁵⁵ drängen. Erkennt der Verhandler hingegen noch während der Verhandlung den Bluff, so kann er korrigierend auf den Vertragsabschluss einwirken.

Im Fall der Aufklärung nach Vertragsabschluss muss sich der Verhandler entscheiden, ob er den Eintritt in Nachverhandlungen mit der Lüge begründen oder sie in diesem Zusammenhang zumindest nutzen möchte (um z. B. seine Verhandlungsposition zu verbessern). Insofern ist wiederum das Betrugsdilemma (siehe unter 2. Teil, A.VII.4.) zu berücksichtigen, was im Endeffekt gegen Nachverhandlungen (mit entsprechender Begründung) sprechen kann. Für Nachverhandlungen kann hingegen angeführt werden, dass durch sie das Ergebnis der Verhandlung selbst nach Vertragsschluss noch zu Gunsten der eigenen Seite korrigiert werden kann. Im Verhältnis zum Ausgleich bei einer Folgetransaktion (dazu sogleich unter 2. Teil, A.VII.9.) besteht somit der Vorteil, dass hier der Zusammenhang zwischen Täuschung und Ausgleichsverlangen direkter ist und die Gegenseite deshalb vielleicht eher auf die Forderungen der getäuschten Seite eingehen mag. Im Ergebnis muss der Verhandler die Vor- und Nachteile der Nachverhandlung unter Berücksichtigung der dazu bestehenden Alternativen gegeneinander abwägen.

³⁵³ Vgl. z. B. *Messick/Bazerman*, Sloan Management Review 37 (1996), 10, 21 („One risk often overlooked when practicing deceit is the continual need to maintain deception. Not only are original facts hidden, but the fact of hiding must also be hidden.“). Vgl. auch *Bok*, Lying, 1978, S. 26 („It is easy, a wit observed, to tell a lie, but hard to tell only one. The first lie „must be thatched with another or it will rain through.““). Im englischsprachigen Raum wird dafür die Bezeichnung *cover-up lie* bzw. *cover-up fabrication* verwendet. Vgl. *P. Fleming/Zyglidopoulos*, Journal of Business Ethics 81 (2008), 837, 841. Siehe allgemein zur Aufdeckungsvermeidung und in diesem Zusammenhang zu *cover-ups* (nicht spezifisch zu *cover-up lies*), *Sanichirico*, NYU Law Review 81 (2006), 1331, 1331 ff. Vgl. zudem *Bok*, Lying, 1999, S. 25 zur Idee der *cover-up lie* (ohne den Begriff zu verwenden).

³⁵⁴ Eine Alternative dazu ist es, die Lüge zuzugeben und sich zu entschuldigen. Aufgrund des Gesichtsverlusts und des drohenden Schadens für die Verhandlung dürfte diese Vorgehensweise jedoch nur selten gewählt werden.

³⁵⁵ Teilweise wird auch der Begriff „Neuverhandlung“ gewählt. Auf mögliche Abgrenzungsfragen soll hier nicht näher eingegangen werden. An dieser Stelle werden unter Nachverhandlungen alle Verhandlungen über Änderungen bezüglich eines bereits abgeschlossenen Vertrags verstanden. Ziel einer solchen Nachverhandlung ist die vertraglich verbindliche Modifizierung des ursprünglich abgeschlossenen Vertrags. An dieser Stelle wird nicht danach unterschieden, ob die abgeschlossenen Verträge bereits vollständig umgesetzt wurden oder sich noch in der Umsetzungsphase befinden. Wird hingegen ein Anschlussvertrag bzw. ein Folgevertrag verhandelt, handelt es sich nach hiesigem Begriffsverständnis nicht um eine sog. Nachverhandlung.

Es liegen bislang keine empirischen Untersuchungen dazu vor, wie häufig Lügen als Grund für Nachverhandlungen angeführt werden und wie diese Nachverhandlungen dann ausgehen. Da jedoch generell veränderte Rahmenumstände Nachverhandlungen auslösen können,³⁵⁶ ist es durchaus nicht unwahrscheinlich, dass Täuschungen über Rahmenbedingungen (z. B. falsche Angaben über die Frequenzierung einer Shopping Mall bei der Verhandlung über einen gewerblichen Mietvertrag) in der Praxis zu Nachverhandlungen führen.³⁵⁷ In diesem Fall kommt es nicht unbedingt darauf an, ob eine Partei absichtlich gelogen hat oder ob ihr ein Fehler unterlaufen ist. Die getäuschte Seite kann die Abweichung zu den Aussagen während der Verhandlung sowohl als „Fehler“ als auch als „Täuschung“ in der Nachverhandlung anbringen.

Entscheidet sich die getäuschte Seite im Ergebnis dazu, Nachverhandlung anzustreben, so wird die Dynamik wohl erheblich durch die Wahrnehmung der Lüge durch beide Seiten, den Täuschungsgegenstand, die Auswirkungen des Bluffs sowie die diesbezüglichen Geschäftspraktiken bestimmt. Darüber hinaus findet die Nachverhandlung im Schatten der Rechtslage (*in the shadow of the law*³⁵⁸) bzw. hier konkret auch im Schatten des geschlossenen Vertrags statt. Denn für die getäuschte Seite besteht die Alternative zur Nachverhandlung darin, den Konflikt gerichtlich auszutragen. International sind zudem kulturelle Unterschiede bezüglich der generellen Einstellung zu Nachverhandlungen zu berücksichtigen.³⁵⁹ An dieser Stelle wird jedoch wegen der Konzentration auf das deutsche Recht von Verhandlern im Rahmen der deutschen Verhandlungskultur ausgegangen. Da die Wahrnehmung der Lüge durch beide Seiten wohl – wie soeben erwähnt – eine Rolle spielt, lässt sich vermuten, dass Nachverhandlungen wegen „harmloser“ Täuschungen regelmäßig nicht in Betracht kommen. Nicht auszuschließen ist insofern allerdings, dass die Nachverhandlung in solchen Fällen zwar nicht mit der Lüge begründet wird, aber dafür auf andere „vorgeschobene“ Gründe gestützt wird.

Kommt es zu einer Nachverhandlung, kann die getäuschte Seite insbesondere Wiedergutmachung des ihr entstandenen „Schadens“ verlangen. Es ist zudem möglich, dass die betrogene Seite über ihren eigenen Nachteil hinaus finanzielle

³⁵⁶ So z. B. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 275. Dazu, dass bei Projekten mit langer Umsetzungsphase Nachverhandlungen für veränderte Rahmenumstände bereits vertraglich vorgesehen werden sollten Salacuse, Fordham International Law Journal 24 (2000), 1319, 1327 ff. und auf 1340 ff. zu Neuverhandlungen ohne vertragliche Grundlage. Zur Frage, ob auch die Komplexität des Vertrags Einfluss darauf hat, ob Nachverhandlungen eingegangen werden Schoop et al., Group Decision and Negotiation 17 (2008), 127, 135 f.

³⁵⁷ Ebenfalls eine Verbindung zwischen Täuschungen und Nachverhandlungen annehmend Schoop et al., Group Decision and Negotiation 17 (2008), 127, 130 („Many kinds of deception can be assumed to be identified in the fulfilment phase of a business transaction when their effects become visible, which consequently may lead to strategic intra-deal renegotiations.“).

³⁵⁸ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 76 f.

³⁵⁹ So sind Nachverhandlungen z. B. in China üblich und werden weniger negativ wahrgenommen als in Deutschland. Vgl. zur Thematik S. Jung/Krebs, The Essentials of Contract Negotiation, 2019, S. 188.

bzw. nicht-finanzielle Zugeständnisse, z. B. im Sinn einer „Bestrafung“, fordert. In langfristigen Geschäftsbeziehungen kann insbesondere auch der Austausch des täuschen Verhandlers (des Agenten) verlangt werden, sodass mit einem neuen Verhandler eine vertrauensvolle Beziehung aufgebaut werden kann.

9. Ausgleich bei Folgetransaktion

Für die getäuschte Partei besteht grundsätzlich nur dann die Möglichkeit, Kompensation für die Täuschung im Rahmen einer Folgetransaktion zu verlangen, wenn die Parteien in einer ständigen Geschäftsbeziehung stehen und somit über Folge- bzw. Anschlussverträge verhandeln. Relevant ist die Situation zudem vor allem dann, wenn der Bluff erst nach dem Vertragsschluss entdeckt wird. Denn erkennt der Verhandler noch vor Vertragsschluss die Lüge, braucht er nicht erst einen Ausgleich in der Folgetransaktion anstreben, sondern kann noch in der aktuellen Verhandlung bessere Konditionen fordern. Der Ausgleich bei einer Folgetransaktion steht zudem in Konkurrenz zur Möglichkeit der Nachverhandlung (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.8.). Der Unterschied besteht darin, dass bei der Nachverhandlung das Ergebnis des Vertrags korrigiert wird, bei dem die Täuschung eine Rolle spielte. Im Fall des Ausgleichs bei einer Folgetransaktion wird die Kompensation im Rahmen eines neuen Vertrags vorgenommen (in dessen Rahmen sich die ursprüngliche Täuschung nicht ausgewirkt hat).

Studien zum Ultimatum-Spiel lassen keine klaren Schlussfolgerungen zu. So konnte z. B. in einer Studie nicht nachgewiesen werden, dass bei Folgetransaktionen ein größeres Stück vom Kuchen verlangt wird.³⁶⁰ Nicht eindeutig belegt ist auch, ob der Täuschende in der nächsten Verhandlungsrunde dem Gegenspieler von sich aus mehr anbietet.³⁶¹ Allerdings ist bei der Übertragung der Ergebnisse aus Ultimatum-Spielen auf unternehmerische Verhandlungen ohnehin besondere Vorsicht geboten, da diese Spielsituationen wohl meist gerade nicht als langfristige Geschäftsbeziehung wahrgenommen werden. Das Angebot in einer neuen Spielrunde wird wohl auch nicht unbedingt als „Folgevertrag“ empfunden. Außerdem sind die Teilnehmer meist Studierende und keine professionellen Verhandler.

Zu berücksichtigen sind zudem die Auswirkungen des Betrugsdilemmas. Denn aufgrund des Betrugsdilemmas könnte es häufiger vorkommen, dass die getäuschte Seite den Bluff erkennt, aber dies dem Lügner nicht mitteilt. Da dieser dann weiterhin davon ausgeht, dass seine Lüge unentdeckt geblieben ist, wird er sich

³⁶⁰ *Croson/Boles/Murnighan*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003), 143, 156 (der Empfängerseite wurden zwar etwas niedrigere Angebote gemacht, die Ergebnisse waren allerdings nicht signifikant).

³⁶¹ *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249 (in dieser Studie gab es zwar einen Unterschied, dieser war jedoch nicht signifikant). In einer anderen Studie der Autoren unterbreitete die anbietende Seite nach Aufdeckung der Lüge hingegen höhere Angebote. *Croson/Boles/Murnighan*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003), 143, 156.

nicht veranlasst sehen, bei einer Folgetransaktion kompromissbereiter zu sein. Die getäuschte Seite könnte aber im Rahmen der Diskussionen um den Folgevertrag härter verhandeln und so dennoch einen Ausgleich erzielen.

10. Austausch des täuschenden Verhandlers

Wie bereits unter 2. Teil, A.VII.4. erläutert, mag das Betrugsdilemma die getäuschte Seite davon abhalten, den Lügner mit dem Bluff zu konfrontieren, da dadurch die Beziehung zum Verhandler regelmäßig nachhaltig gestört wird. Gerade in unternehmerischen Verhandlungen ist jedoch eine Prinzipal-Agenten-Situation gegeben (siehe unter 2. Teil, A.III.). Es kommt daher in Betracht, dass eine Seite oder auch beide Seiten auf höherer Ebene entscheiden, ihren bzw. ihre Verhandler (d.h. die Agenten) auszutauschen. Dies wird wohl am ehesten dann möglich sein, wenn der Prinzipal des täuschenden Agenten sich gesichtswahrend von dessen Verhalten distanzieren kann. Gegebenenfalls kann die getäuschte Seite insofern auch eine „goldene Brücke“ bauen³⁶² und vornehmlich auf generelle (ggf. persönliche) Differenzen zwischen den Verhandlern verweisen und so auf den Austausch beider Verhandler (auch der eigenen Seite) drängen. Wird der Bluff noch vor Abschluss des Vertrags aufgedeckt, kann sofort auf den Austausch des Verhandlers gedrängt werden. Wird die Lüge erst nach Vertragsabschluss erkannt, kann der Austausch eines bzw. beider Verhandler Teil einer Nachverhandlung darstellen (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.8.) oder als Voraussetzung für die Verhandlung von Folgetransaktionen angesehen werden (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.9.).

11. Verhandlungsabbruch bzw. Abbruch der gesamten Geschäftsbeziehung

Eine weitere Reaktionsmöglichkeit für die getäuschte Seite stellt der Abbruch der Verhandlung oder der gesamten Geschäftsbeziehung dar. Wird die Täuschung noch vor Vertragsschluss erkannt, so kann die aktuelle Verhandlung abgebrochen werden (und die getäuschte Seite auf ihr BATNA zurückgreifen). Wird die Lüge erst nach Vertragsschluss aufgedeckt, hat die getäuschte Partei die Möglichkeit, die Geschäftsbeziehung zur täuschenden Seite (sofern eine besteht) mit Blick auf die Zukunft abzubrechen, d.h. weitere Verhandlungen und den Abschluss zukünftiger Geschäfte abzulehnen.³⁶³

³⁶² Zu dieser Taktik *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 107f.

³⁶³ Vgl. auch *K. Davis*, Valparaiso University Law Review 33 (1999), 485, 504. *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29 versteht unter dem Begriff „Abwanderung“ nicht allein den Abbruch der Beziehung, sondern auch die Warnung Anderer. *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 49f. (unveröffentlichte Fassung) geht im Kontext der Erhöhung der Glaubwürdigkeit von Informationen darauf ein, dass eine Sanktion für Falschinformationen im Verlust von Folgegeschäften besteht. *Horton*, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 223 formuliert allgemein mit Blick auf *dirty tricks*: „they may pull out altogether, they will certainly be extra cautious in any further dealings with you“.

Beide Reaktionen sind sehr einschneidend, und zwar nicht nur für den täuschenden, sondern auch für den getäuschten Verhandlungspartner. Denn beide Seiten werden schlechter gestellt, sofern angenommen wird, dass die zukünftigen Geschäfte im ZOPA (*zone of possible agreement*) lägen. Bei aktuellen Verhandlungen, bei denen eine Einigungszone gegeben ist, bedeutet der Verhandlungsabbruch, dass beide Parteien bezüglich dieser Transaktion ökonomisch schlechter gestellt werden, da sie jeweils auf eine weniger attraktive Alternative zurückgreifen müssen (Lose-lose-Situation). Auf den ersten Blick ließe sich vermuten, dass es in unternehmerischen Verhandlungen daher in einer solchen Situation auch im Fall von Lügen nicht zu einem Verhandlungsabbruch bzw. zu einem Abbruch der Verhandlungsbeziehung kommen sollte. Dem mag regelmäßig so sein. Vor allem, wenn es um relativ harmlose Bluffs geht, ist wohl nicht zu erwarten, dass der Abbruch der Verhandlung oder Geschäftsbeziehung als Reaktion auf die Lüge gewählt wird. Gerade bei schwerwiegenden Täuschungen ist es aber durchaus denkbar, dass die Verhandlung oder sogar die Verhandlungsbeziehung abgebrochen wird, und zwar selbst dann, wenn dies für die getäuschte Seite ebenfalls einen ökonomischen Nachteil bedeutet. Diese Reaktion kann z.B. aufgrund des Sanktionsgedankens gewählt werden.³⁶⁴ Als Anhaltspunkt dafür mögen wiederum Untersuchungen zum Ultimatum-Spiel herangezogen werden, obwohl sich die Ergebnisse auch an dieser Stelle nur eingeschränkt auf den Verhandlungskontext übertragen lassen. Die Erkenntnisse entsprechender Studien weisen darauf hin, dass Lügner durchaus sanktioniert werden und dass die Spieler dafür sogar in gewissem Umfang eigene Nachteile in Kauf nehmen.³⁶⁵ Denn Teilnehmer, denen mitgeteilt wurde, dass sie von ihrem Spielpartner getäuscht wurden, lehnen in den folgenden Runden die Angebote der Lügner häufiger ab.³⁶⁶ Das lässt aber noch keinen Rückschluss darauf zu, ob die Geschäftsbeziehung abgebrochen würde. Vielmehr zeigt es vor allem, dass Lügen Einfluss auf die Erfolgchancen von Folgeverhandlungen haben können. Untersuchungen weisen allerdings zugleich darauf hin, dass die Bereitschaft für Folgeverhandlungen sinken könnte.³⁶⁷ Eine andere Studie unterstreicht hingegen, dass die Bereitschaft, erneut mit der anderen Seite zu verhandeln, auch davon abhängt, ob die täuschende Seite sich in einer eher starken oder schwachen Verhandlungsposition befand als sie log.³⁶⁸ In anderen Fällen mag die aufgedeckte Täuschung allerdings zeigen, dass in Wahrheit keine Einigungszone besteht

³⁶⁴ Einen Überblick über den Forschungsstand gebend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 354.

³⁶⁵ *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249f.; *Croson/Boles/Murnighan*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003), 143, 157.

³⁶⁶ *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 249f.

³⁶⁷ *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 251 und 253.

³⁶⁸ *Koning et al.*, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 69.

und ein Verhandlungsabbruch der konkreten Verhandlung von vornherein die rationale Entscheidung darstellt. Dann muss der Verhandler aber immer noch entscheiden, wie er sich bezüglich zukünftiger Verhandlungen positionieren möchte.

Im B2B-Bereich sind zudem im Fall einer gewissen Markttransparenz Reputationseffekte zu bedenken. So mag ein Verhandlungsabbruch ein klares Zeichen an andere Verhandlungspartner setzen, mit welcher Reaktion sie im Fall von Lügen rechnen müssen.³⁶⁹ Dem Abbruch der Verhandlung oder gar der Geschäftsbeziehung liegt dann weniger der Sanktionsgedanke zugrunde als ein *signalling* an andere Marktteilnehmer. Ob eine Verhandlung oder gar eine Verhandlungsbeziehung im Ergebnis aufgrund einer Täuschung abgebrochen wird, hängt wohl zudem von den eigenen Alternativen zum Vertragsschluss und – wie bereits angeklungen – der Schwere der Lüge ab. So werden unternehmerische Verhandler den Vertragsschluss wohl generell nicht riskieren, nur weil die andere Seite über Emotionen oder den *reservation price* gelogen hat. Bei Täuschungen über den Verhandlungsgegenstand und die Rechtslage erscheint dies hingegen wahrscheinlicher.

Insgesamt stellt der Verhandlungsabbruch eine sehr starke Reaktion der getäuschten Seite auf eine Lüge dar. Der Verhandler wird sich also überlegen, ob ein milderes Mittel (z. B. Austausch des Verhandlungspartners) das von ihm gewünschte Ziel ebenfalls zu erreichen vermag. Noch einschneidender ist die Entscheidung, die gesamte Geschäftsbeziehung für die Zukunft zu beenden.³⁷⁰

12. Soziale Sanktionen durch das Publimachen der Lüge

Die getäuschte Partei besitzt zudem nach der Aufdeckung einer Täuschung die Möglichkeit, die Lüge publik zu machen. Das Publimachen der Täuschung kann in verschiedenen Kreisen erfolgen: Zum einen kann die Irreführung z. B. im geschäftlichen Umfeld, d. h. gegenüber Lieferanten, Abnehmern, Geldgebern, staatlichen Einrichtung und anderen Stakeholdern, aufgedeckt werden. Zum anderen kann die Täuschung an die breite Öffentlichkeit gebracht werden (d. h. in den klassischen Medien [Zeitung, Fernsehen, Radio] sowie auf *social media* [z. B. Twitter]). In beiden Fällen geht es darum, dem Täuschenden durch die Offenlegung seiner Lüge einen Reputationsverlust zuzufügen.³⁷¹ In Extremfällen kann dies zu einem

³⁶⁹ Vgl. zu „aggressiven“ Reaktionen als Abschreckung *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 374.

³⁷⁰ Der Abbruch der Verhandlungen und der Abbruch der Geschäftsbeziehung sind in der Praxis wohl verbunden. Wird beispielsweise eine Verhandlung wegen einer Täuschung abgebrochen, erscheint es plausibel, dass in vielen Fällen auch die Geschäftsbeziehung insgesamt abgebrochen wird. Diese Entscheidung liegt nicht allein in der Hand der getäuschten Seite, sondern auch der des Lügers. Dieser mag z. B. aufgrund des Gesichtverlusts keine zukünftigen Verhandlungen mehr anstreben.

³⁷¹ „Bloßstellen“ als Reaktion auf Betrug nennend *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 29. Zu den Auswirkungen von Reputationsverlusten im Bereich des strafrechtlich relevanten Betrugs siehe *Karpoff/Lott Jr.*, *The Journal of Law & Economics* 36

„Boycott“ (i. w. S.)³⁷² des Täuschenden oder zu seiner sozialen Isolation führen.³⁷³ Dies wird allerdings wohl nur der Fall sein, wenn die Täuschung von Dritten auch als unmoralisch und damit als Verstoß gegen eine soziale Norm angesehen wird.³⁷⁴ Es ist sogar zu vermuten, dass dieser Effekt nur dann eintritt, wenn das Verhalten als schwerwiegender Moralverstoß gewertet wird. Bei den hier betrachteten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands wird dies oftmals jedoch gerade nicht der Fall sein (dazu näher unter 4. Teil, B.II.), sodass für die getäuschte Seite von vornherein nicht die Möglichkeit besteht, dem Lügner einen (ernsthaften) Reputationsverlust zuzufügen.

Die Täuschung publik zu machen, bedeutet zudem, die andere Seite (zumindest indirekt) mit ihrer Lüge zu konfrontieren. Die damit verbundenen negativen Konsequenzen (siehe zum Betrugsdilemma unter 2. Teil, A.VII.4.) werden im Fall der Anwendung der sozialen Sanktionen allerdings noch verstärkt. Geht eine Partei beispielsweise an die Öffentlichkeit, so erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass die Geschäftsbeziehung trotzdem aufrechterhalten werden kann. Die Entscheidung für das Publikmachen der Lüge ist somit (indirekt) mit der Entscheidung für den Abbruch der geschäftlichen Beziehung verbunden. Außerdem zeigt sich an dieser Stelle erneut, dass bestimmte Reaktionen auch kumulativ bestehen. So kann z. B. der Konflikt gerichtlich ausgetragen werden und gleichzeitig können soziale Sanktionen angewandt werden.

13. Gerichtliche bzw. schiedsgerichtliche Klärung

Wurde ein Verhandlungspartner getäuscht, kann er unter Umständen (zur Erörterung von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB siehe ausführlich unter 2. Teil, B.I.) bestimmte Rechte und Ansprüche geltend machen. Im Zivilrecht geht es dann insbesondere um die Anfechtung des Vertrages (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) bzw. Schadensersatzforderungen³⁷⁵. Voraussetzung für die im Zentrum dieser Arbeit stehenden Anfechtung ist, dass der Vertragspartner vorsätzlich getäuscht hat, dass sich der Bluff auf den Vertragsschluss ausgewirkt hat (Kausalität) und dass er erst nach Abschluss

(1993), 757, 757 ff. *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 52 ff. (unveröffentlichte Fassung) diskutiert ausführlich die Bedeutung des Verlusts von *goodwill* aufgrund von Falschinformationen.

³⁷² An dieser Stelle ist nicht der organisierte Boykott i. S. d. § 21 GWB gemeint. Ein solcher dürfte eher selten vorliegen.

³⁷³ *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 29.

³⁷⁴ Denn nur dann kommt es zu sozialen Sanktionen. Vgl. *Piddocke*, *Anthropologica New Series* 10 (1968), 261, 267 („The third method of reinforcing the normative order is that of social sanctions. This is the provision of rewards for compliance with the norms [positive social sanctions] and of punishments for deviance therefrom [negative social sanctions].“).

³⁷⁵ §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB (Schadenersatz wegen Verschulden bei Vertragsschluss [*culpa in contrahendo*]) und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB (strafbarer Betrug als Schutzgesetz). Siehe zur c.i.c. und zu § 263 StGB näher im Rahmen der Ausführungen zu den rechtlichen Umfeldwertungen (4. Teil, H.IV. und 4. Teil, H.VII.).

des Vertrags erkannt wurde.³⁷⁶ Dies zeigt, dass eine gerichtliche Klärung in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen von vornherein keine Anwendung finden kann. Das gilt z.B. immer dann, wenn der Verhandlungspartner trotz der Täuschung weiterhin an die wahre Sachlage glaubt, z.B. weil er die Lüge bereits vor Vertragsschluss erkennt. Wurde während Verhandlungen geblufft, aber es kommt nicht zum Vertragsschluss, scheidet eine Anfechtung ebenfalls aus. Liegen die Voraussetzungen zwar vor, lassen sich aber nicht beweisen, wird sich eine gerichtliche Klärung für die getäuschte Seite zumindest nicht lohnen.³⁷⁷

Kommt eine Anfechtung oder ein Schadensersatz jedoch in Betracht, so werden das Recht bzw. der Anspruch – wenn überhaupt – regelmäßig zunächst direkt gegenüber dem Vertragspartner geltend gemacht. Erkennt die andere Seite den Anspruch bzw. das Recht auf Anfechtung an, so bedarf es keiner gerichtlichen oder außergerichtlichen Klärung. Im Fall von Einigungen im Rahmen von Nachverhandlungen (siehe unter 2. Teil, A.VII.8.) ist eine gerichtliche bzw. außergerichtliche Klärung ebenfalls nicht notwendig. Das gilt auch dann, wenn die Einigung nicht die Rechtslage widerspiegelt. Nur im Streitfall mag die gerichtliche bzw. außergerichtliche Klärung daher eine Handlungsoption darstellen. Ob diese Handlungsmöglichkeit in einer solchen Situation ergriffen wird, hängt wiederum unter anderem sehr stark von der Beziehung der Parteien,³⁷⁸ von der Art und den Auswirkungen der Lüge sowie der Beweisbarkeit der Täuschung ab.³⁷⁹ Berücksichtigt werden ggf. auch Reputationseffekte.³⁸⁰

Unter 2. Teil, B.II. wird in diesem Beitrag die Rechtsprechung in Deutschland analysiert. Insofern lässt sich vorwegnehmen, dass es durchaus viele Entscheidungen gibt, die sich auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB stützen. Die gerichtliche Klärung von Streitfragen bezüglich Lügen in Verhandlungen ist damit eine durchaus praxisrelevante Handlungsoption. Allerdings wird die Analyse zugleich zeigen, dass dies nur mit Blick auf einige bestimmte Arten von Lügen gilt. Andere Täuschungen und die damit verbundenen Rechte und Ansprüche werden hingegen grundsätzlich

³⁷⁶ Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden ausführlich im Folgenden unter 2. Teil, B.I. erläutert. Theoretisch könnte auch eine Partei, die so tut als ob sie die Täuschung nicht vor Vertragsschluss erkannt hat, versuchen, das Anfechtungsrecht geltend zu machen. Dies erscheint allerdings wohl nur in ganz bestimmten Situationen sinnvoll.

³⁷⁷ Zu den Gründen für das Fehlen von Rechtsprechung siehe auch näher unter 2. Teil, B.II.3.

³⁷⁸ Gerade in langfristigen Beziehungen wird meist nicht geklagt, da dies regelmäßig das Ende der Geschäftsbeziehung bedeuten würde. Siehe zum Verhältnis von Rechtstreitigkeiten und (langfristigen) Geschäftsbeziehungen grundlegend *Macaulay*, *American Sociological Review* 28 (1963), 55, 55 ff. Vgl. zu den Gründen auch *Axelrod*, *The Evolution of Cooperation*, 1984, S. 179: „The fairness of the transaction is guaranteed not by the threat of a legal suit, but rather by the anticipation of mutually rewarding transactions in the future. It is precisely when this anticipation of future interaction breaks down that an external authority is invoked.“

³⁷⁹ *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 65 (unveröffentlichte Fassung) stellt mit Blick auf eine vertraglich vereinbarte Haftung auf das negative Interesse bei Falschinformation fest, dass eine Geltendmachung gerade bei relativ geringen Beträgen wohl entfällt.

³⁸⁰ *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 374.

nicht gerichtlich geltend gemacht (siehe unter 2. Teil, B.II.2.d)).³⁸¹ Für diese Lügen gilt, dass die getäuschte Partei wohl auf die anderen in diesem Abschnitt diskutierten Handlungsmöglichkeiten zurückgreift.³⁸²

14. Exkurs: Kollektivmaßnahmen und Strafrecht

Neben der Geltendmachung der zivilrechtlichen Rechte und Ansprüche kann die getäuschte Seite je nach Art der Lüge z. B. versuchen, eine strafrechtliche Sanktion des Täuschenden zu initiieren. Im deutschen Recht ist z. B. der Betrug in § 263 StGB geregelt (siehe dazu unter 4. Teil, H.VII.) und die Dokumentenfälschung in § 267 StGB.³⁸³ Das Strafrecht erhöht so die Kosten des Betrugs.³⁸⁴ Dies müsste aufgrund der negativen Auswirkungen auf die Kosten-Nutzen-Relation wiederum zu einem Rückgang entsprechender Täuschungen führen. Allerdings kann dies nur für solche Lügen gelten, die von den strafrechtlichen Vorschriften auch erfasst werden.

Bislang wurden ansonsten ausschließlich individuelle Reaktionsmöglichkeiten der getäuschten Seite besprochen. Ausblicksartig soll an dieser Stelle angerissen werden, dass es daneben Kollektivmaßnahmen gibt, die sich in der Praxis auswirken können. Sie können insbesondere zu einer Reduzierung von Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen beitragen. So können neben dem Strafrecht Organisationen zur Eindämmung von Betrug beitragen. Dies wird durch die Schaffung und Bereitstellung von Informationen und damit der Reduzierung von Informationsasymmetrien erreicht. Testen bestimmte Organisationen beispielsweise die Qualität von bestimmten Gütern, so verringern sie durch die dabei gewonnenen Erkenntnisse (und deren Bereitstellung an Dritte) die Informationsasymmetrien zwischen den Verhandlungspartnern. Geringe Informationsasymmetrien wiederum reduzieren den Spielraum für effektive Lügen.³⁸⁵ Gerade dieses Beispiel zeigt jedoch, dass entsprechende Kollektivmaßnahmen insbesondere bei Bluffs über den Leistungsgegenstand funktionieren können (z. B. mit Blick auf das angebotene Produkt oder die angebotene Dienstleistung). Vor allem bei Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über Lagerbestände oder unternehmensinterne Vorgaben) erscheint dies hingegen kaum praktikabel.

³⁸¹ Zur geringen Durchsetzung der Regeln zu Täuschungen in den USA *L. Alexander/Sherwin*, *Law and Philosophy* 22 (2003), 393, 416 („Another, rather obvious point about legal rules governing deception is that they are under-enforced.“). Zu den daraus folgenden Konsequenzen siehe unter 4. Teil, G.IV.2.b) und c).

³⁸² Auf die Gründe für das Fehlen an Rechtsprechung bzgl. verschiedener Täuschungsgegenstände wird näher unter 2. Teil, B.II.3. eingegangen.

³⁸³ Zum Strafrecht als kollektive Reaktion auf Täuschungen *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 30.

³⁸⁴ *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 30.

³⁸⁵ *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204 (1988), S. 17, 30; *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373.

Teilweise werden auch „selbstaufgelegte Verhaltensbeschränkungen“, die auf moralischen Vorstellungen beruhen, als Kollektivmaßnahmen gegen Täuschungen eingeordnet. Die kollektive Selbstbindung muss dabei möglichst viele potenzielle Lügner umfassen, um Wirkungen zu entfalten. Als Beispiel mag die Ethik des ehrbaren Kaufmanns angeführt werden.³⁸⁶ Die Einhaltung der Standards durch potenzielle Lügner soll regelmäßig durch Sanktionen sozialer Art sichergestellt werden.³⁸⁷ In Bezug auf Bluffs bestehen insofern u. a. die bereits angesprochenen Probleme, dass einige von ihnen nur schwer aufzudecken sind und andere Lügen nicht als moralisch verwerflich angesehen werden, weshalb soziale Sanktionen wohl kaum greifen.

15. Zwischenergebnis

Die Betrachtung hat gezeigt, dass für die getäuschte Seite ganz unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten auf Lügen bestehen und auch die täuschende Seite verschiedene Optionen besitzt, mit der Täuschung umzugehen. Die in dieser Arbeit im Zentrum stehende Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kommt nur in Betracht, sofern der Verhandlungspartner vorsätzlich (über eine Tatsache) getäuscht hat und sich der Bluff auf den Vertragsschluss auswirkt, da er erst nach Abschluss des Vertrags erkannt wird. Teilweise scheidet diese Option daher von vornherein aus. Doch auch wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, bestehen verschiedene Handlungsalternativen zur Anfechtung, wie z. B. Nachverhandlungen und der Ausgleich bei Folgetransaktionen. Diese können für die getäuschte Seite gegebenenfalls attraktiver sein.

Die Ausführungen verdeutlichen zudem, dass die Reaktion der getäuschten Seite vom Gegenstand der Täuschung abhängen wird. Gerade bei den hier im Fokus stehenden Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis und Leistung), werden viele Bluffs als (relativ) „harmlos“ wahrgenommen, was *de facto* die Reaktionsmöglichkeiten einschränkt. So führt dies z. B. in der Praxis dazu, dass Rechte und Ansprüche nicht bzw. seltener gerichtlich durchgesetzt werden. Aufgrund des sog. Betrugsdilemmas werden wohl oftmals nicht einmal Nachverhandlungen geführt. In solchen Fällen wird dann wohl eher in die Prävention von Täuschungen investiert bzw. es werden Gegenlügen eingesetzt, um keinen Verhandlungsnachteil zu erleiden. Diese Aspekte sind bezüglich der Durchsetzung der Anfechtung zu berücksichtigen und wirken sich auch auf die ökonomischen Konsequenzen aus.³⁸⁸

³⁸⁶ Tietzel in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 30.

³⁸⁷ Tietzel in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204 (1988), S. 17, 31.

³⁸⁸ Zu den ökonomischen Konsequenzen von Täuschungen siehe näher unter 4. Teil, G.

VIII. Zwischenergebnis zum 2. Teil, A.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass in unternehmerischen Verhandlungen häufig getäuscht wird, wozu gerade auch die Rahmenumstände von B2B-Verhandlungen beitragen. Das macht Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen zu einem äußerst praxisrelevanten Thema. Dabei ist im B2B-Bereich die Prinzipal-Agenten-Situation zu berücksichtigen. Bluffs werden insofern generell mit dem Ziel eingesetzt werden, für sich selbst bzw. das eigene Team oder den Prinzipal einen Vorteil zu erzielen. Da dies unter bestimmten Umständen durchaus erfolgsversprechend erscheint, überrascht es nicht, dass Anreize bestehen, in unternehmerischen Verhandlungen zu bluffen. Vor allem für die getäuschte Seite führen solche Bluffs dann oftmals spiegelbildlich zu unvorteilhaften bzw. weniger vorteilhaften Verträgen. Im schlimmsten Fall kann aber nicht nur die getäuschte Seite geschädigt werden, sondern sogar ein Schaden für beide Seiten eintreten (Lose-lose-Situation). Das verschärft die Problemlage. Deckt die getäuschte Seite einen Bluff auf, stehen ihr dann (z.T. kumulativ, z.T. alternativ) ganz unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung, wobei die Wahl unter anderem vom Gegenstand der Täuschung abhängen wird. Zudem wirkt sich auch in diesem Zusammenhang der Zeitpunkt der Entdeckung, das Betrugsdilemma und die Prinzipal-Agenten-Problematik aus. Die in dieser Arbeit im Fokus stehende Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird im Ergebnis nur relativ selten als Reaktion auf einen Bluff gewählt werden.

B. Rechtlicher Status quo in Deutschland

Der folgende Abschnitt gibt einen Überblick zum Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wird dabei aus dem Blickwinkel von unternehmerischen Verhandlungen erörtert. Daran anschließend werden die einschlägige Rechtsprechung sowie Stimmen in der Literatur ausgewertet. Ziel dieses Abschnitts ist es, den Status quo des Diskussionsstands in Deutschland, wie er sich durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur manifestiert hat, darzulegen. Auch wenn die Vorschrift kurz und prägnant formuliert ist, so ergeben sich zahlreiche Auslegungsfragen.³⁸⁹ Es soll aufgezeigt werden, ob und, wenn ja, welche Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen in der Rechtsprechung und der Literatur diskutiert und wie sie bewertet werden. Dadurch wird die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach dem Status quo herausgearbeitet. Die Analyse zeigt dabei gleichzeitig, welche Lügen in der Debatte nicht präsent sind und welche umgekehrt bisher nicht diskutiert werden. Ohne den folgenden Ausführungen vorweggreifen zu

³⁸⁹ *Mankowski*, JZ 2004, 121, 121: „Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 Var. 2 BGB ist kein einfacher Tatbestand“.

wollen, kann bereits hier festgehalten werden, dass es mit Blick auf Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands einige Täuschungstaktiken gibt, die bislang gar nicht bzw. kaum erörtert wurden. Daher sollen am Ende dieses Abschnitts die erzielten Erkenntnisse auf diese Täuschungstaktiken übertragen werden. So wird ein Gesamtbild des rechtlichen Status quo mit Blick auf Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen gezeichnet.

I. Gesetz – Der Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

1. Willenserklärung

Damit § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einschlägig ist, muss die getäuschte Seite eine Willenserklärung abgegeben haben, für die die arglistige Täuschung kausal war. Der Anwendungsbereich des § 123 BGB umfasst insofern sämtliche Willenserklärungen. Es können daher sowohl ausdrückliche/konkludente als auch empfangsbedürftige/nicht-empfangsbedürftige, formfreie/formbedürftige, privatrechtliche/öffentlich-rechtliche Willenserklärungen durch Privatpersonen und sogar geschäftsähnliche Handlungen angefochten werden.³⁹⁰ Zu bedenken ist allerdings, dass es in einigen Bereichen speziellere Vorschriften gibt, die gegenüber § 123 BGB vorrangig sein können.³⁹¹ So gelten z. B. Sonderregeln für die Anfechtung der Ehe (§ 1314 Abs. 2 Nr. 3 [arglistige Täuschung] und Nr. 4 [Drohung] BGB) und der Vaterschaft (§§ 1599 ff. BGB). Da hier jedoch allein auf unternehmerische Vertragsverhandlungen abgestellt wird, ist darauf nicht näher einzugehen.

2. Täuschung

a) Täuschungshandlung

Gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darf anfechten, wer „zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung [...] bestimmt worden ist“. Die Norm knüpft damit an den Begriff „Täuschung“ an.³⁹² Es bedarf einer Täuschungshandlung und insofern der „Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums durch Vorspiege-

³⁹⁰ So *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 9; vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1 sowie *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 2.

³⁹¹ Vgl. dazu *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 10ff.; siehe auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1.

³⁹² *Rössel* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge, 2007, S. 141, 143 und 145ff. zur Tatsache, dass der Begriff „Lüge“ vom Gesetzgeber nicht verwendet wird und die Gründe dafür. Aus rechtsvergleichender Sicht bleibt zu ergänzen, dass keine der in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen die Bezeichnung „Lüge“ verwendet. Es wird vielmehr mit Begriffen gearbeitet, die sich mit Täuschung, Betrug und Fehldarstellung übersetzen ließen. In anderen Zusammenhängen wird auch von Irreführung gesprochen (vgl. zur begrifflichen Klärung näher unter 1. Teil, B.). *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 358 (unveröffentlichte Fassung) kritisiert, dass häufig „nicht sauber zwischen der Täuschung [...] und dem Vorsatz“ unterschieden wird.

lung falscher oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen³⁹³. Es geht somit darum, dass eine wahre Situation falsch dargestellt wird. Konkretere Anforderungen an die Täuschungshandlung enthält § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht.³⁹⁴ Im Folgenden wird gezeigt, dass die Vorschrift damit das größtmögliche Spektrum an Täuschungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr potenziell erfasst. Denn auch eine Täuschung durch Verschweigen von Tatsachen bzw. Nichtstun ist beispielsweise möglich. Im Ergebnis regelt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB somit sowohl vorsätzliche Irreführungen durch aktives Tun als auch Täuschungen durch Unterlassen.³⁹⁵

Täuschungen durch Verschweigen werden im Rahmen von Aufklärungspflichten³⁹⁶ diskutiert, die jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit sind, weshalb darauf im Folgenden nicht näher eingegangen werden soll. Grob vereinfacht lässt sich insofern festhalten, dass eine (vorsätzliche³⁹⁷) Verletzung einer Aufklärungspflicht³⁹⁸ und die damit verbundene Täuschung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums den so Getäuschten zur Anfechtung berechtigt.³⁹⁹ Werden hingegen Tatsachen verschwiegen, bezüglich derer keine Aufklärungspflichten festgestellt werden können, so besteht für die irrende Seite keine Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung.⁴⁰⁰ Täuschungen durch Verschweigen (Unterlassen) sind von konkludenten und impliziten Irreführungen (Täuschungen durch aktives Tun) abzugrenzen. Denn die Differenzierung ist für die Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bedeutsam, da die Vorschrift jede Form von Irreführung durch aktives Tun erfasst, aber umgekehrt nicht jedes Schweigen bzw. Unterlassen, durch das die andere Seite irregeführt wird, diese auch zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigt.⁴⁰¹ Im Ergebnis können Schweigen, Nichtstun und Untätigkeit ge-

³⁹³ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 7; ebenso *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3.

³⁹⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 25.

³⁹⁵ Vgl. dazu u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32 ff.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 25. Ausführlich zur Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 245 und 250 ff.

³⁹⁶ Zu Aufklärungspflichten grundlegend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, passim.

³⁹⁷ Zum Vorsatz näher unter 2. Teil, B.I.5. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 334 hält fest, dass das Erfordernis des Vorsatzes auch im Fall der Verletzung von Aufklärungspflichten gilt und geht dann auf die Besonderheiten des Vorsatzes mit Blick auf Aufklärungspflichten ein.

³⁹⁸ Teilweise wird auch von Offenbarungspflicht gesprochen. Siehe z. B. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 11.

³⁹⁹ Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32.

⁴⁰⁰ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 250 („das Untätigbleiben wird es erst dann, wenn eine Aufklärungspflicht hinzutritt“).

⁴⁰¹ In der Literatur werden daher beide Aspekte getrennt erörtert. Siehe z. B. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29 ff. (positive Erregung des Irrtums) und Rn. 32 ff. (Täuschung durch Verschweigen). Zu den höheren Anforderungen bei Täuschungen durch Ver-

nerell nicht als konkludente oder implizite Täuschung (zu Letzterem sogleich im Folgenden) angesehen werden.⁴⁰² Doch die Abgrenzung im Einzelfall durchaus schwerfallen. Insbesondere unvollständige Antworten stellen einen Grenzfall der Täuschungen durch aktives Tun im Verhältnis zu Täuschungen durch Verschweigen dar, da eine unvollständige Antwort notwendigerweise impliziert, dass ein Teil der Antwort, der für die wahre Sachlage relevant ist, nicht gegeben wurde (dazu sogleich näher im Folgenden).⁴⁰³ An dieser Stelle muss dieser Unterschied jedoch nicht weiter herausgearbeitet werden, da sich diese Arbeit auf Bluffs konzentriert, die eindeutig als Täuschungen durch aktives Tun einzuordnen sind. Es geht vor allem um Lügen durch konkrete Aussagen. Die Arbeit bezieht sich damit auf die „Vorspiegelung falscher Tatsachen“.

Unter 1. Teil, B. wurde zudem die Einschränkung vorgenommen, dass sich die Untersuchung allein mit „unprovozierten“ Bluffs beschäftigt. „Provozierte“ Lügen, d. h. solche, die aufgrund einer besonderen Drucksituation oder im Rahmen einer Eskalation (z. B. als Reaktion auf eine Lüge der anderen Seite) begangen werden, bleiben außer Betracht. Es geht somit allein um Lügen, die proaktiv eingesetzt werden, um einen Verhandlungsvorteil zu erzielen. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB unterscheidet allerdings nicht explizit zwischen unprovozierten und provozierten Täuschungen (dazu auch noch unter 3. Teil, C.II.), weshalb sich diese Eingrenzung hier nicht auswirkt. Es kommt zudem regelmäßig nicht darauf an, ob eine Person auf eigene Initiative täuscht (ohne vorherige Frage der Gegenseite) oder im Zusammenhang mit einer Antwort auf eine zuvor gestellte Frage (zur Besonderheit der unzulässigen Fragen unter 2. Teil, B.I.7.). Im letzteren Fall hat der Befragte die Wahl, auf die Frage zu schweigen bzw. das Informationsverlangen abzulehnen oder aber richtig und vollständig zu antworten.⁴⁰⁴

Im Ergebnis kann jede Form der Äußerung auf eine Irreführung des Gegenübers abzielen. Ob mündlich oder „schriftlich“ getäuscht wird, spielt ebenfalls keine Rolle. Beide Formen sind von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst.⁴⁰⁵ Unter „schrift-

schweigen (in Form einer Aufklärungspflicht) z. B. *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 2; *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 11; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 11 und 15; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

⁴⁰² Dies für die Untätigkeit betonend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14.5. Vgl. allg. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252: „Halbwahrheiten und unvollständige Auskünfte sind dabei entschlossener als bislang den aktiven Täuschungshandlungen zuzuordnen“.

⁴⁰³ Für eine Einordnung als Täuschung durch aktives Tun *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9.

⁴⁰⁴ RGZ 91, 80, 81; BGHZ 74, 383, 392; BGH NJW 1967, 1222, 1222 f.; BGH NJW 1977, 1914, 1914 f.; LG Bremen DAR 1984, 91, 92; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 12.1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5a; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 10.

⁴⁰⁵ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 28; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9.

lichen“ Bluffs sollen hier solche, die mit Hilfe von Aussagen getroffen werden, die zumindest die Textform erfüllen, verstanden werden. Der Begriff wird somit nicht im Sinn des Schriftformerfordernisses gem. § 126 BGB verwendet. Zu bedenken ist, dass sich „schriftliche“ Täuschungen im Gegensatz zu mündlichen Bluffs leichter beweisen lassen. Denn zumindest die Aussage selbst, die die Täuschung beinhaltet, ist dann liquide beweisbar (zur Beweislast unter 2. Teil, B.I.11.). Dies ist zumindest in Fällen, in denen es zu einem Gerichtsverfahren kommt, erheblich.⁴⁰⁶ Aufgrund des hohen E-Mailverkehrs und des aufkommenden *instant messaging*,⁴⁰⁷ der gängigen Praxis Verhandlungsprotokolle zu erstellen⁴⁰⁸ und der Digitalisierung unternehmensinterner Prozesse werden „schriftliche“ Täuschungen wohl über die letzten Jahrzehnte zugenommen haben. Außerdem kann die „schriftliche“ Täuschung, weitere rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Dies ist z. B. der Fall, wenn in diesem Zusammenhang zugleich eine Urkundenfälschung begangen wurde.⁴⁰⁹ Daneben kann durch Bilder und Videos, d. h. visuell, getäuscht werden.

Es bei mündlichen und bei schriftlichen Lügen möglich, nicht nur durch die Formulierung von Aussagesätzen, sondern auch durch die Formulierung einer Frage den Verhandlungspartner zu täuschen. Letzteres kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass die Frage eine falsche Prämisse enthält.

Beispiel: Verkäufer zum Kunden: „Wären Sie mit einer Preiserhöhung um 5 % aufgrund der gestiegenen Herstellungskosten einverstanden?“ (Eine Irreführung ist gegeben, sofern die Herstellungskosten nicht gestiegen sind.)

Auf die Intensität der Lüge⁴¹⁰ kommt es nicht an, d. h. der Grad der Unwahrheit spielt mit Blick auf die Täuschungshandlung keine Rolle. Selbst (leichte) Über- bzw. Untertreibungen sind von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst.⁴¹¹ Es muss sich somit nicht um eine vollständig erfundene (falsche) Tatsache handeln.⁴¹²

Beispiel: Stellt der Hersteller einer Maschine vorsätzlich die falsche Behauptung auf, dass diese Metalle mit einer bestimmten Präzision bis zu einer Raumtemperatur von 25° C schneiden kann, und erreicht die Maschine schon bei 24° C den vereinbarten Präzisionsgrad nicht mehr, so liegt eine Täuschung vor.

⁴⁰⁶ Mit Blick auf soziale Sanktionen ist dies hingegen nicht entscheidend. Hier kommt es allein darauf an, ob der Getäuschte relativ zuverlässig von der Täuschung erfährt.

⁴⁰⁷ Verstärkt wird auch über Dienste wie MS Teams und WhatsApp kommuniziert.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 319f.

⁴⁰⁹ Urkundenfälschungen sind beispielsweise auch strafrechtlich relevant (§ 264 StGB).

⁴¹⁰ Zu diesem Regelungselement auch noch unter 3. Teil, D.I.

⁴¹¹ Vgl. AG Leer BeckRS 2009, 8671; wird ein „üblicher“ Gewinn genannt, der im konkreten Fall nicht erzielt werden kann, so kann dies ebenfalls eine Täuschung darstellen. Siehe OLG Bamberg MDR 71, 44 (Ls.) zitiert nach: FHZivR 17 Nr. 844.

⁴¹² Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 11 nennt Neuschöpfungen und Verfälschungen. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252 benennt Halbwahrheiten als aktive Täuschungen.

Auch ambivalente/schiefe sowie sarkastische und implizite Aussagen können (Vorsatz vorausgesetzt) theoretisch eine arglistige Täuschung darstellen, da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB den Getäuschten umfänglich schützen möchte. Gerade in diesen Fällen wird es aber oftmals nicht leichtfallen, Vorsatz nachzuweisen (zu diesem Erfordernis 2. Teil, B.I.5.). Nur in eindeutigen Fällen wird dies am ehesten gelingen. Gerade bei sarkastischen Aussagen wird es allerdings wohl oftmals am Vorsatz scheitern,⁴¹³ da eben keine Irreführung der Gegenseite, sondern lediglich eine humoristische Aussage beabsichtigt ist. Diese Form des Bluffs spielt in unternehmerischen Verhandlungen jedoch vermutlich sowieso keine größere Rolle. Ambivalente/schiefe sowie implizite Aussagen werden in der unternehmerischen Praxis hingegen wohl öfter zur vorsätzlichen Täuschung genutzt. Denn die Hemmschwelle, entsprechende Bluffs einzusetzen, ist wahrscheinlich geringer als bei eindeutig falschen Aussagen. Das mag damit begründet werden, dass der Lügner versuchen kann, sich damit „herauszureden“, dass er im Grunde die Wahrheit gesagt hat und nicht im Blick hatte, dass die andere Seite etwas „falsch“ verstehen würde.

Im Fall von Lügen mit Hilfe von implizit enthaltenen Aussagen mag beispielsweise die eigentlich gegebene Information (Primärinformation) korrekt sein, die damit verbundene Sekundärinformation jedoch unwahr. Insofern wird auch davon gesprochen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB „irreführende“ Aussagen erfasst.⁴¹⁴

Beispiel 1: Aus der Auskunft „Laptop Vaio Sony – Originalverpackung – 500 Euro“ lässt sich z. B. schließen, dass der Verkäufer nicht allein die Verpackung verkaufen möchte, sondern auch den Laptop, der sich darin befindet.⁴¹⁵

⁴¹³ Zum Vorsatz näher unter 2. Teil, B.I.5. Es kann natürlich auch schon am Irrtum scheitern. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29 nimmt „Werbegags“ aus dem Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB aus, allerdings mit derselben Begründung wie mit Blick auf marktschreierische Anpreisungen. Im UWG wird „der Einsatz von Humor und Ironie, die der verständige Durchschnittsverbraucher in der Regel als solche zu erkennen vermag“ als zulässig erachtet. Vgl. z. B. *Fritzsche* in: Peifer (Hrsg.), UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 241 (allerdings nicht auf den Vorsatz abstellend, da die Aussage auf das UWG bezogen ist). Zu den vom UWG geschützten Interessen der Marktteilnehmer und der Allgemeinheit *Peukert/Fritzsche*, § 1 Rn. 182 ff.

⁴¹⁴ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 6 (die bei irreführenden Handlungen verlangen, „dass sich der Täuschende dieser Eignung entweder bewusst ist oder mit der Möglichkeit rechnet, der Getäuschte werde die Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht oder nicht mit dem gleichen Inhalt abgeben“); vgl. allgemein zu irreführenden Angaben auch *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9.

⁴¹⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14.1 qualifiziert eben dieses Beispiel als konkludente Täuschung. Hier wird vertreten, dass es sich um eine implizite Täuschung handelt. Siehe aber auch *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 371 (unveröffentlichte Fassung): „Wer blau, gelb und braun fälschlich für die Nationalfarben Ungarns hält, eine in diesen Farben verpackte deutsche Salami darum als ungarische ansieht und deshalb kauft, kann auch dann nicht anfechten, wenn der Verkäufer ebenfalls blau, gelb und braun für die ungarischen Nationalfarben hielt und diese Verpackung wählte, um die Kunden über die Herkunft der Salami zu täuschen“.

Beispiel 2: Wird eine „Lampe“ verkauft, so ist davon auszugehen, dass das für den Anschluss notwendige Kabel dabei ist (aber nicht unbedingt die Glühbirne).

Beispiel 3: Erkundigt sich der Käufer, wie alt der Motor ist, und der Händler antwortet „älter als drei Jahre“, so wird der Kunde daraus schließen, dass der Wagen etwas älter als drei Jahre ist, aber in keinem Fall älter als 12 Jahre.⁴¹⁶

Beispiel 4: Fragt ein Käufer den Verkäufer (B2B), ob die gebrauchte Maschine schon mal einen Schaden hatte und nennt der Verkäufer daraufhin zwei⁴¹⁷ und beendet dann seine Ausführungen, so lässt sich daraus konkludent schließen, dass die Maschine keine weiteren Schäden hatte.⁴¹⁸

Dem sich Äußernden kann allerdings nicht unterstellt werden, über jede mögliche (falsche) Implikation bewusst getäuscht zu haben. Betroffen sind vielmehr nur unmittelbar implizit enthaltene Informationen.

Beispiel: So liegt es etwa nicht nahe, dass ein Heizungsbauer, der mit dem 30-jährigen Bestehen seines Unternehmens wirbt, seine Kunden bewusst (implizit) darüber täuschen möchte, dass auch der vom Heizungsbauer angestellte Meister eine 30-jährige Berufserfahrung hat.

Die Abgrenzung, welche „Aussage hinter der Aussage“ (bewusst) enthalten ist, kann im Einzelfall jedoch schwerfallen. Denn dazu muss ermittelt werden, dass der sich Äußernde wusste, wie der Empfänger die Aussage verstehen würde.

Im Ergebnis fordert § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im Umkehrschluss, dass jede Form von Äußerung in Verhandlungen „richtige/korrekte“ Informationen vermitteln muss. In der Diskussion um die arglistige Täuschung wird zudem ergänzt, dass eine gegebene Antwort „vollständig“ sein muss.⁴¹⁹ Wie bereits erwähnt stellt dies einen Grenzfall zwischen einer Täuschung durch aktives Tun und einer Täuschung durch Verschweigen dar. Dieses Problem wird daher oftmals im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten diskutiert,⁴²⁰ kann aber je nach Ausgestaltung auch in

⁴¹⁶ Dieses Beispiel nennend *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 251 ordnet dieses Beispiel ebenfalls als aktive Täuschungshandlung ein.

⁴¹⁷ Ohne insofern kenntlich zu machen, dass er nur Beispiele auflistet.

⁴¹⁸ Beruht auf RGZ 62, 149, 151. Ein ähnliches Beispiel mit Blick auf einen Gebrauchtwagen ausführend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252. Siehe auch *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 10; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.2.

⁴¹⁹ RGZ 91, 80, 81; BGHZ 74, 383, 392; BGH NJW 1967, 1222 f.; BGH NJW 1977, 1914 f.; LG Bremen DAR 1984, 91, 92; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 12.1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5a; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 10.

⁴²⁰ Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 12.1. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 88 führt allgemein aus: „Wer das Recht hat, Informationen für sich zu behalten, hat deshalb noch lange kein Recht, auf eigene Initiative Lügengeschichten zu ersinnen, also die Unwahrheit im Umlauf zu bringen.“

den Bereich der Täuschung durch aktives Tun fallen.⁴²¹ Die Unterscheidung ist – wie bereits angesprochen – zentral, da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB alle aktiven Täuschungshandlungen erfasst, Unterlassen jedoch nur in bestimmten Fällen. Insbesondere ambivalente Antworten können als Täuschung durch aktive Handlung eingeordnet werden.⁴²² Sie spezifizieren einen bestimmten Punkt nicht, was verschiedene Interpretationen zulässt und im Ergebnis zu einer Täuschung des Gegenübers führt. Fraglich ist, ob Vergleichbares für Aussagen gilt, die ohne vorherige Frage getroffen werden (hier als „anlasslose Lügen“ bezeichnet). D. h. müssen solche anlasslosen Aussagen ebenfalls vollständig sein? Im Ergebnis werden wohl parallele Wertungen anzunehmen sein, sodass auch bei anlasslosen Aussagen in gewissem Maß auf die „Vollständigkeit“ der Angaben zu achten ist.

Neben verbalen Äußerungen kann zudem nonverbal getäuscht werden, z. B. durch Kopfnicken/Kopfschütteln, Schulterzucken und Gesten mit den Händen (z. B. Daumen nach oben/unten).⁴²³ Außerdem kann durch Handeln (konkudent) getäuscht werden.⁴²⁴ Wie jede Willenserklärung sind auch non-verbale Täuschungen sowie vorsätzliche Irreführungen durch Handlungen gem. den Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB zu bewerten.⁴²⁵

Beispiel 1: Zeigt ein Verkäufer einem Käufer ein Produkt, das in einem verschlossenen Karton verpackt ist, wird der Käufer davon ausgehen, dass es sich um ein originalverpacktes Produkt handelt, welches nicht als Ausstellungsstück genutzt wurde. Ist dies nicht der Fall, täuscht der Verkäufer den Käufer konkudent (durch sein Verhalten).

Beispiel 2: Das Unterschreiben eines Vertrages, der nicht exakt der vorherigen (mündlichen) Einigung entspricht, kann als Täuschung durch konkudentes Handeln angesehen werden, da das Überreichen des Vertrags nach erfolgter, mündlicher Einigung so verstanden wird, dass der Vertrag auch die Einigung widerspiegelt, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt wird.⁴²⁶

⁴²¹ Sich für eine klare Einordnung von Halbwahrheiten und unvollständigen Aussagen als aktive Täuschungshandlung einsetzend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252.

⁴²² Wie in allen anderen Fällen auch müssen hier ebenfalls die anderen Voraussetzungen erfüllt sein. Gerade bei ambivalenten Aussagen mag der getäuschten Seite wiederum der Nachweis des Vorsatzes Probleme bereiten.

⁴²³ Zum Kopfnicken siehe *Büchler*, JuS 2009, 976, 976.

⁴²⁴ Siehe *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 28; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27; zur Möglichkeit der konkudenten Täuschung auch *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 84; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7.

⁴²⁵ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27 (zu konkudenten Täuschungen). Zur Anfechtbarkeit konkudenten Täuschungen auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9.

⁴²⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14 und 14.3 versteht „Unterschreiben“ auch in dem Sinn, dass einer Partei ohne ihr Wissen ein ganzer Vertrag „untergeschoben“

Beispiel 3: Davon noch einmal zu unterscheiden sind Situationen, in denen eine Partei z.B. Vertragsklauseln über Aspekte, über die nicht konkret gesprochen wurde, aufnimmt, diese jedoch so „versteckt“, dass der Verhandlungspartner sie nicht wahrnimmt und daher nicht weiß, dass der Vertrag eine solche Klausel enthält. Hier könnte ebenfalls von einer konkludenten Täuschung ausgegangen werden, wenn man das Vorlegen des Vertrags so versteht, dass dieser nur die besprochenen Aspekte enthält. Diese Interpretation sieht sich allerdings dem Gegenargument ausgesetzt, dass Verträge häufig Klauseln enthalten, über die nicht gesprochen wurde (regelmäßig AGB). Der Verhandlungspartner, dem der Vertrag vorgelegt wird, ist sich dessen auch bewusst. Es muss sich daher wohl zumindest um eine Regelung handeln, die der Vertragspartner nicht im Vertrag erwartet hätte.⁴²⁷ In einem zweiten Schritt stellt es dann sicher ebenfalls eine Herausforderung dar, der täuschenden Partei Vorsatz nachzuweisen. Da durch die Inhaltskontrolle von AGB selbst im unternehmerischen Bereich viele dieser problematischen Fälle erfasst werden, ist diese Form der Täuschung wohl zumindest aus praktischer Sicht weniger relevant für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.

Noch einmal anders mögen Situationen zu beurteilen sein, in denen eine Partei vorsätzlich gewisse, allerdings unspezifische Angaben macht, die beim Vertragspartner eine bestimmte Vorstellung/Erwartung hervorrufen, die Partei an anderer, versteckter Stelle jedoch in spezifischer und konkreter Form diesen Erwartungen widerspricht.⁴²⁸ Hier wird davon ausgegangen, dass es sich um eine Mischung aus verbaler und konkludenter Lüge handelt. Denn die unspezifische Angabe ist verbaler Natur, das Verstecken der konkreten Information hingegen eine Handlung, die notwendig für die Täuschung ist. Es vermag nicht zu überraschen, dass es Lügen gibt, die aus einer Mischung aus verbalen und nonverbalen und daraus abgeleiteten impliziten (dazu auch unter Teil 2, B.I.2.b)aa) sowie konkludenten Täuschungen bestehen. Die Abgrenzung dieser unterschiedlichen Konstellationen ist im Einzelfall äußerst schwierig. Da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht nach verschiedenen Formen der aktiven Täuschungshandlung differenziert, müssen diese aber nicht trennscharf unterschieden werden können.

wird. Die genannten Beispiele sind nach hiesigem Verständnis eher als zumindest auch verbale Täuschungen anzusehen. *Korch*, NJW 2014, 3553, 3554 bezieht sich auf ein BGH-Urteil (NJW 2014, 2100), bei dem eine Seite der anderen ein Angebot zur Unterschrift zugesendet hat, der Empfänger dies auch unterschrieb, den Vertrag jedoch abänderte. Dies geschah so, dass die Gegenseite dies nicht erkennen konnte, und daher dachte, der Vertrag wäre ohne Änderung unterzeichnet worden. Insofern geht *Korch* davon aus, dass ein „Unterschieben“ auch einen Anfechtungsgrund i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellen kann. Das BGH-Urteil selbst nimmt keinen Bezug auf § 123 BGB.

⁴²⁷ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14 nennt das Verstecken von Informationen als Fall der konkludenten Täuschung.

⁴²⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 14.4 nennt dies als Beispiel für eine konkludente Täuschung.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB alle Formen der Vorspiegelung falscher Tatsachen erfasst. Täuschungen über die wahre Situation sind somit vollständig geregelt. Die Vorschrift ist damit denkbar weit gefasst. Konkret bedeutet dies, dass verbale, nonverbale und visuelle Bluffs sowie Kombinationen daraus ebenso erfasst sind wie konkludente und implizite Täuschungen. Gleiches gilt für Lügen durch ambivalente, schiefe oder sarkastische Aussagen. Generell sind nicht nur Aussagen, sondern auch Fragen umfasst. Es kommt zudem nicht auf die Intensität der Lüge an oder darauf, ob schriftlich oder mündlich, provoziert oder unprovokiert bzw. auf eigene Initiative oder als Reaktion auf eine Frage getäuscht wird.⁴²⁹ In unternehmerischen Verhandlungen sind alle genannten Formen der Täuschung relevant und können auch in Kombination eingesetzt werden. Die Betrachtung zeigt, dass eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB für „listige“ Täuschungen *de lege lata* zumindest nicht über das Verständnis der Täuschungshandlung erreicht werden kann.

Teilweise wird angenommen, dass der Täuschungsvorsatz „begriffsnotwendiger Bestandteil der Täuschungshandlung ist“⁴³⁰. Ob dem so ist oder nicht, kann jedoch dahinstehen, da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durch die Formulierung „arglistig“ klarstellt, dass Vorsatz verlangt wird (dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.).

b) Täuschung über Tatsachen

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist nur für Täuschungen über Tatsachen einschlägig.⁴³¹ Im Folgenden wird daher näher untersucht, ob diese Voraussetzung eine Möglichkeit zur Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen darstellt. Als Tatsachen werden nach der h. M. objektiv nachvollziehbare Angaben angesehen.⁴³² Es kann allerdings nicht darauf ankommen, ob sich solche Aspekte leicht beweisen lassen oder nicht. Dies ist eine prozessuale Frage.⁴³³ Entscheidend ist allein, ob die Aussage theoretisch verifiziert bzw. falsifiziert werden kann (zu

⁴²⁹ Mögliche Regelungselemente werden in diesem Werk näher unter 3. Teil, C. und D. diskutiert.

⁴³⁰ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 24; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7.

⁴³¹ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8. *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 26; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3 hält den Begriff „Tatsache“ für zu eng und stellt auf „objektiv nachprüfbare Tatsachen“ ab. Er unterscheidet somit beide Begriffe, die ansonsten in der Literatur synonym verwandt werden. Ebenso *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

⁴³² BGH NJW 2007, 357, 358 (verlangt „objektiv nachprüfbare Angaben“); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7.

⁴³³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16 warnt vor einer „Vermengung prozessualer mit materiellen Fragen“.

Meinungsäußerungen etc. siehe unter 2. Teil, B.I.2.b)aa)). Die Angaben müssen somit als „wahr“ oder „falsch“ eingeordnet werden können.⁴³⁴

Theoretisch bewiesen werden können nicht nur die Existenz bzw. Zustände (und Handlungen) von Gegenständen und Personen, sondern z. B. auch rechtliche Umstände (Bestehen von Gesetzen etc.; zur Anfechtbarkeit bei Täuschungen über die Rechtslage siehe 2. Teil, B.II.2.d)).⁴³⁵ In Verhandlungen wird oftmals über Tatsachen getäuscht, insbesondere über wertbildende Merkmale des zu verhandelnden Gegenstands (z. B. Kilometerstand beim Auto).⁴³⁶ Solche Bluffs sind unproblematisch von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst. Es kann aber ebenso gut über Tatsachen geblufft werden, die nicht direkt auf den Verhandlungsgegenstand bezogen sind, wie z. B. über bessere Konkurrenzangebote und die Verfügbarkeit eines Produkts (zu möglichen Täuschungsgegenständen siehe näher unter 3. Teil, D.IX.4.). § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nimmt insofern keine Differenzierung vor. Liegen alle anderen Voraussetzungen vor (insbesondere Vorsatz und Kausalität), kann deshalb grundsätzlich auch wegen solcher Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands angefochten werden, solange sie sich auf Tatsachen beziehen. Ein Urteil deutet allerdings darauf hin, dass die Gerichte zurückhaltend sein könnten, wenn im Rahmen der „Kenntlichmachung einer Verhandlungsposition“ getäuscht wird.⁴³⁷

aa) Meinungsäußerungen und Werturteile

Reine Meinungsäußerungen und Werturteile stellen hingegen keine Grundlage zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dar,⁴³⁸ da sie nicht als objektiv „richtig“ oder „falsch“ klassifiziert werden können.

Beispiel: Die Ansicht, dass „Rot“ eine „schönere“ Farbe ist als „Grün“, berechtigt daher nicht zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Im unternehmerischen Verkehr kann beispielsweise die Aussage, dass ein Verhandler einen bestimmten Hersteller „besser“ findet als einen anderen, nicht richtig oder falsch sein (solange die sich äussernde Person tatsächlich dieser Auffassung ist).

⁴³⁴ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7.

⁴³⁵ Zur Erfassung rechtlicher Umstände *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; zur Mitteilung einer falschen Rechtslage *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 30.

⁴³⁶ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 28; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 4.

⁴³⁷ LG Frankfurt a. M. BeckRS 2013, 22694 (Das Gericht sah in einer Täuschung über die rechtliche Wirkung von angemeldeten Ansprüchen keine Täuschungen über eine Tatsache, sondern vielmehr einen Bluff über eine Meinung bzw. eine Verhandlungsposition.).

⁴³⁸ BGH NJW 2007, 357, 358; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 12; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 26; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

Darüber hinaus stellen sich jedoch zahlreiche Abgrenzungsfragen zwischen Meinungen und Tatsachen. Dies ist vor allem für Täuschungen im unternehmerischen Bereich relevant, da die Verhandlungsparteien oftmals versuchen, einen Bluff durch die „Verpackung“ als Meinung abzuschwächen, aber gleichzeitig denselben Täuschungserfolg wie durch eine Tatsachenbehauptung zu erzielen. Hinzu kommt die Vermischung von Meinungen und Tatsachen. Dieser Mix besitzt für den Täuschenden den Vorteil, dass seine Aussage dadurch weniger angreifbar wird. Außerdem können im Fall der Entdeckung eher gesichtswahrende Maßnahmen ergriffen werden, um die Beziehung zum Geschäftspartner trotz des Bluffs möglichst weiter zu erhalten.⁴³⁹

Zu vermerken ist mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zunächst generell, dass die Diskussion um die Abgrenzung von Meinungen und Tatsachen im Zivilrecht scheinbar weniger intensiv geführt wird als mit Blick auf § 263 StGB (dazu auch unter 4. Teil, G.VI.).⁴⁴⁰ Hintergrund für die stärkere Diskussion im Strafrecht dürfte auch der Schutz der Meinungsfreiheit⁴⁴¹ sein, der dort eine restriktive Auslegung nahelegt. Die Argumentation greift allerdings ebenso mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Zudem behandeln andere Rechtsordnungen, wie z. B. das US-amerikanische Recht, diesen Aspekt mit Blick auf arglistige Täuschungen (*fraudulent misrepresentations*) ebenfalls intensiver.⁴⁴² Die Debatte in den USA kann daher als Inspiration für die relevante Fragestellung im deutschen Recht dienen.

Wie soeben (siehe unter 2. Teil, B.I.2.a)) erwähnt, erfasst § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB implizite Aussagen (auch mit Blick auf Meinungen) sowie den Tatsachenkern von Meinungsäußerungen.⁴⁴³ Zu Recht wird daher in der US-amerikanischen Literatur darauf hingewiesen, dass die Äußerung einer Meinung impliziert, dass der sich Äußernde diese Meinung auch vertritt. Ist dies jedoch nicht der Fall, so täuscht

⁴³⁹ Zum Umgang mit Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen siehe näher unter 2. Teil, A.VII.

⁴⁴⁰ Zur Diskussion um den Tatsachenbegriff mit Blick auf § 263 StGB siehe nur BGHSt 48, 331, 331 ff.; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 76 ff.; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 96 ff.; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8 ff. Die Diskussion um den Betrug im Strafrecht scheint generell intensiver geführt zu werden. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 252 stellt dies mit Blick auf konkludente Täuschungen fest.

⁴⁴¹ Vgl. *Gaede* in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 17 zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und der Abgrenzung von Meinungen und Tatsachen.

⁴⁴² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.I.b).

⁴⁴³ OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 13746 (allerdings abgelehnt für die Aussage: „die Anlage sei sicher und zur Altersvorsorge geeignet“); OLG Köln BeckRS 2019, 22432; LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1994, 241, 241; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3. Dazu auch bereits kurz *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989 f. Es soll an dieser Stelle nicht versucht werden, zu ergründen, ob und, wenn ja, inwiefern implizite Aussagen und Tatsachenkerne voneinander abgegrenzt werden können, da es darauf im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht ankommt.

die Person nach US-amerikanischen Verständnis darüber, diese Meinung zu haben.⁴⁴⁴

Beispiel: Trifft eine Person die Aussage, dass sie Hersteller X besser findet als Hersteller Y, so liegt eine Täuschung vor, wenn dies nicht der tatsächlichen Auffassung der Person entspricht (da sie z. B. beide Hersteller gleich gut findet).

Wird über das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Meinung getäuscht, liegt im Ergebnis auch gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine Täuschung über eine Tatsache vor, konkret über eine innere Tatsache, die damit im Prinzip auch angefochten werden kann.⁴⁴⁵ Dies gilt unabhängig davon, dass es in der Praxis zumeist nicht möglich sein dürfte, eine Täuschung über eine innere Tatsache nachzuweisen (zur Beweislast siehe 2. Teil, B.I.11.).⁴⁴⁶ In Einzelfällen mag jedoch die unternehmensinterne Kommunikation bei der Beweisführung helfen. Wie im Strafrecht (siehe dazu i. R. d. rechtlichen Umfeldwertungen unter 4. Teil, H.VII.) könnte hier gelten, dass innere Tatsachen aus dem nach außen in Erscheinung tretenden Verhalten abgeleitet werden können.⁴⁴⁷ Die Beweisführung wird allerdings dadurch erheblich erschwert, dass es allein auf den Zeitpunkt der Meinungsäußerung ankommt: Im Moment der Meinungsäußerung muss der sich Äußernde die erklärte Meinung auch vertreten, ansonsten liegt eine Irreführung vor. Ändert die Person (später) ihre Ansicht, führt dies nicht (rückwirkend) zu einer (aktiven) Täuschung. Der Vertragspartner müsste über eine entsprechende Meinungsänderung nur informiert werden, sofern im konkreten Fall eine Aufklärungspflicht vorläge (allg. zur Korrektur fehlerhafter Angaben noch unter 2. Teil, B.I.5.b)). In Deutschland werden die soeben genannten Konstellationen bislang nur vereinzelt und häufig vor allem mit Blick auf den strafrechtlichen Betrug diskutiert.⁴⁴⁸ Da jedoch generell „implizite“ Lügen in den Anwendungsbereich der arglistigen Täuschung fallen, ist es nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich überzeugend, die genannten

⁴⁴⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.a).

⁴⁴⁵ Zur Erfassung innerer Tatsachen *Feuerborn* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Martens* in: *Soergel BGB*, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 27; *Singer/v. Finckenstein* in: *Staudinger BGB*, 2021, § 123 Rn. 8. Vgl. auch *Ellenberger* in: *Grüneberg, BGB*, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 (im Zusammenhang mit der Absicht den Vertrag zu erfüllen); *Dörner* in: *Schulze, HK-BGB*, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3 (allgemein unter Nennung von Absichten als Beispiel).

⁴⁴⁶ *Rehberg* in: *BeckOGK BGB*, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16 warnt zu Recht vor einer „Vermengung prozessualer mit materiellen Fragen“. Speziell zur Problematik der Beweisführung mit Blick auf innere Tatsachen z. B. *BGH NJW* 2011, 1279, 1281 („Dass eine Partei eine innere Tatsache zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht ohne Weiteres zu Beweiserleichterungen“).

⁴⁴⁷ Zu strafrechtlichen Betrug siehe *Geißler*, *Strukturen betrugsnaher Tatbestände*, 2011, S. 81; *Gaede* in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.)*, *Anwaltkommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 16; *Hefendehl* in: *MüKo StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 109f.; *Tiedemann* in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 12.

⁴⁴⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VII.

Konstellationen ebenfalls von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu erfassen.⁴⁴⁹ Die folgende Abbildung fasst die erzielten Erkenntnis zusammen:



	Täuschung über Meinung	Irrtum	Willenserklärung	Ja
Meinungsäußerung	Willenserklärung	Meinungsänderung	Irrtum	Nein
Meinungsäußerung	Änderung der Meinung	Irrtum	Willenserklärung	Es kommt darauf an, ob eine Aufklärungspflicht gegeben ist.

Abb. 15: Auswirkungen von Meinungsäußerungen auf das Anfechtungsrecht⁴⁵⁰

Darüber hinaus wird in den USA vertreten, dass durch Meinungsäußerungen grundsätzlich zugleich impliziert wird, dass der sich Äußernde nicht über Informationen verfügt, die mit dieser Meinung unvereinbar sind (siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.a)).

Beispiel: Der Veräußerer eines Autos gibt an, dass es sich um ein „gutes Fahrzeug“ handelt, obwohl er es untersucht und festgestellt hat, dass es für das Alter in einem außergewöhnlich schlechten Zustand ist.

In solchen Fällen stellt sich auch mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die Frage, ob eine Täuschung über eine Tatsache vorliegt und ein entsprechender Bluff damit zur Anfechtbarkeit der entsprechenden Willenserklärung führen würde. Bei näherer Betrachtung zeigen sich große Parallelen zur Situation, in der der Täuschende (fälschlicherweise) vorgibt, eine bestimmte Meinung zu vertreten. Fakten, die gegen diese Meinung sprechen, können ein Hinweis darauf geben, dass der sich Äußernde die Meinung in Wirklichkeit nicht vertritt. Hat er sich diese Meinung allerdings tatsächlich trotz (bzw. entgegen) der Faktenlage gebildet, ist es nach hier vertretener Auffassung im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht denkbar, eine Anfechtung zuzulassen, da dies einem „Meinungsverbot“ gleichkäme.⁴⁵¹ Eine

⁴⁴⁹ Für eine Anfechtbarkeit mit Blick auf subjektive Überzeugungen *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.6; generell gegen eine Erfassung von subjektiven Werturteilen BGH NJW 2007, 357, 357 ff.; OLG Naumburg BeckRS 2013, 14485; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29.

⁴⁵⁰ Bei der Tabelle handelt es sich um eine eigene Darstellung.

⁴⁵¹ Zu § 263 StGB insofern treffend *Gaede* in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 17: „ist bei der Abgrenzung vermehrt zu beachten, dass die vorschnelle Annahme einer Tatsache einen die Meinungsfreiheit beschränkenden Effekt hat“.

solche Einschränkung scheidet bereits aufgrund der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, S. 1 GG) aus. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist in einem solchen Fall nur möglich, wenn darüber hinaus über einen Tatsachenkern getäuscht wurde (dazu sogleich im Folgenden unter 2. Teil, B.I.2.b) bb)).

Außerdem kann eine Meinungsäußerung nach US-amerikanischem Verständnis auch implizieren, dass der sich Äußernde über ausreichend Tatsachen Kenntnis hat, um sich diese Meinung zu bilden (siehe unter 3. Teil, B.II.2.a)). Aus deutscher Sicht hängt dies im Ergebnis jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab.

Beispiel: Äußert sich ein Laie zu einem Kunstwerk, ist wohl nicht davon auszugehen, dass dies Kenntnis über ausreichend Tatsachen impliziert. Bei einem Kunstexperten ließe sich dies (insbesondere im Rahmen eines Gutachtens) viel eher vermuten.

Generell ist die Annahme ausreichender Kenntnis wohl mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB äußerst zurückhaltend anzuwenden, da die Meinungsfreiheit umfassend geschützt ist und sich jeder eine Meinung bilden und äußern darf, und zwar unabhängig davon, ob die Person ausreichend Informationen besitzt.⁴⁵² In Ausnahmefällen können jedoch Umstände bzw. Äußerungen den Eindruck einer ausreichenden Informationslage erwecken. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn sich eine Person als Experte geriert (wie beim Kunstexperten). Geschieht dies bewusst (z. B. durch die Betonung der eigenen Fachkompetenz) zielt dies indirekt auf eine Täuschung des Gegenübers ab und kann dann auch zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen, sofern es zumindest um einen Tatsachenkern geht.

Beispiel: Zwei Antiquitätenhändler (A und B) verhandeln über eine chinesische Vase aus der Ming-Dynastie. A verlangt für die Vase 20.000 Euro. B ist sich unschlüssig, ob die Vase so viel wert ist. Daraufhin behauptet A, dass die Vase „ganz sicher“ so viel wert sei. Er wäre ein weltweit führender Experte für Porzellankunst aus der Ming-Dynastie und könne den Wert daher „sehr genau“ einschätzen.

Eine besondere Rolle kann dabei zudem die besondere Vertrauensstellung einer Vertragspartei spielen. Diese Konstellation wurde hier jedoch ausgeklammert.⁴⁵³

⁴⁵² Siehe allgemein zu Art. 5 GG und dazu, dass es kein unterschiedliches Schutzniveau je nach Art der Meinung gibt, z. B. *Grabenwarter* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 47 („Eine Differenzierung von Meinungen, die zu einem unterschiedlichen Schutzniveau abhängig von der Erwünschtheit, der Äußerungsform, der Richtigkeit etc. führen würde, enthält Art. 5 Abs. 1 GG nicht.“); vgl. auch *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Rn. 62.

⁴⁵³ Siehe zur Eingrenzung der Thematik näher unter 1. Teil, A.

Im Ergebnis ist es zwar grundsätzlich so, dass „falsche“ Meinungen nicht von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sind, aber Bluffs über innere Tatsachen schon. Dies unterstreicht noch einmal, wie weitgehend Lügen im unternehmerischen Bereich formell erfasst sind. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass solche Täuschungen in der Praxis zumeist kaum bewiesen werden können. Eine Möglichkeit, bestimmte Lügen um unternehmerischen Bereich *de lege lata* für zulässig zu erklären, ergibt sich aus den Ausführungen aber in jedem Fall nicht.

bb) Tatsachekern und marktschreierische Anpreisungen

In der Praxis ist es äußerst schwierig, reine Meinungsäußerungen von Meinungsäußerungen, die einen Tatsachekern enthalten, zu unterscheiden. Eine Abgrenzung von Tatsachekern und impliziter Aussage über eine Tatsache soll hier nicht versucht werden, da dies im Ergebnis nicht entscheidend ist. In beiden Fällen wird eine Anfechtungsmöglichkeit gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bejaht.⁴⁵⁴ Da sehr viele Meinungsäußerungen einen – zumindest kleinen – Tatsachekern enthalten, wäre § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sehr weit gefasst, wenn ein Anfechtungsrecht immer bestünde, sofern ein Tatsachekern unrichtig ist.⁴⁵⁵ Auch wenn die Literatur pauschal ein Anfechtungsrecht mit Blick auf Lügen über den Tatsachekern befürwortet,⁴⁵⁶ so scheinen Rechtsprechung und Literatur eine Anfechtung aufgrund von Meinungsäußerungen, die einen Tatsachekern enthalten, jedoch im konkreten Fall nur eingeschränkt zuzulassen. Dies zeigt sich vor allem mit Blick auf Werbeaussagen.⁴⁵⁷ Denn gerade Werbungen enthalten in der Regel einen – zumindest kleinen – Tatsachekern, der in einer erheblichen Zahl der Fälle als unrichtig bewertet werden könnte.

Beispiele: Bei Waschmitteln „weißer geht es nicht“, „weißer als weiß“, bei Schönheitsprodukten „für ein jüngeres Erscheinungsbild“ oder bei einem Haarmittel „das Beste der Welt“⁴⁵⁸; bei Getränken/Nahrungsmitteln „hält fit und bringt Sie in Form“ oder verhandlungstypisches Lamentieren wie „Dann verdiene ich ja an dem Verkauf nichts mehr“ oder „Sie treiben mich so noch in den Ruin“⁴⁵⁹. Letztere Aussage täuscht beispielsweise vor, dass der Verhandlungspartner keine

⁴⁵⁴ Mit Blick auf den Tatsachekern siehe *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7.

⁴⁵⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.5 bezeichnet reine Werturteile als „selten“.

⁴⁵⁶ So z.B. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.5; vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3 und *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3.

⁴⁵⁷ Zu den Wertungen des UWG siehe näher unter 4. Teil, H.VI.

⁴⁵⁸ v. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 606.

⁴⁵⁹ Vgl. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9 („lamentiert ein Verkäufer darüber, dass er an dem Geschäft nichts verdiene oder dabei gar draufzahlen müsse“). Ebenso *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3.

oder wenn überhaupt eine sehr geringe Gewinnmarge erzielt, was u. U. nicht der Wahrheit entsprechen mag.

Eine Anfechtungsmöglichkeit wird in den genannten Beispielen dennoch von der Rechtsprechung und vom Schrifttum oftmals abgelehnt.⁴⁶⁰ Als Begründung wird angeführt, dass „marktschreierische Anpreisungen“ und Aussagen mit werbendem Charakter keine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung rechtfertigen.⁴⁶¹ Unklar bleibt teilweise, warum „marktschreierische“ Aussagen vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausgenommen sein sollten, wenn gleichzeitig vertreten wird, dass der Tatsachenkern grundsätzlich umfasst sei.⁴⁶² Angeführt wird diesbezüglich u. a. das Argument, dass solche Aussagen von keinem vernünftigen Mensch ernst zu nehmen seien,⁴⁶³ ihnen keinerlei sachliche Bedeutung zukomme⁴⁶⁴ und

⁴⁶⁰ So wurde eine Anfechtung bei Aussagen wie „risikolose“ Immobilie, die ihren Wert „mit großer Wahrscheinlichkeit sogar noch steigern“ und „hervorragend“ zur Altersvorsorge und Steuerersparnis „geeignet“ sei sowie einen verlustfreien Verkauf bei „üblicher“ Wertentwicklung ermögliche, abgelehnt BGH NJW 2007, 357, 359 (Rn. 26); ähnlich BGH NJOZ 2007, 4234, 4240 (Rn. 30) zu einer Wohnung (Sie würde „stetig im Wert steigen und könne jederzeit mit Gewinn verkauft werden“). *Büchler*, JuS 2009, 976, 976 sieht in werbenden Aussagen z. B. bzgl. der „besten Waschmaschine der Welt“ keine Täuschung.

⁴⁶¹ BGH NJW 2007, 357, 359 (Rn. 26); BGH NJOZ 2007, 4234, 4234 ff. (Rn. 30); BGH NJW 2007, 3200, 3202 (allg. zu Anpreisungen); OLG Schleswig BeckRS 2008, 9981; BGH NJW 2007, 357, 358; vgl. auch *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Dörner* in: Schulze, HK- BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 2 (zu marktschreierischen Anpreisungen); *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8 (zu marktschreierischen Anpreisungen); *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5 (zu marktschreierischen Anpreisungen); *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 1 = S. 542 (zu vagen Anpreisungen). *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 17 geht hingegen davon aus, dass die „allermeisten Werturteile ein Tatsachenkern enthalten“ und daher auch marktschreierische Anpreisungen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein können (aufgrund seiner Definition müssten dann sogar ein Großteil der Werbeaussagen zur Anfechtung berechtigen). Kritisch zur entsprechenden Einschränkung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 339 ff. Der Autor plädiert für eine Erfassung auch solcher Bluffs, möchte die Anwendbarkeit der Norm dafür aber wieder über die hohen Anforderungen an den Kausalitätsnachweis sowie an den Vorsatz einschränken.

⁴⁶² *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8 schränkt seine Ausführungen zu marktschreierischen Anpreisungen entsprechend für Aussagen mit Tatsachengehalt ein. *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 365 (unveröffentlichte Fassung) kritisiert: „Das Merkmal ‚Täuschung‘ dient dann dazu, bestimmte Fälle aus dem Anwendungsbereich von § 123 BGB und § 263 StGB auszuschließen, obwohl der eine Teil beim anderen einen Irrtum erregt hat, der kausal für den Vergesschluss war.“ Der Autor führt weiter aus, „daß das Merkmal ‚Täuschung‘ hierfür jedoch teils ungeeignet“ ist.

⁴⁶³ *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8 f.; v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 250, 255; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 71 stellt darauf ab, dass solchen Aussagen kein Glaube geschenkt wird.

⁴⁶⁴ *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982,

solche Aussagen generell unzuverlässig⁴⁶⁵ seien. Nicht ganz eindeutig ist, ob deshalb davon ausgegangen wird, dass somit regelmäßig keine Kausalität vorliegt (dazu näher unter 2. Teil, B.I.4.) oder ob dem Getäuschten ein gewisser (minimaler) Grad an Eigenverantwortung zugewiesen werden soll.⁴⁶⁶ Da Letzteres nicht in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB angelegt ist,⁴⁶⁷ ist wohl eher von einem Hinweis auf die (generell) fehlende Kausalität auszugehen. Das würde dann allerdings zugleich bedeuten, dass die Kausalität im Einzelfall doch von der getäuschten Seite nachgewiesen werden könnte und damit auch eine Anfechtung (bei gleichzeitigem Vorliegen der anderen Voraussetzungen) gestattet werden müsste.

Marktschreierische Anpreisungen sind damit einer der wenigen Bereiche, wo bereits *de lege lata* ein gewisser „Täuschungsspielraum“ eröffnet bzw. eine entsprechende Diskussion geführt wird. Unter 2. Teil, B.IV.1. wird erörtert, ob und, wenn ja, inwiefern dadurch die hier im Vordergrund stehenden Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d.h. Preis und Leistung) und des Vertragspartners als „listige“ Täuschungen eingeordnet werden können.

Die Abgrenzung von Meinung und Tatsachenkern ist daneben vor allem mit Blick auf allgemeine Bezeichnungen wie „stark“, „groß“ und „werthaltig“ schwierig. Sie sollen regelmäßig auf eine Meinungsäußerung hindeuten. Da sie jedoch auch einen gewissen Tatsachenkern enthalten, stellen Übertreibungen ab einem gewissen Punkt dennoch eine Täuschung über eine Tatsache dar. Dieselbe Problematik besteht bei Schätzungen. Gibt ein Verpächter an, das Pachtgrundstück sei etwa 5 Hektar groß, so wird eine Täuschung über eine Tatsache vorliegen, wenn es erheblich kleiner (z. B. lediglich 3 Hektar) groß ist.

cc) Exkurs: Das Verständnis von Tatsachen beim strafrechtlichen Betrug

Mit Blick auf § 263 StGB wird teilweise diskutiert, ob es zur Bewertung einer Aussage auf den „Geltungs- bzw. Wahrheitsanspruch“ ankommen sollte.⁴⁶⁸ Sofern ein

§ 123 Rn.8 (dazu, dass ihnen nach der Verkehrsauffassung keine tatsächliche Bedeutung zukommt). Dörmer in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn.3 geht hingegen davon aus, dass Reklamebehauptungen keine Tatsachen darstellen.

⁴⁶⁵ Bächler, JuS 2009, 976, 976.

⁴⁶⁶ Vgl. zur Frage der Verantwortung auch Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 339: „Ihm wird in gewissem Umfang die Verantwortung, derartige Angaben richtig zu bewerten, zugewiesen“.

⁴⁶⁷ Herauslesen lässt sich dies aus BGH NJW 1962, 1907, 1907; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn.23; Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn.22f. Allgemein dazu, dass im Irrtumsrecht der Fokus nicht auf die Eigenverantwortung gelegt wird: 4. Teil, H.II.2.

⁴⁶⁸ Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn.122; Tiedemann in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn.13; Kindhäuser, ZStW 103 (1991), 398, 398ff. (zum Wahrheitsanspruch); Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S.74ff. (zum Wahrheitsrecht und der Wahrheitspflicht); ablehnend zur Wahrheitspflicht Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn.63 und 93. T. Fischer, StGB, 70. Aufl.

„Geltungs- bzw. Wahrheitsanspruch“ verlangt wird, soll die Verkehrsauffassung dafür der Maßstab sein.⁴⁶⁹ In Zusammenhang mit werbenden Aussagen soll danach beispielsweise anhand der Verkehrsauffassung bestimmt werden, ob ein „Geltungs- oder Wahrheitsanspruch“ besteht.⁴⁷⁰ Interessant ist insofern weniger die Konkretisierung des „Geltungs- oder Wahrheitsanspruchs“. Denn beide Aspekte lassen sich nicht aus sich heraus ermitteln. Bemerkenswert ist jedoch die Bezugnahme auf die Verkehrsauffassung. Das Strafrecht diskutiert somit die Bezugnahme auf die Erwartungen des Geschäftsverkehrs. Das spiegelt sich zugleich in der Anforderung wider, dass die Täuschung „nach allgemeiner Ansicht [...] entscheidungserheblich für eine rationale Vermögensverfügung“⁴⁷¹ sein muss. Diese Erwartungen des Geschäftsverkehrs („nach allgemeiner Ansicht“) könnten z. B. empirisch ermittelt werden.⁴⁷² Insofern stellt sich die Frage, ob die Verkehrsauffassung auch im Zusammenhang mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Bedeutung erlangen könnte. Explizit nimmt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keinen Bezug auf die Verkehrsauffassung. Aktuell wird mit Blick auf den Tatsachenbegriff zudem keine entsprechende Debatte geführt.⁴⁷³ Die Erkenntnisse aus dem Strafrecht könnten aber eine solche Diskussion anstoßen, die dann im Ergebnis auch zu einem engeren Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB führen könnte.

Gerade harmlosere Bluffs, wie „dann verdiene ich ja an dem Verkauf nichts mehr!“ oder „Sie treiben mich so noch in den Ruin!“, werden allerdings bereits über die „marktschreierischen Anpreisungen“ vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausgenommen (dazu bereits oben unter 2. Teil, B.I.2.b)bb)).⁴⁷⁴ Es ist jedoch fraglich, ob so auch weitere praxisrelevante Täuschungen im unter-

2023, § 263 Rn. 10 nimmt mit Blick auf Werbung an, dass solchen Aussagen oft ein geringer Wahrheitsanspruch beigemessen wird.

⁴⁶⁹ Dazu näher *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 116 ff.; zum Wahrheitsrecht und zur Wahrheitspflicht auch *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 73 ff.

⁴⁷⁰ *T. Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 10 nimmt z. B. mit Blick auf Werbung an, dass solchen Aussagen oft ein geringer Wahrheitsanspruch beigemessen wird.

⁴⁷¹ *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 75. Diese Ansicht wiedergebend *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 123. § 264a Abs. 1 StGB bezieht sich sogar explizit auf „erhebliche Umstände“. BGH NJW 2022, 1322, 1323 (Rn. 23) konkretisiert insofern: „Maßgeblich ist der verständige, durchschnittlich vorsichtige Kapitalanleger“.

⁴⁷² Allgemein zur empirischen Forschung im juristischen Bereich siehe statt vieler *Eisenberg*, San Diego Law Review 41 (2004), 1741, 1741 ff.; *ders.*, University of Illinois Law Review 5 (2011), 1713, 1713 ff.; *George*, Indiana Law Journal 81 (2006), 141, 141 ff.; *Heise*, University of Illinois Law Review 4 (2002), 819, 819 ff.; *Suchman/Mertz*, Annual Review of Law and Social Science 6 (2010), 555, 555 ff.; *Zeisel*, JZ 1974, 561, 561 sieht einen Grund für die verstärkte empirische Forschung in den USA im „amerikanischen Pragmatismus“. *N. Petersen*, STAAT 49 (2010), 435, 436 erklärt dies mit der stärkeren Ausrichtung der US-Forschung auf die Rechtssoziologie und die Rechtspolitik.

⁴⁷³ Zur Debatte um das Rechtsgefühl als Wertungsargument im Rahmen der Rechtswidrigkeit siehe 4. Teil, F.VI.

⁴⁷⁴ Allg. zur Ausnahme marktschreierischer Anpreisungen *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 5, 7; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 122.

nehmerischen Geschäftsverkehr als „listig“ eingeordnet werden könnten. Am ehesten erscheint dies noch mit Blick auf allgemeine Aussagen wie „weiter darf ich Ihnen preislich nicht entgegenkommen“ oder „das ist mein Budgetlimit. Mehr kann ich nicht bieten“⁴⁷⁵ denkbar. Bei vielen anderen Bluffs, wie z. B. besseren Angeboten, entspricht es hingegen gerade nicht der Verkehrserwartung, dass mit dieser Aussage kein Wahrheitsanspruch verbunden ist. Allerdings wird auch vertreten, dass pauschale Aussagen eines Verkäufers dazu, dass ihm von anderer Seite schon mehr geboten wurde, ebenfalls nicht betrugsrelevant sind.⁴⁷⁶

Die Debatte im Strafrecht weist somit auf ein Problem hin, welches ebenso im Zivilrecht besteht: Versucht man sich an einer abstrakten Definition des Begriffs „Tatsache“, so werden generell innere Tatsachen erfasst, was wiederum zu sehr vielen Falschaussagen führt. Es besteht dann anschließend die Problematik, bestimmte „Täuschungen über Tatsachen“ wieder dem Anwendungsbereich der Norm zu entziehen (z. B. durch die Ausnahme marktschreierischer Anpreisungen oder im Strafrecht eben über den Wahrheits- oder Geltungsanspruch). Das ist die traditionelle Vorgehensweise. Die Alternative dazu bestünde darin, direkt eine konkrete Bestimmung normrelevanter Täuschungen vorzunehmen (ohne den allgemeinen Bezug auf Tatsachen).⁴⁷⁷ Doch auch diese Diskussion löst nicht das Problem, zu bestimmen, wo die Trennlinie zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen verlaufen soll. Mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verdeutlicht die Debatte im Strafrecht das Problem, welches auch bei der zivilrechtlichen Norm besteht. Im Zivilrecht wird generell der traditionelle Ansatz gewählt, allerdings werden die Ausnahmen von der Vorschrift dann weniger intensiv erörtert als im Strafrecht.

Im Rahmen der konkreten Bestimmung normrelevanter Täuschungen wird im Strafrecht – wie soeben angeführt – gefordert, dass es darauf ankommen soll, ob eine Täuschung als „entscheidungserheblich für eine rationale Vermögensverfügung“⁴⁷⁸ angesehen werden muss. Insofern ist nicht allein die Bezugnahme auf die Verkehrsauffassung interessant, sondern darüber hinaus auch die Einschränkung auf ein „rationales“ Verhalten bzgl. der „Entscheidungserheblichkeit“.⁴⁷⁹ § 264a Abs. 1 StGB bezieht sich sogar explizit auf „erhebliche Umstände“.⁴⁸⁰ Wie mit Blick auf die Verkehrsauffassung können diese Anforderungen zwar nicht zur Unterscheidung von Fakten und Meinungsäußerungen beitragen, aber im Sinne des traditionellen Ansatzes durchaus für die Abgrenzung zwischen sanktionierten

⁴⁷⁵ Siehe näher zu dieser Taktik unter 2. Teil, A.VI.4. (*budget limitations*).

⁴⁷⁶ Bockelmann, ZStW 79 (1967), 28, 33.

⁴⁷⁷ Zur normativen Sichtweise: *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 61. Kritisch zur faktischen Herangehensweise *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 94 ff.

⁴⁷⁸ *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 75. Diese Ansicht wiedergebend *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 123.

⁴⁷⁹ *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 75.

⁴⁸⁰ BGH NJW 2022, 1322, 1323 (Rn. 23) konkretisiert insofern: „Maßgeblich ist der verständige, durchschnittlich vorsichtige Kapitalanleger“.

und sanktionslosen Täuschungen relevant werden. Mit Blick auf die arglistige Täuschung wird die Rationalität gleich unter 2. Teil, B.I.4.a) aufgegriffen.⁴⁸¹

dd) Absichten

Doch mit der Unterscheidung von Tatsachen und Meinungen enden die Abgrenzungsprobleme nicht. Denn daneben stellt sich die Frage, wie Täuschungen über Absichten zu beurteilen sind. Dies ist gerade für unternehmerische Verhandlungen relevant, da die Parteien häufig über einen gewissen Zeitraum miteinander zu tun haben, weshalb im Zeitpunkt der Vertragsverhandlung viele Handlungen der Parteien in der Zukunft liegen und mit Blick auf diese Handlungen daher Absichten eine große Rolle spielen können.⁴⁸² Diese Situation besteht zudem nicht nur bei langfristigen Geschäftsbeziehungen, sondern auch bei solchen, bei denen die Durchführung des Vertrags eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt (z. B. beim Anlagenbau). Selbst wenn keine ständige Geschäftsbeziehung vorliegt und auch die Durchführung des Vertrags keinen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, können Absichten für die Parteien von Interesse sein. In der Literatur wird insofern häufig das Beispiel eines Grundstücksverkaufs herangezogen:

Beispiel: Eine Partei ist Eigentümerin zweier, nebeneinanderliegender Grundstücke. Eines davon möchte sie verkaufen. Sie fragt den Kaufinteressenten nach den Absichten mit dem Grundstück. Der Kaufinteressent gibt an, Wohnhäuser darauf bauen zu wollen. In Wahrheit möchte der Käufer ein Gewerbegebäude mit einer Bar im Erdgeschoss errichten.

Im Schrifttum wird überwiegend angenommen, dass auch wegen Absichten angefochten werden kann.⁴⁸³ Absichten an sich können – wie Meinungen – jedoch nicht „falsch“ oder „richtig“ sein. Im soeben angeführten Beispiel ist die Absicht des Kaufinteressenten, auf dem zum Verkauf stehenden Grundstück ein Gewerbegebäude zu errichten, weder „richtig“ noch „falsch“. Aber parallel zur Problematik

⁴⁸¹ Die Erheblichkeitsschwelle wird als Regelungsinstrument unter 3. Teil, C.II.3.b) diskutiert.

⁴⁸² Generell feststellend, dass auch im wirtschaftlichen Bereich viel über Absichten getäuscht wird Crawford, *The American Economic Review* 93 (2003), 133, 133 (der ein Modell für entsprechende Täuschungen erarbeitet).

⁴⁸³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.6; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 konkret zur Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen; BGH NJW 1992, 1222, 1222f. lässt sich so interpretieren, dass Täuschungen über Wiederverkaufsabsichten zur Anfechtung berechtigen würden, aber insofern im konkreten Fall keine Aufklärungspflichten bestanden. So zu diesem Urteil auch *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6; a. A. OLG Naumburg BeckRS 2013, 14485. Grundsätzlich gegen die Erfassung von Absichten früher auch *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 c zu §§ 116ff., S. 149 (der allerdings zwei Beispiele nennt, wobei bei einem die Anfechtung gestattet wird).

der Täuschungen über Meinungen kann eine vorsätzliche Irreführung darüber erfolgen, ob bestimmte Absichten tatsächlich bestehen bzw. verfolgt werden oder nicht. In diesem Zusammenhang mag auch der Eingehungsbetrug angesprochen werden.⁴⁸⁴ Insofern kann der Lügner darüber täuschen, dass er bereit ist, seine Vertragspflichten zu erfüllen. Er blufft dann über seine Erfüllungsabsicht bzw. seine Leistungswilligkeit. Er kann den Vertragspartner zudem darüber irreführen, ob er überhaupt die objektive Möglichkeit besitzt zu leisten.⁴⁸⁵ In letzterem Fall handelt es sich allerdings nicht ausschließlich um eine Täuschung über Absichten (konkret die Erfüllungsabsicht), sondern gleichzeitig auch um einen Bluff über eine Tatsache im engeren Sinn (konkret die Leistungsfähigkeit).

Wird angenommen, dass das Täuschen über das Vertreten von Meinungen, eine Tatsache darstellt, ist eine entsprechende Interpretation mit Blick auf Täuschungen über Absichten geboten.⁴⁸⁶ Für diese Interpretation spricht außerdem, dass Absichten anerkanntermaßen auch für den strafrechtlichen Betrug relevant sein können.⁴⁸⁷ Denn es handelt sich hier ebenfalls um Lügen über eine innere Tatsache.⁴⁸⁸ Wie bereits angeklungen, gilt bei Bluffs über innere Tatsachen generell, dass es oftmals schwierig ist, den Nachweis der bewussten Täuschung zu erbringen (zur Beweislast siehe unter 2. Teil, B.I.11.). Unter Umständen kann die Beweisführung mit Hilfe von Indizien erfolgen. Die Probleme bei der Beweisführung ändern jedoch nichts daran, dass es sich um eine Tatsache handelt.⁴⁸⁹

e) Wahrscheinlichkeiten, Erfahrungssätze und Prognosen

Lügen über Wahrscheinlichkeiten und Erfahrungssätze sind differenziert zu betrachten.⁴⁹⁰ Auch hier zeigt sich eine hohe Relevanz für unternehmerische Verhandlungen. Denn es geht in solchen Verhandlungen grundsätzlich um die Vertei-

⁴⁸⁴ Vgl. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.7; siehe zum Eingehungsbetrug im Strafrecht statt vieler *T. Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 175 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.7, der auch darauf hinweist, dass diese Problematik regelmäßig mit Blick auf Täuschungen durch Verschweigen aufgrund einer verletzten Aufklärungspflicht relevant wird. Siehe auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 8.

⁴⁸⁶ Auch von der Anfechtbarkeit ausgehend *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.1 und 16.7; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 konkret zur Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen.

⁴⁸⁷ So bspw. BGH NJW 2012, 1092, 1092 in Fällen des sog. „Tankbetrugs“ oder auch BGH BeckRS 1978, 31122123 zu Fällen in denen der Darlehensnehmer nicht die Absicht hat, das Darlehen entsprechend der vereinbarten Verwendung einzusetzen. Vgl. auch *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 109, 110; *T. Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 263 Rn. 8; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 10.

⁴⁸⁸ *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4.

⁴⁸⁹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.6.

⁴⁹⁰ Zur generellen Berücksichtigungsfähigkeit von Täuschungen über Wahrscheinlichkeiten *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.

lung von Risiken und Chancen, die jeweils mit Wahrscheinlichkeiten versehen sind. Die Übernahme eines Risikos durch die Gegenseite muss oftmals durch ein Nachgeben an anderer Stelle „erkauft“ werden. Täuschungen über Wahrscheinlichkeiten können im Ergebnis eine Meinung darstellen, was die Anfechtbarkeit gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB grundsätzlich ausschließt.⁴⁹¹ Dann gilt das zu Meinungsäußerungen Gesagte (siehe unter 2. Teil, B.I.2.b)aa)).

Beispiel: So kann es der persönlichen Auffassung eines Verhandlers entsprechen, dass der erfolgreiche Eintritt in einen neuen Markt „wahrscheinlich“ ist.

Die Bezugnahme auf Wahrscheinlichkeiten kann allerdings auch in der Form geschehen, dass von Dritten berechnete Wahrscheinlichkeiten – z.B. in Form von Prognosen – herangezogen werden. Dann liegt eine Tatsachenbehauptung vor, und zwar konkret darüber, dass der Dritte die Wahrscheinlichkeit so berechnet hat. Für diese Ansicht spricht, dass auch im Strafrecht anerkannt ist, dass entsprechende Bluffs eine relevante Täuschung darstellen können (*argumentum a maiore ad minus*).⁴⁹² Ist die Berechnung des Dritten jedoch falsch und liegt insofern eine bewusste Täuschung vor, so greifen die Vorgaben zu Täuschungen durch Dritte (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.9.a)).

Ebenso gut kann sich die Angabe über Wahrscheinlichkeiten bzw. Erfahrungssätze allerdings auf eigene Berechnungen stützen, was dazu führt, dass grundsätzlich keine Meinungsäußerung, sondern eine Tatsachenbehauptung vorliegt. Die Tatsachenbehauptung bezieht sich dann auf den aktuellen Kenntnisstand.⁴⁹³

Beispiel: Behauptet ein Verhandler, dass das Risiko eines bestimmten Fehlers beim zu verkaufenden Produkt bei „praktisch null“ liegt, während er weiß, dass sich 20 % der Kunden über den Fehler beschweren, so liegt darin eine Täuschung über eine Tatsache und keine Meinungsäußerung.

ff) Künftige Ereignisse

Mit der Täuschung über Wahrscheinlichkeiten, Absichten und Prognosen ist zudem die Irreführung über Zukünftiges eng verbunden. Es kann insofern zu Überschneidungen kommen. Zumeist wird die Abgrenzung jedoch unerheblich sein, da eine Lüge über diese Aspekte zum selben Ergebnis führen würde.

⁴⁹¹ Allgemeiner dazu, dass wegen Prognosen nicht angefochten werden kann, BGH NJW 2007, 3200, 3202 („lediglich um allgemeine Anpreisungen und Prognosen handelt, die für eine arglistige Täuschung nicht ausreichen“).

⁴⁹² *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 83; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 113 f.

⁴⁹³ Ähnlich zu § 263 StGB *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 113 f. Zu Prognosen, Wahrscheinlichkeiten und Erfahrungssätzen siehe auch *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 81–84. Vgl. auch *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 9.

Bei der Lüge über Zukünftiges besteht das Problem darin, dass die Zukunft noch nicht eingetreten ist⁴⁹⁴ und darüber mehr oder weniger Unsicherheit besteht. Eine Aussage über die Zukunft kann sich daher generell nur in der Zukunft als „richtig“ oder „falsch“ herausstellen (zu den davon abzugrenzenden Täuschungen über Absichten und Wahrscheinlichkeiten bereits unter 2. Teil, B.I.2.b)dd) und ee)). Mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird vertreten, dass auch Lügen über die Zukunft zur Anfechtung berechtigen.⁴⁹⁵ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Nach hier vertretener Auffassung liegt dies allerdings weniger daran, dass sich eine Aussage in der Zukunft tatsächlich als falsch herausstellt. Die Lüge bezieht sich vielmehr auf den aktuellen Kenntnisstand, der durch die Aussage vorgespiegelt wird.⁴⁹⁶

Beispiel: Fragt ein Käufer den Verkäufer eines Unternehmens danach, wie er denkt, dass sich der Unternehmenswert entwickeln wird und der Verkäufer gibt an, dass er in den nächsten zwei Jahren mit einer Umsatzsteigerung von 10 % rechnet, obwohl er weiß, dass sein Hauptkunde seinen Rahmenvertrag nicht verlängern wird und daher vielmehr mit einem signifikanten Umsatzeinbruch zu rechnen ist, so lügt der Verkäufer nicht über die Zukunft, sondern über seine tatsächlichen Erwartungen über die Zukunft gemäß seinem tatsächlichen Kenntnisstand (er gibt damit auch eine falsche Prognose ab).

Am Ergebnis ändert die Bezugnahme auf den aktuellen Kenntnisstand in Form von aktuellen Erfahrungswerten oder gegenwärtigen Einschätzungen, der durch die Aussage vorgespiegelt wird, nichts. Aussagen über die Zukunft können somit potenziell ebenfalls zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen.⁴⁹⁷

gg) Zwischenergebnis

Abschließend ist somit festzuhalten, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB abgesehen von der Einschränkung auf Täuschungen über Tatsachen praktisch keine Eingrenzung enthält, die zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen beitragen könnte. *Fleischer* formuliert dies treffend wie folgt: „Worauf sich die Täuschung bezieht, ist nach der Konzeption des Gesetzes ohne Belang.“⁴⁹⁸

Im Ergebnis berechtigt daher jede Täuschung über eine Tatsache zur Anfechtung, vorausgesetzt die anderen Tatbestandsmerkmale werden erfüllt. Regelmäßig

⁴⁹⁴ So zu § 263 StGB *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8.

⁴⁹⁵ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 330 ff.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29. Grds. a. A. *Büchler*, JuS 2009, 976, 976 (eine Ausnahme machend, wenn ein Tatsachenkern enthalten ist). Generell gegen eine Anfechtungsmöglichkeit bei unsicheren Erwartungen v. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 605.

⁴⁹⁶ Zu § 263 StGB *Hefendebl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 113.

⁴⁹⁷ Auf die Herausforderungen bzgl. der Bestimmung des aktuellen Kenntnisstands aus zukünftiger Perspektive soll hier nicht näher eingegangen werden. Ein Problem besteht im sog. *hindsight-bias*. Dazu grundlegend *Fischhoff*, Journal of Experimental Psychology 1 (1975), 288, 288 ff.

⁴⁹⁸ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 249.

wird zwar über den Leistungsgegenstand getäuscht, dies ist aber keine Voraussetzung. Die Lüge kann sich auch auf den Preis, den Vertragspartner oder sonstige Umstände (wie bessere Alternativangebote, [unternehmensinterne] Vorgaben und Anweisungen, die Verfügbarkeit einer Leistung, *deadlines* etc.) beziehen. Auch die „Verpackung“ als Meinung entzieht die Aussage nicht dem Anwendungsbereich, solange noch ein Tatsachenkern enthalten ist. Die einzige anerkannte Einschränkung bezieht sich auf marktschreierische Anpreisungen,⁴⁹⁹ wodurch allerdings nur ein kleiner Teil der praxisrelevanten Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen nicht zur Anfechtung berechtigt. Eine Lösung der hier untersuchten Problematik lässt sich dadurch somit nicht erzielen.

3. Irrtum

Neben einer Täuschung (siehe unter 2. Teil, B.I.2.) bedarf es auf der anderen Seite eines Irrtums.⁵⁰⁰ Eine Seite muss somit täuschen; die getäuschte Seite muss wiederum einem Irrtum unterliegen. Täuschungshandlung und Irrtum sind damit ein gutes Beispiel dafür, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB korrespondierende Anforderungen an den Täuschenden und den Getäuschten stellt. Verbunden sind Täuschung und Irrtum durch die notwendige Kausalität (siehe sogleich im Folgenden unter 2. Teil, B.I.4.).

Da die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung einen Irrtum voraussetzt, steht sie den irrturnsrechtlichen Anfechtungsgründen nahe.⁵⁰¹ Der Unterschied besteht darin, dass bei der arglistigen Täuschung der Vertragspartner (zur Sonderproblematik der Täuschung durch Dritte siehe 2. Teil, B.I.9.a)) den Irrtum vorsätzlich durch eine Lüge herbeiführt, während im Fall der Irrturnsanfechtung der Irrtum vom Vertragspartner höchstens fahrlässig hervorgerufen wurde oder dieser überhaupt nicht zum Entstehen des Irrturns beigetragen hat.⁵⁰²

Unter Irrturn ist jede „unbewusste Fehlvorstellung von der Wirklichkeit“⁵⁰³ zu verstehen. Ist der Seite, die getäuscht werden soll, die wahre Sachlage bekannt und glaubt sie ungeachtet der Täuschung weiterhin daran, so unterliegt sie keinem Irrturn und kann trotz der vorsätzlichen Täuschung durch den Verhandlungspartner nicht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten.⁵⁰⁴ Eine Anfechtung ist entsprechend

⁴⁹⁹ Faust, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 365 (unveröffentlichte Fassung) kritisiert: „Das Merkmal ‚Täuschung‘ dient dann dazu, bestimmte Fälle aus dem Anwendungsbereich von § 123 BGB und § 263 StGB auszuschließen, obwohl der eine Teil beim anderen einen Irrturn erregt hat, der kausal für den Vertragsschluss war.“ Der Autor führt weiter aus, „daß das Merkmal ‚Täuschung‘ hierfür jedoch teils ungeeignet“ ist.

⁵⁰⁰ Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37.

⁵⁰¹ Schermaier in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 116. Siehe zu den Wertungen des Irrturnsrechts näher unter 4. Teil, H.II.2.

⁵⁰² Ähnlich Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1

⁵⁰³ Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37.

⁵⁰⁴ Vgl. BeckRS 1953, 31203686; BGH WM 1972, 1443, 1446; Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1,

ebenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Seite, die getäuscht werden soll, die wahre Sachlage zwar nicht kennt, aber weiß, dass es sich um eine Irreführung handelt und sich deshalb davon nicht beeinflussen lässt.⁵⁰⁵ In diesem Fall bildet sich daher keine Fehlvorstellung aufgrund der Täuschung, sondern es wird allein die bereits bestehende Unkenntnis über die wahre Sachlage (allerdings unabhängig von der Täuschung) aufrechterhalten. Dann wirkt sich die Täuschung zumindest nicht auf die Willenserklärung aus (fehlende Kausalität, dazu 2. Teil, B.I.4.a)). Allein die Befürchtung einer Lüge bzw. Zweifel am Wahrheitsgehalt schließen eine Anfechtung allerdings ebenfalls nicht grundsätzlich aus. Eine Anfechtung ist vielmehr weiterhin möglich, sofern die belogene Person trotz der Zweifel am Wahrheitsgehalt und ihrer Befürchtungen einem Irrtum unterliegt und dieser dann kausal für die Willenserklärung wird. Realisiert ein Verhandlungspartner zwar, dass die andere Seite lügt, ist ihm jedoch das Ausmaß nicht klar und er unterliegt daher dennoch einer Fehlvorstellung, so ist ebenfalls eine Anfechtung möglich.⁵⁰⁶

Neben der Frage, ob überhaupt ein Irrtum vorliegt, ist zudem der Zeitpunkt, zu dem der Irrtum besteht, entscheidend. Im Ergebnis muss der Irrtum im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung durch den Getäuschten vorliegen. Das anschließende Erkennen des durch eine Täuschung hervorgerufenen Irrtums schadet nicht, sondern führt vielmehr gerade dazu, dass der Getäuschte die Anfechtbarkeit des Vertrags überhaupt in Erwägung ziehen kann.⁵⁰⁷ Eine Täuschung, die nach Vertragsschluss erfolgt und einen Irrtum hervorruft, kann hingegen nicht zur Anfechtung berechtigen,⁵⁰⁸ da sie keinen Einfluss auf die Willensbildung haben konnte, d.h. es würde insofern an der Kausalität mangeln (siehe unter 2. Teil, B.I.4.a)).⁵⁰⁹ Eine Anfechtung ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwar eine Täuschung erfolgte, die eine Fehlvorstellung hervorgerufen hat, der Täuschende die Lüge jedoch noch vor Abgabe der Willenserklärung vollumfänglich aufdeckt und damit den Irrtum beim Getäuschten vollständig korrigiert.⁵¹⁰ Dann besteht im Zeitpunkt der

10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 68; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37. Ähnlich *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 22. Vgl. auch *Büchler*, JuS 2009, 976, 976 zum Durchschauen der Lüge. Allgemeiner ausgedrückt auch *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 23.

⁵⁰⁵ Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; und wohl auch indirekt *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 21.1. Siehe zudem *Kötz* in: FS Drobniig, S. 563, 565 (der sich allgemein auf das Durchschauen der Lüge bezieht).

⁵⁰⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 21.1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 65.

⁵⁰⁷ Siehe zum Erkennen und Aufdecken von Lügen näher unter 2. Teil, A.VII.2.

⁵⁰⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 21; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21.

⁵⁰⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43.

⁵¹⁰ Vgl. auch *Mankowski*, JZ 2004, 121, 122 (der dann davon ausgeht, dass keine Kausalität vorliegt). Vgl. BGH BeckRS 1976, 31117217 zur Beweispflicht in diesem Fall.

Abgabe der Willenserklärung kein Irrtum mehr, der für die Willenserklärung kausal sein könnte (zur Kausalität sogleich).

Die Tatsache, dass nicht jede Täuschung zur Anfechtung berechtigt, sondern nur eine, die einen Irrtum hervorruft und für den Vertragsschluss kausal wird, verdeutlicht, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keinen grundsätzlichen Sanktionscharakter⁵¹¹ besitzt.⁵¹² Denn der Lügner sieht sich dadurch nicht unter allen Umständen negativen Rechtsfolgen ausgesetzt, sondern nur dann, wenn der Bluff tatsächlich zu einer beeinflussten Willenserklärung geführt hat.⁵¹³

Eingeschränkt wird die Relevanz von Irrtümern somit dadurch, dass es sich um Fehlvorstellungen handeln muss, die durch die andere Seite vorsätzlich (zum Vorsatz s. 2. Teil, B.I.5.) hervorgerufen wurde und die dann für den Vertragsschluss kausal geworden sind (zur Kausalität unter 2. Teil, B.I.4.). Die Fehlvorstellung von der Wirklichkeit muss sich i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenso wie die Täuschung auf eine Tatsache beziehen.⁵¹⁴ Das heißt, eine Person muss eine unrichtige Vorstellung von objektiv nachprüfbaren Angaben haben. Weitere Einschränkungen bestehen jedoch nicht. Es sind daher auch Motivirrtümer von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst.⁵¹⁵ Bezüglich aller anderen Aspekte kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (siehe 2. Teil, B.I.2.b)). Eine darüberhinausgehende „objektive“ Erheblichkeit des Irrtums wird im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht verlangt.⁵¹⁶ *Schermaier* formuliert insofern, dass angenommen

⁵¹¹ *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 90 (unveröffentlichte Fassung) (in Bezug auf § 123 BGB: „Pönale Elemente sind jedoch dem traditionellen deutschen Zivilrecht fremd.“); *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 76; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 1 verweist allgemein darauf, dass die Anfechtbarkeit nicht durch das sittlich-verwerfliche Handeln begründet wird, sondern es allein um die Beeinträchtigung der Willensfreiheit geht. So auch *v. Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 603. *Lange*, BGB – AT, 14. Aufl. 1973, S. 350 nimmt hingegen einen „strafenden Charakter“ an.

⁵¹² Dennoch besitzt die Vorschrift einen gewissen Präventionscharakter bezüglich arglistiger Täuschungen. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1.

⁵¹³ Liegt Kausalität vor, kann die getäuschte Seite allerdings auch anfechten, wenn sie durch die Täuschung keinen Nachteil erlitten hat. In diesen Fällen kann die getäuschte Seite sich daher auch dazu entschließen, anzufechten, um den Vertragspartner „abzustrafen“. Siehe dazu auch unter 2. Teil, B.I.5.d).

⁵¹⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.

⁵¹⁵ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.9 (der gar betont, dass die „weit überwiegenden Fälle“ Motivirrtümer betreffen); vgl. auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, VBem. § 116 Rn. 20; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 26; *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 91 und 356 (unveröffentlichte Fassung); *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 7. So auch schon *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 149.

⁵¹⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.4. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 2 erläutert, dass sich die Täuschung nicht auf „wesentliche Umstände“ beziehen muss; ebenso *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 6. *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6 erläutert, dass es sich nicht um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handeln muss. Vgl. ansonsten auch *v. Lübtow* in:

wird, „daß das minus der Irrtumsanfechtung im maius der Täuschungsanfechtung enthalten ist“⁵¹⁷.

Es kommt beim Irrtum ausschließlich auf die Fehlvorstellung des Getäuschten an, d. h. seine subjektiven Vorstellungen.⁵¹⁸ Es wird nicht danach geschaut, welche Vorstellungen ein verständiger Empfänger der Täuschung hätte. Naivität, Einfältigkeit, Unachtsamkeit, Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit etc. schaden daher nach h. M. nicht.⁵¹⁹ Selbst die Tatsache, dass der Getäuschte die Irreführung grob fahrlässig bzw. leichtfertig nicht erkennt, ist für das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB damit unerheblich.⁵²⁰ Insofern gilt der Grundsatz: „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“⁵²¹, da der Täuschende von der deutschen Rechtsordnung als nicht schutzwürdig angesehen wird. In der unternehmerischen Praxis könnte die getäuschte Seite bei grober Fahrlässigkeit allerdings Schwierigkeiten haben, die (doppelte) Kausalität⁵²² (siehe dazu 2. Teil, B.I.4.a)) oder eine arglistige Täuschungs-

FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 255; v. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 604f. Im Strafrecht bezieht sich § 264a Abs. 1 StGB hingegen explizit auf „erhebliche Umstände“.

⁵¹⁷ *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 116.

⁵¹⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.3; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23 (zur subjektiven Beurteilung).

⁵¹⁹ Vgl. BGH WM 1988, 1669, 1672; BGH WM 2005, 1287, 1288f.; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; LG Köln BeckRS 2007, 15990; siehe allerdings auch die Argumentation des LG Bautzen RNotZ 2012, 404, 408, die durchaus anders verstanden werden könnte („Bei Kaufpreisverhandlungen sind Erklärungen zu den Vermögensverhältnissen von vornherein nicht geeignet, ein wie auch immer geartetes Vertrauen zu erzielen“). In der Literatur siehe *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 17 und 22; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 29; *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 368 (unveröffentlichte Fassung). Vgl. bereits *Eck*, Vorträge über das Recht des BGB, Bd. 1, 1. u. 2. Aufl. 1903, S. 149 („Also genügt auch die Täuschung über eine für verständige Menschen einflußlose Eigenschaft oder sonstige Tatsache“).

⁵²⁰ BGH NJW 1971, 1795, 1798; BGH WM 1988, 1669, 1672; BGH WM 2005, 1287, 1288f.; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; LG Köln BeckRS 2007, 15990; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 22; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 68; vgl. auch *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 15; *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 65 (zur groben Fahrlässigkeit); *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 1 = S. 542 und so auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989.

⁵²¹ So bereits *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 442 („der *dolus* des Beklagten überwiegt die *culpa* des Klägers“, der dies aus dem römischen Recht ableitet). Der Grundsatz wird nicht nur in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigt. Er findet sich z. B. auch in § 442 Abs. 1 S. 2 BGB. Vgl. auch *Büdenbender* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 442 Rn. 12 („Insoweit wiegt die Arglist [...] schwerer als die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers“).

⁵²² Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37 zu Nachweisproblemen bzgl. des Vorliegens eines Irrtums. Zu Beweisschwierigkeiten auch bereits *Crome*,

handlung⁵²³ (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.2.a)) nachzuweisen (siehe zur Darlegungs- und Beweislast auch näher unter 2. Teil, B.I.11.).

Ebenfalls ohne Belang ist es, wenn die getäuschte Seite zunächst am Wahrheitsgehalt der Aussage durch die Gegenseite zweifelt und ihr erst nach einigem Zögern Glauben schenkt.⁵²⁴ Es spielt für die Bewertung zudem keine Rolle, ob der Getäuschte es dem Täuschenden leicht gemacht hat,⁵²⁵ indem er z. B. uninformiert in die Verhandlung gegangen ist.

Teilweise wird jedoch vertreten, dass die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn die Lüge „offensichtlich“ war.⁵²⁶ Insofern ist nicht immer ganz eindeutig, worauf die Ablehnung der Anfechtungsmöglichkeit gestützt wird. Es könnte sein, dass in solchen Fällen bereits davon ausgegangen wird, dass kein Irrtum durch die Täuschung hervorgerufen wird.⁵²⁷ In der Diskussion bleibt zudem zumeist offen, ob in diesem Zusammenhang alternativ davon ausgegangen wird, dass die Kausalität nur schwer nachzuweisen ist, oder ob eine Anfechtung dann generell (unabhängig von prozessualen Aspekten) ausscheidet.⁵²⁸ In letztere Richtung tendieren wohl Stimmen, die darauf abstellen, dass der Getäuschte die Augen bewusst vor der Täuschung verschlossen hat.⁵²⁹ Denn in diesem Fall besteht wohl ein Irrtum, da die

System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 430: „Immerhin wird der Richter den Beweis der Täuschung nicht für geführt erachten, wenn eine geschäftsfähige Person vernünftigerweise durch das angewandte Mittel nicht in einen Irrthum [sic] versetzt werden konnte.“ sowie *Eck*, Vorträge über das Recht des BGB, Bd. 1, 1. u. 2. Aufl. 1903, S. 149 („Doch wird es mit dem Beweis für diese Annahme um so strenger zu nehmen sein, je weniger die vorgespiegelte Tatsache auch verständige Menschen zu bestimmen pflegt“).

⁵²³ So scheinbar AG Mannheim NJW-RR 2011, 134, 135 („Andererseits kann ein besonders hohes Maß an Unaufmerksamkeit auf der einen Seite im Rahmen der Gesamtabwägung dazu führen, dass der anderen Seite ein arglistiges Täuschungsverhalten nicht mehr nachgewiesen werden kann.“). In dieser Entscheidung lehnte das Gericht das Vorliegen eines solchen Falls jedoch ab.

⁵²⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, Bd. 1, § 123 Rn. 37.

⁵²⁵ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23.

⁵²⁶ BAG NJW 2001, 1885, 1885 ff. (dort ging es um die Lüge eines Bewerbers über eine offensichtliche Schwerbehinderung; zu unzulässigen Fragen siehe näher unter 2. Teil, B.I.7.b); vgl. auch OLG Karlsruhe WM 2013, 641, 641 (wobei es dort um eine „offensichtliche Anpreisung“ ging); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 22; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 69 (der jedoch einschränkt, dass viele Aspekte nicht so klar sind). A. A. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 22.

⁵²⁷ BAG NJW 2001, 1885, 1885 ff.; vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 22; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 69.

⁵²⁸ BAG NJW 2001, 1885, 1885 ff. (lehnt im konkreten Fall die Entstehung eines Irrtums ab). Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 22. Der Autor hält die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum für ausgeschlossen, „wenn die wahre Sachlage bei Vertragsabschluss derart offensichtlich war, dass ein Irrtum ausgeschlossen erscheint“.

⁵²⁹ So *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48 (die Autoren führen auch ein Beispiel an: „So kommt zB trotz Falschbeantwortung der Frage nach einem Unfallschaden keine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung in Betracht, wenn der Schaden für den Käufer offensichtlich ist“). Hinweis: Diese Bemerkung bezog sich auf die Rechtslage vor dem 1.1.2022. Nunmehr ist im B2C-Verhältnis § 442 BGB gem. § 475 Abs. 3 S. 2 BGB nicht mehr anwendbar,

getäuschte Seite sich der Kenntnis der wahren Gegebenheiten verschlossen hat. Die Ansicht könnte dann mit der mangelnden Schutzwürdigkeit der getäuschten Seite begründet werden. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, der „getäuschten“ Partei Eigenverantwortung zuzuschreiben. Problematisch ist insofern, dass im Irrtumsrecht im Allgemeinen und daher auch im § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB grundsätzlich praktisch keine Eigenverantwortung angelegt ist.⁵³⁰

Die Voraussetzung des Irrtums ist damit ebenfalls so weit gefasst, dass Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands darüber nicht dem Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entzogen werden können. Bisher kann die getäuschte Partei damit praktisch uneingeschränkt anfechten.

4. Kausalität

a) Doppelte Kausalität

Schließlich muss für eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB noch ein Kausalzusammenhang vorliegen. Die Vorschrift bringt dies durch die Formulierung „durch arglistige Täuschung [...] bestimmt worden ist“ zum Ausdruck. Die Kausalität muss in doppelter Hinsicht vorliegen:⁵³¹

(1) Die Täuschungshandlung muss dazu führen, dass beim Gegenüber ein Irrtum (siehe dazu 2. Teil, B.I.3.) entsteht, aufrechterhalten oder bestärkt wird. Es reicht nicht aus, dass eine Seite zwar einem Irrtum unterliegt, dieser aber nicht vorsätzlich durch die andere Seite hervorgerufen wurde. In einem solchen Fall kann nur wegen Irrtum angefochten werden bzw. bei Fahrlässigkeit Ansprüche aus *culpa in contrahendo* geltend gemacht werden.⁵³² Es genügt zudem nicht, dass die eine Seite erkennt, dass der Verhandlungspartner einem Irrtum unterliegt, diesen jedoch nicht durch eine Täuschung darin bestätigt, sondern die Fehlvorstellung lediglich zum eigenen Vorteil nutzt.⁵³³ In diesem Fall fehlt es an der Täuschung (zur

womit die Offensichtlichkeit irrelevant ist. Es kann lediglich unter den engen Voraussetzungen des § 476 Abs. 1, S. 2 BGB dazu kommen, dass sich ein Verbraucher im Einzelfall eine mindere Qualität gefallen lassen muss. Hinter dem Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit könnte im B2B-Verhältnis der Gedanke stehen, dass dem Käufer der Irrtum nicht geglaubt wird.

⁵³⁰ Zur Eigenverantwortung im Irrtumsrecht näher unter 4. Teil, H.II.2.

⁵³¹ BGH NJW 2012, 296, 297 (ohne diesen Begriff zu verwenden); LG Mönchengladbach BeckRS 2020, 21901; Bork, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 871; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 41; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21; Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989; Leenen/Häublein, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 100; Abrens in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

⁵³² Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 42; vgl. auch Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 68 („Ursache für den Irrtum ist die Täuschungshandlung“).

⁵³³ OLG Düsseldorf NJW 1969, 623, 624; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 42; zur Selbsttäuschung auch Abrens in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

Täuschungshandlung siehe 2. Teil, B.I.2.a)). Bestärkt die eine Seite die andere allerdings bewusst in ihrer Fehlvorstellung, so liegt eine Täuschung vor, die als kausal bewertet werden kann.⁵³⁴ Man könnte insofern von einer „bestätigenden Täuschung“ sprechen. Für die Annahme der Kausalität zwischen der Täuschungshandlung und dem Irrtum reicht es zudem aus, dass eine Seite versucht, das Erkennen des Irrtums durch die andere Seite aktiv zu verhindern.⁵³⁵ Schenkt die belogene Seite der Täuschung jedoch keinen Glauben, entsteht – wie bereits ausgeführt (siehe 2. Teil, B.I.3.) – kein Irrtum und die Anfechtung scheidet aus diesem Grund aus.⁵³⁶ Täuschung und Irrtum müssen somit verbunden sein,⁵³⁷ damit Kausalität gegeben ist. Es genügt insofern allerdings Mitverursachung.⁵³⁸

(2) Dieser Irrtum muss wiederum dazu führen, dass der Getäuschte eine Willenserklärung mit entsprechendem Inhalt abgibt.⁵³⁹ Mitursächlichkeit genügt an dieser Stelle ebenfalls.⁵⁴⁰ Es ist daher nach h.M. auch nicht entscheidend, ob der Irrtum nur eine von mehreren entscheidungsrelevanten Tatsachen war.⁵⁴¹ Es muss sich nicht einmal um einen maßgeblichen Grund für die Willensbildung handeln.⁵⁴² Unterliegt die getäuschte Seite zwar einem Irrtum, spielt dieser jedoch für ihre

⁵³⁴ Dazu, dass die Aufrechterhaltung des Irrtums genügt, statt vieler *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.

⁵³⁵ Dazu, dass die Aufrechterhaltung des Irrtums genügt, statt vieler *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.

⁵³⁶ *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 68; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37. Ähnlich *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 22.

⁵³⁷ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 42; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 24.

⁵³⁸ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 42; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.

⁵³⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 41 ff.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21.

⁵⁴⁰ RGZ 77, 309, 309 ff.; LG Berlin NJW-RR 1989, 504, 505; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, Bd. 1, § 123 Rn. 43; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 24; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 37; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 66; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 66; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

⁵⁴¹ RGZ 77, 309, 314; BGH NJW 1995, 2361, 2362: „Daß die arglistig hervorgerufene Fehlvorstellung unter Umständen nicht das einzige für den Vertragsschluß bestimmende Moment war, ist unerheblich. Es genügt, daß es mitursächlich war“; BGH NJW-RR 2005, 1082, 1083: „Das setzt voraus, dass er sich bei Abgabe seiner Willenserklärung über einen Umstand geirrt hat, weil ein anderer eine Täuschungshandlung begangen hat, sowie dass der Irrtum den Entschluss zur Abgabe der Willenserklärung veranlasst hat, wobei es ausreicht, wenn die Täuschungshandlung eine von mehreren Ursachen ist und die Entschließung lediglich beeinflusst hat“; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 24; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 12; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 18; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 256; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 66.

⁵⁴² BGH NJW 1991, 1673, 1674; *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner

Meinungsbildung keine Rolle, da sie den Aspekt z. B. für unwichtig erachtet, so ist keine Anfechtung möglich, da dann keine Kausalität vorliegt.⁵⁴³ Die Täuschung wirkt sich zudem nicht auf den Vertragsschluss aus, wenn die Lüge vor Vertragsabschluss berichtet wurde, da dann bereits kein Irrtum mehr im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt (siehe bereits oben unter 2. Teil, B.I.3.).⁵⁴⁴ Gleiches gilt für alle bereits ausgeführten Konstellationen, bei denen ebenfalls kein relevanter Irrtum vorliegt, der sich auf die Willensbildung auswirken könnte.

Die Kausalität ist im Ergebnis dann gegeben, wenn die *condicio sine qua non* erfüllt ist.⁵⁴⁵ Das bedeutet, dass die Täuschung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Irrtum entfällt (1) und darüber hinaus, dass auch der Irrtum nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Willenserklärung entfällt bzw. nicht in dieser Form/nicht zu dieser Zeit zustande gekommen wäre (2). Die Kausalität fokussiert sich damit auf den Getäuschten. Es ist unerheblich, ob der Täuschende den Vertrag zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte oder nicht. Der Täuschende kann sich somit nicht darauf berufen, dass er den Vertrag überhaupt nicht eingegangen wäre, wenn die andere Seite sich nicht getäuscht und daher z. B. nicht nachgegeben hätte.

In der Rechtsprechung und Literatur wenig diskutiert werden Fälle, in denen eine Täuschung kausal für den Vertragsabschluss wurde, wobei sich der Getäuschte allerdings nicht rational verhielt. Dies ist durchaus praxisrelevant, da selbst die handelnden Akteure in B2B-Verhandlungen nicht durchgängig rational agieren. Die Forschung im Bereich der *behavioural economics* hat vielmehr gezeigt, dass selbst Experten beim Denken und Entscheiden *biases*, d. h. systematischen Verzerrungen, unterliegen.⁵⁴⁶ Gerade aus diesem Grund funktionieren Taktiken wie die Similar-to-me-Taktik (siehe dazu unter 2. Teil, A.VI.1.), bei denen auch geblufft werden kann. Im Ergebnis dürfte ein nicht streng rationales Verhalten des Getäuschten einer Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht im Wege stehen, wenn die Täuschung darauf ausgerichtet war, einen Irrtum hervorzurufen und dadurch den Vertragsschluss zu beeinflussen. Denn in der Rechtsprechung und der

Gehilfen, 1928, S. 2 führt aus, dass sich die Täuschung nicht auf wesentliche Vertragsbestimmungen beziehen muss.

⁵⁴³ Vgl. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 21; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43. Wohl ebenfalls darauf abzielend *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 2 und *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 67.

⁵⁴⁴ *Mankowski*, JZ 2004, 121, 121 (der dann fehlende Kausalität annimmt). Vgl. allerdings OLG München NZG 2021, 423, 425 (im konkreten Fall eines Unternehmensverkaufs gab der Veräußerer an, dass „das Ganze jetzt wieder erheblich ins Plus“ gehen werde. Die Gesellschaft war jedoch zuvor noch nie im Plus. Das Gericht nahm an, dass die Täuschung nicht durch die Übergabe der Geschäftsunterlagen berichtet wurde, obwohl diese die wirtschaftliche Lage des Unternehmens treffend darstellten.).

⁵⁴⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.

⁵⁴⁶ Vgl. z. B. zum *anchoring effect* *Englich/Mussweiler/Strack*, Personality and Social Psychology Bulletin 32 (2006), 188, 188 ff.

Literatur wird zumeist darauf abgestellt, dass es nicht darauf ankommt, dass der Getäuschte den Vertrag „bei verständiger Würdigung des Falles“ nicht (so) abgeschlossen hätte.⁵⁴⁷ Die Kausalität wird somit *in concreto* ermittelt, d.h. es kommt auf die subjektive Sichtweise des Getäuschten an.⁵⁴⁸ Gerade in solchen Fällen mag allerdings die Beweisführung in Bezug auf die Kausalität schwerfallen.⁵⁴⁹ Denn die Partei, die sich auf die Anfechtung beruft, also regelmäßig diejenige, die den Vertrag anfecht, trägt die Beweislast für alle tatsächlichen Voraussetzungen der Vorschrift (dazu näher unter 2. Teil, B.I.11.a)).⁵⁵⁰ Noch weitergehender wird teilweise gefordert, dass es allein auf die tatsächlich gegebene Kausalität ankommen soll. Es soll danach selbst dann angefochten werden können, wenn der Umstand „bei objektiver Betrachtung eigentlich keine Bedeutung für die Willensbildung haben kann“⁵⁵¹. Es wird zudem betont, dass die Abgabe der Willenserklärung nicht „adäquat“ sein muss.⁵⁵² Die Beweisführung dürfte in diesem Fall freilich eine noch größere Herausforderung darstellen. In jedem Fall zeigen die Ausführungen, dass die h. M. wohl auch alle Täuschungstaktiken erfassen würde, die vor allem psychologische Effekte ausnutzen (wie z. B. die Taktik der kleinen Menge). Gleichzeitig deutet die Debatte bereits an, dass gerade die Beweisführung bezogen auf die Kausalität für die getäuschte Seite eine Hürde darstellen kann (dazu näher unter 2. Teil, B.I.11.b)bb)). Im Ergebnis lässt sich jedoch auch über die Kausalität keine Einschränkung des Anwendungsbereichs bezüglich Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands im unternehmerischen Rechtsverkehr erreichen. Zwar mögen einzelne Täuschungen in der konkreten Situation nicht kausal werden. Die Bluffs werden allerdings gerade deshalb eingesetzt (und zum Teil von der Verhandlungsliteratur empfohlen), da sie sich für den Täuschenden positiv auf den Vertragsabschluss auswirken können (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.IV.).

⁵⁴⁷ BGH NJW 1967, 1222, 1223; BGH BeckRS 1977, 365 („Hierbei kommt es nicht auf objektive Kriterien an, also nicht etwa darauf, wie der Getäuschte bei verständiger Würdigung des Falles hätte handeln müssen; maßgebend ist vielmehr, wie er ohne die Täuschung wirklich gehandelt hätte.“); *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24. *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 66; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9; ähnlich auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48.

⁵⁴⁸ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48.

⁵⁴⁹ Vgl. *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

⁵⁵⁰ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 109; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122 („oft, aber keineswegs immer“); *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 134; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 30.

⁵⁵¹ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 372. Auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 22 betont, dass die Kausalität nicht „objektiv“ zu bestimmen ist.

⁵⁵² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 22.

b) *Dolus causam dans* und *dolus incidens*

Ermittelt werden muss, ob § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur Fälle des *dolus causam dans* erfasst oder ob auch wegen *dolus incidens* angefochten werden kann. Kommt es also darauf an, ob der Getäuschte ohne die Täuschung gar keinen Vertragsschluss angestrebt hätte (*dolus causam dans*) oder genügt es, dass er lediglich einen Vertrag mit anderem Inhalt (*dolus incidens*) abgeschlossen hätte? Die Entscheidung ist zentral für diese Arbeit. Denn in vielen Fällen der Täuschung über Aspekte außerhalb des Vertragsgegenstands (z.B. über bessere Alternativangebote) hätte der Getäuschte auch ohne die Irreführung einen Vertrag abgeschlossen, allerdings wohl zu anderen Konditionen. Wäre *dolus incidens* nicht von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst, könnte die getäuschte Seite daher in den genannten Fällen nicht anfechten und die Vorschrift würde doch eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zulassen.

Wie bereits angeklungen, wird generell betont, dass der Voraussetzung der Kausalität Genüge getan ist, wenn Mitursächlichkeit vorliegt.⁵⁵³ Das Erfordernis ist damit erfüllt, wenn der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum zumindest zur Abgabe der Willenserklärung beigetragen hat, selbst wenn er nicht der einzige Grund war.⁵⁵⁴ Daraus lässt sich jedoch nicht direkt ein Schluss darüber ziehen, ob § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur *dolus causam dans* oder auch *dolus incidens* regelt. Denn die Mitursächlichkeit wird generell auf den Abschluss bezogen, d. h. es wird ausgeführt, dass der Irrtum zumindest einer der Gründe für den Abschluss des Vertrags gewesen sein muss. Es muss sich hingegen nicht um den alleinigen Grund oder den Hauptgrund handeln. Da somit auf den Abschluss abgestellt wird, geht es lediglich um die Ausgestaltung des *dolus causam dans* und nicht darum, ob ein *dolus incidens* ebenfalls unter die Vorschrift des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu subsumieren ist. Der Wortlaut des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gibt im Ergebnis keinen eindeutigen Hinweis darauf, ob auch wegen *dolus incidens* angefochten werden kann.

Für die Erfassung des *dolus incidens* kann vor allem die Tatsache angeführt werden, dass eine Anfechtung auch dann möglich ist, wenn der Getäuschte ohne die Irreführung den Vertrag lediglich nicht zu diesem Zeitpunkt geschlossen hätte,⁵⁵⁵ alle anderen Aspekte des Vertrags aber von der Täuschung unberührt geblieben wären.⁵⁵⁶ Denn die lediglich zeitliche Verzögerung scheint weniger gravierend als

⁵⁵³ BGH NJW 1995, 2361, 2361 f.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 37.

⁵⁵⁴ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 24.

⁵⁵⁵ BGH NJW 1951, 643, 645; BGH NJW 1964, 811, 811; BGH NJW-RR 2015, 158, 159; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.1; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 123 Rn. 37; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48; v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 256. Dazu auch bereits S. *Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989.

⁵⁵⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.1.

der Umstand, an einen Vertrag gebunden zu sein, den man nur aufgrund einer arglistigen Täuschung zu diesen Bedingungen abgeschlossen hat.

Im Ergebnis gewährt die h. M. sowohl im Fall von *dolus causam dans* als auch bei *dolus incidens* ein Anfechtungsrecht.⁵⁵⁷ Die Rechtsprechung interpretiert § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entsprechend.⁵⁵⁸ Mit Blick auf die historische Entwicklung des Rechtsinstituts⁵⁵⁹ vertritt lediglich eine Mindermeinung die Ansicht, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur *dolus causam dans* erfasst, während Fälle des *dolus incidens* nicht zur Anfechtung berechtigen, sondern lediglich zu Schadensersatzforderungen führen können.⁵⁶⁰ Früher wurde zudem noch die Auffassung vertreten, dass die deutsche Vorschrift zwar lediglich *dolus causam dans* betrifft, aber durch den Bezug auf die Willenserklärung in Verbindung mit § 139 BGB dazu führt, dass wegen jedem einzelnen Aspekt (z. B. eines aufgrund der Lüge überhöhten Preises) die darauf gerichtete Willenserklärung angefochten werden könnte, was grundsätzlich zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt (§ 139 BGB).⁵⁶¹ Abschließend ist jedoch zu konstatieren, dass die ganz herrschende Meinung in der Literatur und die Rechtsprechung sowohl *dolus causam dans* als auch *dolus incidens* als von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst ansehen und dafür auch die besseren Argumente sprechen. Eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen kann dadurch zumindest *de lege lata* ebenfalls nicht erzielt werden.⁵⁶²

c) Kausalität in der unternehmerischen Verhandlungspraxis

Im Folgenden soll kurz untersucht werden, wann in der unternehmerischen Praxis *dolus causam dans* und wann *dolus incidens* anzunehmen ist. *Dolus causam dans* liegt wohl u. a. immer dann vor, wenn die getäuschte Partei ohne die Lüge erkannt

⁵⁵⁷ Bork, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 871; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43; Wendtland in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 37; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 21; Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24; Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 372; Flume, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 2 = S. 542f. Vgl. zudem schon S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989. So auch bereits Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 443. Zu *dolus causam dans* und *dolus incidens* vgl. Wacke, ZRG RA 94 (1977) 184, 237ff. Der Autor geht davon aus, dass die Unterscheidung dem geltenden deutschen Recht „nicht völlig fremd“ ist (siehe auf S. 244).

⁵⁵⁸ Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 43.

⁵⁵⁹ Zur Rechtshistorie näher unter 3. Teil, A.

⁵⁶⁰ Schermaier in: Schmoedel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 119 geht wohl davon aus, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur Fälle des *dolus causam dans* erfasst.

⁵⁶¹ Sprenger, AcP 88 (1898), 359, 389.

⁵⁶² Dazu, dass eine Unterscheidung zwischen *dolus incidens* und *dolus causam dans* zumindest teilweise zur Bewältigung der Problematik der Unterscheidung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB führen würde, näher unter 3. Teil, C.II.3.a).

hätte, dass es kein ZOPA (*zone of possible agreement*)⁵⁶³ gibt. Bei Kaufverträgen kann dies z. B. der Fall sein, wenn der Verkäufer über Eigenschaften des Produkts täuscht. Gibt er höhere Leistungsdaten an, kauft ein Kunde ein Produkt ggf. aufgrund des dadurch im Verhältnis zu anderen Produkten vorteilhaft wirkenden Preis-Leistungs-Verhältnisses. Der Verkäufer kann auch eine nicht vorhandene Eigenschaft bewerben, die für den Kunden eine Mindestvoraussetzung für den Erwerb darstellt. Es werden insofern regelmäßig Situationen beschrieben, in denen eine Lüge die Annahme eines Angebots herbeiführt und der Vertragsschluss ohne die Lüge gescheitert wäre (*dolus causam dans*). In den beschriebenen Situationen ist der Vertragsschluss aus rationaler Sicht nicht sinnvoll für die getäuschte Seite, weshalb von *dolus causam dans* ausgegangen werden kann. In der Praxis kann es weitere Gründe geben, einen Vertrag nicht abzuschließen, selbst wenn die Einigung trotz der Lüge im ZOPA liegt. Dazu zählt z. B. der Gedanke der „Bestrafung“ des Lügners. Außerdem kann gerade bei Verträgen, deren Durchführung Vertrauen verlangt, die Vertrauensbasis so nachhaltig durch die Lüge erschüttert werden, dass die getäuschte Seite daher den Abbruch der Vertragsbeziehung wünscht.

In unternehmerischen Vertragsverhandlungen liegen allerdings gerade außerhalb der Bluffs über den Vertragsgegenstand (d. h. Preis und Leistung) regelmäßige Fälle des *dolus incidens* vor. Das heißt, der Vertragsschluss wird beeinflusst, wäre aber auch ohne die Täuschung wohl zustande gekommen – nur ggf. zu anderen Konditionen. Lügen sind insofern regelmäßig darauf gerichtet, bezüglich eines bestimmten Aspekts ein Nachgeben des Verhandlungspartners zu erreichen. So mag z. B. aufgrund einer Täuschung des Käufers über ein attraktiveres Angebot (Better-offer-Taktik) der Verkäufer seinen Preis reduzieren. Die Auswirkung der Lüge spiegelt sich hier darin wider, dass dadurch dem Vertragspartner ein verändertes Angebot unterbreitet wird (z. B. mit einem niedrigeren Preis). In der Praxis kann es aufgrund von Täuschungen jedoch auch schneller zum Vertragsschluss kommen (z. B. aufgrund der Taktik der kleinen Menge).⁵⁶⁴ In diesem Fall bleiben Angebot und Annahme zwar inhaltlich unverändert, aber dafür wird der Vertrag zu einem anderen Zeitpunkt abgeschlossen, als dies ohne Täuschung der Fall gewesen wäre. Diese Auswirkung genügt ebenfalls, um die von § 123 Abs. 1. 1. Alt. BGB geforderte Kausalität zu bejahen.⁵⁶⁵ Daneben kann die Irreführung allerdings gerade auch dazu führen, dass bestimmte Aspekte nicht weiterverhandelt werden, dass also ein Angebot nicht verändert wird. Möchte ein Kunde über eine bestimmte Klausel verhandeln, kann der Verkäufer dies z. B. mit dem Hinweis auf seine fehlende Kompetenz sowie der Tatsache, dass sein Unternehmen nur Verträge mit dieser

⁵⁶³ Siehe zum ZOPA näher unter 2. Teil, A.V.

⁵⁶⁴ Zu beschleunigten Vertragsabschlüssen aufgrund von Täuschungen siehe *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.1; BGH NJW 1964, 811; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48.

⁵⁶⁵ BGH NJW-RR 2015, 158, 159 (Rn. 12); *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 72; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 20.1.

Klausel abschließt, ablehnen. Handelt es sich dabei um einen Bluff, kann dieser dazu führen, dass der Kunde aufgrund der Begründung von einer Weiterverhandlung dieses Aspekts Abstand nimmt. Es dürfte insofern für die Kausalität wohl genügen, dass der Getäuschte zeigt, dass er den Punkt verhandelt bzw. weiterverhandelt hätte, wenn er nicht belogen worden wäre. Kausalität kann damit gerade auch dann vorliegen, wenn ein Angebot unverändert angenommen wurde, da weitere Verhandlungen durch den Bluff unterbunden wurden. Ein weiteres Beispiel dafür ist der Verweis auf die rechtliche Unzulässigkeit bestimmter Aspekte. Behauptet der Verkäufer fälschlicherweise, dass die gewünschten Änderungen an einer Maschine dazu führen würden, dass diese die Sicherheitsstandards nicht mehr erfülle, möchte er dadurch erreichen, dass die Änderungswünsche nicht weiterverhandelt werden.

Es kann insgesamt nicht auf das ohne Täuschung hypothetisch erzielte Verhandlungsergebnis abgestellt werden, da ansonsten über diese Voraussetzung das Verhalten der täuschenden Seite miteinbezogen würde.

Beispiel: Die täuschende Seite ist fest entschlossen, in einem Punkt nicht nachzugeben. Um ihr Ziel einfacher zu erreichen, setzt sie einen Bluff ein. Selbst ohne Bluff hätte sie ihr Angebot nicht verändert. Da das Angebot im ZOPA liegt, hätte die andere Seite auch ohne Bluff zu genau diesen Konditionen angenommen. Sie hätte allerdings zumindest versucht zu verhandeln.

In diesem Beispiel müsste daher Kausalität angenommen werden. Ansonsten bestünde für die täuschende Partei bei *dolus incidens* immer die Möglichkeit, zu behaupten, dass sie in den Verhandlungen auch ohne Bluff „keinen Zentimeter“ nachgegeben hätte.

5. Arglist

a) Grundlagen

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verlangt eine „arglistige“ Täuschung. Der Begriff „arglistig“ ist ein Kompositum aus den Wörtern „arg“ und „listig“.⁵⁶⁶ Vom Duden wird „listig“ definiert als „über die Fähigkeit verfügend, sich Umstände zur Erreichung seiner Absichten zu bedienen, die anderen verborgen sind“⁵⁶⁷. Aus etymologischer Sicht ist die List mit Begriffen wie „Geschicklichkeit“ verbunden.⁵⁶⁸ Das Adjektiv „arg“ bedeutet hingegen „von böser, niederträchtiger Gesinnung [erfüllt]; nieder-

⁵⁶⁶ Arglistig als Kompositum aufführend Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „arg“ (S. 58).

⁵⁶⁷ Duden, Stichwort: „listig“. Abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/listig> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁵⁶⁸ Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „List“ (S. 580). Siehe auch also Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Bd. 1, Spalte 1070 ff. (List kommt von Klugheit/Schlaueheit).

trächtig, böse“ bzw. „schlimm, übel; unangenehm“⁵⁶⁹. Aus etymologischer Sicht handelt es sich dabei um ein Schimpfwort.⁵⁷⁰ Zusammen betrachtet weist die Formulierung „arglistige“ Täuschung somit darauf hin, dass es um eine zwar ggf. geschickte, aber als niederträchtig zu bewertende Lüge geht. So wird die Formulierung jedoch nach heute einhelliger Ansicht nicht interpretiert (dazu auch noch einmal sogleich im Folgenden unter 2. Teil, B.I.5.d)).⁵⁷¹ Auf das frühere Verständnis dieses Begriffs wird im Rahmen der rechtshistorischen Ausführungen im 3. Teil unter A.VII. noch einmal näher eingegangen. Der im Gesetz verwendete Begriff „arglistig“ wird nach heutigem Verständnis trotz des Wortlauts lediglich mit „vorsätzlich“ gleichgesetzt,⁵⁷² auch wenn das BGB keine konkrete Definition des Begriffs enthält (dazu auch noch unter 2. Teil, B.I.5.d)).⁵⁷³ An dieser Stelle muss nicht entschieden werden, ob das Vorsatzerfordernis bereits im Begriff „Täuschung“ enthalten ist.⁵⁷⁴ Denn durch die Anforderung, dass es sich um eine „arglistige Täuschung“ handeln muss, ist Vorsatz in jedem Fall gefordert. Insofern wird auch vom „subjektiven Tatbestand“ der Vorschrift gesprochen.⁵⁷⁵

Bei einer Täuschung durch positives Tun (wie sie in diesem Beitrag untersucht wird),⁵⁷⁶ muss der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Behauptung bzw. deren Irreführungspotenzial kennen,⁵⁷⁷ d. h. er muss über die wahre Sachlage informiert sein, aber bewusst etwas davon Abweichendes oder Irreführendes äußern. War dem sich Äußernden früher eine bestimmte Tatsache bekannt, ist dieses Wissen zum Zeitpunkt der Äußerung jedoch bei ihm nicht mehr vorhanden, so täuscht er damit nicht vorsätzlich (kein *dolus antecedens*⁵⁷⁸). Der Täuschende muss darauf

⁵⁶⁹ Beide Definitionen finden sich im Duden, Stichwort: „arg“. Abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/arg> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁵⁷⁰ Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „arg“ (S. 58). Weiter wird dort ausgeführt, dass der Begriff eine sexuelle Nebenbedeutung hat.

⁵⁷¹ Auf das frühere Verständnis dieses Begriffs wird im Rahmen der rechtshistorischen Ausführungen im 3. Teil unter A.VII. näher eingegangen.

⁵⁷² BGHZ 7, 301, 302; BGH NJW 2007, 3057, 3059; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.1; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 102; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25. V. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 269 f. hält dafür eine „teleologische Extension“ für notwendig, da der Vorsatz bereits im Begriff „Täuschung“ enthalten sei.

⁵⁷³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.1.

⁵⁷⁴ So z. B. v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 270 (der Autor hält den Zusatz dennoch für zweckmäßig um Missverständnisse auszuschließen – z. B. mit Blick auf fahrlässige Täuschungen); *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 354.

⁵⁷⁵ Vgl. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 17 ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49.

⁵⁷⁶ Zum Vorsatz bei Täuschungen durch Unterlassen siehe u. a. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 62.

⁵⁷⁷ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; S. *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315; vgl. auch *Büchler*, JuS 2009, 976, 977.

⁵⁷⁸ *Dolus antecedens* wird im Strafrecht z. B. mit Blick auf § 16 StGB diskutiert. Vgl. in der Literatur beispielsweise *Joecks/Kulhanek* in: MüKo StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 16.

abzielen, beim Gegenüber einen Irrtum hervorzurufen bzw. einen bereits bestehenden Irrtum aufrecht zu erhalten, um diesen zu einer Willenserklärung zu veranlassen, die er sonst nicht oder nicht so abgegeben hätte.⁵⁷⁹ Das bedeutet im Ergebnis, dass sich der Vorsatz auf die doppelte Kausalität erstrecken muss.⁵⁸⁰ Im Ergebnis enthält der Vorsatz damit drei verschiedene Elemente:

- (1) Kenntnis der Unrichtigkeit der Behauptung
- (2) Abzielen auf einen Irrtum beim Verhandlungspartner
- (3) Abzielen darauf, dass der Irrtum den Verhandlungspartner zu einer ansonsten so nicht abgegebenen Willenserklärung veranlasst.

Neben der Kausalität ist der Vorsatz damit ein weiteres Beispiel für die korrespondierenden Anforderungen an den Täuschenden und den Getäuschten.

Es kann hingegen nicht darauf ankommen, welche konkrete Fehlvorstellung (2) oder welche konkrete Willenserklärung (3) der Täuschende durch den Bluff anstrebt.⁵⁸¹ Zielt der Täuschende durch die Lüge z. B. darauf ab, den Getäuschten zu einem schnelleren Kauf zu bewegen und führt dies jedoch nicht dazu, sondern zu einem höheren Kaufpreisangebot durch den Käufer, so kann der Täuschende nicht einwenden, dass er einen anderen Erfolg angestrebt hat. Insofern ist es nur sachgerecht, dass das Risiko der Lüge vom Täuschenden getragen werden muss.⁵⁸²

Da sich der Vorsatz auf die doppelte Kausalität erstrecken muss, kommt eine Anfechtung allerdings nicht in Frage, wenn der Täuschende zwar darauf abzielt, dass die Lüge einen Irrtum hervorruft, er aber nicht davon ausgeht, dass der Irrtum die Willenserklärung beeinflussen wird.⁵⁸³ Im Grunde kann sich dies nur auf Täuschungen beziehen, die keinen Bezug zur Verhandlung haben.

Beispiel: Täuscht ein Verhandler z. B. über den Grund einer Terminverlegung, möchte er einen Irrtum bei der anderen Seite hervorrufen, aber nicht unbedingt die auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung beeinflussen. Er kann z. B. mit der Lüge vielmehr darauf abzielen, eine Verärgerung beim Vertragspartner zu vermeiden. So mag ein Verhandler, der einen Termin aufgrund eines privaten

⁵⁷⁹ BGH NJW 1957, 988, 989; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 17 f.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; vgl. auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315.

⁵⁸⁰ Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5; vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61 ff. (ohne explizite Nennung der doppelten Kausalität); ähnlich *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 18.

⁵⁸¹ Ähnlich wohl auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5 („muss sich der Vorsatz auch nicht auf die Abgabe einer konkreten Willenserklärung erstrecken“).

⁵⁸² Vgl. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5.

⁵⁸³ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 63; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 18; vgl. auch *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 29.

Urlaubs verschiebt, der anderen Seite z.B. stattdessen eine berufliche Terminkollision als Grund nennen.

Dennoch ist dieser Punkt nicht unproblematisch. Denn auch Lügen, die zwar einen Irrtum hervorrufen, aber nicht die Willenserklärung beeinflussen sollen, können dennoch letzteren Effekt erzielen. Dann läge zwar doppelte Kausalität aber kein Vorsatz vor, da bezüglich des Vorsatzes nur zwei von drei Elementen erfüllt wären. Aus wertungsmäßiger Sicht stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen, entgegen der Meinung in der Literatur, nicht doch die Interessen des Getäuschten höher bewertet werden sollten. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass der Täuschende vorsätzlich blufft, auch wenn er die Willenserklärung nicht beeinflussen möchte. Das Risiko, dass diese Lüge den Vertragspartner bei seiner Willensbildung dann aber entgegen der Vorstellung des Täuschenden doch beeinflusst, sollte daher nach hier vertretener Ansicht ihm zufallen.⁵⁸⁴ Insofern sind zwei Lösungen vorstellbar: Zum einen könnte es als ausreichend angesehen werden, wenn sich der Vorsatz auf den Irrtum bezieht und nicht zugleich auf die Willenserklärung. Zum anderen könnte angenommen werden, dass sich der Vorsatz zwar auch auf die Willensbeeinflussung beziehen muss, dies allerdings vermutet wird. Es handelt sich jedoch im Ergebnis eher um ein theoretisches Problem mit Blick auf die hier untersuchte Fragestellung. Denn Täuschungen im unternehmerischen Verhandlungskontext dienen grundsätzlich der Beeinflussung der Willensbildung und gleichzeitig der Abgabe der Willenserklärung. Praktisch gesehen, würde es sich bei der Behauptung, durch die Lüge habe man die Willenserklärung nicht beeinflussen wollen, damit um eine reine Schutzbehauptung handeln. Beide vorgestellten Lösungen würden insofern die Interessen der getäuschten Seite wahren. Dass ein Verhandlungspartner die andere Seite vorsätzlich täuscht, ohne einen Irrtum bei dieser hervorrufen zu wollen, ist grundsätzlich nicht denkbar, da eine Täuschung gerade darauf abzielt, eine Fehlvorstellung bei der anderen Partei zu erwecken (siehe dazu 2. Teil, B.I.2.a) und zur Definition 1. Teil, B.).

Insgesamt genügt im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*).⁵⁸⁵ Dieser muss sich generell auf den Vorsatz mit seinen drei Ele-

⁵⁸⁴ Vgl. auch *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 78.

⁵⁸⁵ BGH NJW 1999, 2804, 2806; BGH NJW 2000, 2497, 2499; BGHZ 7, 301, 302; BGH WM 1974, 866, 867; BGH BeckRS 1976, 31122424; OLG Nürnberg NJW-RR 2002, 1705, 1705f.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 64; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 15; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 17; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 6; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 77; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 102; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 12; *Kolbe*, JZ 2009, 550, 550; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18 und 18.2; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25; *Büchler*, JuS 2009, 976, 977; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 354 weist darauf hin, dass das Konzept des bedingten Vorsatzes von der Rechtsprechung „recht weit ausgedehnt“ wurde.

menten beziehen. Unter *dolus eventualis* sind damit auch Situationen zu verstehen, in denen der Täuschende es für möglich hält, dass die von ihm getroffene Aussage unrichtig ist.⁵⁸⁶ Es reicht zudem aus, dass er es für möglich hält, dass die Aussage eine Fehlvorstellung hervorruft, d. h. „dass der Erklärende einem Irrtum erliegt“ und/oder dass er dies „billigend in Kauf“ nimmt.⁵⁸⁷ Der Lügner muss es zudem für möglich halten, dass der andere daraufhin eine beeinflusste Willenserklärung abgibt. Diskutiert wird der *dolus eventualis* aber hauptsächlich mit Blick auf wesentlich falsche Aussagen. Insofern wird festgestellt, dass Angaben „ins Blaue hinein“ die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigen.⁵⁸⁸ Denn in diesen Fällen weiß der Täuschende zwar nicht, ob die von ihm getroffene Aussage korrekt ist, er äußert sich aber trotz dieser ihm bewussten Unkenntnis zu diesem Aspekt und trifft dazu eine Aussage,⁵⁸⁹ ohne der Unsicherheit über seinen Kenntnisstand Ausdruck zu verleihen.⁵⁹⁰ Gibt der sich Äußernde hingegen zu erkennen, dass er sich über bestimmte Aspekte nicht sicher ist, so liegt in vielen Fällen eher eine Meinungsäußerung vor (siehe dazu 2. Teil, B.I.2.b)aa)), die grundsätzlich nicht angefochten werden kann. Im Ergebnis genügt insofern bei Angaben „ins Blaue hinein“, dass der Täuschende bewusst über seine Unkenntnis täuscht und damit die andere Seite zu einem Irrtum verleitet. In der Literatur wird teils angenommen, dass Angaben „ins Blaue hinein“ vor allem bei Fachleuten eine arglistige Täuschung darstellen können.⁵⁹¹

Grobe und erst recht leichte Fahrlässigkeit des Täuschenden eröffnen dem Getäuschten hingegen nicht die Möglichkeit der Anfechtung nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.⁵⁹² Falsche Angaben, die gutgläubig gemacht werden, fallen somit erst recht

⁵⁸⁶ Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11.

⁵⁸⁷ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.2; vgl. auch Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50.

⁵⁸⁸ BGH NJW 2008, 2912, 2914; OLG München BeckRS 2010, 21200; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 118018; OLG Saarbrücken BeckRS 2020, 43130; Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 64; Dörner in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 75; Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 6; Ahrens in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25; Martens in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 77; S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315; Leenen/Häublein, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 102.

⁵⁸⁹ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.2.

⁵⁹⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 118018; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 64. Vgl. auch Faust, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 356 f. (unveröffentlichte Fassung) in Bezug auf den Vorsatz bzgl. der Beurteilungsgrundlage.

⁵⁹¹ Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 75.

⁵⁹² BGH NJW 1977, 1055, 1055; BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079; OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 13427; BAG NJW 2012, 3390, 3391 (Rn. 22); LAG Hamm BeckRS 2014, 67411; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 17; Wendtland in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 17; Kolbe, JZ 2009, 550, 550; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 62; Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 352; Dörner in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123

nicht in den Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.⁵⁹³ § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird auch nicht analog auf Fälle grober Fahrlässigkeit angewandt.⁵⁹⁴ Dies wird u. a. daran liegen, dass die getäuschte Seite auch ohne die Anfechtungsmöglichkeit nicht völlig schutzlos dasteht. Denn sie kann Schadensersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* geltend machen (siehe dazu 4. Teil, H.IV.)⁵⁹⁵ und ihr steht ggf. die Irrtumsanfechtung offen (ohne Schadensersatzforderungen ausgesetzt zu sein, vgl. § 122 Abs. 2 BGB).

Im Ergebnis trägt damit das Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes nicht zu einer Differenzierung zwischen „listigen“ (nicht rechtswidrigen) und arglistigen Täuschungen bei. Gerade bei Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen, wie sie hier betrachtet werden, dürfte der Vorsatz regelmäßig zu bejahen sein. Das gilt unabhängig davon, ob man der h. A. folgt, dass sich der Vorsatz auch auf die Beeinflussung der Willenserklärung beziehen muss, oder der hier präsentierten Ansicht, dass dies nicht notwendig ist.

b) Korrektur von fehlerhaften Angaben

Noch nicht entschieden ist damit die Frage, wie Situationen zu beurteilen sind, in denen eine Verhandlungspartei zunächst gutgläubig (oder fahrlässig)⁵⁹⁶ eine Fehlinformation weitergibt, dann aber noch vor Vertragsschluss die Fehlerhaftigkeit der Information erkennt, diese jedoch nicht mehr korrigiert.⁵⁹⁷ Mit Blick auf die Nichtkorrektur handelt es sich um ein Unterlassen und somit um eine Situation, die in diesem Werk grundsätzlich nicht betrachtet wird. Aber da gleichzeitig ursprünglich (aktiv) eine falsche Information gegeben wurde, soll diese Konstellation hier dennoch untersucht werden.

Vorsätzlich handelt die Verhandlungspartei in dieser Situation mit Blick auf die Aufrechterhaltung des von ihr durch die Fehlinformation hervorgerufenen Irrtums beim Verhandlungspartner – nicht jedoch mit Blick auf die Fehlinformation

Rn. 50; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 2; *Büchler*, JuS 2009, 976, 977 (zur „gröbste[n]“ Fahrlässigkeit).

⁵⁹³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.

⁵⁹⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.3 (zur fehlenden Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung). Generell kritisch zur Einschränkung auf vorsätzliche Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 365 f. und 372 f.

⁵⁹⁵ Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.3.

⁵⁹⁶ Zur Situation, in der eine Partei vorsätzlich täuscht, sich später aber die Sachlage so ändert, dass die ursprünglich falsche Aussage und die Realität übereinstimmen, siehe näher im Folgenden unter 2. Teil, B.I.6.

⁵⁹⁷ Zu dieser Konstellation auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 308 ff. mit Blick auf Aufklärungspflichten. Der Autor merkt auch an, dass sich die deutsche Literatur bislang nur vereinzelt mit dieser Problematik beschäftigt hat und wenn dann in Bezug auf das Verschulden bei Vertragsschluss.

selbst, da diese gutgläubig oder fahrlässig verbreitet wurde. Ein sog. *dolus subsequens*⁵⁹⁸ wird von der Literatur abgelehnt.⁵⁹⁹ § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst aber grundsätzlich auch die „Aufrechterhaltung eines Irrtums [...] durch die Unterdrückung einer wahren Tatsache“⁶⁰⁰, weshalb die beschriebene Konstellation die getäuschte Partei zur Anfechtung berechtigen könnte, sofern eine Aufklärungspflicht bejaht wird. In der beschriebenen Situation könnte eine Aufklärungspflicht damit begründet werden,⁶⁰¹ dass der Verhandlungspartner die andere Seite zwar zunächst gutgläubig bzw. fahrlässig durch eine Fehlinformation täuscht, dies dann aber erkennt und weiß, dass die andere Partei deshalb einem Irrtum unterliegt. Es könnte insofern eine Garantenstellung angenommen werden. Denn ohne Aufklärung würde der verursachte Irrtum bewusst aufrechterhalten, was jedoch mit dem Grundsatz der Wahrhaftigkeit der eigenen Aussagen kollidieren könnte.⁶⁰² Es ließe sich daher argumentieren, dass allein das zeitliche Auseinanderfallen von Täuschung und Arglist nicht ausreicht, um eine arglistige Täuschung abzulehnen.⁶⁰³ Nähme man an, dass ein entsprechendes Verhalten keine arglistige Täuschung (bewusste Verletzung einer Aufklärungspflicht) darstellen würde, könnte der (gutgläubig/fahrlässig) Täuschende einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Irreführung ziehen (im Fall der fahrlässigen Täuschung wäre allerdings noch an ein Verschulden bei Vertragsschluss zu denken).

Findet der (fahrlässig oder gutgläubig) Täuschende hingegen erst nach Vertragsschluss heraus, dass die von ihm gegebene Information fehlerhaft war,⁶⁰⁴ so ist die Rechtslage anders zu beurteilen. In diesem Fall kann keine vorvertragliche Aufklärungspflicht hergeleitet werden (da der Täuschende zu diesem Zeitpunkt noch nicht aufklären kann). Der Täuschende verletzt damit auch die Aufklärungspflicht nicht vorsätzlich. Es mangelt damit an einer vorsätzlichen Handlung vor Vertragsschluss, weshalb keine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in Betracht kommt. Im Fall einer fahrlässigen Täuschung ist jedoch auch hier an Ansprüche aus *culpa in contrahendo* zu denken.

⁵⁹⁸ *Dolus subsequens* wird im Strafrecht z. B. mit Blick auf § 15 StGB und § 16 StGB diskutiert. *Dolus subsequens* bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Vorsatz im Zeitpunkt der Handlung noch nicht vorliegt, sondern erst später gegeben ist. Siehe zu *dolus subsequens* BGH NStZ 2018, 27, 27 ff.; vgl. in der Literatur beispielsweise *Joecks/Kulhanek* in: MüKo StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 16 Rn. 16.

⁵⁹⁹ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 308. Generell ebenfalls eine Berechtigungspflicht bejahend *S. Lorenz*, Der Schutz vorm unerwünschten Vertrag, 1997, S. 431.

⁶⁰⁰ Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.2.a).

⁶⁰¹ So *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 309.

⁶⁰² *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 309.

⁶⁰³ Siehe bereits *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 309.

⁶⁰⁴ Diese Konstellation erwähnend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 309.

c) Korrektur von zunächst richtigen Angaben

Anders ist die Situation zu bewerten, wenn eine Partei der anderen Partei zunächst eine korrekte Information übermittelt, sich daraufhin aber die Umstände noch vor Vertragsschluss ändern. Die einmal gegebene (ursprünglich korrekte) Information stimmt dann aufgrund dieser Änderung nicht mehr. Insofern bleibt zu analysieren, wie Situationen zu beurteilen sind, in denen die andere Verhandlungspartei darauf nicht aufmerksam gemacht wird. Mit Blick auf die Nichtkorrektur handelt es sich auch an dieser Stelle um ein Unterlassen und somit um eine Situation, die in diesem Werk grundsätzlich nicht betrachtet wird. Aber da gleichzeitig ursprünglich eine Information gegeben wurde und somit zumindest am Anfang ein aktives Tun steht, soll diese Konstellation hier dennoch untersucht werden.

In dieser Situation ist zu bedenken, dass sich Umstände jederzeit ändern können, was dazu führt, dass einmal gegebene Informationen zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr der Wahrheit entsprechen. Die Fehlvorstellung wird in diesem Fall nicht von einer Seite hervorgerufen, indem sie eine Falschinformation weitergibt, sondern allein durch geänderte Umstände. Es lässt sich daher erst einmal grundsätzlich keine arglistige Täuschung annehmen, da es zunächst an einer Täuschung fehlt. Eine arglistige Täuschung kommt jedoch dann in Betracht, wenn die Partei zum Ausdruck bringt, dass die einmal gegebene Information weiterhin Gültigkeit besitzt. Dann wird über den fortbestehenden Wahrheitsgehalt getäuscht. Außerdem könnte eine arglistige Täuschung durch Unterlassen bejaht werden, sofern man annimmt, dass eine Aufklärungspflicht verletzt wurde.⁶⁰⁵ In der Rechtsprechung wird allerdings keine pauschale Aufklärungspflicht bejaht. Eine solche soll vielmehr nur bestehen, wenn weitere qualifizierende Umstände hinzutreten, wie besonders langwierige Verhandlungen, ein besonderes Vertrauensverhältnis oder die Tatsache, dass die gegebene Information Gegenstand der Vertragsverhandlung war.⁶⁰⁶ Eine Aufklärungspflicht wird zudem mit Blick auf die Vereitelung des Vertragszwecks oder des Verwendungszwecks diskutiert.⁶⁰⁷ Im Ergebnis ist der Rechtsprechung zuzustimmen, dass keine generelle Aufklärungspflicht bejaht werden kann. Dies kann in der heutigen dynamischen Welt nicht erwartet werden. Zu bedenken ist außerdem, dass sich die Parteien kaum an alle Nebensächlichkeiten erinnern werden, die sie irgendwann einmal während der Verhandlung angebracht haben. Insofern dann auch noch eine Aktualisierungspflicht zu statuieren, würde eine erhebliche Belastung für Verhandlungen darstellen.

⁶⁰⁵ Ausführlich dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 310ff.

⁶⁰⁶ BGH NJW 1983, 2493, 2493 (ablehnend, da sich die Täuschung nach Ansicht des Gerichts nicht auf den Gegenstand des Vertrags bezog. Der Fall bezieht sich konkret auf eine Situation, in der die Änderung der Lage nach Abschluss der Verhandlungen, aber vor Unterzeichnung des Vertrags eintrat.); vgl. auch BGH NJW-RR 1996, 429, 429 (wobei es dort um vorvertragliche Aufklärungspflichten ging. In diesem Fall nahm das Gericht eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten an.).

⁶⁰⁷ Dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 314.

d) Weitergehende Bedeutung des Begriffs „arglistig“?

Der im Gesetz verwendete Begriff „arglistig“ ist – wie bereits erwähnt – heute⁶⁰⁸ mit „vorsätzlich“ gleichzusetzen,⁶⁰⁹ auch wenn das BGB keine konkrete Definition des Begriffs enthält.⁶¹⁰ Eine darüberhinausgehende Bedeutung kommt dem Begriff im Ergebnis nicht zu,⁶¹¹ obwohl der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick darauf hinweisen könnte.⁶¹² § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verlangt somit nicht, dass der Täuschende mit einer „verwerflichen Gesinnung“⁶¹³ gehandelt haben muss. Dass dem Täuschenden zudem keine Schädigungsabsicht⁶¹⁴ nachgewiesen werden muss, stellt einen bedeutenden Unterschied zum strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB) dar. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bewusst gegen diese Voraussetzung entschieden.⁶¹⁵ Der Täuschende muss auch nicht mit

⁶⁰⁸ Auf das frühere Verständnis dieses Begriffs wird im Rahmen der rechtshistorischen Ausführungen im 3. Teil unter A.VII. näher eingegangen.

⁶⁰⁹ BGHZ 7, 301, 302; BGH NJW 2007, 3057, 3059; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.1; v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 269f. hält dafür eine „teleologische Extension“ für notwendig, da der Vorsatz bereits im Begriff „Täuschung“ enthalten sei.

⁶¹⁰ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.1.

⁶¹¹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.1; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18 merkt an, dass der Arglistigkeit keine eigenständige Bedeutung zukommt.

⁶¹² Siehe zur Erläuterung des Begriffs „arglistig“ bereits oben unter 2. Teil, B.I.5.a).

⁶¹³ BGH NJW 1990, 975, 976; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18; *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 19; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18; 18.4; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989. V. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 603 spricht von einer „sittlichen Verwerflichkeit“. *Lange*, BGB – AT, 14. Aufl. 1973, S. 350 formuliert hingegen: „Da die Verwerflichkeit bereits im bewußten Bestimmen zur Willenserklärung durch Täuschung liegt, kommt es auf den Beweggrund des Täuschenden nicht an, solange rechtlich oder sittlich eine Wahrheitspflicht besteht.“

⁶¹⁴ BGH NJW 1974, 1505, 1506; RGZ 134, 43, 55; RGZ 111, 5, 7; *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 19 („Schädigungsvorsatz“); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11 („Schädigungsvorsatz“); *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25 („Schädigungsvorsatz“); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18 und 18.5; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 76; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 102; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 6. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989. A. A. *Kolbe*, JZ 2009, 550, 554f., wonach die arglistige Täuschung auf einen rechtlichen Nachteil des Getäuschten abzielen muss. Der Autor sieht dann im Vertragsabschluss einen immateriellen Schaden, da die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit tangiert ist.

⁶¹⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5 und 110.1; vgl. zudem die Begründung in *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 989.

eigener Bereicherungsabsicht gehandelt haben.⁶¹⁶ Selbst wenn der getäuschten Partei durch die Lüge kein Vermögensschaden entsteht, kann sie daher anfechten.⁶¹⁷ Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob das Geschäft insgesamt vorteilhaft für die getäuschte Seite war. Selbst wenn ihr durch die Irreführung ein Vorteil entsteht, ist sie zur Anfechtung berechtigt. Die täuschende Partei kann damit nicht geltend machen, dass sie „nur das Beste“ für die getäuschte Seite wollte.⁶¹⁸ Dies kann damit begründet werden, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die freie, selbstbestimmte Willensbildung schützt.⁶¹⁹ In der Praxis könnten Gerichte dann allerdings dazu tendieren, die Kausalität abzulehnen.⁶²⁰ Umgekehrt kann der getäuschten Seite im Fall der Vorteilhaftigkeit auch nicht vorgeworfen werden, dass sie treuwidrig (gem. § 242 BGB) handelt.⁶²¹ Es steht allein der irreführten Seite zu, zu bestimmen, was ihre Interessen sind und was sie für „das Beste“ hält.⁶²² In der unternehmerischen Praxis wird eine Anfechtung im Fall der Vorteilhaftigkeit des abgeschlossenen Geschäfts jedoch vermutlich (äußerst) selten in Betracht gezogen werden.⁶²³ Am Er-

⁶¹⁶ OLG Hamm NJW-RR 2017, 870, 871 („Eine Bereicherungsabsicht ist nicht Voraussetzung für den Nachweis der Arglist“); OLG Frankfurt a.M. r+s 2005, 474, 474 („Eine Bereicherungsabsicht ist ebenso wenig erforderlich wie eine Schädigungsabsicht“); vgl. auch OLG Köln NJOZ 2004, 1118, 1120; *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 874; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4; *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 390 (unveröffentlichte Fassung).

⁶¹⁷ BGH BeckRS 1973, 31123496; BGH NJW 1979, 1983, 1984; BGH NJW 1998, 302, 304; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 314; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 112.1; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 17.

⁶¹⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023 § 123 Rn. 18.4; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 335; dazu auch *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 271 f.; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 353; *Kolbe*, JZ 2009, 550, 555; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25 („in wohlmeinender Absicht“); *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 2 = S. 543 (der darauf aufmerksam macht, dass dies oftmals auch nur eine Ausflucht darstellen würde). A. A. noch *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 14, der den Vorsatz verneint.

⁶¹⁹ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 353; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49; *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 272 f.

⁶²⁰ Vgl. in anderem Zusammenhang OLG Celle MDR 1998, 962, 962.

⁶²¹ Siehe generell zur Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben auf § 123 BGB BGH NJW-RR 1998, 904, 906; BGH BeckRS 1976, 31122424; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 90.

⁶²² *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.4 mit dem Hinweis, dass diese Interpretation nicht auf die Entscheidungsfreiheit gestützt werden kann. Vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61 dazu, dass der Getäuschte selbst entscheiden können soll, was das Beste für ihn ist. Vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 335.

⁶²³ Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 18 (im Rahmen der Erörterung der „Arglistigkeit“).

gebnis ändert zudem die Tatsache nichts, dass die Partei, die zugunsten der anderen Partei gelogen hat, durch eine etwaige Anfechtung ggf. Nachteile erleidet.⁶²⁴

6. Übereinstimmung von (ursprünglich falscher) Aussage und Realität

Bislang wurden die einzelnen Tatbestandsmerkmale getrennt voneinander betrachtet. An dieser Stelle soll nun die zeitliche Perspektive hinzukommen, die Einfluss auf das Zusammenspiel aus arglistiger Täuschung, Irrtum und Willenserklärung hat. So können zwar für sich genommen alle Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorliegen, aufgrund einer Änderung im Laufe der Zeit aber eine Anfechtung dennoch ausscheiden. So sind Situationen denkbar, in denen eine Person vorsätzlich über eine bestimmte Tatsache täuscht, die Sachlage sich aber dann vor Vertragsabschluss so ändert, dass die Lüge schließlich der Wahrheit entspricht. Behauptet eine Partei beispielsweise fälschlicherweise, dass in einem Land eine bestimmte Aktivität (z. B. Glücksspiel) erlaubt ist und legalisiert dieses Land dann die Aktivität vor Vertragsabschluss, so stimmen die Aussage und die Realität schließlich überein. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Vorsatz bzgl. der Täuschung hier ursprünglich unproblematisch gegeben ist. Ein Irrtum lag ursprünglich ebenfalls vor. Ändert sich die Sachlage jedoch noch vor Vertragsschluss so, dass die ursprüngliche Lüge und die Realität übereinstimmen, so liegt zum Zeitpunkt der Willenserklärung kein Irrtum mehr vor (siehe zum Irrtum unter 2. Teil, B.I.3.). Denn der Irrtum setzt eine „unbewusste Fehlvorstellung von der Wirklichkeit“⁶²⁵ voraus, die im beschriebenen Beispiel aber nicht (mehr) gegeben ist. Es ließe sich daher auch von „versuchter Täuschung“ sprechen. Die Situation ist vergleichbar mit dem Fall, dass der Täuschende den Getäuschten vor Vertragsschluss über die Täuschung aufklärt. Hier erfolgt zwar keine Aufklärung, aber im Zeitpunkt der Willenserklärung liegt eben auch in diesem Fall kein Irrtum (mehr) vor. Eine Anfechtung scheidet daher aus. Dies erscheint insofern stimmig, als § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eben keinen sanktionierenden Charakter aufweist.⁶²⁶

Fraglich ist, ob dasselbe Ergebnis vertretbar ist, wenn die Aussage und die Realität erst nach Vertragsschluss aber noch vor der Anfechtung in Übereinstimmung gelangen. In diesem Fall liegen grundsätzlich alle Voraussetzungen einer Täuschung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vor, insbesondere der Vorsatz, der Irrtum und die Kausalität. Erst nachträglich kommt es zu einer Übereinstimmung der (ursprünglich falschen) Aussage mit der Realität. Eine Anfechtung könnte allerdings auch hier ausscheiden, da in der Rechtsprechung die Anfechtung dem Gebot von Treu und Glauben unterworfen wird.⁶²⁷ Die Anfechtung kommt dann

⁶²⁴ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 335.

⁶²⁵ *Feuerborn* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37.

⁶²⁶ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.3.

⁶²⁷ Zum Gebot von Treu und Glauben im Rahmen der Arglistanfechtung siehe RGZ 128, 116, 121; BGH NJW-RR 1998, 904, 906; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; genereller zu Treu

nicht mehr in Betracht, „wenn im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung die dem Getäuschten erbrachte Leistung im Ergebnis nicht mehr zu dessen Nachteil von der versprochenen abweicht, der Getäuschte also das erhalten hat, was er unter Einbeziehung seiner irrigen Vorstellung erwarten durfte“⁶²⁸. Das Urteil darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass grundsätzlich ein Vermögensschaden beim Getäuschten vorliegen muss. Dem ist nicht so.⁶²⁹ Es muss dem Täuschenden zudem keine Schädigungsabsicht⁶³⁰ nachgewiesen werden (dazu auch sogleich im Folgenden). In den vorliegenden Fällen ist es jedoch so, dass die Realität nach Vertragsschluss nun mit der zuvor vorgetäuschten Situation übereinstimmt. Dadurch entfällt der Schutzbedarf des Getäuschten und eine Anfechtung scheidet aus.⁶³¹ Diese Entscheidung unterstreicht abermals, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keinen generellen Sanktionscharakter besitzt.⁶³²

7. Die Rechtswidrigkeit und das „Recht zur Lüge“

a) Das derzeitige Verständnis der Rechtswidrigkeit

In Bezug auf die Anfechtung wegen Drohung verlangt § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB explizit die Rechtswidrigkeit der Drohung.⁶³³ Mit Blick auf die arglistige Täuschung wird die Widerrechtlichkeit dagegen nicht ausdrücklich erwähnt,⁶³⁴ was

und Glauben BGH BeckRS 1976, 31122424. Vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 90; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 131.

⁶²⁸ BGH NJW-RR 1998, 904, 906.

⁶²⁹ BGH BeckRS 1973, 31123496; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8.

⁶³⁰ BGH NJW 1974, 1505, 1506; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 19; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 6. A. A. *Kolbe*, JZ 2009, 550, 554f., wonach die arglistige Täuschung auf einen rechtlichen Nachteil des Getäuschten abzielen muss. Der Autor sieht dann im Vertragsabschluss einen immateriellen Schaden, da die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit tangiert sei.

⁶³¹ So auch *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 152.

⁶³² *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 90 (unveröffentlichte Fassung) (in Bezug auf § 123 BGB: „Pönale Elemente sind jedoch dem traditionellen deutschen Zivilrecht fremd.“); *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 76; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 1 verweist allgemein darauf, dass die Anfechtbarkeit nicht durch das sittlich-verwerfliche Handeln begründet wird, sondern es allein um die Beeinträchtigung der Willensfreiheit geht. So auch *v. Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 603. *Lange*, BGB – AT, 14. Aufl. 1973, S. 350 nimmt hingegen einen „strafenden Charakter“ an.

⁶³³ § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung [...] widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“

⁶³⁴ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19; *Rehberg* in: BeckOGK BGB,

daran liegt, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass eine arglistige Täuschung stets, d. h. *ipso facto*, rechtswidrig ist.⁶³⁵ Zur rechtshistorischen Entwicklung siehe näher unter 3. Teil, A.VII. Auf die dogmatische Einordnung der Rechtswidrigkeit wird sogleich unter 2. Teil, B.I.7.c) und dann noch einmal vertieft unter 5. Teil, A.III.3. und A.IV.4.b) und c) eingegangen.

Aus dem angenommenen Gleichlauf von arglistiger Täuschung und Rechtswidrigkeit wird in der Literatur auf eine durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB statuierte Wahrheitspflicht geschlossen.⁶³⁶ Im Laufe der Zeit zeigte sich jedoch, dass die ausnahmslose Annahme des Gleichlaufs von arglistiger Täuschung und Widerrechtlichkeit durchaus problematisch ist. Besonders thematisiert wird die Rechtswidrigkeit im Rahmen von Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnissen.⁶³⁷ Dort dreht sich die Diskussion um Lügen auf unzulässige Fragen.⁶³⁸ Ist eine Frage unzulässig, darf der Arbeitnehmer sie bewusst falsch beantworten.⁶³⁹ Die Lüge berechtigt dann nicht zur Anfechtung, wobei dieses Ergebnis oftmals über die Widerrechtlichkeit erzielt wird (dazu sogleich unter 2. Teil, B.I.7.c)).⁶⁴⁰ So ist z. B. die Frage des Arbeitgebers, ob eine Bewerberin schwanger ist⁶⁴¹, oder eine nach ihrer ethnischen Her-

Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 32; *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 356 f. (unveröffentlichte Fassung); dazu auch ausführlich bereits *Neumann-Duesberg*, JR 1967, 1, 2; vgl. auch *J. Petersen*, JURA 2006, 904, 904 und dazu auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 990.

⁶³⁵ Bericht der XII. Kommission über den Allgemeinen Theil v. 12.6.1896, S. 39, abgedruckt bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Bericht der XII. Kommission, § 119 (S. 965) („da die Widerrechtlichkeit der Letzteren selbstverständlich sei.“).

⁶³⁶ Siehe *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 367. Vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 37, 46 ff. der die Wahrheitspflicht in den Kontext des Rechts auf Lügen einordnet und davon ausgeht, dass sie eine Konkretisierung der Treupflicht darstellt.

⁶³⁷ Vgl. u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15.1 f.

⁶³⁸ Auf die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts und insbesondere auf die Schranken des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts wird in dieser Arbeit nicht näher eingegangen.

⁶³⁹ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15 f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 33. Auf damit möglicherweise verbundene negative Effekte (pauschale Diskriminierung und ökonomische Ineffizienz) hinweisend *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 98 f.; generell dazu, dass Lügen auf unzulässige Fragen erlaubt sind, *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 87.

⁶⁴⁰ Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23 ff.; *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316. In der Rechtsprechung zum Verständnis der Rechtswidrigkeit in der Literatur vgl. BAG NZA 1991, 719, 719 f.; vgl. auch BAG NZA 1996, 371, 374 (in der Entscheidung wird die Widerrechtlichkeit der Täuschung festgestellt).

⁶⁴¹ Zu Fragen bezogen auf eine Schwangerschaft im Vorstellungsgespräch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 56. Vgl. auch *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321 f.; *J. Petersen*, JURA 2006, 904, 904.

kunft⁶⁴² unzulässig und darf aus diesem Grund auch von der Bewerberin wahrheitswidrig beantwortet werden (näher zur Problematik hinter diesen Fällen unter 2. Teil, B.I.7.b)).⁶⁴³ Diese Situation wird teilweise als „Recht auf Lüge“ bezeichnet.⁶⁴⁴ Die Bewerbung mit einem gefälschten Ausbildungszeugnis berechtigt den Arbeitgeber hingegen beispielsweise zur Anfechtung.⁶⁴⁵ Dieser Aspekt bedarf im Folgenden einer näheren Betrachtung, da somit gerade das „Recht zur Lüge“ dazu beitragen könnte, zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden.

b) Das „Recht zur Lüge“

Bevor darauf eingegangen werden soll, wie diese Ausnahme zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dogmatisch einzuordnen ist, soll kurz die dahinterstehende Problematik erörtert werden. Die Widerrechtlichkeit wird in Deutschland praktisch ausschließlich mit Blick auf falsche Antworten auf eine Frage diskutiert. Es geht also im Sinne des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB um eine Täuschung durch aktives Tun. Nicht von der Diskussion erfasst sind anlasslose Lügen durch eine Aussage (ohne vorherige Frage). Für solche Täuschungen wird mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine Ausnahme über die Rechtswidrigkeit praktisch nicht diskutiert.⁶⁴⁶ Die Debatte um die Widerrechtlichkeit zielt somit nur auf einen Ausschnitt der Täuschungen durch aktives Tun, namentlich die Antwort auf eine unzulässige Frage bzw. auf eine Frage, bei der die Antwort verweigert werden darf. Relativ wenig erörtert wird zudem, ob es außerhalb des Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnisses ein „Recht auf Lüge“ geben sollte. Lediglich im Zusammenhang mit Mietverhältnissen sowie Versicherungen wird das Thema ebenfalls häufiger aufgegriffen.⁶⁴⁷ Öfter wird zudem

⁶⁴² Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 54.

⁶⁴³ So auch schon *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 990.

⁶⁴⁴ Teilweise wird auch von „Recht zur Lüge“ gesprochen. Siehe allg. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 25, 27, 33f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 315; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 91 ff. (auch von „Lügerecht“ sprechend); *Preis/Bender*, *NZA* 2005, 1321, 1321.

⁶⁴⁵ Vgl. zu Schadensersatz bei Fälschung eines Zeugnisses durch den Arbeitnehmer LAG Köln *NZA-RR* 2000, 630, 630ff. Siehe allerdings auch LAG Hessen *BeckRS* 2011, 68915. Das Gericht lehnte die Anfechtung eines Arbeitsvertrags aufgrund der ungenügenden Darlegung der Kausalität ab. Im konkreten Fall hatte eine Arbeitnehmerin vor ihrer Einstellung falsche Angaben gemacht. Nach kurzer Zeit wurde mit ihr ein zweiter Arbeitsvertrag abgeschlossen. Das Gericht nahm nicht an, dass die falschen Angaben noch beim Abschluss des zweiten Vertrags fortwirkten.

⁶⁴⁶ Dieser Gedanke wird in dieser Arbeit im Rahmen der Untersuchung der Lösung *de lege lata* wieder aufgegriffen. Siehe dazu unter 5. Teil, A.IV.3. Eine Ausnahme stellen *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 387 (unveröffentlichte Fassung) und *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), *Aufklärungspflichten*, 2001, S. 5, 9 (insb. Fn. 6) dar.

⁶⁴⁷ Dazu auch im Folgenden unter 2. Teil, B.II.2.c).

diskutiert, ob auch über andere sensible Informationen als eine bestehende Schwangerschaft gelogen werden können sollte.⁶⁴⁸ Allerdings geht es auch insofern vor allem um Aspekte, bei denen eine Diskriminierungsgefahr besteht. Die Reichweite der diskutierten Ausnahmen ist daher von vornherein sehr begrenzt.⁶⁴⁹

Mit Blick auf Täuschungen im Rahmen einer Antwort auf eine Frage bleibt zunächst festzuhalten, dass die Verhandlungsparteien bei der Fragestellung grundsätzlich frei sind.⁶⁵⁰ Die Informationsgewinnung durch Fragen stellt einen ganz zentralen Bestandteil jeder guten Verhandlungsführung dar.⁶⁵¹ Die gefragte Partei wiederum besitzt einen großen Spielraum beim Umgang mit den an sie gestellten Fragen. Sie kann Fragen übergehen, „überhören“, nicht darauf reagieren oder entsprechende Informationsverlangen aktiv ablehnen.⁶⁵² Letzteres kann in vielfältiger Form geschehen. Die gefragte Partei kann erläutern, dass sie diese Frage nicht beantworten wird („Dazu werde ich mich nicht äußern.“), sie kann mit einer Gegenfrage reagieren („Was ist denn eigentlich Ihr *reservation price*?“) oder sie kann Forderungen an die Beantwortung knüpfen⁶⁵³ („Ich werde Ihnen die Information geben, wenn Sie mir dafür Auskunft über [...] erteilen.“). Ausweichende Antworten sind ebenfalls möglich („Gut, dass Sie die Einkaufspreise ansprechen. Ich wollte Ihnen sowieso noch mitteilen, dass die Servicekosten gestiegen sind, da wir nun einen 24-Stunden Service anbieten.“). Etwas anderes gilt nur, wenn der Täuschende einer Aufklärungs- oder Offenbarungspflicht unterliegt.⁶⁵⁴ Dann muss er die Information (unabhängig von einer Frage durch die Gegenseite) offenlegen. Der Gefragte kann sich jedoch auch dazu entschließen, die Frage schlicht zu beantworten. Im letzteren Fall muss die gegebene Antwort dann allerdings grundsätzlich der Wahrheit entsprechen⁶⁵⁵ und vollständig sein (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.2.a)). Das Stellen einer Frage übt daher einen gewissen Druck auf die gefragte Seite aus, eine Antwort zu geben. Diese Tatsache kann die fragende Seite nutzen, um Infor-

⁶⁴⁸ Gegen eine Verallgemeinerungsfähigkeit Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 367.

⁶⁴⁹ Im Rahmen der Lösung *de lege lata* wird in dieser Arbeit ausführlich diskutiert, inwiefern das „Recht zur Lüge“ zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen beitragen kann. Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.4. und A.IV.2. und 3.

⁶⁵⁰ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 24.

⁶⁵¹ Zur Bedeutung von Fragen in Verhandlungen, S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 194.

⁶⁵² S. z.B. BGH NJW 1964, 811, 811. Ebenfalls die Antwortverweigerung als Option benennend Mankowski, JZ 2004, 121, 122.

⁶⁵³ Zur Möglichkeit von Konzessionen als Preis für eine Antwort auch Mankowski, JZ 2004, 121, 123.

⁶⁵⁴ BGH NJW-RR 1991, 439, 440; BGH NJW-RR 2005, 1082, 1083. Statt vieler Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 30 ff.; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32; Wendtland in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 11.

⁶⁵⁵ BGH NJW 1964, 811, 811; Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 24; vgl. auch Mankowski, JZ 2004, 121, 121 f. (der umgekehrt formuliert, dass eine falsche Antwort zur Anfechtung berechtigt); vgl. auch Neumann-Duesberg, JR 1967, 1, 2 (der von einer Wahrheitspflicht spricht).

mationen zu erlangen oder im Fall von Täuschungen in einer besseren Rechtsposition zu sein.⁶⁵⁶

Von diesen Grundsätzen werden unter Bezugnahme auf die Rechtswidrigkeit Ausnahmen zum Anfechtungsrecht diskutiert, wenn die Fragen ausnahmsweise unzulässig sind. Der Fragende hat in diesem Fall kein Recht auf die Fragestellung; er soll die gewünschte Information nicht durch Fragen erlangen können. Damit korrespondiert ein Recht der anderen Seite, diese Information nicht offenbaren zu müssen. § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG enthält z. B. eine gesetzlich ausdrücklich festgelegte Täuschungsmöglichkeit mit Blick auf Vorstrafen. Außerdem ist diese Konstellation mit Blick auf Fragen relevant, die auf Informationen abzielen, die Grundlage einer Diskriminierung sein können (z. B. Fragen zu einer bestehenden Schwangerschaft oder der Herkunft). Der bezweckte Schutz dieser sensiblen Informationen würde unterlaufen, wenn der Befragte nicht lügen dürfte.⁶⁵⁷ Denn dies würde faktisch einem Antwortzwang gleichkommen. Das liegt daran, dass auch aus dem Schweigen auf eine Frage Informationen abgeleitet werden können,⁶⁵⁸ da das Normalverhalten von Personen bekannt ist. Fragt ein Arbeitgeber eine potenzielle Arbeitnehmerin (obwohl die Frage unzulässig ist), ob sie schwanger sei, so kann sich der Arbeitgeber ausrechnen, dass alle Nichtschwangeren die Frage verneinen werden, da sie wiederum wissen, dass dies zu ihrem Vorteil ist. Nur Schwangere werden für gewöhnlich die Auskunft verweigern. Das Schweigen ist damit beinahe so aussagekräftig wie eine Antwort, da es sich *de facto* nur in eine Richtung deuten lässt.⁶⁵⁹ Es ändert auch nichts, die Befragten darauf zu verweisen, dass sie die Verhandlungen jederzeit abbrechen können. In diesem Fall würde ebenfalls derjenige, der die unzulässige Frage stellt, damit sein Ziel erreichen. Den Betroffenen stehen zudem keine anderen Mittel als die Lüge zur Verfügung, um sich effektiv vor den negativen Folgen einer unzulässigen Frage zu schützen.⁶⁶⁰ Denn ein Schaden lässt sich dadurch regelmäßig nicht konkret nachweisen. Um einen angemessenen

⁶⁵⁶ Vgl. auch S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316 („hat es jeder Vertragspartner theoretisch in der Hand, sich durch Fragen auch seine Motivation ‚zu sichern‘, denn eine positive Falschinformation begründet [...] stets eine arglistige Täuschung“). Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 13 empfiehlt daher: „Nutzen Sie Ihre Macht als ‚Nachfrager‘, indem Sie Ihren Vertragspartner vorvertraglich umfassend und konkret gerade zu problematischen Aspekten befragen. Dokumentieren Sie dessen Antworten.“. Mankowski, JZ 2004, 121, 122 macht auf die Kosten aufmerksam, die durch das Fragen für die fragende Partei entstehen.

⁶⁵⁷ Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45 („Ihr Schutzinteresse wird vielmehr erst dadurch gewahrt, dass sie unzulässige Fragen falsch beantworten dürfen“).

⁶⁵⁸ Wagner in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 99 zum „beredten Schweigen“.

⁶⁵⁹ Wagner in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 99. Vgl. auch Preis/Bender, NZA 2005, 1321, 1322.

⁶⁶⁰ Vgl. auch v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 276 („Gewiß ist eine solche Lösung [...] unerfreulich, aber es bietet sich sonst kein gangbarer Ausweg aus der vorhandenen Konfliktsituation.“).

Schutz vor unzulässigen Fragen zu erreichen, werden daher in dieser speziellen Situation Täuschungen toleriert, d.h. es wird ein „Recht zur Lüge“ gewährt.⁶⁶¹

c) Dogmatische Einordnung des „Rechts zur Lüge“

Umstritten ist, wie diese durch die Rechtsprechung und Literatur anerkannten Ausnahmen zum umfassenden Anfechtungsrecht des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dogmatisch einzuordnen sind.⁶⁶² Teilweise versuchen die Rechtsprechung und die Literatur diese Ausnahmen über die Rechtswidrigkeit zu erzielen.⁶⁶³ Es wird angenommen, dass die Rechtswidrigkeit ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellt.⁶⁶⁴ Teilweise wird dann noch ausgeführt, dass dies einer teleologischen Reduktion gleichkäme.⁶⁶⁵ Eine arglistige Täuschung soll dann wiederum grundsätzlich die Widerrechtlichkeit indizieren.⁶⁶⁶ Im Einzelfall soll es dann jedoch gerechtfertigt sein, die Rechtswidrigkeit abzulehnen. Insofern geht es vor allem um Schutz von Geheimhaltungsinteressen und den Schutz vor potenziellen Diskriminierungen. Teilweise wird noch die Notwehr als spezieller

⁶⁶¹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 25, 27, 33f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 34; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 87. Vgl. dazu aus arbeitsrechtlicher Sicht auch *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 21.

⁶⁶² *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315 f. (Fn. 611) hält die Einordnung für irrelevant.

⁶⁶³ BGH NJW 1991, 2723, 2723 ff.; *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 stützt sich sowohl auf die Rechtswidrigkeit als auch auf die Notwehr; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15f. diskutiert die Ausnahmen unter der Überschrift „Rechtswidrigkeit“. Ebenso *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10. Vgl. auch *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 20; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 86.

⁶⁶⁴ Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 (ohne den Begriff ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal direkt zu nennen); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4 (ebenfalls indirekt: „Die Vorschrift geht stillschweigend von der Rechtswidrigkeit einer arglistigen Täuschung aus.“); *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 22 (nennt die Pflichtwidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 32 (stellen fest, dass der Rechtswidrigkeit auch im Rahmen der arglistigen Täuschung Bedeutung zukommt); *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316. Die zunehmende Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals konstatierend *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316. In der Rechtsprechung vgl. BAG NZA 1991, 719, 719f. zum Verständnis der Rechtswidrigkeit in der Literatur; vgl. auch BAG NZA 1996, 371, 374 (in der Entscheidung wird die Widerrechtlichkeit der Täuschung festgestellt).

⁶⁶⁵ BAG NJW 1991, 2723, 2724; ähnlich *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19. Ebenso *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316.

⁶⁶⁶ *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 873.

Rechtfertigungsgrund genannt.⁶⁶⁷ Die Rechtfertigung durch andere gesetzliche Bestimmungen kommt ebenfalls in Betracht.⁶⁶⁸ In der Rechtsprechung wurde früher auch vertreten, die Problematik über den Begriff der „Arglist“ zu lösen und entsprechende Täuschungen eben als nicht „arglistig“ anzusehen.⁶⁶⁹

Unter 5. Teil, A.III. und IV. wird geprüft werden, wie diese methodischen Ansätze zu bewerten sind und ob sie generell zur Ausnahme bestimmter Bluffs herangezogen werden können. Bereits an dieser Stelle lässt sich aber festhalten, dass mit dem „Recht zur Lüge“ auf bestimmte Fragen, der Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zumindest auch nach dem jetzigen Diskussionsstand ein wenig eingeschränkt wird. Allerdings ist insofern zu bedenken, dass diese Einschränkungen nicht mit Blick auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr, in dem sich zwei Unternehmen gegenüberstehen, diskutiert werden. Es stellt sich daher bereits die Frage, ob die Ausnahme auch in diesen Konstellationen greifen würde.⁶⁷⁰ Selbst wenn man dies im Ergebnis annehmen sollte, würde dieser Ausnahme im unternehmerischen Kontext eine vergleichsweise geringe Bedeutung zukommen. Die Debatte löst daher das Problem um die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen (z. B. über Alternativangebote) nicht.

8. Zwischenergebnis zum Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

Bezüglich der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB denkbar umfassend ausgestaltet. Das heißt, die Voraussetzungen können nicht bzw. nur in sehr begrenztem Umfang herangezogen werden, um eine Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erzielen. Allein die Ausnahmen, die mit Hilfe des Konzepts der „marktschreierischen Anpreisungen“ und über die Widerrechtlichkeit erzielt werden, eröffnen zumindest einen minimalen Spielraum.

Die folgende Tabelle fasst die hier erzielten Ergebnisse zusammen, indem sie einen Überblick darüber gibt, wann das Zusammenspiel aus einer Täuschung, dem Vorliegen eines Irrtums und das Abgeben einer Willenserklärung zu einer Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigt. Berücksichtigt wird dabei vor allem auch der zeitliche Ablauf der verschiedenen Elemente. Die hellgraue Schattierung wird für die Elemente der täuschenden Seite, die dunkelgraue Schattierung für die

⁶⁶⁷ Bork, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 873; Preis/Bender, NZA 2005, 1321, 1322; vgl. auch Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 33 (der allerdings gleichzeitig auch die Rechtswidrigkeit anführt); Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 stützt sich sowohl auf die Rechtswidrigkeit als auch auf die Notwehr. Ebenso v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275. Dies ablehnend Huber in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 16. Bezogen auf *dolus bonus* im römischen Recht vgl. Wacke, ZRG RA 94 (1977) 184, 227.

⁶⁶⁸ Vgl. Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48.

⁶⁶⁹ So lässt sich folgendes Urteil interpretieren: BAG NJW 1958, 516, 517 („Wenn der Bewerber eine ihm sonach unzulässigerweise gestellte Frage nach Vorstrafen wahrheitswidrig verneint, so stellt das keine Arglist dar“).

⁶⁷⁰ Siehe dazu unter 5. Teil, A.IV.3.a).

Elemente der getäuschten Seite gewählt. Eine weiße Schattierung bedeutet, dass dieses Element keiner Seite zugerechnet wird.



1.	Unzulässige Frage	Täuschungshandlung ⁶⁷¹	Irrtum	Willenserklärung	Nein ⁶⁷²
2.		Irrtum	Willenserklärung	Täuschungshandlung	Nein
3.		Willenserklärung	Täuschungshandlung	Irrtum	Nein
4.	Täuschungshandlung	Irrtum	Aufklärung über Täuschung	Willenserklärung	Nein
5.		Täuschungshandlung	Willenserklärung	Irrtum	Nein
6.	Irrtum	Täuschungshandlung	Irrtum bestätigt bzw. bestärkt	Willenserklärung	Ja ⁶⁷³
7.		Täuschungshandlung	Irrtum	Willenserklärung	Ja
8.		Offensichtliche Täuschungshandlung	Irrtum aufgrund von „Augen verschlossen“	Willenserklärung	Streitig
9.	Täuschungshandlung	Irrtum	Sachlage ändert sich, sodass die Realität mit der Täuschung übereinstimmt	Willenserklärung	Nein
10.	Täuschungshandlung	Irrtum	Willenserklärung	Sachlage ändert sich, sodass die Realität mit der Täuschung übereinstimmt	Nein (Treu und Glauben)
11.	Aussage (keine Täuschung)	Sachlage ändert sich, sodass die Realität mit der Aussage nicht mehr übereinstimmt	Irrtum	Willenserklärung	Kommt darauf an, ob Aufklärungspflicht bestand

Abb. 16: Zusammenspiel der verschiedenen Elemente im Zeitablauf⁶⁷⁴

⁶⁷¹ D. h. eine falsche Antwort auf die unzulässige Frage.

⁶⁷² „Nein“ bedeutet an dieser Stelle, dass keine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglich ist.

⁶⁷³ „Ja“ bedeutet an dieser Stelle, dass eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglich ist.

⁶⁷⁴ Bei der Tabelle handelt es sich um eine eigene Darstellung.

9. Person des Täuschenden

In unternehmerischen Vertragsverhandlungen verhandeln in der Regel auf beiden Seiten Vertreter bzw. Handlungsgehilfen von juristischen Personen. Es liegt somit eine sog. Prinzipal-Agenten-Situation vor (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.), also eine Situation in der ein Prinzipal (d. h. ein Geschäftsherr) einen Agenten damit beauftragt, für ihn zu handeln (hier zu verhandeln).⁶⁷⁵ In Verhandlungen im B2B-Bereich sind die Vertragspartner fast immer juristische Personen, die in diesen Fällen als Prinzipale anzusehen sind. Die juristische Person (Prinzipal) handelt dann durch ihre Vertretungsorgane. Die natürlichen Personen des Vertretungsorgans sind in Bezug auf die Prinzipal-Agenten-Situation als Agenten der juristischen Person einzustufen. Aufgrund der komplexen Hierarchien in Unternehmen, nehmen viele Verhandlungsbeteiligte allerdings eine Doppelrolle ein, d. h. sie sind sowohl Agenten der juristischen Person als auch Prinzipale gegenüber anderen Mitarbeitern (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.1.). So ist der Geschäftsführer beispielsweise als Prinzipal gegenüber dem Einkaufsleiter anzusehen, der wiederum Prinzipal des Einkäufers ist. Der Begriff „Prinzipal“ soll im Folgenden daher weiter für alle *decision-maker* eines Unternehmens angewandt werden und nicht allein für die juristische Person. Wie bereits unter 2. Teil, A.III.1. erläutert, sind abgesehen vom Vertretungsorgan regelmäßig Mitarbeiter des Unternehmens sowie unter Umständen Externe damit betraut, die Verhandlungen zu führen (Verhandlungsvollmacht) und ggf. auch die entsprechenden Verträge abzuschließen (Abschlussvollmacht). Alle Beteiligten einer Seite können sich gegenseitig (d. h. unternehmensintern) sowie den Verhandlungspartner (unternehmensextern) täuschen. Blufft eine Person, so kann es sein, dass unternehmensintern bestimmte Personen daran beteiligt sind oder zumindest davon wissen. Es kann aber auch sein, dass der Täuschende ohne das Wissen und die Beteiligung anderer unternehmensinterner Personen lügt. Darüber hinaus können Mitbewerber, Vermittler und sonstige Stakeholder Lügen verbreiten, die sich möglicherweise auf die Verhandlung auswirken. Die Tatsache, dass nicht immer der Verhandlungspartner täuscht, entfaltet damit vor allem im B2B-Bereich eine große Bedeutung. Insofern ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit sich die Tatsache, dass unterschiedliche Personen täuschen können, auf die Rechtslage auswirkt. Konkret geht es darum zu ermitteln, ob und, wenn ja, wieweit dadurch das Anfechtungsrecht eingeschränkt wird.

⁶⁷⁵ Siehe zur Prinzipal-Agenten-Problematik in Verhandlungen in dieser Arbeit näher unter 2. Teil, A.III. Grundlegend zur Thematik *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), 305, 305–360.

a) Täuschungen durch „Dritte“

Im deutschen Recht setzt § 123 Abs. 2, S. 1 BGB der Anfechtbarkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung⁶⁷⁶ Grenzen, wenn die Täuschung von einem „Dritten“ vorgenommen wurde.⁶⁷⁷ Eine Anfechtung durch den Getäuschten ist danach nicht möglich, sofern der Vertragspartner die Täuschung durch den Dritten nicht kannte und auch nicht kennen musste (§ 123 Abs. 2, S. 1 BGB). Hinter der Einschränkung der Anfechtbarkeit steht der Gedanke, dass zwar aus Sicht des Getäuschten keine Änderung gegenüber einer Lüge durch den Vertragspartner besteht,⁶⁷⁸ aber dafür die Situation des Vertragspartners anders zu beurteilen ist. Denn dieser hat in einer solchen Situation nicht vorsätzlich getäuscht, sondern vielmehr ein Dritter. Hinzu kommt, dass der Vertragspartner die Täuschung durch den Dritten nicht kannte und auch nicht kennen musste. Der Vertragspartner ist somit gutgläubig und damit ebenfalls schutzwürdig.⁶⁷⁹ Der Gesetzgeber hat sich in diesem Fall dazu entschieden, die Interessen des Vertragspartners höher zu werten als die des Getäuschten.⁶⁸⁰ Dies ist in der speziellen Situation insofern nachvollziehbar, als der Vertragspartner weder Einfluss auf den Täuschenden noch Möglichkeiten hatte, die Lüge aufzudecken bzw. sich nicht von ihr beeinflussen zu lassen. Der Getäuschte hingegen besitzt immerhin die Chance, die Irreführung aufzudecken oder ihr keine Bedeutung beizumessen.⁶⁸¹ Das Risiko der fehlerhaften Information fällt somit in seine Risikosphäre.⁶⁸²

⁶⁷⁶ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 20; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71, der auch aufführt, was dies im Umkehrschluss bedeutet: Denn nicht erfasst sind somit z. B. Auslobungen und Vaterschaftsanerkennungen. Ausführlich zur Thematik *Windel*, AcP 199 (1999), 421, 421 ff.

⁶⁷⁷ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51; Dazu allgemein kritisch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 40.1 f. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 337 vertritt die Auffassung, dass es sich um einen eigenen Anfechtungstatbestand handelt. Dieser Aspekt wird an dieser Stelle nicht vertieft erörtert, da er für die hiesige Fragestellung unerheblich ist.

⁶⁷⁸ Dies betonend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 40.1.

⁶⁷⁹ Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 65 und 68; ebenfalls die Schutzwürdigkeit der anderen Seite anführend *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51; ebenso *Habersack*, AcP 189 (1989), 403, 419 („Schutz des Vertrauens“).

⁶⁸⁰ *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 466). Die Gesetzesbegründung spricht insofern von ansonsten bestehenden „Härten“. Vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 40.1 kritisiert dies als „rein ergebnisorientiert“.

⁶⁸¹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 40 spricht insofern von einer „möglichst wertschöpfenden Risikoverteilung“. Der Gesetzgeber spricht die Argumentation zwar an, allerdings im Hinblick auf den Unterschied zwischen Drohung und Täuschung. Siehe *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 466): „Welche Berechtigung der hierfür mitunter geltend gemachte Grund hat, daß man sich wohl vor Betrug, aber nicht vor Drohung hüten könne, darf auf sich beruhen.“

⁶⁸² *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 334.

Von § 123 Abs. 2 BGB sind nur empfangsbedürftige Willenserklärungen erfasst.⁶⁸³ Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen fallen nicht darunter. Denn da es keinen Empfänger gibt, bedarf es auch dessen Schutzes nicht. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen können daher unabhängig von der Person, die die nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung abgibt, angefochten werden, und zwar unabhängig davon, von wem die Person getäuscht wurde.⁶⁸⁴ Die Situation ist allerdings für die hier betrachteten unternehmerischen Verhandlungen nicht relevant und wird daher nicht weiter vertieft.

Wird die Irreführung des Verhandlungspartners von einem „Dritten“ vorgenommen, ist eine Anfechtung durch den Getäuschten somit im Ergebnis nicht möglich, sofern der Vertragspartner die Täuschung durch den Dritten nicht kannte und auch nicht kennen musste (§ 123 Abs. 2 BGB). Bezüglich des Kennenmüssens genügt allerdings bereits leichte Fahrlässigkeit.⁶⁸⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Anfechtung möglich ist, sofern dem Vertragspartner auch nur leichte Fahrlässigkeit mit Blick auf das Kennenmüssen der Täuschung durch den Dritten nachgewiesen werden kann. Begründet wird dies damit, dass ein bösgläubiger Vertragspartner keines Schutzes bedarf⁶⁸⁶ bzw. dieses Ergebnis aufgrund der Pflichtverletzung des Vertragspartners gerechtfertigt ist.⁶⁸⁷ In der Rechtsprechung und Literatur wird daher angenommen, dass den Vertragspartner sogar eine Nachforschungspflicht trifft, sofern Anhaltspunkte vorliegen, dass die andere Seite durch die Täuschung eines Dritten beeinflusst worden sein könnte.⁶⁸⁸ Ob dies aus wertungsmäßiger Sicht immer zu überzeugenden Ergebnissen führt, mag bezweifelt werden. So ist z. B. vorstellbar, dass Verhandlungspartner A leicht fahrlässig die (vorsätzliche) Irreführung des Verhandlungspartners B durch den Dritten D nicht erkennt, während B sich grob fahrlässig von D irreführen lässt.

In jedem Fall ist aber eine Anfechtung möglich, wenn der Verhandlungspartner und der Dritte „zusammenarbeiten“, um die andere Seite zu täuschen und dem Dritten dabei die Aufgabe zukommt, die Täuschungshandlung durchzuführen.

⁶⁸³ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8 f.

⁶⁸⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 66; vgl. auch *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 20.

⁶⁸⁵ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 69; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 63; siehe auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 12 sowie *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 30. Anders wohl hingegen *Habersack*, AcP 189 (1989), 403, 419 („Vielmehr sollen dadurch [...] lediglich die sog. Evidenzfälle, in denen jeder Vernünftige die Willensbeeinflussung erkannt hätte, erfasst werden.“).

⁶⁸⁶ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 68.

⁶⁸⁷ *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 114.

⁶⁸⁸ RGZ 104, 191, 194 f.; BGH NJW-RR 1992, 1005, 1006; Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 69; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 63. A. A. *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 3 = S. 543.

Täuscht ein Dritter, so wirkt sich dies auch auf das Vorsatzerfordernis aus. In diesem Fall muss der Dritte vorsätzlich täuschen.

Beispiel: Sprechen sich ein Verhandler des Unternehmens A und ein Verhandler des Unternehmens B ab, dass der Verhandler des Unternehmens A dem potenziellen Käufer darüber anlügen soll, dass er die gewünschte Leistung nicht in der geforderten Qualität herstellt, damit Unternehmen B den Vertrag gewinnt, so liegt darin eine relevante Täuschung durch einen Dritten.

Zentral für die Auslegung des § 123 Abs. 2 BGB ist daher, wer „Dritter“ im Sinne der Vorschrift ist. Denn je mehr Personen unter diesen Begriff gefasst werden, desto öfter wäre ein Anfechtungsrecht ausgeschlossen.⁶⁸⁹ Der Begriff „Dritter“ lässt nicht eindeutig darauf schließen, welcher Personenkreis davon erfasst ist. Er lässt lediglich erkennen, dass der Vertragspartner, dem gegenüber die Willenserklärung abgegeben werden muss, nicht „Dritter“ i. S. d. Vorschrift sein kann.⁶⁹⁰ Früher wurde der Begriff „Dritter“ i. S. v. „Unbeteiligter [sic]“⁶⁹¹ weit verstanden, sodass darunter fast alle Personen fielen, die nicht Vertragspartner waren.⁶⁹² Nur Stellvertreter⁶⁹³ und Verhandlungsgehilfen⁶⁹⁴, die den Vertrag vorbereiten, galten nicht als Dritte.⁶⁹⁵ Das führte entsprechend zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung,⁶⁹⁶ die sich vor allem auf den unternehmerischen Bereich auswirkte.

Der Begriff „Dritter“ wird jedoch mittlerweile sowohl durch die Rechtsprechung als auch in der Literatur bedeutend enger verstanden,⁶⁹⁷ was den Anwen-

⁶⁸⁹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 41; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 52. Vgl. auch C. *Weber/Gräf*, JURA 2014, 81, 88. *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 106 dazu, dass „entscheidend“ ist, wer Dritter i. S. d. Vorschrift ist.

⁶⁹⁰ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 41.

⁶⁹¹ Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 466); dies als zu vagen Begriff kritisierend *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 52.

⁶⁹² Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 52.

⁶⁹³ RGZ 61, 207, 212; RGZ 72, 133, 135 ff.; *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 15; vgl. zum früheren Verständnis auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 73.

⁶⁹⁴ RG SeuffA Bd. 91 (1937) Nr. 40 (S. 97 f.); zu dieser Frage aus damaliger Sicht auch ausführlich *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 15 ff.; vgl. zum früheren Verständnis auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 73.

⁶⁹⁵ Siehe dazu die beiden vorangehenden Fußnoten.

⁶⁹⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 41; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 73.

⁶⁹⁷ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 41; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51. Ausführlich zur Abgrenzung von Dritten *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 89 ff.

dungsbereich des § 123 Abs. 1 BGB wiederum erweitert.⁶⁹⁸ Nicht nur Vertreter und Verhandlungsführer sowie Verhandlungshelfen, sondern auch Personen, deren „Verhalten dem Erklärungsempfänger wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muss“⁶⁹⁹, gelten daher nach heutiger Rechtsprechung und Lehre nicht als Dritte.⁷⁰⁰ Es wird daher vertreten, dass im Zweifel davon auszugehen ist, dass die täuschende Person als Nichtdritter einzuordnen ist.⁷⁰¹

Kein Dritter sind somit Organe juristischer Personen, gesetzliche Vertreter (z. B. Eltern) und rechtsgeschäftliche Vertreter.⁷⁰² Diskutiert wird im Zusammenhang mit § 123 Abs. 2 BGB die Frage, ob für die Abgrenzung des „Dritten“ auf § 278 BGB Bezug genommen werden kann. In der Rechtsprechung wurde dies teils bejaht.⁷⁰³ In der Literatur wird hingegen teils kritisiert, dass dadurch zu viele Personen als Dritte qualifiziert würden.⁷⁰⁴ Der Personenkreis des Dritten würde dadurch weiter verstanden und es könnte somit seltener angefochten werden. Dieses Verständnis würde aber nicht der Wertung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entsprechen.⁷⁰⁵ Denn die Vorschrift erfordert eine Interessenabwägung zwischen dem Getäuschten und dem Vertragspartner. Insofern ist zu bedenken, dass es Situationen gibt, in denen der Täuschende in den Risikobereich des Vertragspartners fällt (also der Vertragspartei, die keiner Täuschung unterliegt). Das ist z. B. der Fall, wenn der Vertreter seine Vertretungsbefugnis überschreitet, solange dies keine Auswirkung

⁶⁹⁸ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51; vgl. auch *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 27.

⁶⁹⁹ BGH NJW 1996, 1051, 1051; BGH NJW 1990, 1661, 1662; vgl. auch BGH NJW 1989, 2879, 2880; BGH NJW-RR 1987, 59, 60; KG NJW-RR 1990, 399, 399f.; OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 418, 419. Im Sinne der Rechtsprechung auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74. Vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70 zum Element der Zurechenbarkeit. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51 merkt an, dass bis heute keine Einigkeit über die Abgrenzungskriterien besteht.

⁷⁰⁰ BGH NJW 1956, 705, 705f.; BGH NJW 1961, 164, 165f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 21f.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71.

⁷⁰¹ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 75; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 42.1 kritisiert, dass sich daraus keine materiell belastbaren Kriterien ableiten ließen.

⁷⁰² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 46.1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 54; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 29.

⁷⁰³ BGH NJW 2011, 2874, 2875 (Rn. 15); BGH NJW 1989, 287, 288.

⁷⁰⁴ Zur engeren Auslegung *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 52.

⁷⁰⁵ Zur sonst selteneren Anfechtungsmöglichkeit *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 9; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 52. Dazu, dass dies auch der Grundwertung des DCFR entspricht *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 75.

auf seine Vertretungsmacht hat.⁷⁰⁶ Auch Vertreter ohne Vertretungsmacht sind keine Dritten, sofern das Geschäft nachträglich genehmigt wird.⁷⁰⁷ Selbst im Fall von Anscheins- oder Duldungsvollmacht ist der als Vertreter Handelnde nicht als Dritter einzustufen.⁷⁰⁸ Denn in diesen Situationen ist der Rechtsschein dem Vertragspartner zuzurechnen.⁷⁰⁹

Unter dem Begriff „Verhandlungsführer“ sind Personen mit Verhandlungsvollmacht (aber ohne Abschlussvollmacht) zu verstehen, die den Verhandlungsabschluss vorbereiten, indem sie das Ergebnis vor- bzw. ausverhandeln. Der Begriff „Verhandlungsgehilfe“ ist weiter gefasst. Darunter sind alle Personen zu verstehen, die zwar keine Abschlussvollmacht besitzen, aber mit der Vorbereitung oder der Verhandlung des Vertrags befasst sind oder im Rahmen der Abschlussphase eingebunden werden.⁷¹⁰ In Vertragsverhandlungen sind häufig unternehmensinterne Verhandler als Verhandlungsgehilfen tätig. Aber auch externe Anwälte, die in die Verhandlung eingeschaltet werden, sind als Verhandlungsgehilfen einzuordnen, sofern sie keine Abschlussvollmacht besitzen. Da sowohl Vertreter als auch Verhandlungsgehilfen keine Dritten i. S. d. § 123 Abs. 2 BGB sind,⁷¹¹ muss nicht gesondert diskutiert werden, wie beschränkte Abschlussvollmachten zu bewerten sind (z. B. bis zu einer bestimmten Summe etc.). Mittelbare Stellvertreter (wie Strohänner) sind ebenfalls keine Dritten im Sinne der Vorschrift,⁷¹² was sich bereits aus der Tatsache ergibt, dass sie Vertragspartei sind. Darüber hinaus werden durch die Generalformel „einem Beteiligten, dessen Verhalten dem Erklärungsempfänger wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muß“⁷¹³ alle Personen ausgenommen,

⁷⁰⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 46.1; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 54 (konkret zum Versicherungsvertreter); noch pauschaler: *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 76: „ist ein Stellvertreter des Erklärungsempfängers nie als Dritter anzusehen“.

⁷⁰⁷ RGZ 76, 107, 108; BGH BeckRS 1978, 31117542; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 75; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 54.

⁷⁰⁸ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 75; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 51.

⁷⁰⁹ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 75; wohl auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 43.1.

⁷¹⁰ *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 73; *Schäfer* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 164 Rn. 13; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 166 Rn. 6a (zur Verhandlungsvorbereitung); *Frensch* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 164 Rn. 23; *Bayer* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 167 Rn. 6, 57 (zur Verhandlungsvollmacht).

⁷¹¹ Vgl. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 55.

⁷¹² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 46.2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 54; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 22.

⁷¹³ BGH NJW 1996, 1051, 1051; vgl. auch ähnlich BGH NJW 1990, 1661, 1662; OLG Zweibrücken NJW-RR 2002, 418, 419.

die „im Lager“ bzw. „auf der Seite“ eines Vertragspartners stehen.⁷¹⁴ Es geht darum zu ermitteln, ob aufgrund einer gewissen Nähebeziehung eine Zurechnung zu einer Seite erfolgen kann. Da dies noch keine sehr trennscharfe Abgrenzung zulässt, werden oftmals weitere Kriterien angeführt. So soll zusätzlich geschaut werden, ob der Täuschende als „Vertrauensperson“ eines Vertragspartners erscheint.⁷¹⁵ Auch Repräsentanten, die zwar keine Vertreter oder Verhandlungsgehilfen sind, werden nicht als Dritte eingestuft. Für Verhandlungen bedeutet das, dass alle unternehmensinternen Personen nicht als Dritte zu qualifizieren sind und § 123 Abs. 2 BGB somit nicht zu einer signifikanten Einschränkung des Anfechtungsrechts führt.

Makler und Vermittler gelten hingegen als Dritte i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB, sofern sie nicht für eine der beiden Seiten arbeiten, also beiden Parteien rechtlich und wirtschaftlich neutral gegenüber stehen.⁷¹⁶ Besteht allerdings ein entsprechend enges Verhältnis zu einer Partei, ist der Makler bzw. Vermittler nicht mehr als Dritter zu qualifizieren.⁷¹⁷ Hinweise auf eine solche Beziehung können z. B. vereinbarte Provisionen geben.⁷¹⁸ Sowohl der Handels- als auch der Zivilmakler können entweder neutrale und objektive Vermittler sein oder für eine Seite tätig werden.⁷¹⁹ Beim Handelsmakler schreibt § 99 HGB allerdings im Zweifel vor, dass beide Parteien den Makler hälftig entlohnen, womit der Handelsmakler dann als neutrale Person anzusehen wäre. Versicherungsmakler sind ebenfalls keine Dritte i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB, da sie aufgrund rechtlicher Pflichten mit Blick auf die Interessen des Versicherungsnehmers agieren sollen.⁷²⁰ Handelsvertreter hingegen werden

⁷¹⁴ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74 („im Lager“); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 71 („im Lager“). Beides erwähnend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 45.1.

⁷¹⁵ BGH NJW 2011, 2874, 2875 Rn. 15: „Als Dritter gilt nicht, wer bei Abgabe der täuschenden Erklärung mit Wissen und Willen des Anfechtungsgegners als dessen Vertrauensperson oder Repräsentant auftritt“; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 74; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 6; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 22.

⁷¹⁶ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 56; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 90, 92 (zum Makler); *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 89 (zum Makler); vgl. auch *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 28; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 3 = S. 544 (zum Makler).

⁷¹⁷ Vgl. BGH NJW 2001, 358, 358 f.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 56.

⁷¹⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 56 (mit Blick auf den Kreditvermittler unter Bezugnahme auf ein „im Zinssatz stehendes Honorar“).

⁷¹⁹ *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 26 Rn. 11; *Lehmann* in: BeckOK HGB, Stand: 01.07.2023, § 93 Rn. 16 (unter Verweis darauf, dass die Neutralität beim Handelsmakler den Regelfall und beim Zivilmakler die Ausnahme darstellt); allg. zu Maklern: *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 56; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14.

⁷²⁰ Dazu rechtspolitisch kritisch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123

von einer Seite mit der Vermittlung bzw. dem Abschluss von Verträgen beauftragt und sind verpflichtet die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren (§ 86 Abs. 1 HGB).⁷²¹ Sie stehen damit der Seite ihres Geschäftsherrn nahe, weshalb sie nicht als Dritte zu qualifizieren sind.⁷²² Notare wiederum werden aufgrund ihrer neutralen Rolle beim Verhandlungsprozess grundsätzlich als Dritte eingestuft.⁷²³ Gleiches gilt für Richter, die einen Prozessvergleich unterstützen.⁷²⁴ Dies müsste dann ebenso für Schiedsrichter gelten, die der gleichen Aufgabe nachkommen. Auch Mediatoren sollen gerade die Rolle eines neutralen Dritten einnehmen und unabhängig von den Parteien agieren.⁷²⁵ Lügen (nicht direkt oder indirekt am Vertrag beteiligte) Konkurrenten, so werden sie wohl zumeist als Dritte einzustufen sein, da sie gerade nicht im Lager eines Vertragspartners stehen. Etwas Anderes kann sich in der Regel nur aus dem kollusiven Zusammenwirken des Konkurrenten und des Vertragspartners ergeben. In der Praxis werden Konkurrenten jedoch wohl nur relativ selten den Vertragsschluss beeinflussen. In Ausnahmefällen kann allerdings auch die Lüge eines Konkurrenten auf den Vertragsschluss einwirken.

Beispiel: In einer Stadt gibt es zwei Schneider: A1 und A2. Ein potenzieller Kunde geht zu A1 und erkundigt sich nach den Kosten eines Maßanzugs. Er scheint vor allem ein günstiges Angebot zu suchen. A1 macht ihm ein entsprechendes Angebot. Der Kunde sagt daraufhin, dass er noch ein zweites Angebot von A2 einholen möchte. A1 sagt ihm, dass dies keinen Sinn mache. Er behauptet, er hätte die günstigsten Preise, da er seine Stoffe aus Asien beziehe, während A2 nur teureren Stoff aus Italien verwenden würde. Der Kunde geht dennoch zu A2 und erkundigt sich nach dem Preis (nicht jedoch nach der Herkunft der Stoffe). Da das Angebot in etwa gleich ist, entscheidet er sich für A2, da er eine Präferenz für italienische Stoffe hat. In Wahrheit stammen die Stoffe von A2 allerdings nicht aus Italien.

Darüber hinaus können Lieferanten oder Kunden lügen. So ist es durchaus vorstellbar, dass der Lieferant eines Herstellers im Sinne dieses Herstellers gegenüber einem potenziellen Kunden blufft. Denn bestellt der potenzielle Kunde beim Her-

Rn. 47.3, der anmerkt, dass die Versicherungsmakler durch Prämien *de facto* stark von den Versicherungsgebern beeinflusst werden.

⁷²¹ Siehe dazu statt vieler *Ströbl* in: MüKo HGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 86 Rn. 3; *Lehmann* in: BeckOK HGB, Stand: 01.07.2023, § 86 Rn. 1 und 9.

⁷²² OLG Hamburg BB 1959, 612, 612; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47.2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 56.

⁷²³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47.1; *Habersack*, AcP 189 (1989), 403, 419 (der auch gleichzeitig ausführt, wann Notare nicht mehr als Dritte anzusehen sind).

⁷²⁴ *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 90; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 70; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 47.1.

⁷²⁵ Vgl. allg. zur Unabhängigkeit und Neutralität von Mediatoren § 1 Abs. 2 MediationsG („Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person“). Siehe dazu z. B. *Ulrici* in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, §§ 1–9 Rn. 25 f.

steller, so kann davon indirekt auch der Lieferant des Herstellers profitieren. Das könnte dafürsprechen, den Lieferanten nicht als Dritten einzuordnen.⁷²⁶ Ob der Lieferant als „Dritter“ einzuordnen ist, lässt sich im Ergebnis aber wohl nicht pauschal beantworten. Es kommt auf die konkrete Beziehung zwischen Lieferant und Hersteller an. Arbeitet der Lieferant in einer ständigen Geschäftsbeziehung fast ausschließlich für den Hersteller, so könnte seine Stellung als Dritter beispielsweise abgelehnt werden. Im Rahmen des Finanzierungsleasings soll beispielsweise der Lieferant des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer ebenfalls nicht als Dritter gelten, wenn er im Einverständnis mit dem Leasinggeber mit dem Leasingnehmer verhandelt.⁷²⁷ In diesem Fall wird die Zurechnung zum Lager regelmäßig mit den Umständen begründet (z. B. Verwendung der Vertragsformulare des Leasinggebers).⁷²⁸ Der Fahrzeughersteller ist im Verhältnis zum Verkäufer allerdings als Dritter anzusehen.⁷²⁹ Diese Überlegungen gelten grundsätzlich wohl auch allgemein mit Blick auf das Verhältnis von Hersteller und Verkäufer.⁷³⁰

Darüber hinaus können Kunden potenzielle andere Kunden täuschen.

Beispiel: A kauft sich eine sehr teure Küchenmaschine. Um vor ihrem Bekannten B anzugeben, behauptet sie fälschlicherweise, dass die Küchenmaschine mehr Funktionen besitzt als sie es tatsächlich tut. B ist beeindruckt und kauft daraufhin eine solche Küchenmaschine, ohne sich beim Verkäufer näher über die Funktionen zu informieren.

In Situationen wie diesen, sind Kunden generell als Dritte i. S. d. § 123 Abs. 2 BGB einzuordnen. Tatsächlich können durch Mund-zu-Mund-Propaganda die verschiedensten – auch falschen – Angaben zirkulieren. Die Kunden stehen jedoch gerade nicht auf Seiten des Veräußerers. Dies stimmt auch mit der Wertung des § 675 Abs. 2 BGB überein, wonach eine Haftung für einen erteilten Rat oder eine Empfehlung ausgeschlossen ist.⁷³¹

⁷²⁶ Vgl. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 53.

⁷²⁷ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 20, § 123 Rn. 76; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 60.

⁷²⁸ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 60; zu Vermittlern einer Immobilienfinanzierung und der Verwendung des Kreditantragsformulars der Bank *Rebberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 48.2.

⁷²⁹ So im Rahmen der sog. Dieselabgasaffäre BGH NJW 2020, 3312, 3313 Rn. 17; OLG Koblenz NJW-RR 2018, 54, 54 Rn. 22; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 7; *Weiler*, NZV 2019, 545, 549f.; *Witt*, NJW 2017, 3681, 3685. Vgl. zur Diesel-Abgasaffäre allg. auch *Syrbe*, NZV 2021, 225, 225ff.

⁷³⁰ Vgl. z. B. *C. Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 116. Allerdings geht der Autor davon aus, dass der Händler regelmäßig die Unrichtigkeit von Werbeaussagen kennen wird.

⁷³¹ Siehe zu § 675 Abs. 2 BGB statt vieler *K. Berger* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 675 Rn. 125; *Mansel* in: Jaurnig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 675 Rn. 13; *D. Fischer* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 675 Rn. 90.

b) Täuschungen durch Agenten

Täuschen in Vertragsverhandlungen Personen, die nicht als Dritte eingestuft werden und damit dem Geschäftsherrn zuzurechnen sind, so kann die getäuschte Seite grundsätzlich uneingeschränkt anfechten.⁷³² Entsprechende Situationen werden so behandelt, als ob der Vertragspartner (in unternehmerischen Verhandlungen zumeist die juristische Person) selbst getäuscht hätte. Zu diesem Personenkreis gehören – wie bereits angesprochen, siehe unter 2. Teil, B.I.9.a) – beispielsweise Verhandler, die für den Geschäftsherrn als Agenten agieren (Verhandlungsführer, Verhandlungsgehilfen).⁷³³ Lügt somit ein Verhandler, so ist dies dem Vertragspartner (d.h. der juristischen Person) uneingeschränkt zuzurechnen.⁷³⁴ Allerdings wird die arglistige Täuschung eines Stellvertreters (Verhandlers mit Abschlussvollmacht) dem Vertretenen nicht über § 166 BGB zugerechnet,⁷³⁵ sondern ergibt sich vielmehr direkt aus § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, da es sich beim Verhandler nicht um einen Dritten handelt.⁷³⁶

c) Täuschung durch den Prinzipal

Andererseits ist es denkbar, dass der Prinzipal (Einzelunternehmer) – oder im Fall einer juristischen Person z.B. ein Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied – vorsätzlich seinen eigenen Verhandler täuscht, damit dieser die Täuschung (gläubwürdig) an die andere Seite weiterleitet. In diesem Fall nutzt der Prinzipal den Agenten somit als „Werkzeug“, um die andere Seite irrezuführen. Streng genommen täuscht in einer solchen Situation der Agent selbst den Verhandlungspartner nicht vorsätzlich, da ihm nicht bewusst ist, dass er eine falsche Tatsachenbehauptung aufstellt. Dennoch dürfte auch insofern dem Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB mit Blick auf die Täuschungshandlung genüge getan sein. Es kann nicht darauf ankommen, wer unternehmensintern bewusst getäuscht hat. Eine lückenlose Vorsatzkette kann nicht verlangt werden. Denn die täuschende Partei bleibt in diesem Fall nicht schutzwürdig, da die Täuschung aus ihrer Sphäre und damit zugleich aus ihrer Risikosphäre stammt. Es kommt im Ergebnis allein darauf an, dass es einen Vorsatz durch irgendeine betei-

⁷³² Vgl. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 20; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 33.

⁷³³ BGH NJW 1989, 2879, 2880; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 22.

⁷³⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 45.1.

⁷³⁵ Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 166 Rn. 3; *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 25; *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 36; auf § 123 BGB verweisend *Finkenauer* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 166 Rn. 6.

⁷³⁶ BGH NJW 1956, 705, 705; *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 36; so auch schon *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 17 (zu Verhandlungsgehilfen). Vgl. auch *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 25 (dies auf den Grundgedanken des § 123 Abs. 2 BGB zurückführend).

ligte Person mit Blick auf die Täuschungshandlung gibt und die Täuschung die andere Verhandlungspartei erreicht. Eine Anfechtung der getäuschten Partei ist damit auch in diesen Fällen möglich.⁷³⁷ Gleiches gilt, wenn der Prinzipal nicht seinen Agenten, sondern direkt den Verhandlungspartner täuscht, ohne dass der Agent davon weiß.⁷³⁸

d) Zwischenergebnis

Solange nicht eine dem Vertrag gänzlich fernstehende Person lügt, ist die getäuschte Seite im Ergebnis weitreichend durch § 123 BGB geschützt. Der Anwendungsbereich der arglistigen Täuschung wird an dieser Stelle nur für die Fälle eingeschränkt, in denen ein Dritter einen Vertragspartner täuscht und diese Lüge dem anderen Vertragspartner nicht zugerechnet werden kann.

10. Person des Getäuschten

In der Literatur wird die Person des Getäuschten praktisch nicht diskutiert. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB geht davon aus, dass der Vertragspartner getäuscht wird, weshalb dieser einem Irrtum unterliegt und dann daraufhin eine beeinflusste Willenserklärung abgibt. Wie auf Seiten des Täuschenden sind aber auch auf Seiten des Getäuschten aufgrund der Prinzipal-Agenten-Situation (siehe unter 2. Teil, A.III.) in unternehmerischen Verhandlungen ebenfalls häufig mehrere Personen am Vertragsschluss beteiligt. Es ist insofern zwischen dem Vertragspartner, seinen Vertretern und sonstigen Verhandlungshelfen zu unterscheiden. Vertragspartner wird zumeist eine juristische Person sein, die durch ihre Vertretungsorgane handelt. Juristische Personen selbst können nicht getäuscht werden, sondern nur die für sie handelnden Personen, wie z. B. die Mitglieder ihrer Vertretungsorgane. Abgesehen vom Vertretungsorgan, welches am Vertragsschluss oftmals nicht beteiligt ist, sind auf der Seite des Getäuschten gewöhnlich Mitarbeiter dieses Unternehmens oder ggf. Externe damit betraut, die Verhandlungen zu führen und die entsprechenden Verträge eventuell auch abzuschließen (siehe dazu bereits oben unter 2. Teil, A.III.1.). Unproblematisch sind die Situationen, in denen ausnahmsweise der Vertragspartner (z. B. der Kaufmann) direkt getäuscht wird. Schließt ein Vertreter (z. B. ein Geschäftsführer) für die Gesellschaft einen Vertrag, so kommt es grundsätzlich darauf an, ob der Vertreter vorsätzlich irregeführt wurde. Zu diskutieren

⁷³⁷ Vgl. Schäfer in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 166 Rn. 10; Schubert in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 36 (mit Blick auf die gutgläubige Täuschung durch den Vertreter und Vorsatz beim Vertretenen); Stoffels in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 25. Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 85 erörtert Dokumentationspflichten im Unternehmen, um Täuschungen und Angaben „ins Blaue hinein“ vorzubeugen.

⁷³⁸ Schäfer in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 166 Rn. 10; Schubert in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 36.

bleibt somit, wie es sich auswirkt, wenn nicht der Vertretene oder der Vertretungsberechtigte direkt getäuscht wurde, sondern für sie agierende Personen oder Dritte, die dann wiederum den Vertretenen oder den Vertretungsberechtigten (z. B. den Geschäftsführer) beeinflussen. So ist es z. B. möglich, dass ein Verhandlungsgehilfe getäuscht wird, der dann unter Berücksichtigung der Täuschung für den Geschäftsführer die Entscheidungsfindung vorbereitet. Der Geschäftsführer wiederum trifft seine Entscheidung auf der Grundlage der beeinflussten Vorbereitung. Es ist aber auch denkbar, dass eine Seite einen Dritten, z. B. einen Notar, täuscht, der dann aufgrund dieser Täuschung agiert, was sich wiederum auf die Entscheidung der anderen Seite auswirken kann. Diese problematischen Konstellationen sollen im Folgenden näher untersucht werden.

a) Stellvertreter unterliegt einer Täuschung

Direkt gesetzlich geregelt ist die Situation, in der ein Stellvertreter (hier Verhandler mit Abschlussvollmacht, z. B. ein Geschäftsführer oder ein Prokurist) von der Gegenseite arglistig getäuscht wird und deshalb bei Abschluss des Vertrags einem Irrtum unterliegt. Der Vertretene, also die juristische Person, für und gegen den die Willenserklärung des Vertreters wirkt, unterliegt damit ggf. keiner Täuschung. Nur der Vertreter, d. h. z. B. der Geschäftsführer oder Prokurist, wurde getäuscht. Für diesen Fall bestimmt § 166 Abs. 1 BGB ausdrücklich, dass es auf den Vertreter und nicht auf den Vertretenen ankommt. Hintergrund ist, dass auf die Person abgestellt werden soll, auf deren Geschäftswillen die Willenserklärung zurückzuführen ist.⁷³⁹ Wurde daher der Vertreter arglistig von der Gegenseite getäuscht und hat daraufhin eine beeinflusste Willenserklärung abgegeben, die er so ohne die Täuschung nicht abgegeben hätte, so ist der Vertretene zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigt.⁷⁴⁰

b) Prinzipal des Stellvertreters unterliegt einer Täuschung

Denkbar ist ebenfalls, dass der Vertretene zwar einen Stellvertreter schickt, der Geschäftspartner jedoch nicht den Vertreter täuscht, sondern den Vertretenen. Diese Situation ist nicht vorstellbar, sofern zwei juristische Personen Vertragspartner sind, sondern nur im Fall von Einzelunternehmern. Erteilt der Vertretene dann aufgrund des Bluffs seinem Vertreter die Weisung, den Vertrag abzuschließen, so

⁷³⁹ Weinland in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 23.10.2023, § 166 Rn. 6; Schubert in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 1; Mansel in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 166 Rn. 1.

⁷⁴⁰ BGH NJW 1969, 925, 927; Schubert in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 36; Stoffels in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 25; Weinland in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 23.10.2023, § 166 Rn. 6; Schäfer in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 166 Rn. 10; Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 166 Rn. 3.

ist er ebenfalls schutzwürdig. § 166 Abs. 2 BGB ist dann analog anzuwenden⁷⁴¹ und der Vertretene kann gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten.

c) Verhandlungsgehilfe ohne Abschlussvollmacht unterliegt einer Täuschung

Unterliegt ein Verhandlungsgehilfe ohne Vertretungsmacht einer Täuschung durch den Verhandlungspartner, so gilt grundsätzlich das zum Stellvertreter Gesagte. Der Unterschied zur Stellvertretung liegt hier darin, dass die getäuschte Person keine Willenserklärung abgibt. Der Vertrag wird in diesem Fall nicht vom Verhandlungsgehilfen (z. B. einem Einkäufer eines Unternehmens), sondern einer anderen abschlussberechtigten Person (z. B. dem Geschäftsführer) abgeschlossen. Der Verhandlungsgehilfe bereitet den Vertragsschluss jedoch vor. § 166 Abs. 1 BGB wird insofern entsprechend auf Hilfspersonen angewandt. In der Literatur wird die entsprechende Anwendung auf Fälle eingeschränkt, in denen die Hilfsperson „mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn erkennbar als für diesen handelnd gegenüber dem Geschäftspartner aufgetreten und dabei, mit eigener Verantwortung und einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet, maßgeblich an der Gestaltung des Geschäfts beteiligt gewesen“⁷⁴² ist. Hilfspersonen, die „auf mechanische Hilfsdienste“⁷⁴³ beschränkte Aufgaben übernehmen, sollen dagegen nicht durch § 166 Abs. 1 BGB analog erfasst werden.⁷⁴⁴

An dieser Stelle wird vorgeschlagen, die Anforderungen mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu interpretieren. Insofern ist zu bedenken, dass sich Täuschungen durch den Verhandlungspartner, die zu einem Irrtum beim Verhandlungsgehilfen führen, bis zum Vertragsschluss „fortwirken“ und ihn so beeinflussen können. Die Kausalkette könnte daher praktisch „verlängert“ werden. Es könnte diesbezüglich geschaut werden, ob sich die Täuschung bis zum Vertragsabschluss „fortwirken“: (1) Der Täuschende lügt vorsätzlich. Das führt zu einem (2) Irrtum beim Verhandlungsgehilfen, (3) dessen Vorbereitung der Entscheidung dadurch beeinflusst wird. (4) Der Verhandlungsgehilfe legt diese beeinflusste Vorarbeit seinem Prinzipal vor, (5) was in einem letzten Schritt dazu führt, dass der Prinzipal auf dieser (beeinflussten Entscheidungsgrundlage) eine Entscheidung trifft und den Vertrag abschließt. Bei der Entscheidungsfindung muss der Aspekt, der durch die Lüge beeinflusst wurde, daher nach dieser Inter-

⁷⁴¹ BGHZ 51, 141, 145; *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 25.

⁷⁴² *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 5; vgl. auch *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 21. Vgl. auch BGHZ 106, 163, 167 zur generellen Möglichkeit der entsprechenden Anwendung bei vergleichbarer Interessenlage.

⁷⁴³ LAG Baden-Württemberg BeckRS 2012, 68072; *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 5; *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 21; *Looschelders* in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 123.

⁷⁴⁴ *Stoffels* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 166 Rn. 5; *Schubert* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 166 Rn. 21.

pretation eine Rolle spielen. Die Kausalkette muss daher bis zu der Person reichen, die den Vertrag eingeht. Im Ergebnis bedeutet diese Interpretation, dass das Anfechtungsrecht eingeschränkt wird, da es nicht ausreicht, wenn ein Verhandlungsgesamter getäuscht wurde und dies Auswirkungen hatte. Vielmehr muss auch die Person, die den Vertrag abschließt, beeinflusst worden sein. Das entspricht nach hier vertretener Ansicht dem Sinn und Zweck der §§ 166, 123 BGB, die den Vertragspartner nur insoweit schützen möchten, als er in seiner freien Willensbildung beeinflusst wurde.⁷⁴⁵ Die Einschränkung erscheint notwendig, da ansonsten für den Vertragspartner ein höherer Schutz im Fall des Einsatzes eines Gehilfen bestünde, als im Fall des Einsatzes eines Vertreters (bei dem konkret die Kausalität vorliegen muss). Abgesehen von der beschriebenen Besonderheit gelten jedoch die bereits erfolgten Ausführungen zur Kausalität. Das bedeutet beispielsweise, dass die Kausalität hier auch subjektiv und nicht objektiv bestimmt wird und die Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung nicht „adäquat“ sein muss.⁷⁴⁶

Doch nicht nur die Kausalkette muss verlängert werden. Gleiches gilt für den Vorsatz, wofür in dieser Arbeit der Begriff „Vorsatzkette“ verwendet wird. Vorsatz bedeutet, dass die Täuschung auf eine Irrtumserregung und Willensbeeinflussung des Verhandlungspartners ausgerichtet sein muss. Agiert auf Seiten des Verhandlungspartners ein Verhandlungsgesamter (ohne Abschlussvollmacht), muss sich der Vorsatz daher darauf beziehen, beim Verhandlungsgesamten einen Irrtum zu erregen, den dieser dann unternehmensintern weiterträgt und der sich dadurch am Ende auf die Willensbildung des Entscheidungsträgers (mit Abschlussvollmacht) auswirkt.

d) Dritter unterliegt einer Täuschung

Täuscht eine Seite einen Dritten in der Hoffnung, dass dieser die falsche Information wiederum an den Vertragspartner weiterträgt, so handelt es sich nicht um einen Fall des § 123 Abs. 2 BGB. Denn in der an dieser Stelle betrachteten Situation täuscht eine Verhandlungsseite (bzw. ihr zuzurechnende Personen) den Dritten, der diese Information lediglich weitergibt. Der Dritte handelt damit nicht vorsätzlich, wenn er die falsche Information an den anderen Verhandlungspartner weiterleitet. In diesem Zusammenhang greift die Wertung des § 123 Abs. 2 BGB nicht, da hier der Anfechtungsgegner – genauer ein Mitarbeiter der juristischen Person – arglistig handelt. Angelehnt an eine Begrifflichkeit aus dem Strafrecht kann daher festgestellt werden, dass die Tatherrschaft beim Mitarbeiter des Anfechtungsgegners liegt. Es kann sich daher nur um einen Fall des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB han-

⁷⁴⁵ Die Motive des BGB geben als Normzweck an, dass „die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete“ nicht „widerrechtlich beeinträchtigt“ werden darf. Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 465).

⁷⁴⁶ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.4.a).

deln. Denn der Lügner benutzt den Dritten lediglich im Rahmen seines Täuschungsmanövers. Der Dritte ist damit nur ein „Werkzeug“ des Täuschenden. In diesem Fall muss sowohl die Kausalkette als auch die „Vorsatzkette“ verlängert werden. Der Lügner muss bei seinem Bluff gegenüber dem Dritten somit darauf abzielen, dass der Dritte die Information an den Vertragspartner weitergibt und dieser daraufhin einem Irrtum unterliegt. Entsprechendes gilt für die Kausalkette. Der Begriff „Dritter“ sollte in diesem Zusammenhang so verstanden werden wie in § 123 Abs. 2 BGB. Damit sind z. B. Notare regelmäßig Dritte. Täuscht eine Vertragspartei somit erfolgreich den Notar und dieser beeinflusst daraufhin entsprechend den anderen Vertragsteil (ohne sich dessen bewusst zu sein), so sollte die andere Vertragspartei nach hier vertretener Ansicht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten dürfen.

e) Zwischenergebnis

Die Betrachtung zeigt, dass die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den Einsatz von Agenten auf der getäuschten Seite erheblich komplexer wird. Im Ergebnis sind die Regeln jedoch auch an dieser Stelle darauf ausgelegt, der getäuschten Seite ein Anfechtungsrecht zu gewähren, sofern sie schutzwürdig ist. Es liegt somit keine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs vor.

11. Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast steht in dieser Arbeit nicht im Vordergrund. Der Fokus liegt auf der inhaltlichen Ausgestaltung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und nicht den damit verbundenen prozessrechtlichen Aspekten. Da es in der Praxis für die gerichtliche Durchsetzung einer Anfechtung jedoch entscheidend ist, ob die arglistige Täuschung dargelegt und bewiesen werden kann, gibt dieser Abschnitt einen entsprechenden Überblick. Scheitert eine Anfechtung bezüglich bestimmter Lügen generell an Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten, so würde dies zumindest *de facto* zu einer Einschränkung des Anfechtungsrechts führen. Täuschungen durch Verschweigen werden auch an dieser Stelle ausgeklammert.

a) Beweislastverteilung

Die Darlegungs- und Beweislast obliegt demjenigen, der sich auf die Anfechtung beruft.⁷⁴⁷ Dies ist in der Regel der Getäuschte, das heißt die Person, die anfechten

⁷⁴⁷ BGH NJW 1957, 988, 988; BGH NJW 2014, 3296, 3297 Rn. 13; BGH BeckRS 1960, 31189044; BGH BeckRS 1976, 31117217; BGH NJW-RR 1987, 1415, 1416; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Hefermehl* in:

möchte.⁷⁴⁸ In der unternehmerischen Praxis wird also regelmäßig die juristische Person, deren Vertreter getäuscht wurde, den Vertrag anfechten. In Ausnahmefällen kann jedoch auch der Anfechtungsgegner die Anfechtung geltend machen.⁷⁴⁹ Es gilt insofern die allgemeine Regel, dass derjenige die Beweislast trägt, der sich auf eine für ihn günstige Vorschrift stützen möchte.⁷⁵⁰ Der Getäuschte muss im Ergebnis alle Voraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beweisen.⁷⁵¹ Konkret bedeutet das, dass der Getäuschte die Täuschung (d. h. die Täuschungshandlung über eine Tatsache⁷⁵²), den Vorsatz, den Irrtum, die Abgabe einer Willenserklärung und die (doppelte) Kausalität beweisen muss.⁷⁵³ Im Fall einer Lüge durch einen Dritten muss der Getäuschte zudem nachweisen, dass der Vertragspartner bösgläubig war (§ 123 Abs. 2 BGB).⁷⁵⁴ Die Beweislast erschwert die Anfechtung vor allem in den hier im Fokus stehenden Fällen von Lügen außerhalb des Vertragsgegenstandes (z. B. über [unternehmensinterne] Vorgaben und Anweisungen oder Interessen und Präferenzen bzw. Alternativangebote), da häufig bereits die Aufdeckung einer Irreführung nicht leicht ist.⁷⁵⁵ Zudem wird die Situation dadurch erschwert, dass oftmals durch mündliche Aussagen getäuscht wird. Aufgrund der zunehmenden Online-Verhandlungen⁷⁵⁶ wird aber wohl auch vermehrt über E-Mail und *instant messaging* geblufft werden, was die Beweisbarkeit erhöhen

Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 57; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 16. Aufl. 2021, § 123 Rn. 47; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 13.

⁷⁴⁸ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 109; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 57. Daher geht aus Gerichtsurteilen zumeist hervor, dass der Anfechtende die Beweislast trägt. Siehe z. B. BGH NJW 1957, 988, 988; BGH BeckRS 2010, 26888, Rn. 40; BGH NJW-RR 1987, 1415, 1416 (der Getäuschte).

⁷⁴⁹ Dazu näher *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; siehe auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.1.

⁷⁵⁰ BGH NJW-RR 2010, 1378, 1378 Rn. 12; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122; *Saenger* in: Nomos Kommentar ZPO, 10. Aufl. 2023, § 286 Rn. 58.

⁷⁵¹ Vgl. *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2f.; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 30; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 13.

⁷⁵² Das beinhaltet den Beweis der Aussage selbst sowie der Unrichtigkeit dieser Aussage.

⁷⁵³ Vgl. auch *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.

⁷⁵⁴ Vgl. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 136.

⁷⁵⁵ Zum Erkennen und Aufdecken von Lügen siehe näher unter 2. Teil, A.VII.2.

⁷⁵⁶ Dieser Trend wurde maßgeblich durch die Corona-Krise geprägt. Vgl. zur Situation in Deutschland *Voeth/Herbst/Pöschl*, Harvard Business Manager 43 (2021), 56, 58 („Liefen zuvor nur 14 Prozent digital ab, so liegt dieser Wert heute bei 73 Prozent“).

dürfte. Dies gilt wohl vor allem für die Täuschung selbst (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.11.b)aa)), sofern sie überhaupt entdeckt wird. Vor allem der Vorsatz und die Kausalität lassen sich in vielen Fällen jedoch nur schwer nachweisen. Die folgenden Ausführungen werden außerdem zeigen, dass die Gefahr besteht, dass die Beweislast instrumentalisiert wird, um die auf materieller Ebene fehlende Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erzielen. Unter 5. Teil, A.III.1. wird entsprechend noch einmal erörtert, ob eine Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast sinnvoll erscheint.

b) Beweisführung und Beweiswürdigung

aa) Täuschung

Bei Täuschungen durch Verschweigen besteht das Problem darin, nachzuweisen, dass die Gegenseite ihrer Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist.⁷⁵⁷ Dieses Problem besteht bei der Täuschung durch aktives Tun, die hier im Vordergrund steht, grundsätzlich nicht. Es muss vielmehr das Vorliegen der Täuschung nachgewiesen werden. Bei den Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis und Leistung) und des Vertragspartners dürfte dies bereits in der Praxis vielfach zu Problemen führen, da dafür häufig unternehmensinterne Informationen des Anfechtungsgegners benötigt werden (z. B. über Lagerbestände i. R. d. Taktik der kleinen Menge, über Konkurrenzangebote i. R. d. Better-offer-Taktik oder über die Vertretungsmacht eines Verhandlers). In Einzelfällen ist ein solcher Nachweis jedoch denkbar.

Da eine Anfechtung allerdings ausscheidet, wenn der Täuschende die Lüge noch vor Vertragsschluss vollumfänglich korrigiert (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.3.), muss der Getäuschte zudem ggf. nachweisen, dass dies nicht geschehen ist.⁷⁵⁸ Dies ist immer dann notwendig, wenn der Anfechtungsgegner entlastende Tatsachen, wie die Behauptung der Korrektur der Lüge, vorbringt.⁷⁵⁹ Die Beweisführung wird damit für die getäuschte Seite dadurch erschwert, dass sie zwar vielleicht in der Lage ist, dem Vertragspartner eine Irreführung nachzuweisen, der Anfechtungsgegner daraufhin aber behaupten kann, die Täuschung noch vor Abgabe der Willenserklärung vollumfänglich aufgeklärt und damit den Irrtum beseitigt zu haben.⁷⁶⁰ Für den Anfechtungsgegner genügt es, schlicht vorzubringen, wann und

⁷⁵⁷ Dazu ausführlich *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5.

⁷⁵⁸ BGH NJW 2014, 3296, 3296f.; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 69.

⁷⁵⁹ Vgl. auch BGH NJW 2014, 3296; 3296f.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 109.

⁷⁶⁰ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 109; vgl. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.2.

wo er aufgeklärt hat.⁷⁶¹ Die getäuschte Seite muss die dargelegte Aufklärung dann widerlegen,⁷⁶² um die Anfechtung durchsetzen zu können. Insofern werden jedoch zugunsten der getäuschten Seite Beweiserleichterungen im Rahmen der Beweiswürdigung angenommen,⁷⁶³ indem nur geringe Anforderungen an den Beweis gestellt werden. Erfolgte die Täuschung schriftlich und die angebliche Aufklärung mündlich, so soll den Täuschenden eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast treffen.⁷⁶⁴ Hintergrund dieser Erleichterungen ist es, dass es für die getäuschte Seite eine besondere Schwierigkeit darstellt, diese „negative Tatsache“ zu beweisen.⁷⁶⁵ Der BGH führt entsprechend aus:

„Vor diesem Hintergrund ist bei der Beweiswürdigung der Umstand zu berücksichtigen, dass derjenige, der einen anderen durch arglistiges (positives) Tun zum Vertragsschluss bewegen möchte, hiervon in der Regel nicht zeitnah durch Offenbarung der wahren Verhältnisse wieder abrücken wird.“⁷⁶⁶

Es wird zudem davon ausgegangen, dass unter Umständen ein Anscheinsbeweis mit Blick auf die negative Tatsache möglich ist.⁷⁶⁷

bb) Kausalität

Auch die Kausalität ist von der getäuschten Seite nachzuweisen. Eine Beweislastumkehr kommt insofern nicht infrage.⁷⁶⁸ Bis heute sind die Details jedoch nicht

⁷⁶¹ BGH BeckRS 1976, 31117217; BGH NJW 2014, 3296, 3297 (Rn. 14); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95. Vgl. auch *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6 zur Täuschung durch Verschweigen („durch gänzlich aus der Luft gegriffene Behauptungen“).

⁷⁶² BGH NJW 2014, 3296, 3296; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95.

⁷⁶³ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021 § 123 Rn. 89.

⁷⁶⁴ *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 155; genereller zur sekundären Darlegungslast *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

⁷⁶⁵ BGH NJW 2014, 3296, 3297; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6 zur Täuschung durch Verschweigen („wird der Beweis [...] oft schwierig, wenn nicht gar unmöglich sein.“).

⁷⁶⁶ BGH NJW 2014, 3296, 3297.

⁷⁶⁷ Vgl. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6 zur Täuschung durch Verschweigen.

⁷⁶⁸ Schluss aus BGH NJW 1990, 42, 43; ebenso BGH NJW 1991, 1673, 1675; indirekt, da auf alle Tatbestandsmerkmale abstellend auch BGH NJW 2001, 64, 65; gegen eine Beweislastumkehr in der Literatur *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 12 (unter Bezugnahme auf Urteile, in denen eine Beweislastumkehr angenommen wurde). Für eine Beweislastumkehr hingegen *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 172 sowie *ders.*, NJW 1999, 900, 904 („Entgegen der Rechtsprechung unterliegt dieser Kausalnexus im Rahmen von § 123 BGB ebenso der Beweislastumkehr wie hinsichtlich eines Schadensersatzanspruchs“).

unumstritten.⁷⁶⁹ Obwohl es sich bei der Bildung einer Fehlvorstellung der Realität um einen inneren Vorgang handelt,⁷⁷⁰ sollte der Nachweis, dass eine Täuschung zu einem Irrtum führt, im Ergebnis oftmals möglich sein. Denn es kann wohl regelmäßig angenommen werden, dass eine Täuschung eine Fehlvorstellung hervorruft, sofern der Getäuschte die wahre Sachlage nicht kennt. Schwierig wird es vor allem, wenn der Getäuschte Vorkenntnisse besaß.⁷⁷¹ Dass die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum allerdings nicht völlig unproblematisch ist, zeigen die Ausführungen von *Crome*, der bereits 1900 schrieb:

„Immerhin wird der Richter den Beweis der Täuschung nicht für geführt erachten, wenn eine geschäftsfähige Person vernünftigerweise durch das angewandte Mittel nicht in einen Irrthum [sic] versetzt werden konnte.“⁷⁷²

Schwieriger zu führen ist aber dennoch der Beweis, dass der Irrtum auch die Willenserklärung beeinflusst hat.⁷⁷³ Hier besteht die Problematik ebenfalls darin, dass es sich um einen inneren Vorgang handelt.⁷⁷⁴ Insofern ist umstritten, ob dem Anfechtenden i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die Möglichkeit offensteht, einen Anscheinsbeweis zu führen.⁷⁷⁵ In der Rechtsprechung wurde die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises i. R. d. arglistigen Täuschung teils angenommen,⁷⁷⁶ teils wird sie mit dem Argument abgelehnt, dass es bei einem Vertragsschluss an einem „typischen Geschehensablauf“ fehlt.⁷⁷⁷ Im Schrifttum wird der Anscheinsbeweis

⁷⁶⁹ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 163 formuliert insofern: „allerdings kann insoweit insgesamt eine hinreichende Klarheit und Verfestigung der Regelbildung nicht festgestellt werden.“

⁷⁷⁰ *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 159.

⁷⁷¹ Siehe dazu in der Literatur *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 159; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 21 (stellen auf Kenntnis ab); vgl. zur Problematik in der Rechtsprechung auch BGH, Beschluss vom 08.12.2011 – IV ZR 5/10 –, Rn. 15 f., juris; OLG Stuttgart NJW 1983, 1200, 1200 bezweifelte bei einem Kunstkennner, dass er einem Irrtum bzgl. eines Gemäldes unterlag. Dies war allerdings nicht streitentscheidend.

⁷⁷² *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 430.

⁷⁷³ Vgl. *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8; mit Bezug auf hohe Anforderungen an den Kausalitätsbeweis in OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 29967, Rn. 71–76.

⁷⁷⁴ *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 163 formuliert: „ein geistiger, rein subjektiver Vorgang“.

⁷⁷⁵ Siehe dazu auch ausführlich *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8 ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 und *Greger*, VersR 1980, 1091, 1095.

⁷⁷⁶ Die Rechtsprechung hat den Anscheinsbeweis in einigen Fällen zugelassen. Siehe z. B. BGH NJW 1958, 177, 177 („Für die Annahme dieses Zusammenhangs genügt jedoch, daß die Kl. Umstände dargetan hat, die für ihren Entschluß von Bedeutung sein können, und daß die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts einen Einfluß auf die Entschließung auszuüben pflegt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann ein Beweis des ersten Anscheins dafür gegeben sein, daß die Täuschung einen Einfluß auf die Entschließung der Kl. ausgeübt hat“); BGH NJW 1995, 2361, 2362.

⁷⁷⁷ BGH BeckRS 1958, 31394974; BGH NJW 1968, 2139, 2139; BGH NJW 1996, 1051, 1051.

mit Blick auf die Arglistanfechtung hingegen häufig in Ausnahmefällen befürwortet.⁷⁷⁸ Dreh- und Angelpunkt der Diskussion ist somit, ob die generelle Voraussetzung des Anscheinsbeweises, dass ein typischer Geschehensablauf gegeben ist, bei Vertragsverhandlungen angenommen werden kann. Denn der Anscheinsbeweis basiert darauf, dass aufgrund eines typischen Geschehensablaufs ein bestimmter Tatbestand verlässliche Hinweise auf die Ursache, die maßgeblich die Folge bestimmt hat, liefern kann.⁷⁷⁹ Der typische Geschehensablauf spricht somit für einen Kausalzusammenhang.⁷⁸⁰ Insofern wird darauf abgestellt, dass dieser Zusammenhang aufgrund der „Lebenserfahrung“ besteht.⁷⁸¹ Das scheint darauf hinzudeuten, dass es darauf ankommt, ob es bei vernünftig handelnden Personen zu einem entsprechenden Ablauf gekommen wäre.⁷⁸² Es wird gleichzeitig ausgeführt, dass nur solche Verläufe typisch sind, die so häufig auftreten, „dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist“⁷⁸³. Diesbezüglich wird eher auf die statistische Häufigkeit abgestellt. Insgesamt werden solche typisierten Geschehensabläufe z.B. im Straßenverkehr (u.a. bei Auffahrunfällen) angenommen.⁷⁸⁴ Beim Vertragsschluss wird hingegen – wie bereits erwähnt – teilweise angenom-

⁷⁷⁸ *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 58 (in Ausnahmefällen); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110 (in Ausnahmefällen); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3 (auf die strengen Maßstäbe an einen typischen Geschehensablauf hinweisend); *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 9 („Entgegen der Auffassung des BGH dürften individuelle Willensentschlüsse nicht generell aus dem Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises ausgeschlossen werden“); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 (Anscheinsbeweis ist „nicht generell“ ausgeschlossen). Sich scheinbar weitgehender für einen Anscheinsbeweis aussprechend *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24 (auf die Lebenserfahrung abstellend); *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 68; ablehnend *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 73; *Prütting* in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 82.

⁷⁷⁹ BGH NJW 2006, 2262, 2263 (Rn. 10); BGH NJW 1987, 2876, 2877; BGH NJW 1982, 2447, 2248; BGH NJW 1978, 2197, 2197; *Bacher* in: BeckOK ZPO, Stand: 01.09.2023, § 284 Rn. 94; *Seiler* in: Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 286 Rn. 12f.

⁷⁸⁰ BGH NJW 2010, 1072, 1072f. (Rn. 8 und 11); BGH NJW 2004, 3623, 3623f. (darauf hinweisend, dass der anzunehmende Kausalzusammenhang aber entkräftet werden kann); BGH NJW 1997, 528, 529; *Greger* in: Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, VBem. § 284 Rn. 29f.; *Seiler* in: Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 286 Rn. 12f.

⁷⁸¹ BGH NJW 2004, 3623, 3624; BGH NJW 1982, 2447, 2248. Vgl. statt vieler *Greger* in: Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, VBem. § 284 Rn. 29; *Bacher* in: BeckOK ZPO, Stand: 01.09.2023, § 284 Rn. 94; *Prütting* in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 50. Vgl. im Rahmen des § 123 BGB *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

⁷⁸² *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10 verlangt, dass geschaut wird, zu welchem Ergebnis ein „objektiv denkender Dritter“ gelangt wäre. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3 führt umgekehrt aus, dass der Anscheinsbeweis dann besonders zurückhaltend angewandt werden soll, wenn es stark auf die individuellen Besonderheiten ankommt.

⁷⁸³ *Bacher* in: BeckOK ZPO, Stand: 01.09.2023, § 284 Rn. 95; BGH NJW 2010, 1072, 1072 (Rn. 8); BGH NJW-RR 2018, 1287, 1289 (Rn. 25).

⁷⁸⁴ *Bacher* in: BeckOK ZPO, Stand: 01.09.2023, § 284 Rn. 95.1; *Greger*, VersR 1980, 1091, 1091.

men, dass es an einem typisierten Geschehensablauf fehlt oder ein solcher nur in Ausnahmefällen vorliegt.⁷⁸⁵ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Das bedeutet jedoch nicht, dass nicht für konkrete, einzelne Täuschungssituationen eine solche Typisierung herausgearbeitet werden könnte.⁷⁸⁶ So könnte z.B. für die Beter-offer-Taktik durchaus ein typisierter Geschehensablauf festgestellt werden. Dieser könnte folgendermaßen aussehen:

Täuscht eine Partei ein besseres Alternativangebot vor und fordert deshalb einen geringeren Preis, hängt die Reaktion der Gegenseite – rationales Verhalten unterstellt – von ihrem eigenen BATNA (best alternative to a negotiated agreement)⁷⁸⁷ ab sowie davon, ob sie auf die Aussage vertraut. Glaubt die getäuschte Seite die Lüge und ist ihr BATNA eindeutig schlechter als ein Vertragsschluss mit der täuschenden Partei, so wird die getäuschte Seite regelmäßig nachgeben. Denn dann ist der Vertragsschluss für sie – trotz des Nachgebens – weiterhin attraktiver als ihr BATNA.

Dieser typisierte Geschehensablauf kann auf die „Lebenserfahrung“ gestützt werden sowie auf die Ausführungen der einschlägigen Verhandlungsliteratur. Statistische Angaben liegen hingegen bislang nicht vor. Das Abstellen auf die Lebenserfahrung und auf die statistische Häufigkeit ließe es zumindest zu, ggf. auch solche Täuschungen vom Anscheinsbeweis zu erfassen, die ihren Effekt erzielen, da sie einen *bias* der anderen Seite ausnutzen. Gerade im Verhandlungsbereich beruhen verschiedene Taktiken auf solchen *biases*.⁷⁸⁸ Diese *biases* sind in der Literatur teilweise sehr gut erforscht, sodass genügend empirische Ergebnisse vorliegen könnten. Dass professionelle Akteure solchen *biases* ebenfalls unterliegen, ist in der Literatur eindeutig belegt.⁷⁸⁹ Damit könnte ein dem *bias* entsprechendes Verhalten gleichzeitig auch der Lebenserfahrung entsprechen.

Darüber hinaus wird in der Literatur gefordert, den Anscheinsbeweis im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB umso restriktiver zu handhaben, je „komplexer der Sachverhalt und je stärker die Abgabe einer Willenserklärung von individuellen Besonderheiten (Geschmack, Risikoneigung, persönliche Erfahrungen, Vorkenntnisse etc.) abhängig ist“⁷⁹⁰. Gerade bei Täuschungen in Vertragsverhandlungen au-

⁷⁸⁵ BGH NJW 1996, 1051, 1051; BGH NJW 1968, 2139, 2139; BGH WM 1958, 991, 992 (Rn. 19); anders BGH NJW 1958, 177, 177; Greger in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, VBem. § 284 Rn. 31 (allg. in Bezug auf Willensentschließungen); Prütting in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 82 (allg. in Bezug auf Willensentschließungen); Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110.

⁷⁸⁶ Zum typischen Geschehensablauf bei gewöhnlichen Umsatzgeschäften siehe BGH NJW 1958, 177, 177; Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

⁷⁸⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.

⁷⁸⁸ Siehe z. B. die Liste in S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 459f.

⁷⁸⁹ Vgl. z. B. zum *anchoring effect* Englich/Mussweiler/Strack, Personality and Social Psychology Bulletin 32 (2006), 88, 188ff.

⁷⁹⁰ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3. Dazu, dass eine erhöhte Risikoneigung die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises ausschließen kann, vgl. BGH NJW 1996, 1051, 1051; vgl. auch BGH BeckRS 1953, 31203759 zur einem Scheidungsverfahren; Singer/

ßerhalb des Vertragsgegenstands kann die Wirkung bestimmter Taktiken durchaus von individuellen Besonderheiten (z.B. Risikoneigung und persönlichen Erfahrungen) abhängen.⁷⁹¹ Das könnte dann in der Tat gegen einen Anscheinsbeweis sprechen. An dieser Stelle soll nicht für alle möglichen Täuschungstaktiken entschieden werden, ob nun ein Anscheinsbeweis möglich ist oder nicht. Durch den Spielraum bei den Anforderungen an den Anscheinsbeweis besteht allerdings in jedem Fall das Risiko, dass die Beweislast instrumentalisiert wird. Das heißt, durch die unterschiedliche Handhabung der Anforderungen an den Anscheinsbeweis besteht die Möglichkeit, dass dieser letztendlich dazu genutzt wird, um das eigene Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein *sollte*, dazu 4. Teil, C.) durchzusetzen. Die Anforderungen an den Anscheinsbeweis mit Blick auf die Kausalität könnten damit zu einem gewissen Grad als Ersatz für die bislang nicht stattfindende inhaltliche Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen eingesetzt werden. Ob dies jedoch eine legitime Methode ist und ob dadurch stimmige Ergebnisse erzielt werden können, wird an anderer Stelle noch näher zu prüfen sein (siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.1.).

Bei der Beweiswürdigung kann zudem auf Indizien abgestellt werden.⁷⁹² Generell kann auch das Verhalten des Getäuschten Rückschlüsse über eine mögliche Kausalität zulassen.⁷⁹³ Erkundigt sich ein potenzieller Käufer z.B. nach einer bestimmten Eigenschaft des Produkts und lässt die Bedeutung dieses Aspekts durchscheinen, so spricht dies dafür, dass diese Information bei der Willensbildung und der anschließenden Abgabe der Willenserklärung zumindest eine Rolle gespielt hat.⁷⁹⁴ Dies wird wiederum mit der Lebenserfahrung begründet⁷⁹⁵ und entspricht

v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 argumentieren hingegen allgemeiner, dass ein Vertragsschluss „zwar von zahlreichen individuellen Umständen abhängig“ sein kann, dies jedoch „die Anwendung des Anscheinsbeweises nicht generell“ ausschließt.

⁷⁹¹ Vgl. auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 zur Risikoneigung mit Blick auf private Vermögensanlagen. Umgekehrt argumentieren *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 zudem, dass Kausalität angenommen werden kann, wenn der „fragliche Umstand Gegenstand einer vertraglichen Zusicherung war“.

⁷⁹² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89. In der Rechtsprechung generell wird betont, dass Umstände dargetan werden können, die für die Willenserklärung von Bedeutung waren. Siehe BGH NJW 1995, 2361, 2362; BGH WM 1976, 111, 113.

⁷⁹³ So OLG Köln NJW-RR 1992, 908, 910. *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11 (zur fehlenden Kausalität); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110.

⁷⁹⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 (zum Wert den der Käufer auf einen Aspekt legt); vgl. auch im Zusammenhang mit der „Lebenserfahrung“ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10. So lassen sich auch BGH NJW 1958, 177, 177 und BGH NJW 1967, 1222, 1223 verstehen.

⁷⁹⁵ Siehe BGH NJW 1958, 177, 177; BGH NJW 1967, 1222, 1223. Vgl. auch BGH NJW 1995, 2361, 2362 („daß die arglistige Täuschung nach der Lebenserfahrung bei der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts Einfluß auf die Entschließung hat“). *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10.

zugleich dem Verhalten eines rational agierenden Menschen. Allein aus der Tatsache, dass sich ein Verhandler nach einem bestimmten Aspekt nicht (noch einmal) erkundigt, kann allerdings umgekehrt nicht zwingend geschlossen werden, dass dieser Aspekt nicht ursächlich wird.⁷⁹⁶ Die Art und Weise, in welcher der Getäuschte nach der Aufdeckung der Lüge agiert, kann ebenfalls wertvolle Indizien in Bezug auf die Kausalität liefern. Reagiert der Getäuschte zunächst gar nicht, d. h. konfrontiert er den Täuschenden nicht und fordert auch keine Nachverhandlung o. ä., kann dies daran zweifeln lassen, ob die Irreführung wirklich relevant für ihn war.⁷⁹⁷ Hier kann es sich allerdings nur um einen Anhaltspunkt handeln, denn es ist durchaus denkbar, dass der Getäuschte erst einmal abwägen muss, ob eine Anfechtung oder eine andere Handlungsoption (siehe zu möglichen Reaktionen unter 2. Teil, A.VII.) für ihn sinnvoll sind. Gerade in diesem Zusammenhang mag ihn zunächst das sog. Betrugsdilemma (siehe unter 2. Teil, A.VII.4.) von einer Konfrontation abhalten. Insofern ist zudem zu bedenken, dass der Getäuschte in der Regel zunächst ermitteln wird, ob er ausreichend Beweismaterial zusammentragen kann. Dies kann vor allem dann Zeit in Anspruch nehmen, wenn die Informationen aus verschiedenen Quellen zusammengetragen werden müssen oder der Sichtung- und Auswertungsaufwand bestimmter Informationen hoch ist. Der Blick auf das Verhalten des (angeblich) Getäuschten sollte insofern erweitert werden und seine gesamte Reaktion umfassen. Die Tatsache, dass die sich getäuscht fühlende Seite versucht, Beweismaterial zusammenzutragen, spricht im Ergebnis z. B. für einen kausalen Zusammenhang.

Es wird ebenfalls vertreten, dass ein geringer Schaden (im konkreten Fall 1,71 %) bei einem sehr günstigen Kaufpreis gegen die Kausalität sprechen soll.⁷⁹⁸ Dies ließe allerdings die einhellige Meinung in der Literatur bezüglich der materiellen Rechtslage, nach der es nicht einmal eines Vermögensschadens bedarf (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.6.),⁷⁹⁹ leerlaufen. Durch die hohen Anforderungen an die Beweisführung bei geringen Schäden würde die Anfechtung in solchen Fällen *de facto* – entgegen der materiellen Rechtslage – praktisch ausgeschlossen, was hier abgelehnt wird. Es

⁷⁹⁶ A. A. AG Frankfurt a. M. WuM 2007, 315, 315.

⁷⁹⁷ OLG Köln NJW-RR 1992, 908, 910; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110; etwa zum Festhalten am Vertrag durch den Getäuschten *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

⁷⁹⁸ OLG Celle MDR 1998, 962, 962 (wobei es im konkreten Fall allerdings um eine unterlassene Aufklärung ging); *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; ähnlich wohl auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3.

⁷⁹⁹ BGH BeckRS 1973, 31123496; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8.

lässt sich zudem wohl generell eine Tendenz ausmachen, über die Beweislast bestimmte Anforderungen an ein rationales Handeln bzw. den „gesunden Menschenverstand“ zu stellen,⁸⁰⁰ obwohl dies ebenfalls nicht der materiellen Rechtslage entspricht.⁸⁰¹

Die Ausführungen unterstreichen wiederum das Risiko, dass die Beweislast instrumentalisiert wird, um den Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einzuschränken, sofern das materielle Recht keine Lösung für die Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen bietet. Dass diese Gefahr im Ergebnis nicht zu vernachlässigen ist, zeigt z. B. eine Entscheidung des Amtsgerichts Frankfurt am Main. Das Gericht lehnte die Anfechtung eines Wohnungsmieters wegen einer in der Zeitung zu hoch angegebenen Wohnfläche ab,⁸⁰² da der Mieter die Wohnung vor Unterzeichnung besichtigte und sich während dieses Termin nicht nach der Wohnfläche erkundigte.⁸⁰³ Dabei kann bei einer Wohnungsbesichtigung weder die Fläche exakt abgeschätzt werden noch zeigt das Nichtnachfragen zwingend, dass der Mieter kein Interesse an der Angabe hat. Nach der „Lebenserfahrung“ erscheint es vielmehr plausibel, dass sich der potenzielle Mieter nicht erneut nach der Wohnfläche erkundigt, da er annimmt, die korrekte Information bereits zu besitzen. Das Gericht gewährte aufgrund mangelnder Kausalität der getäuschten Seite jedoch kein Anfechtungsrecht.⁸⁰⁴

cc) Vorsatz

Schwierigkeiten kann zudem der Nachweis des Vorsatzes mit seinen drei Elementen hervorrufen (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.5.a)). Der Getäuschte muss insofern beweisen, dass der Täuschende

- (1) die Unrichtigkeit der Behauptung kannte,
- (2) auf einen Irrtum beim Verhandlungspartner abzielte und
- (3) darauf abzielte, dass der Irrtum den Verhandlungspartner zu einer ansonsten so nicht abgegebenen Willenserklärung veranlasst.

Bezüglich der Frage, ob der sich Äußernde die Unrichtigkeit der Behauptung kannte, wird ausgeführt, dass es unter Umständen ausreichen soll, wenn vor Vertragsschluss offenbar unrichtige Aussagen getroffen wurden. Von diesen soll dann ggf. bereits darauf geschlossen werden können, dass der sich Äußernde die Unrich-

⁸⁰⁰ v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 256 („Der Beweis ist geführt, wenn feststeht, daß ein vernünftiger Mensch normalerweise die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgeben haben würde“).

⁸⁰¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.4.a).

⁸⁰² Das Gericht ließ offen, ob es sich um einen Fall des § 119 Abs. 2 BGB oder des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB handelte. AG Frankfurt a. M. WuM 2007, 315, 315.

⁸⁰³ AG Frankfurt a. M. WuM 2007, 315, 315

⁸⁰⁴ AG Frankfurt a. M. WuM 2007, 315, 315; Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24.

tigkeit kannte.⁸⁰⁵ Etwas anderes soll nur gelten, wenn plausible Erklärungen für die unrichtigen Informationen gegeben werden können.⁸⁰⁶ Je offensichtlicher eine Aussage falsch ist, desto schwerer wird es der Partei fallen, diese als Fehler darzustellen. Gelingt der Partei jedoch eine plausible Erklärung, so muss wiederum der Anfechtende versuchen, diese Erklärungen zu widerlegen.⁸⁰⁷ Bezüglich der hier untersuchten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands dürfte diese Hürde einer Anfechtung zumindest nicht grundsätzlich im Wege stehen. Führt ein Verhandler z. B. ein besseres Konkurrenzangebot an, obwohl er gar keines eingeholt hat, so handelt er eindeutig vorsätzlich bzgl. der falschen Behauptung.

Schwerer zu beweisen ist hingegen die Tatsache, dass der Täuschende auf einen Irrtum beim Verhandlungspartner und eine Beeinflussung seiner Willenserklärung abzielte. Im Ergebnis kommt es auch an dieser Stelle entscheidend darauf an, ob und, wenn ja, inwieweit ein Anscheinsbeweis zulässig ist. Dazu kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (siehe 2. Teil, B.I.11.b)bb)). Gegen einen Anscheinsbeweis⁸⁰⁸ wird angeführt, dass der Täuschende nicht immer darauf abzielt, den Getäuschten zu beeinflussen. Ein entsprechender Erfahrungssatz soll nicht bestehen.⁸⁰⁹ Vielmehr sollen auch „Gleichgültigkeit, Trägheit oder sachliche Fehleinschätzungen über die Bedeutung“⁸¹⁰ hinter der Lüge stehen können. Es können allerdings unter Umständen Indizien zur Beweisführung genügen.⁸¹¹ Es wird insofern eine Gesamtschau gefordert, bei der auf die objektiv feststellbaren Umstände abgestellt wird.⁸¹² Die Indizien müssen „in ihrer Gesamtheit

⁸⁰⁵ BGH NJW-RR 2005, 1082, 1084 (zur Bedeutung des Grads der Täuschung); BGH NJW-RR 1998, 904, 905 (im konkreten Fall konnte auf diese auf der Lebenserfahrung beruhende Würdigung indessen nicht ohne weiteres zurückgegriffen werden“); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4 (allg. zum Vorsatz mit Blick auf offenbare Unrichtigkeit).

⁸⁰⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14.

⁸⁰⁷ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14.

⁸⁰⁸ BGH NJW 1957, 988, 988 f.; *Greger* in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, VBem. § 284 Rn. 31.

⁸⁰⁹ Ständige Rechtsprechung des BGH zu Versicherungsverträgen. Siehe BGH NJW 1957, 988, 988 f.; BGH NJW 2007, 2041, 2042 Rn. 8; BGH NJW 2011, 1213, 1214 Rn. 19; OLG Stuttgart NJW 2012, 2526, 2527; vgl. auch *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

⁸¹⁰ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13.

⁸¹¹ OLG Karlsruhe VersR 2006, 205, 206; dem folgend OLG Nürnberg BeckRS 2009, 17657; vgl. auch OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 142139 Rn. 18; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

⁸¹² Zum Abstellen auf das Gesamtverhalten OLG Stuttgart NJW 1983, 1200, 1200. Zum Abstellen auf objektiv feststellbare Umstände, sofern subjektive „Elemente nicht unmittelbar zu beweisen sind“, *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 79.

eine Schlussfolgerung auf das Vorliegen der Täuschungsabsicht ermöglichen⁸¹³. Besonders in den Blick genommen werden dabei die Art, der Umfang und die Bedeutung der Täuschung.⁸¹⁴ Es sollen zudem Aspekte wie das Persönlichkeitsbild des mutmaßlich Täuschenden sowie dessen Bildungsniveau berücksichtigt werden.⁸¹⁵ Die Ausführungen zeigen jedoch auch hier die hohe Unsicherheit, mit der die Beweisführung belastet ist. Gerade bei Lügen, die generell verhandlungstaktisch eingesetzt werden, wie z. B. falsche Einstandspreise, bessere Konkurrenzangebote etc., müsste allerdings insofern auch der Nachweis des Vorsatzes gelingen. Denn andere Beweggründe als die Beeinflussung des Verhandlungspartners sind kaum ersichtlich.

dd) Die Besonderheiten der Prinzipal-Agenten-Situation

Außerdem hat bei Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen die Tatsache, dass fast immer eine Prinzipal-Agenten-Situation⁸¹⁶ vorliegt, Einfluss auf die Beweisführung. Denn dadurch verhandelt der Vertragspartner, also hier die juristische Person, nicht selbst, sondern lässt die Verhandlung regelmäßig durch Vertreter und Verhandlungshelfen führen. Eigene Angestellte der juristischen Person und selbständige Vertreter können daher im Prozess als Zeugen aussagen.⁸¹⁷ Insofern ist allerdings zu bedenken, dass die Mitarbeiter und Beauftragten der täuschenden Seite wohl oftmals nicht zu Lasten ihres Geschäftsherrn aussagen werden.⁸¹⁸ Etwas anderes ist vor allem in Situationen denkbar, in denen ein Arbeitnehmer vom Täuschenden zum Getäuschten oder zu einem anderen Arbeitgeber ge-

⁸¹³ *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13.

⁸¹⁴ Vgl. BGH NJW 1957, 988, 989 („aus Art, Umfang und Bedeutung der falschen Angaben, aus dem Persönlichkeitsbild des Versicherungsnehmers oder aus seinen Äußerungen gegenüber dritten Personen“); ebenso OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 142139 Rn. 18; vgl. auch BGH NJW-RR 2005, 1082, 1084 (zum Grad der Verzerrung der Wahrheit); *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13 in Bezug auf Versicherungsfälle; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4 (allg. zum Vorsatz mit Blick auf offenbare Unrichtigkeit).

⁸¹⁵ BGH NJW 1957, 988, 989 (Persönlichkeitsbild); OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 142139 Rn. 18 (Persönlichkeitsbild); OLG Saarbrücken r+s 2004, 206, 206 (Persönlichkeitsbild); BGH NJW-RR 1998, 904, 905 f. (zu Kenntnissen eines Laien und damit indirekt auf das Bildungsniveau abstellend). Vgl. auch *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13 in Bezug auf Versicherungsfälle.

⁸¹⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.

⁸¹⁷ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2. Vgl. allg. auch *Damrau/Weinland* in: MüKo ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 373 Rn. 9. Die Autoren führen weiter aus, dass dies sogar für Gesellschafter gilt, vgl. *Damrau/Weinland* in: MüKo ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 373 Rn. 12.

⁸¹⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2; zu entsprechenden Schwierigkeiten bei kartellrechtlichen internen Untersuchungen siehe auch *Janssen*, CCZ 2016, 270, 270. Zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen siehe u. a. *Damrau/Weinland* in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, § 373 Rn. 42; *Foerste* in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 20. Aufl. 2023,

wechselt ist. Gerade durch entsprechende Wechsel zur getäuschten Seite, können Lügen unter Umständen überhaupt erst aufgedeckt werden. Die getäuschte Seite kann aber natürlich ihre eigenen Mitarbeiter und Beauftragten als Zeugen benennen. Aus verhandlungstaktischer Sicht bedeutet dies, dass es auch für Vertragspartner (d. h. Einzelunternehmer), die selbst verhandeln und abschließen, sinnvoll sein kann, eine weitere Person in die Verhandlung mitzunehmen, um ggf. einen Zeugen zu haben. Rein tatsächlich werden viele Verhandlungsaspekte in B2B-Verhandlungen zudem – wie bereits angeklungen – zumindest auch in Textform festgehalten, da der E-Mailverkehr und heutzutage insbesondere *instant messaging* die mündlichen Verhandlungen regelmäßig ergänzt. Hinzu kommen Protokolle über erzielte Zwischenergebnisse bzw. den aktuellen Verhandlungsstand.⁸¹⁹ Deren Festhalten in Textform dient nicht nur dem Verhandler, sondern auch dem besseren Informationsfluss zwischen Prinzipal und Agent, d. h. der juristischen Person vertreten durch die Geschäftsführung/Vorstand und den Angestellten. Dies kann die Beweisführung im Ergebnis erleichtern.

ee) Zwischenfazit

Die Beweislast erweist sich in der Praxis für die anfechtende Seite wohl in der Tat als große „Last“. Bei Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis und Leistung) sowie dem Vertragspartner ist es nicht nur schwierig, die Täuschung selbst zu beweisen,⁸²⁰ sondern dieselben – wenn nicht gar noch größere – Herausforderungen bestehen bezüglich der Beweisführung mit Blick auf die Kausalität und den Vorsatz.⁸²¹ Wie bereits mehrfach angeklungen, besteht das Risiko, dass die Anforderungen an die Beweisführung instrumentalisiert werden. Das gilt wohl insbesondere für die hier im Zentrum stehenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands. Lehnt man eine Anfechtung wegen Lügen über unternehmensinterne Vorgaben wertungsmäßig ab, so kann dieses Ergebnis nach den gemachten Ausführungen zwar nicht materiell begründet, aber dafür z. B. über entsprechende Anforderungen an die Beweisführung in vielen Fällen erreicht werden. Ob dies jedoch eine legitime Methode ist und ob dadurch stimmige Ergebnisse erzielt werden können, wird an anderer Stelle noch näher zu prüfen sein (siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.1.).

§ 286 Rn. 12. Die pauschale Beurteilung von Zeugen als unglaubwürdig verbietet sich jedoch, vgl. BGH NJW 1988, 566, 567; BGH NJW 1995, 955, 956.

⁸¹⁹ Siehe zu Verhandlungsprotokollen S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 319f.

⁸²⁰ Dies setzt voraus, dass der Bluff im ersten Schritt überhaupt entdeckt wird. Siehe dazu auch 2. Teil, A.VII.

⁸²¹ Ebenfalls die Schwierigkeiten bzgl. dieser beiden Aspekte betonend Gräf, Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, S. 86.

12. Anfechtungserklärung

Liegen alle Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung vor, so kann der Getäuschte wirksam anfechten. Um die Rechtsfolge des § 142 BGB (siehe dazu sogleich näher unter 2. Teil, B.I.13.) herbeizuführen, muss die Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt werden (vgl. § 143 Abs. 1 BGB).⁸²² Die Rechtsfolge tritt somit nicht *ipso iure* ein.⁸²³ Es bedarf vielmehr der aktiven Entscheidung des Getäuschten für diese Rechtsfolge und einer entsprechenden Handlung (Erklärung der Anfechtung). Ohne sein Handeln bleibt der Vertrag bestehen. Das bedeutet, dass dem Getäuschten die Wahl gelassen wird, den Vertrag *ex tunc* zu vernichten oder daran festzuhalten⁸²⁴ und ggf. andere Maßnahmen (wie Nachverhandlungen oder soziale Sanktionen, siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.8. und 12.) zu ergreifen. Der Getäuschte wird dadurch in die Lage versetzt, die für ihn günstigere Option zu wählen.⁸²⁵ Da Irreführungen in Vertragsverhandlungen oftmals „lediglich“ zu einem früheren Abschluss des Vertrags oder einer anderen Verteilung des Verhandlungsgewinns führen, aber für die getäuschte Seite immer noch sinnvoll sind, versetzt die Wahlmöglichkeit den Getäuschten in eine bessere Lage. Gleichzeitig führt dies dazu, dass weniger Anfechtungen gerichtlich durchgesetzt werden (dazu ausführlich unter 2. Teil, B.II.3.b)).

Hat der Erklärungsempfänger einer Willenserklärung den Erklärungsgeber belogen, so kann nur ihm gegenüber angefochten werden (§ 143 Abs. 2 BGB). Bei einem Vertrag ist somit der Vertragspartner der Anfechtungsgegner. Die Anfechtung kann nur dann gegenüber einem zum Vertragsschluss eingesetzten Vertreter erklärt werden, sofern dieser auch zur Entgegennahme der Anfechtungserklärung bevollmächtigt wurde.⁸²⁶ Die Anfechtungserklärung kann formfrei erfolgen, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben.⁸²⁷

13. Rechtsfolgen

Sind die Voraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bezüglich der arglistigen Täuschung erfüllt, so steht der getäuschten Partei ein Anfechtungsrecht zu. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist damit ein Anfechtungsgrund, der durch die Anfechtungser-

⁸²² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 38.

⁸²³ Statt vieler zum Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtung mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 467 ff.

⁸²⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115.1; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021 § 123 Rn. 90; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1.

⁸²⁵ Vgl. auch *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1.

⁸²⁶ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 143 Rn. 14; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 143 Rn. 11.

⁸²⁷ Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 143 Rn. 3; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 143 Rn. 2.

klärung zur Nichtigkeit des Vertrages *ex tunc* führt.⁸²⁸ Nichtigkeit *ex tunc* bedeutet, dass das Geschäft als „von Anfang an“ nichtig anzusehen ist (§ 142 BGB).⁸²⁹ Solange der Getäuschte den Vertrag jedoch nicht anfecht, ist das Rechtsgeschäft wirksam und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten bestehen für beide Seiten.⁸³⁰ Dem Getäuschten wird somit mit dem Anfechtungsrecht eine „privatautonome Gestaltungsmöglichkeit“ eingeräumt.⁸³¹ Teilweise wird bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft insofern von der „schwebenden [...] Nichtigkeit“⁸³² oder „schwebender Wirksamkeit“⁸³³ gesprochen.⁸³⁴ Der Getäuschte soll sich im Ergebnis entscheiden können, ob das Rechtsgeschäft für ihn trotz arglistiger Täuschung sinnvoll ist oder ob er es durch Anfechtung beseitigen möchte.⁸³⁵ In den hier betrachteten Fällen der Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis i. e. S. und Leistung) wird der Vertrag vielfach weiterhin sinnvoll sein,⁸³⁶ sodass in der Praxis wohl viele getäuschte Parteien unabhängig von einem Anfechtungsrecht nicht die Nichtigkeit des Vertrags herbeiführen werden. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kann dann aber auch als Druckmittel, d. h. als eine Art „Damoklesschwert“, genutzt werden, um z. B. gewisse Zugeständnisse i. R. v. Nachverhandlungen zu verlangen.⁸³⁷ Denn dem Täuschenden wird die (verbleibende) Unsicher-

⁸²⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 94; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 38.

⁸²⁹ Bei Dauerschuldverhältnissen ist umstritten, ob nach Invollzugsetzung lediglich eine Auflösung *ex nunc* oder dennoch *ex tunc* in Betracht kommen sollte. Herrschend werden bestimmte Ausnahmen vertreten. Zu den insofern bestehenden Ausnahmen bei Arbeits- und Gesellschaftsverträgen siehe z. B. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 92 f.; vgl. auch *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 38; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 2 und 148 sowie *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 6.

⁸³⁰ BGH NJW 2019, 1446, 1447 Rn. 19 (formuliert prägnant: „Solange das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht angefochten wird, ist es gültig“); *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 466; *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 2; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25 (dazu, dass die Erklärung zunächst gilt).

⁸³¹ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 5.

⁸³² *Enneccerus/Nipperdey*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1/2, 15. Aufl. 1960, S. 1212 (die Autoren verwenden auch den Begriff der „unentschiedenen [...] Nichtigkeit“).

⁸³³ *E. Kramer*, Der Irrtum beim Vertragsschluss, 1998, S. 121 (Rn. 96) („schwebend wirksam“); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, VBem. § 116 Rn. 4 („schwebend wirksam“); ablehnend *Roth* in: Staudinger BGB, 2020, § 142 Rn. 5.

⁸³⁴ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 466 kritisiert beide Begriffe als wenig hilfreich.

⁸³⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115.1; vgl. auch *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90 spricht insofern von einem „Wahlrecht“. Ebenso *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 475.

⁸³⁶ Siehe dazu 2. Teil, A.V.

⁸³⁷ Zu Nachverhandlungen als Reaktionsmöglichkeit siehe näher unter 2. Teil, A.VII.8.

heit, der er durch die „schwebende Nichtigkeit“ ausgesetzt wird, aufgrund seines arglistigen Verhaltens jedenfalls zugemutet.⁸³⁸

Anfechtbar ist die aufgrund der Täuschung abgegebene Willenserklärung.⁸³⁹ Das Rechtsgeschäft selbst ist damit – anders als in anderen Rechtsordnungen (siehe dazu unter 3. Teil, B.) – nicht der Bezugspunkt der Anfechtungserklärung.⁸⁴⁰ Praktisch wirkt sich dies jedoch auf die hier betrachtete Fragestellung, d. h. auf die Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, nicht aus.⁸⁴¹

Grundsätzlich bezieht sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag und nicht lediglich auf den Teil (§ 139 BGB), d. h. z. B. die Klauseln, die durch die Täuschung beeinflusst wurden.⁸⁴² Denn nach dem Gesetzeswortlaut des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird die komplette Willenserklärung angefochten. Hintergrund ist die damit verbundene Rechtssicherheit und die Interessen des Getäuschten, nicht an einem (Teil-)Vertrag festgehalten zu werden, den er so nicht abgeschlossen hat und womöglich auch nicht abgeschlossen hätte.⁸⁴³ Umgekehrt kann es für die getäuschte Seite allerdings auch interessant sein, den Teil des Vertragsverhältnisses fortzusetzen, der nicht von der Täuschung betroffen ist. Würde man dementsprechend Teilanfechtungen zulassen, ließen sich Ergebnisse erzielen, die einer Anpassung zumindest nahekommen.⁸⁴⁴ Besteht der Vertrag aus zwei wirtschaftlich eigenständigen Teilen, tendiert die Rechtsprechung im Ergebnis dazu, lediglich die Anfechtung

⁸³⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115.1; vgl. auch *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 31 I = S. 557 (dazu, dass es sachgerecht ist, dass der Getäuschte über die Geltung des Rechtsgeschäfts entscheidet). Siehe *Medicus/J. Petersen*, AT des BGB, 11. Aufl. 2016, S. 349 (Rn. 805) dazu, dass für den Getäuschten die Möglichkeit besteht, die Entscheidungsmöglichkeit verbunden mit der langen Frist strategisch zu nutzen: „In dieser Frist kann der Getäuschte grundsätzlich (Einschränkung nur durch § 242) zu Lasten des Anfechtungsgegners spekulieren, nämlich abwarten, ob sich das Geschäft nicht doch noch zu seinen – des Getäuschten – Gunsten entwickelt.“

⁸³⁹ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 142 Rn. 3.

⁸⁴⁰ Vgl. zu der Thematik *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 504 ff.; siehe auch *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 9; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 142 Rn. 3.

⁸⁴¹ Generell zu der geringen praktischen Bedeutung dieses Aspekts *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 503.

⁸⁴² BGH NJW 2010, 289, 290; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115, 115.3 (der auch anmerkt, dass der BGH eine Teilanfechtung zumindest erwägt); zur Teilanfechtung *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90; zur Teilanfechtung auch *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 41.

⁸⁴³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115.3 (zur Rechtssicherheit); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90 (dazu, dass die getäuschte Seite sich nicht an einen Vertrag mit anderen Bedingungen festhalten lassen muss); dazu auch BGH NJW 2010, 289, 290.

⁸⁴⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 115.3. Für eine Teilanfechtungsmöglichkeit *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 142 Rn. 5; *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 10.

des Teils zuzulassen, den der Getäuschte aufgrund der Irreführung eingegangen ist.⁸⁴⁵ Eine tatsächliche Anpassung des Vertrags ist dagegen nicht vorgesehen.⁸⁴⁶ Anpassungsgleiche Ergebnisse können daher im Prinzip nicht über § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, sondern ggf. nur über *culpa in contrahendo* erreicht werden (dazu 4. Teil, H.IV.).

Fraglich ist, ob sich der Getäuschte nach Treu und Glauben unter Umständen daran festhalten lassen muss,⁸⁴⁷ wie er den Vertrag ohne Täuschung eingegangen wäre.⁸⁴⁸

Beispiel: Gibt der Getäuschte an, dass er, wenn er nicht durch die Täuschung den Vertrag so früh abgeschlossen hätte, ein bestimmtes Vergleichsangebot eingeholt und den entsprechenden Preis gefordert hätte, so stellt sich die Frage, ob er sich wohl am genannten Vergleichspreis festhalten lassen muss, sofern die andere Seite darauf eingeht.⁸⁴⁹

Zu bedenken ist, dass diesem Ergebnis der Vertrauensverlust durch den Getäuschten in den Täuschenden entgegengehalten werden kann (§ 242 BGB). Dies spricht dafür, anpassungsgleiche Ergebnisse gegen den Willen des Getäuschten einzuschränken. Dass der Grundsatz von Treu und Glauben überhaupt eingewandt werden kann,⁸⁵⁰ liegt auch daran, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keinen Strafcharakter besitzt. Der Täuschende soll für sein Verhalten nicht bestraft werden. Es geht vielmehr darum, die Nachteile für den Getäuschten zu beseitigen. Dies könnte dafürsprechen, dass der Getäuschte nicht allein entscheiden kann, ob ein anpassungsgleiches Ergebnis erzielt wird. Es könnte vielmehr zumindest auch darauf abgestellt werden, ob der Täuschende den Getäuschten daran festhalten möchte oder nicht. Die Entscheidung fällt an dieser Stelle nicht leicht. Hier wird vertreten, dass es nicht ausreicht, wenn anzunehmen ist, dass der Getäuschte einen entsprechend geänderten Vertrag eingegangen wäre.⁸⁵¹ Nur wenn der Getäuschte selbst angeben

⁸⁴⁵ BAG NJW 1970, 1941, 1943; dafür auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90; *Wacke*, ZRG RA 94 (1977) 184, 245 (für *dolus incidens*). Siehe allgemein zur Teilanfechtung auch *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 143 Rn. 11.

⁸⁴⁶ Diese Möglichkeit kennt das österreichische Recht (§ 870 ABGB). Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.10.

⁸⁴⁷ Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben bereits unter 2. Teil, B.I.6.

⁸⁴⁸ Wohl gegen eine entsprechende Annahme *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90. *Wacke*, ZRG RA 94 (1977) 184, 245 mit Blick auf die entsprechende schweizerische Vorschrift zur Irrtumsanfechtung (Art. 25 Abs. 2 OR). Siehe zum schweizerischen Recht auch unter 3. Teil, B.VI.

⁸⁴⁹ Speziell in Bezug auf die Anfechtung nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gegen eine entsprechende Interpretation *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 142 Rn. 3. Mit Blick auf § 142 BGB allgemein eine „Reuerecht“ ausschließend (ohne spezielle Bezugnahme auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 16; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 142 Rn. 2; *Roth* in: Staudinger BGB, 2020, § 142 Rn. 38.

⁸⁵⁰ Dazu bereits unter 2. Teil, B.I.6.

⁸⁵¹ Vgl. auch BGH NJW 2010, 289, 290 Rn. 16: „Weder muss sich der arglistig Getäuschte danach auf eine zeitliche Beschränkung der Nichtigkeitsfolge verweisen lassen, noch muss er sich

sollte, dass er den Vertrag zu den geänderten Bedingungen in Kenntnis der wahren Sachlage abgeschlossen hätte oder ihm dies konkret nachgewiesen werden kann, muss er sich wohl daran festhalten lassen.

Darüber hinaus kann dem Getäuschten auch gänzlich das Recht zur Anfechtung aufgrund von Treu und Glauben abgeschnitten sein, wenn er im Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr durch den Irrtum schlechter steht (siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.6.).⁸⁵² Konkret geht es insofern um Fälle, in denen die Realität nach Vertragsschluss aufgrund einer Änderung der Sachlage mit der zuvor vorgetäuschten Situation übereinstimmt. Dadurch entfällt der Schutzbedarf des Getäuschten und eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB scheidet aus.

Aufgrund der sogenannten Fehleridentität⁸⁵³ wirkt sich eine arglistige Täuschung regelmäßig nicht nur auf das Verpflichtungsgeschäft, sondern trotz des Abstraktionsprinzips auch auf das damit verbundene Verfügungsgeschäft aus.⁸⁵⁴ Denn es reicht insofern aus, dass „der Verfügende aufgrund der Täuschung meint, er sei (auch) zu der Verfügung verpflichtet“⁸⁵⁵. Trotzdem bedarf es einer strikt getrennten Prüfung für beide Geschäfte.⁸⁵⁶ Ist die Lüge jedoch für beide Geschäfte kausal geworden, können beide Willenserklärungen angefochten werden. Bei Täuschungen des Verkäufers über den Leistungsgegenstand ist die Lüge für den Käufer grundsätzlich sowohl für das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft (Übereignung des Kaufpreises) kausal (sog. Fehleridentität).⁸⁵⁷ Eine Anfechtungserklärung gem. § 143 BGB (dazu 2. Teil, B.I.12.) umfasst bei verständiger Würdigung der Sachlage dann regelmäßig das Verpflichtungs- sowie das Verfügungsgeschäft.⁸⁵⁸ Täuscht

grundsätzlich eine inhaltliche Beschränkung entgegenhalten lassen. Das Recht zur Arglistanfechtung eröffnet die Möglichkeit, sich von einer durch Täuschung beeinflussten Willenserklärung vollständig zu lösen. Der Erklärende wird auch nicht an einer hypothetischen Erklärung festgehalten, die er bei Kenntnis der wahren Sachlage abgegeben hätte.“; so auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 90.

⁸⁵² BGH NJW-RR 1998, 904, 906; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 90; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 152.

⁸⁵³ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 118.1 hält den Begriff für verzichtbar.

⁸⁵⁴ Vgl. zur Thematik der Fehleridentität auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 142 Rn. 5; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 142 Rn. 7; *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 142 Rn. 15.

⁸⁵⁵ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 14.

⁸⁵⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 118.1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 12. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 91 führen daher aus: „Grundsätzlich bewirkt die Anfechtung des Grundgeschäfts nicht auch die Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts, es sei denn Anfechtungsgrund und Anfechtungserklärung erstrecken sich auf beide Rechtsgeschäfte“.

⁸⁵⁷ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 91 weisen darauf hin, dass in diesem Fall die Täuschung jedoch nicht kausal für den Erwerb des Eigentums am Kaufgegenstand ist.

⁸⁵⁸ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 118.

der Käufer den Verkäufer über den Leistungsgegenstand, gilt dasselbe (bezogen auf die Übereignung des Kaufgegenstands).⁸⁵⁹

Wurde ausnahmsweise nur das Verpflichtungsgeschäft erfolgreich aufgrund arglistiger Täuschung angefochten und ist das Rechtsgeschäft damit *ex tunc* nichtig, kommt es zur Rückabwicklung gemäß den Regeln des Bereicherungsrechts (§§ 812 ff. BGB).⁸⁶⁰ Die Saldotheorie des § 818 Abs. 3 BGB findet allerdings keine Anwendung.⁸⁶¹ In der Literatur wird vertreten, dass dem Einwand der Entreichnung regelmäßig § 819 BGB entgegen gehalten werden kann.⁸⁶² Ist die Naturalrestitution auf Seiten des Getäuschten ausgeschlossen, steht dies seiner Anfechtung nicht im Weg, d. h. eine Anfechtung ist auch dann nicht treuwidrig.⁸⁶³ Wird allerdings – wie dies regelmäßig der Fall sein wird – auch das Verfügungsgeschäft erfolgreich angefochten, so führt dies dazu, dass der Anfechtungsgegner bereits kein Eigentum (am Kaufpreis bzw. dem Kaufgegenstand) erwirbt.⁸⁶⁴ Er kann dann Ansprüche gem. §§ 985, 894 BGB geltend machen.⁸⁶⁵

Im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung steht dem Täuschenden im Fall der arglistigen Täuschung kein Schadensersatz nach § 122 Abs. 1 BGB (vgl. § 122 Abs. 2 BGB) zu, da er aufgrund der vorsätzlichen Irreführung immer um den Anfechtungsgrund weiß bzw. sich das Wissen zurechnen lassen muss.

14. Anfechtungsfrist

Wer seine Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung anfechten möchte, muss die Anfechtung innerhalb der von § 124 Abs. 1 BGB vorgegebenen Anfechtungsfrist erklären. Da vor allem empfangsbedürftige Willenserklärungen im Zentrum

⁸⁵⁹ RGZ 70, 55, 57; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 91; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 101.

⁸⁶⁰ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 117, vgl. auch *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 38; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 97 und *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 25.

⁸⁶¹ BGH NJW 1972, 36, 39; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 97; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 117; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 38. Zur Kritik an dieser Entscheidung siehe *Schwab* in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 818 Rn. 256 ff.

⁸⁶² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 117; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 97. Allg. zu § 819 BGB *Buck-Heeb* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 819 Rn. 2.

⁸⁶³ BGH NJW 1985, 2579, 2580: „Daß dem Käufer, der den Kaufvertrag zu Recht wegen arglistiger Täuschung angefochten hat, die Rückerstattung der anfechtbar erworbenen Sache in dem Zustand, wie er sie empfangen hat, unmöglich wird, steht aber der Wirksamkeit der Anfechtung nicht entgegen“; BGH NJW 1970, 656, 657; BGH NJW 1972, 36, 39; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 92.

⁸⁶⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 13.

⁸⁶⁵ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 142 Rn. 7; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 13.

des unternehmerischen Geschäftsverkehrs stehen, soll im Folgenden allein auf diese eingegangen werden.

Die Anfechtungsfrist beträgt gem. § 124 Abs. 1 BGB ein Jahr. Die Jahresfrist gilt unabhängig davon, ob der Vertragspartner getäuscht hat oder ein Fall des § 123 Abs. 2 BGB vorliegt.⁸⁶⁶ Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Getäuschte die Irreführung erkennt (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB). Die Anfechtungsfrist im Fall der arglistigen Täuschung ist damit länger als bei den Irrtumsanfechtungen und der Falschübermittlung, bei welchen sie nur unverzüglich erfolgen kann (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB).⁸⁶⁷ Das liegt daran, dass die Person, die sich irrt, da sie arglistig getäuscht wurde, als schutzwürdiger eingestuft wird als eine Person, die sich ohne Einfluss der Gegenseite irrt oder gegenüber der die Gegenseite lediglich eine grob fahrlässige Irreführung begangen hat. Das bedeutet umgekehrt zugleich, dass der Vertragspartner im Fall der arglistigen Täuschung als nicht schutzwürdig eingestuft wird, während dies in den anderen Irrtumsfällen nicht der Fall ist.⁸⁶⁸ Dass dennoch eine Frist für die arglistige Täuschung festgelegt wird, liegt u. a. daran, dass auch im Sinn der Rechtssicherheit der Schwebezustand irgendwann enden soll.⁸⁶⁹ Es besteht ein generelles Interesse des Rechtsverkehrs daran, dass Transaktionen Bestand haben und nach einer bestimmten Zeit nicht mehr ihre Nichtigkeit befürchtet werden muss.⁸⁷⁰ § 124 Abs. 3 BGB regelt daher neben der Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB noch eine Ausschlussfrist, wonach nach zehn Jahren eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ausgeschlossen ist. Diese Frist greift unabhängig davon, ob der Anfechtungsberechtigte die Lüge erkennt.⁸⁷¹ Die Festle-

⁸⁶⁶ Kritisch zur Jahresfrist, wenn die Anfechtung nicht gegenüber dem Täuschenden erklärt wird *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 27, 3 = S. 531 f.

⁸⁶⁷ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 1. Diese Frist als Begünstigung des Anfechtenden interpretierend *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 486.

⁸⁶⁸ Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 1 zum unterschiedlichen Schutzbedürfnis. Zur geringeren Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners im Fall der arglistigen Täuschung auch *Medicus/J. Petersen*, AT des BGB, 11. Aufl. 2016, S. 349 (Rn. 805); vgl. auch *Egle*, Die „ex tunc“-Nichtigkeit von Dauerschuldverhältnissen nach § 142 Abs. 1 BGB, 2020, S. 61.

⁸⁶⁹ *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 104 (S. 468): „Die Ungewißheit, ob eine durch widerrechtliche Drohung oder durch Betrug hervorgerufene Willenserklärung angefochten wird, muss zeitlich eine Grenze haben. Dem Anfechtungsberechtigten darf nicht freistehen, sich nach Gutdünken unentschieden zu verhalten. So wenig Rücksichtnahme das Gebahren des Drohenden oder Betrügers verdient, so darf doch dem Anfechtungsberechtigten nicht die Möglichkeit gewährt werden, die Rechtslage auf dessen Kosten auszubeuten“. Siehe auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 1; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 124 Rn. 1.

⁸⁷⁰ Zum Verkehrsschutz vergleiche u. a. *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 126. Kritischer hingegen *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 492, der zu Recht anmerkt, dass lange Fristen, wie z. B. die 10-jährige Ausschlussfrist, den Verkehrsschutz kaum begünstigen.

⁸⁷¹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 15; ähnlich auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 8, die angeben, dass es nicht darauf ankommt, wann der Getäuschte die Lüge erkennt; vgl. auch *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2,

gung dieser Frist dient ebenfalls dem Interesse des Rechtsverkehrs an Sicherheit und dem Bestand von Transaktionen. Zumindest nach zehn Jahren soll es keinen Schwebezustand mehr geben.⁸⁷² Zu diesem Zeitpunkt wird dem Rechtsfrieden Vorrang vor dem Individualinteresse gewährt.⁸⁷³ Aus wertungsmäßiger Sicht und auch unter Berücksichtigung des Ziels des Verkehrsschutzes ist die Ausschlussfrist von zehn Jahren sehr lang,⁸⁷⁴ wenn man bedenkt, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keine Erheblichkeitsschwelle⁸⁷⁵ kennt. Dass in der Praxis nicht häufiger lange nach der Täuschung angefochten wird, liegt sicherlich u. a. daran, dass in vielen dieser Fälle die Nichtigkeit *ex tunc* selbst vom Getäuschten nicht gewünscht wird. Gerade in solchen Fällen könnte zudem häufiger der Einwand der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) greifen (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.6.).

Der Fristbeginn für die einjährige Anfechtungsfrist setzt positive Kenntnis der Fehlvorstellung und des Vorsatzes voraus.⁸⁷⁶ Allein die Kenntnis über die Fehlvorstellung führt also nicht zum Fristbeginn, es muss der getäuschten Seite vielmehr auch der Vorsatz bekannt sein.⁸⁷⁷ Es kann nicht darauf ankommen, wann der Getäuschte realisiert, dass sich die Täuschung ausgewirkt hat, d. h. dass insofern Kausalität vorliegt. Es ist anzunehmen, dass für den Getäuschten ab dem Zeitpunkt der positiven Kenntnis der Fehlvorstellung und des Vorsatzes die Möglichkeit besteht, das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Kausalität einzuschätzen.⁸⁷⁸ Der Fristbe-

14. Aufl. 2023, § 124 Rn. 7 der darauf aufmerksam macht, dass der Getäuschte da ggf. nie „in der Lage war, sein Anfechtungsrecht auszuüben“.

⁸⁷² Die Diskussion darüber, ob die Anfechtungsfrist und die Ausschlussfrist dem Vertrauensschutz dienen oder nicht, soll hier ausgeklammert werden. Gleiches gilt für die Debatte, ob die Fristen im Zusammenhang mit der Selbstverantwortung stehen oder ob sie lediglich Abbild der Lebenswirklichkeit sind. Siehe zu beidem u. a. *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 489 ff., 493 ff. und 495 ff.

⁸⁷³ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 486 (und 493), der kritisiert, dass „den Interessen des Anfechtungsgegners nur wenig Genüge getan wurde“.

⁸⁷⁴ So auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 486; *Althammer/Löhnig*, AcP 205 (2005), 520, 525 (allg.: „die lange Frist des § 124 III BGB“); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 2 („recht großzügige Regelung“); *Schack*, KUR 2017, 130, 132 (Fn. 28) (zur gleich langen Frist des § 121 Abs. 2 BGB [„Die absolute Ausschlussfrist von zehn Jahren ab Abgabe der Willenserklärung in § 121 II BGB erscheint in diesen Fällen unerträglich lang“]). Anders für den Spezialfall der Berufsunfähigkeitsversicherung: *K.-J. Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl. 2020, Kapitel 21 Rn. 382 („Die Frist sollte daher ganz abgeschafft oder deutlich verlängert werden.“).

⁸⁷⁵ Zum Regelungsinstrument der Erheblichkeitsschwelle siehe näher unter 3. Teil, C.II.3.c).

⁸⁷⁶ BGH BeckRS 2012, 4949 (Rz 11); OLG Hamm RdTW 2014, 158, 166; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 124 Rn. 4.

⁸⁷⁷ BGH BeckRS 2012, 4949 (Rz 11); OLG Hamm RdTW 2014, 158, 166; auf die notwendige Kenntnis der „arglistig[en] Herbeiführung“ verweisend *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3.

⁸⁷⁸ Dazu, dass es auf diesen Zeitpunkt ankommt (nicht konkret zur Kausalität) *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 4.

ginn ist allerdings unabhängig vom Vorliegen von Beweismitteln.⁸⁷⁹ Das Zusammentragen der Beweismittel ist daher eine Aufgabe, die während der Anfechtungsfrist, d. h. innerhalb eines Jahres, vorgenommen werden sollte. Bestehen bezüglich der Täuschung lediglich Verdachtsmomente, reicht dies nicht aus, um die Frist in Gang zu setzen. § 124 Abs. 2, S. 1, 1. Alt. BGB setzt vielmehr konkrete Kenntnis voraus. Kennenmüssen genügt somit nicht.⁸⁸⁰ Das heißt, die Frist beginnt im Fall einer fahrlässigen Unkenntnis nicht zu laufen.⁸⁸¹ Insofern besteht zudem keine Nachforschungspflicht des Getäuschten.⁸⁸² Diese Überlegungen sind besonders für die hier im Vordergrund stehenden Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands zentral. Denn in einigen Fällen wird die getäuschte Seite wohl relativ früh Verdachtsmomente gehabt haben, ohne konkret gewusst zu haben, dass sie von der anderen Seite getäuscht wurde. Es wird jedoch umgekehrt auch nicht verlangt, dass der Getäuschte jeden Einzelaspekt der Irreführung erkennen muss. Es reicht aus, dass er aus der Gesamtsituation heraus erkennt, dass er über einen bestimmten Aspekt arglistig getäuscht wurde.⁸⁸³

Die Fristberechnung richtet sich nach §§ 186 ff. BGB. Die Frist beginnt danach an dem Tag, nachdem der Getäuschte die Irreführung erkennt (§ 187 Abs. 1 BGB), was im Umkehrschluss bedeutet, dass der Tag der Entdeckung nicht mitzählt.⁸⁸⁴ Der Ablauf der Frist kann auch gehemmt werden. Es gelten insofern die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung der §§ 206, 210 f. BGB entsprechend (§ 124 Abs. 2, S. 2 BGB). Für Verhandlungen könnte am ehesten der Grund der höheren Gewalt in Betracht kommen.

Der Ablauf der Frist richtet sich nach § 188 Abs. 2 BGB. Daraus ergibt sich, dass die Anfechtungsfrist „mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des

⁸⁷⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3; in diese Richtung wohl auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 3.

⁸⁸⁰ BGH, Urteil vom 26.04.1973 – III ZR 116/71; BGH, Beschl. v. 09.11.2011 – IV ZR 40/09; OLG Hamm RdTW 2014, 158, 166; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 124 Rn. 6; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 2; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 124 Rn. 4; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 27, 3 = S. 531.

⁸⁸¹ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 2; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 4; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3.

⁸⁸² *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 4; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3.

⁸⁸³ BGH NJW 2009, 2532, 2533; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 2; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 4; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 5; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 3.

⁸⁸⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 8. Generell zur Anwendbarkeit der Vorschrift *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 8.

letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht⁸⁸⁵, an dem der Getäuschte die arglistige Täuschung realisiert, endet. Der Getäuschte, der die Irreführung erkennt, darf die Frist voll ausnutzen, d. h. er kann z. B. elf Monate warten, ehe er die Anfechtung erklärt.⁸⁸⁶ Ein entsprechendes Verhalten verstößt nicht gegen Treu und Glauben.⁸⁸⁷ Insofern ist jedoch zu bedenken, dass es dadurch dem Getäuschten unter Umständen schwerer fallen mag, die Kausalität zu beweisen, sofern er zunächst völlig untätig bleibt (zur Beweisführung bereits unter 2. Teil, B.I.11.b)bb)). In Ausnahmefällen⁸⁸⁸ kann zudem eine Verwirkung des Rechts vor Ablauf der Frist greifen. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Anfechtung auch vor Ablauf der Frist gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße.⁸⁸⁹

Für die Rechtzeitigkeit der Anfechtung kommt es auf den Zugang der Anfechtungserklärung an (§ 130 Abs. 1, S. 1 BGB); allein das fristgerechte Absenden genügt daher nicht.⁸⁹⁰ Da es sich bei der Frist des § 124 Abs. 1 BGB um eine Ausschlussfrist handelt, erlischt das Anfechtungsrecht des Getäuschten mit Ablauf dieser Frist.⁸⁹¹ Die Frist gilt dabei lediglich für das Anfechtungsrecht. Andere Ansprüche, für die andere Fristen gelten, sind davon nicht betroffen.⁸⁹² Für Schadensersatzansprüche gem. *culpa in contrahendo*, die auf der arglistigen Täuschung basieren, ist umstritten, ob die Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB analog gilt. In der

⁸⁸⁵ § 188 Abs. 2 BGB.

⁸⁸⁶ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 91; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 12; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 124 Rn. 1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 124 Rn. 2.

⁸⁸⁷ LG Karlsruhe BeckRS 2013, 10736; für die Verwirkung des Anfechtungsrechts vor Ablauf der Jahresfrist ganz besondere Umstände fordernd BGH NJW 1971, 1795, 1800; ebenso BAG NZA 2008, 348, 352 Rn. 45; vgl. auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 91; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 131.

⁸⁸⁸ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 9; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 11.

⁸⁸⁹ Zur Verwirkung nach einer bestimmten Zeit siehe *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 11 f. Vgl. auch BGHZ 107, 368, 375 f. (im konkreten Fall wurde eine Verwirkung angenommen, da sich der Getäuschte „in einer diesem Tatbestand gleichwertigen oder gar schwererwiegenden Art und Weise“ verhielt). Vgl. zudem *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 95 zu einer arbeitsrechtlichen Situation.

⁸⁹⁰ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 10; vgl. auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 7 zum Verzögerungsrisiko, welches beim Absender liegt.

⁸⁹¹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 11; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 124 Rn. 2.

⁸⁹² *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 124 Rn. 1; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 124 Rn. 9; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 124 Rn. 11; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 103 (für Gewährleistungsrechte); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 123; BGH NJW 1998, 302, 303 f.; OLG Bremen NJW-RR 2019, 200, 202 Rn. 21 (für deliktische Ansprüche); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 124 Rn. 6.1.

Literatur wird oftmals für eine analoge Anwendung des § 124 Abs. 1 BGB plädiert, während die Rechtsprechung dies ablehnt.⁸⁹³

15. Vertragliche Abdingbarkeit

Es verbleibt zu erörtern, ob und, wenn ja, inwiefern § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr dispositiv ist. Denn dies könnte die Problematik um die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ggf. entspannen. Denn im Fall der Dispositivität könnten die Verhandlungsparteien theoretisch zumindest einen gewissen „Täuschungsspielraum“ vereinbaren.

Im Ergebnis geht die h. A. jedoch davon aus, dass die Parteien die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung selbst außerhalb von AGB nur in einem engen Rahmen abbedingen können.⁸⁹⁴ Ausgeschlossen ist eine entsprechende im Voraus getroffene vertragliche Abrede für Fälle, in denen die Geschäftspartner bzw. Personen, die nicht als Dritte i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB (dazu unter 2. Teil, B.I.9.a)) einzuordnen sind, arglistig täuschen.⁸⁹⁵ Dies ist mit Blick auf § 276 Abs. 3 BGB, der den Haftungsausschluss bei Vorsatz regelt, systemstimmig.⁸⁹⁶ Die Vertragspartner können somit nicht im Voraus auf ihr Anfechtungsrecht verzichten. Das gilt sowohl für entsprechende Vereinbarungen in AGB als auch für individualvertrag-

⁸⁹³ Für eine (analoge) Anwendung der Jahresfrist jedoch OLG Hamm NJW-RR 1995, 205, 206; in der Literatur *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 104; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 104; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 187f.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 157ff.; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 111; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 124 Rn. 2. Die Rechtsprechung folgt dieser Ansicht jedoch nicht BGH NJW 2013, 1591, 1591 Rn. 9; BGH NJW-RR 2002, 308, 310. Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 124 Rn. 1.

⁸⁹⁴ BGH NJW 2007, 1058, 1058f. (Rn. 18); BGH NJW 2012, 296, 298 (Rn. 27); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 87; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 121; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 1; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 16.

⁸⁹⁵ BGH NJW 2007, 1058, 1058f. (Rn. 18); BGH NJW 2012, 296, 298 (Rn. 27); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 16; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 87; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023; § 123 Rn. 121; vgl. auch *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 1; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 3 (zur grds. Nichtabdingbarkeit); vgl. auch *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 18. So auch bereits *Kublenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 442f. (der dies aus dem römischen Recht ableitet). *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96 mahnen, diesen Grundsatz nicht zu verabsolutieren. Sie befürworten eine Einschränkung, wenn „dieser Schutz unter gleich starken Partnern in freier Selbstbestimmung aufgegeben wird und der Verzicht einem berechtigten Interesse dient“. Zur Situation eines durch den Vertrag begünstigten Dritten siehe BGH NJW 2012, 206, 298 (Rn. 27ff.).

⁸⁹⁶ Siehe dazu statt vieler *Grundmann* in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 182; *S. Lorenz* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 276 Rn. 46.

liche Abreden,⁸⁹⁷ und zwar unabhängig davon, ob es sich um B2C- oder B2B-Verträge handelt. Es ist den Parteien allerdings möglich, nach Entdeckung der Täuschung einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu vereinbaren.⁸⁹⁸ Allerdings kann dies grundsätzlich nicht im Rahmen von AGB geschehen (vgl. § 307 Abs. 2, Nr. 2 BGB),⁸⁹⁹ sondern bedarf einer Individualvereinbarung.⁹⁰⁰

Sollte man daher annehmen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB praktisch alle vorsätzlichen, kausalen Täuschungen auch außerhalb des Vertragsgegenstands erfasst (z. B. Täuschungen über die eigene Verhandlungsmacht), bestünde für die Parteien noch nicht einmal theoretisch die Möglichkeit, diesen hohen Standard durch vertragliche Regelungen im Voraus abzubedingen. Im Ergebnis gewährt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in seiner jetzigen Form den Parteien daher keine Opt-out-Möglichkeit. Eine solche würde aber in der Praxis von den Parteien wohl nicht extensiv genutzt werden. Dies wird noch einmal näher unter 5. Teil, A.IV.1. ausgeführt.

Der getäuschten Seite wird jedoch zumindest zugestanden, nach Entdeckung der Lüge auf ihr Anfechtungsrecht zu verzichten bzw. einen Verzicht mit der täuschenden Seite zu vereinbaren.⁹⁰¹ Fraglich ist, wann ein solcher Verzicht vorliegt. Allein in der Tatsache, dass die getäuschte Seite zunächst trotz Kenntnis der Täuschung nicht anfechtet, kann kein Verzicht gesehen werden (zu den sich daraus möglicherweise ergebenden Problemen beim Nachweis der Kausalität siehe 2. Teil, B.I.11.b)bb)). Auch wenn die getäuschte Seite in Nachverhandlungen eintritt, ist darin kein Verzicht auf die Anfechtung zu sehen.⁹⁰² Im Gegenteil zeigt die getäuschte Seite dadurch, dass sie mit der Situation aufgrund des Bluffs unzufrieden ist und nutzt die „drohende“ Anfechtung ggf. sogar, um ihre Forderungen durchzusetzen. Fraglich ist allerdings, ob ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht in einer

⁸⁹⁷ Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 19 = S. 401 f. (nur in Bezug auf individualvertragliche Abreden); *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 1044; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 61a; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96; anders und differenzierend: *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 802.

⁸⁹⁸ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 17; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96.

⁸⁹⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 17; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 121 (generell zum Eingreifen der Inhaltskontrolle); vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1.

⁹⁰⁰ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 17; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96.

⁹⁰¹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 17; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96.

⁹⁰² In diese Richtung BGH NJW 1958, 177, 177 zu Wandlung und Schadensersatz („Verlangt der zur Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung berechnete Käufer in Kenntnis dieses Rechts vor Erhebung der Klage Wandlung und gleichzeitig Schadensersatz nach Gewährleistungsrecht, so liegt darin grundsätzlich keine Bestätigung des anfechtbaren Kaufvertrages, da dieses Verlangen allein noch nicht den Willen erkennen lässt, daß der Käufer die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung unterlassen und dieses Recht aufgeben will.“).

im Rahmen von Nachverhandlungen erzielten Einigung gesehen werden kann (z.B. einer vereinbarten Kaufpreisreduktion). Um Unsicherheiten zu vermeiden, kann die getäuschte Seite explizit (innerhalb einer Individualvereinbarung) auf die Anfechtung verzichten. Aber nach hier vertretener Ansicht kann u.U. auch die erfolgreiche Nachverhandlung konkludent einen Verzicht auf die Anfechtung enthalten.

16. Zwischenergebnis zum rechtlichen Status quo des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

Die Analyse des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB hat gezeigt, dass es nach dem derzeitigen Status quo praktisch keine Möglichkeit gibt, zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen zu differenzieren. Eine Ausnahme dazu bildet das „Recht zur Lüge“ auf unzulässige Fragen, welches oft auf die Rechtswidrigkeit gestützt wird. Der „Täuschungsspielraum“, der diesbezüglich diskutiert wird, ist allerdings für die hier im Zentrum stehenden Lügen im unternehmerischen Bereich – wenn überhaupt⁹⁰³ – marginal. Denn Täuschungen zum Schutz vor potenzieller Diskriminierung stehen in unternehmerischen Verhandlungen gerade nicht im Vordergrund. Auch der „Täuschungsspielraum“, der durch die marktschreierischen Anpreisungen erzielt werden kann, ist für unternehmerische Verhandlungen als gering einzuschätzen.

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB umfasst somit grundsätzlich gemäß dem aktuellen Diskussionsstand auch Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (zu den einzelnen Taktiken näher unter 2. Teil, A.VI.). Aufgrund der Beweislastverteilung und den entsprechenden prozessrechtlichen Regeln, die viel Spielraum lassen, könnte die Anfechtung in einigen Fällen aber dennoch scheitern. So könnte im Einzelfall z.B. die Kausalität abgelehnt werden und der Bluff die getäuschte Seite daher doch nicht zur Anfechtung berechtigen. Ob dies wünschenswert ist und inwieweit dies die erstrebenswerte Lösung widerspiegeln würde, wird unter 5. Teil, A.III.1. diskutiert. Da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zudem nicht im Voraus von den Parteien für bestimmte Bluffs abbedungen werden kann, können die Vertragsparteien die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen nicht privatautonom regeln.

II. Bewertung ausgewählter Täuschungskonstellationen, insbesondere mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung

Ziel des folgenden Abschnitts ist es, zu ermitteln, wie insbesondere die Rechtsprechung bestimmte konkrete Täuschungen mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beurteilt. Es geht vor allem darum, zu ermitteln, ob zu den verschiedenen Bluffs überhaupt Rechtsprechung vorliegt und, wenn ja, wie diese Fälle entschieden wur-

⁹⁰³ Sofern angenommen wird, dass diese Ausnahmen auch im B2B-Bereich gelten.

den. Dadurch kann aufgezeigt werden, ob sich die Rechtsprechung bereits mit der Problematik befasst hat und, wenn ja, ob sie zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im unternehmerischen Rechtsverkehr unterscheidet. Ohne das Ergebnis vorwegnehmen zu wollen, wird die Analyse allerdings zeigen, dass zu vielen Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis i. e. S. und Leistung) und der Vertragsparteien keine bzw. kaum Rechtsprechung vorliegt. Daher wird im Anschluss an die Auswertung der Rechtsprechung noch zu diskutieren bleiben, worin das Fehlen entsprechender Entscheidungen begründet liegt (siehe dazu unter 2. Teil, B.II.3.).

1. Überblick

Ein allgemeiner Blick in die Rechtsprechung verdeutlicht zunächst, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine sehr relevante Norm ist. Sucht man bei beck-online⁹⁰⁴ in BeckRS nach „§ 123 BGB“ und grenzt die Ergebnisse auf das bürgerliche Recht und die ordentliche Gerichtsbarkeit ein, so werden 987 Entscheidungen von OLGs, 635 Urteile von LGs, 247 Entscheidungen des BGH, 125 Urteile von Amtsgerichten und 5 Urteile des Bayerischen Obersten Landgerichts angezeigt.⁹⁰⁵ Zusammengenommen werden somit insgesamt 1.999 Urteile aufgeführt. Insofern ist allerdings zu bedenken, dass dies auch Fälle von Drohung und nicht lediglich von arglistiger Täuschung umfasst. Geht man daher bei der Auswahl anders vor und sucht stattdessen in der BeckRS nach „arglistige(r) Täuschung“ unter Eingrenzung auf das bürgerliche Recht und die ordentlichen Gerichte, so werden allerdings noch viel mehr Urteile aufgelistet – konkret mehr als 4.000. Beschränkt man sich daher auf Urteile, die die Bezeichnung „arglistige Täuschung“ sogar im Titel verwenden,⁹⁰⁶ so werden immerhin noch 334 Urteile von OLGs, 244 Urteile von LGs, 74 Entscheidungen des BGH, 51 Amtsgerichtsurteile und 2 Urteile des Bayerischen Obersten Landgerichts angezeigt.⁹⁰⁷ Dies ergibt insgesamt 705 Urteile. Der Norm kommt damit in jedem Fall auch in der gerichtlichen Entscheidungspraxis hohe praktische Relevanz zu. Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht zur erörterten Auswertung.

⁹⁰⁴ Die im Folgenden genannten Ergebnisse basieren auf dem Stand vom 14.12.2023.

⁹⁰⁵ Außerdem wird noch eine Entscheidung des Bundespatentgerichts und eine Entscheidung eines Dienstgerichts aufgelistet.

⁹⁰⁶ Dies kann als Hinweis darauf gesehen werden, dass die arglistige Täuschung im Urteil eine zentrale Rolle spielt.

⁹⁰⁷ Außerdem wird eine Entscheidung des Bundespatentgerichts angezeigt.

Beck-online – BeckRS-Entscheidungen			
Suchkriterium \ Gericht ⁹⁰⁸	§ 123 BGB – bürgerliches Recht – ordent- liche Gerichte	Arglistige Tä- uschung – bürger- liches Recht – or- dentliche Gerichte	Arglistige Täuschung im Titel – bürger- liches Recht – ordent- liche Gerichte
BGH	247	457	74
OLG	987	> 2.000	334
Bayrisches Oberstes Landgericht	5	10	2
LG	635	> 1.000	244
Amtsgerichte	125	137	51
Gesamt	> 1.999	> 4.000	705

Abb. 17: Entscheidungen zu § 123 BGB in Beck-online

Eine alternative Suche nach Urteilen bei Juris⁹⁰⁹ führt zu folgenden Ergebnissen und unterstreicht ebenfalls die hohe praktische Relevanz der arglistigen Täuschung.

juris			
Suchkriterium \ Gericht	§ 123 BGB – bürgerliches Recht – ordent- liche Gerichts- barkeit	Arglistige Tä- uschung – bürger- liches Recht – or- dentliche Gerichts- barkeit	Arglistige Täuschung + § 123 BGB – bürgerliches Recht – ordentliche Gerichts- barkeit
BGH	326	1.114	254
OLG/Kammergericht	866	3.415	697
LG	431	1.546	345
Amtsgerichte	81	248	63
Gesamt	1.704	6.323	1.359

Abb. 18: Entscheidungen zu § 123 BGB in juris

⁹⁰⁸ Urteile anderer Gerichte (wie bspw. der Dienstgerichte) werden in der Tabelle nicht aufgeführt.

⁹⁰⁹ Die im Folgenden genannten Ergebnisse basieren auf dem Stand vom 14.12.2023. Entscheidungen des Bundespatentgerichts werden nicht gelistet. Auch die Kategorie „Sonstige Gerichte“ bleibt unberücksichtigt.

2. Ausgewählte Entscheidungen

a) Täuschungen über den Leistungsgegenstand

Wie soeben unter 2. Teil, B.I. ausgeführt, scheint § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB der getäuschten Partei ein sehr weitreichendes Anfechtungsrecht zuzugestehen, zu dem nur minimale Einschränkungen anerkannt sind. Was Lügen über den Leistungsgegenstand betrifft, also beim Kauf z. B. die Produkteigenschaften, so spiegelt sich dies auch – fast ausnahmslos – in den vorliegenden Entscheidungen wider.⁹¹⁰ Mit Blick auf Autoverkäufe lassen sich z. B. zahlreiche Urteile finden.⁹¹¹ Ein Anfechtungsrecht besteht für die getäuschte Seite beispielsweise, wenn ein Autoverkäufer darüber irreführt, ob es sich um einen Unfallwagen handelt.⁹¹² Lügen darüber, dass das Fahrzeug kein Reimport ist,⁹¹³ sowie Bluffs über die Kilometerleistung des Fahrzeugs⁹¹⁴ berechtigen ebenfalls zur Anfechtung. Lag der Zeitpunkt der Herstellung eines Autos 24 Monate vor Veräußerung, wird eine arglistige Täuschung bejaht, wenn der Händler das Auto als Neuwagen deklariert.⁹¹⁵ Gibt ein Autoverkäufer in einer Zeitungsannonce an, dass die „Bremsen [...] neu“ seien und das Fahrzeug „von Privat“ verkauft werde und entspricht dies nicht den Tatsachen, so kann ebenfalls angefochten werden.⁹¹⁶ Wird ein Gebrauchtwagen als „scheckheftgepflegt“ bezeichnet, obwohl dies nicht zutrifft, so kann die getäuschte Seite ebenfalls anfechten.⁹¹⁷ Bei Grundstücken darf z. B. nicht darüber getäuscht werden, dass das Grundstück früher als Mülldeponie verwendet wurde.⁹¹⁸ Auch über einen Borkenkäferbefall des Dachgebälks⁹¹⁹ oder Feuchtigkeit an den Kellerwän-

⁹¹⁰ Dies bereits feststellend S. Jung, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 991. Aus der Vielzahl der Entscheidungen vgl. als prägnante Beispiele (auf die im Folgenden auch näher eingegangen wird): BGH BeckRS 1954, 31373407; siehe auch BGH NJW 1967, 1222, 1222f.; OLG Bremen DAR 1980, 373, 373; BGH NJW 1960, 237, 237ff.; OLG Köln NJW-RR 1988, 1136, 1136; OLG Dresden BeckRS 2019, 34744; BGH NJW-RR 1988, 1290, 1290f.; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 12046; BGH NJW-RR 1992, 333, 334; OLG Koblenz VersR 2004, 1057,1058; OLG Rostock BeckRS 2009, 27260. *Moritz* in: *jurisPK-BGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 18ff. listet viele Beispiele zu den einzelnen Vertragstypen auf.

⁹¹¹ Einen Überblick zu den entsprechenden Entscheidungen gebend *Eggert*, DAR 2015, 43, 43ff.

⁹¹² Unter Umständen wird hier sogar von einer Aufklärungspflicht des Verkäufers ausgegangen. Siehe zur Unfallfreiheit z. B. BGH BeckRS 1954, 31373407; siehe auch BGH NJW 1967, 1222, 1222f.; OLG Bremen DAR 1980, 373, 373; OLG Frankfurt VersR 1981, 388, 388f.; OLG Saarbrücken, BeckRS 2020, 43130.

⁹¹³ Diesbezüglich wurde teilweise sogar eine Aufklärungspflicht des Verkäufers bejaht. Siehe OLG Naumburg DAR 2006, 327, 328; a. A. bezüglich der Aufklärungspflicht KG Berlin BeckRS 2015, 2610.

⁹¹⁴ BGH NJW 1960, 237, 237f.; OLG Köln NJW-RR 1988, 1136, 1136.

⁹¹⁵ OLG Dresden BeckRS 2019, 34744.

⁹¹⁶ KG Berlin OLGZ 1972, 402, 402ff.

⁹¹⁷ LG Paderborn DAR 2000, 275, 275 (Ls.); AG München BeckRS 2018, 17909 (Rn. 18).

⁹¹⁸ BGH NJW 1992, 1953, 1954; BGH NJW 1995, 1549, 1549f.

⁹¹⁹ Im Fall von Schäden im erheblichen Umfang besteht sogar eine Aufklärungspflicht BGH NJW 1965, 34, 34; BGH BeckRS 1963, 31188373.

den⁹²⁰ darf nicht geblufft werden. Lügen über das Baujahr eines Gebäudes berechnen die getäuschte Seite ebenfalls zur Anfechtung.⁹²¹ In diesem Zusammenhang darf außerdem nicht über den Baubeginn getäuscht werden.⁹²² Wird nach aktuellen Schäden gefragt (z.B. Risse an einem Haus), müssen hingegen alte Schäden, die sachgerecht behoben wurden, nicht genannt werden.⁹²³ Über das Alter eines Orientteppichs darf ebenfalls nicht geblufft werden.⁹²⁴

Wie bereits oben ausgeführt (siehe unter 2. Teil, B.I.5.d)), bedarf es grundsätzlich nicht des Nachweises eines Schadens.⁹²⁵ Indirekt können jedoch sehr geringe Nachteile in der gerichtlichen Praxis dazu führen, dass die Kausalität abgelehnt wird.⁹²⁶ In einem konkreten Fall ging es bspw. um den Schaden bzgl. eines Hausgrundstücks in Höhe von 1,71 % des Kaufpreises. Insofern scheiterte die Anfechtung an der Kausalität.⁹²⁷ Allerdings ging es in diesem Fall um eine unterlassene Aufklärung⁹²⁸ und nicht um die hier im Vordergrund stehenden aktiven Täuschungen. In einem anderen Grundstückskaufvertrag wurde von der Rechtsprechung eine vergleichbare Argumentation genutzt.⁹²⁹ Bei geringfügigen Täuschungen über den Leistungsgegenstand besteht damit in der gerichtlichen Praxis – entgegen den obigen Ausführungen⁹³⁰ – das Risiko, dass die Anfechtung wegen verneinter Kausalität nicht erfolgreich ist.

b) Täuschungen über Preise, Kosten u. ä.

Lügen über den Preis bzw. Kosten rechtfertigen oftmals ebenfalls eine Anfechtung.⁹³¹ So steht der getäuschten Seite z.B. im Fall einer fälschlichen Bezeichnung

⁹²⁰ Insofern besteht sogar eine Aufklärungspflicht BGH NJW-RR 1992, 333, 334; OLG Koblenz VersR 2004, 1057, 1058.

⁹²¹ OLG Rostock BeckRS 2009, 27260.

⁹²² BGH NJW 2007, 3200, 3202 (im konkreten Fall ging es in diesem Zusammenhang auch um eine Täuschung über steuerliche Vorteile).

⁹²³ OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 13427.

⁹²⁴ BGH WM 1977, 260, 260ff.

⁹²⁵ Die getäuschte Seite kann vielmehr auch ohne einen Vermögensschaden anfechten. BGH BeckRS 1973, 31123496; BGH NJW 1979, 1983, 1984; BGH NJW 1998, 302, 304; so in der Literatur auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 314; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 112.1; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 17.

⁹²⁶ So in der Literatur *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; ähnlich wohl auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.3.

⁹²⁷ OLG Celle MDR 1998, 962, 962.

⁹²⁸ OLG Celle MDR 1998, 962, 962.

⁹²⁹ LG Hamburg BeckRS 2011, 14923 (wobei nicht geklärt wurde, ob es lediglich um das Verschweigen von Mängeln oder auch um falsche Garantien ging).

⁹³⁰ Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.6.

⁹³¹ Dies bereits überblicksartig ausführend *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 991 f.; vgl. auch *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 26.

als „Freundschaftspreis“⁹³², „ordentlicher Preis/besonders günstiger Preis“⁹³³, „Sonderpreis“⁹³⁴, „Referenzkunde, Vertrag günstiger als ohne Referenzkunde zu sein“⁹³⁵ oder „unverbindlichen Herstellerpreisempfehlung“⁹³⁶ ein Anfechtungsrecht zu.⁹³⁷ Gleiches gilt, wenn der Preis für einen Gebrauchtwagen damit beworben wird, dass er für ein vergleichbares Fahrzeug gemäß der Schwacke-Liste höher liege.⁹³⁸ Zwar zielt die Rechtsprechung vor allem darauf ab, in entsprechenden B2C-Situationen Anfechtungen zu gestatten.⁹³⁹ Zumindest ein Teil der Urteile zeigt jedoch, dass damit unter Umständen auch in B2B-Fällen zu rechnen ist.⁹⁴⁰ Ein Anfechtungsrecht besteht darüber hinaus, wenn über Verdienstspannen bzw. Gewinnmargen sowie Einstandspreise und Selbstkosten gelogen wird.⁹⁴¹ Gleiches gilt, wenn über andere Aspekte, die in die Preisberechnung einfließen (wie z. B. Entschädigungszahlungen) getäuscht wird.⁹⁴² Wird vom Kaufpreis eines Unternehmens pauschal ein Betrag für offene Gutscheine abgezogen, kann darin ebenfalls eine Täuschung liegen, wenn der wahre Betrag für die offenen Gutscheine viel höher liegt.⁹⁴³ Lügen über Provisionen⁹⁴⁴, die im Preis enthalten sind, können eben-

⁹³² OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248, 248.

⁹³³ AG Düsseldorf BeckRS 2009, 5960 (Preis sei „besonders günstig“ [und Selbstkosten]), ähnlich auch OLG Hamm NJW-RR 1993, 628, 628 f. („preislich günstiger als in Galerien üblich“ und weitere Täuschungen) und OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248, 248 („einen ordentlichen Preis“ und auch Freundschaftspreis); LG Flensburg BeckRS 2006, 2626 („besonders günstigen Angebot“). Vgl. auch OLG Köln MDR 1975, 52, 52 („noch nie so billig!“, „Preissturz“, „äußerst günstige Winterpreise“). Das OLG Naumburg verneinte in einem so gelagerten Fall („vergünstigte Preise“) die Täuschung. OLG Naumburg MMR 2014, 809, 810.

⁹³⁴ OLG Frankfurt a. M. MDR 1982, 847, 847.

⁹³⁵ LG Düsseldorf BeckRS 2009, 87167; AG Frankfurt a. M. BeckRS 2014, 18966.

⁹³⁶ LG Bielefeld NJW-RR 2008, 212, 212.

⁹³⁷ OLG Jena BeckRS 2011, 18097 verneinte hingegen die Kausalität in einem Fall, in dem es um die Kalkulation des Mietzinses ging.

⁹³⁸ LG Osnabrück DAR 1987, 121, 122.

⁹³⁹ Bei einigen Urteilen kann nicht eindeutig festgestellt werden, ob eine B2B-Situation vorlag. Siehe z. B. AG Düsseldorf BeckRS 2009, 5960 (es geht um einen Internet-System-Vertrag, weshalb ggf. auch eine B2B-Situation vorliegen könnte); OLG Naumburg MMR 2014, 809, 809 ff. (es geht um einen Internet-System-Vertrag, weshalb ggf. auch eine B2B-Situation vorliegen könnte). Wohl B2C: OLG Hamm NJW-RR 1993, 628, 629; LG Flensburg NJOZ 2006, 1182, 1182 ff. Eindeutig B2C: LG Bielefeld NJW-RR 2008, 212, 212.

⁹⁴⁰ OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248, 248; AG Frankfurt a. M. NJOZ 2014, 1774, 1775. Vgl. zur *culpa in contrahendo* auch BGH NJW 1981, 2050, 2050 f.

⁹⁴¹ BGH NJW 1964, 811, 811 (Verdienstspanne); AG Düsseldorf BeckRS 2009, 5960 (Selbstkosten). Siehe auch KG Berlin BeckRS 2001, 30209752 bezüglich des Mietzinses (Gewinnmarge). Sich in der Literatur gegen ein entsprechendes Anfechtungsrecht aussprechend *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 c zu §§ 116 ff., S. 149. Einschränkung der hingegen *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 2.

⁹⁴² OLG Hamm BeckRS 2009, 7371. Vgl. auch BGH NJW-RR 1996, 429, 429. Dort wurde ein jährlicher Rohertag der Kaufpreisbestimmung zugrunde gelegt. Dieser änderte sich jedoch noch vor Vertragsschluss erheblich, da wichtige Verträge wegfielen. Das Urteil stützt sich allerdings nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.

⁹⁴³ OLG München BeckRS 2013, 7076.

⁹⁴⁴ OLG Celle BeckRS 2017, 129633; BGH NJW 2011, 2349, 2349 f.; BGH BeckRS 2011, 4648.

falls zu einem Anfechtungsrecht der getäuschten Seite führen. In einem Urteil lehnte das Gericht eine Anfechtung wegen einer vorgetäuschten Maklercourtage allerdings mangels Kausalität ab.⁹⁴⁵ Dies zeigt erneut, dass gerade die Kausalität ein Einfallstor darstellt, um Anfechtungen abzulehnen.

Zudem besteht generell ein Anfechtungsrecht, wenn über die Kostenpflichtigkeit einer Leistung getäuscht wird.⁹⁴⁶ Dies gilt generell, ist aber unter anderem bzgl. der (in Wahrheit kostenpflichtigen) Aufnahme in bestimmte Branchenverzeichnisse und Register (z. B. eine sog. Ärzteverzeichnis) relevant. Insofern wurde eine arglistige Täuschung in einem Fall sogar trotz Nennung der Kosten im Angebot angenommen, da die Aufmachung und Formulierung geeignet gewesen seien, „beim Adressaten eine fehlerhafte Vorstellung über die tatsächlichen Angebotsparameter hervorzurufen“⁹⁴⁷.

Darüber hinaus finden sich Urteile zur *culpa in contrahendo*, die sich mit Preiskalkulationen beschäftigen. Insofern dürfte mit Blick auf die arglistige Täuschung im Prinzip vergleichbar entschieden werden. So hat der BGH beispielsweise Folgendes entschieden:

„Sind die Parteien eines Kaufvertrages bei den Vertragsverhandlungen übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Verkäufer den Kaufpreis in bestimmter Weise (hier: Großhändlerpreis) berechnet, und unterläßt er es, wenn er zu Lasten des Käufers davon abweichen will, diesen davon zu unterrichten, so hat er dem Käufer aus Verschulden bei Vertragsschluß denjenigen Betrag als Schaden zu ersetzen, um den der tatsächlich vereinbarte und gezahlte Preis den der Absprache entsprechenden übersteigt.“⁹⁴⁸

In einem B2B-Fall deutet der BGH hingegen an, dass bestimmte Angaben wohl keine *culpa in contrahendo* darstellen:

„Angesichts dieser Sachlage ist es auch ohne Belang, ob – was das BerGer. als möglich unterstellt hat – die Verhandlungsführer der Bekl. gegenüber dem Kl. erklärt haben, der Preis von ca. 120000 DM bedeute einen Preisnachlaß von etwa 30 %, die Bekl. müsse bei dieser Preisgestaltung auf einen Gewinn verzichten und versuchen, bei ihrem Lieferanten selbst einen Preisnachlaß zu erhalten.“⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ LG Düsseldorf BeckRS 2011, 22794. Nach hier vertretener Auffassung greift die Argumentation des Gerichts zu kurz. Zwar hätte der Käufer den Vertrag wohl in jedem Fall abgeschlossen, aber ohne das Bestehen der Maklercourtage ggf. zu anderen Konditionen.

⁹⁴⁶ LG Bonn BeckRS 2012, 21228 (Aufnahme in ein Ärzteverzeichnis); AG Hamburg-St. Georg BeckRS 2011, 1506; AG Bergisch Gladbach BeckRS 2011, 23701.

⁹⁴⁷ LG Köln BeckRS 2007, 15990.

⁹⁴⁸ BGH NJW 1981, 2050, 2050 (Ls.) (Schadensersatz wegen einseitiger Abweichung von Kaufpreisberechnung). In der Literatur geht *Basedow*, NJW 1982, 1030, 1031 insoweit davon aus, dass das Verhalten „unterhalb der Schwelle der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) im Bereich der fahrlässigen Irreführung anzusiedeln ist“ und daher ein Mitverschulden des Käufers vorliegt, wenn er sich keine entsprechenden Belege vorlegen lässt.

⁹⁴⁹ BGH NJW 1983, 2493, 2494 (wobei die Computeranlage, um die es ging, zum Marktwert erworben wurde).

Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass die getäuschte Seite auch bei Bluffs über Preise u.ä. in der Praxis wohl (sehr) weitreichend geschützt ist.

c) Täuschungen eines Vertragspartners über sich selbst

Eine Vertragsseite kann zudem über ihre Bereitschaft, den Vertrag einzugehen, bzw. ihre Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, täuschen. Der Verhandler täuscht dann auch über die eigene Person und zudem über eine innere Tatsache. Entsprechende Irreführungen werden teils unter dem (strafrechtlichen) Begriff „Eingehungsbetrug“ diskutiert.⁹⁵⁰ Der Fokus liegt dabei auf Aufklärungspflichten.⁹⁵¹ Im Umkehrschluss muss dann ein Anfechtungsrecht für solche Fälle bei aktiven Täuschungen erst recht gewährt werden. In einem Fall täuschte zwar keine Seite über ihre Identität, sondern es wurde über die Identität eines Bauvorhabens geblufft, was daher eine Täuschung über den Leistungsgegenstand darstellt. Eine Verhandlungspartei führte die andere insofern bewusst über das konkret betroffene Bauvorhaben irre, um ein besseres Angebot zu erhalten. Ein Anfechtungsrecht wurde in diesem Fall bestätigt.⁹⁵²

Im Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis lassen sich Urteile zu Lügen auf unzulässige Fragen finden. Im Ergebnis dürfen Arbeitnehmer danach eine Frage bewusst falsch beantworten, sofern es unzulässig ist, sie zu stellen.⁹⁵³ Die Lüge ist in diesem Fall nicht widerrechtlich.⁹⁵⁴ So ist z.B. die Frage des Arbeitgebers, ob eine Bewerberin schwanger ist,⁹⁵⁵ unzulässig und darf aus diesem Grund von der Bewerberin wahrheitswidrig beantwortet werden (zu den Hintergründen bereits unter 2. Teil, B.I.7.b)). Die Frage nach Vorstrafen ist hingegen nicht grundsätzlich

⁹⁵⁰ OLG Frankfurt BeckRS 2012, 17820 (Rn.33). In der Literatur z.B. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.7.

⁹⁵¹ OLG Frankfurt BeckRS 2012, 17820 (Rn.33) (insofern ging es bspw. um einen fehlenden Hinweis auf mangelnde Erfahrung); zum Verschweigen der eigenen wirtschaftlichen Bedrängnis bspw. BGH BeckRS 2010, 26888 (ohne konkret von „Eingehungsbetrug“ zu sprechen). Zu Fällen, in denen sogar eine Aufklärungspflicht befürwortet wurde, *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.7.

⁹⁵² OLG Bamberg BeckRS 2007, 12004.

⁹⁵³ Dazu in der Literatur *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15f.; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 65. Zum Fragerecht des Arbeitgebers *Linck* in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 21 ff.

⁹⁵⁴ Vgl. BAG NJW 1991, 2723, 2724; vgl. zur Unzulässigkeit einer Frage und der Widerrechtlichkeit der Lüge in der Literatur auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 20; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6, 11; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 33.

⁹⁵⁵ BAG NJW 1993, 1154, 1154f.; BAG NZA 2003, 848, 848. 1961 wurde die Lüge über die Schwangerschaft noch als unzulässig beurteilt, siehe BAGE 11, 270, 273 ff. Zu Fragen bezüglich einer Schwangerschaft im Vorstellungsgespräch in der Literatur auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 56; vgl. auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 65.

unzulässig, da sie mit dem Arbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang stehen kann.⁹⁵⁶ Bewerber müssen Verurteilungen, die im Bundeszentralregister getilgt sind, jedoch nicht offenlegen (vgl. § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG).⁹⁵⁷ Auch wenn dies im konkreten Urteil nur angedeutet wird, so ist im Ergebnis davon auszugehen, dass insofern ebenfalls ein „Recht zur Lüge“ besteht, da kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an dieser Information besteht.⁹⁵⁸ Es ließen sich an dieser Stelle weitere Bereiche von unzulässigen Fragen und entsprechende Urteile anführen. Generell bleibt allerdings anzumerken, dass alle Entscheidungen Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnisse betreffen. Entscheidungen zu Verhandlungen im B2B-Bereich lassen sich hingegen nicht finden. Wie bereits erwähnt, bleibt daher an anderer Stelle zu diskutieren, inwiefern die Entscheidungen aus dem Arbeitsrecht übertragen werden könnten.⁹⁵⁹ Dass eine Übertragung auf andere Bereiche zumindest grundsätzlich möglich ist, zeigt ein Blick auf Mietverhältnisse, bei denen der Mieter ebenfalls täuschen darf, sofern der Vermieter unzulässige Fragen stellt.⁹⁶⁰ Täuscht ein Mieter während der Verhandlungen den Vermieter allerdings mit Blick auf eine zulässige Frage, entfaltet dies hingegen rechtliche Relevanz. So darf der Vermieter sich z. B. nach der Bonität des Mieters erkundigen. Gibt dieser dann eine falsche Auskunft, so kann der Vermieter fristlos kündigen.⁹⁶¹ Aus der Rechtsprechung lässt sich bislang nicht entnehmen, ob die Entscheidungen zu Mietverhältnissen auch auf B2B-Verhältnisse übertragen werden kann.⁹⁶² Außerdem wird eine entsprechende Debatte um das „Recht zur Lüge“ in Bezug auf das Versicherungsrecht geführt, wobei insofern §§ 19, 22 VVG im Vordergrund stehen.⁹⁶³

⁹⁵⁶ BAG NJW 2013, 1115, 1116.

⁹⁵⁷ BAG NZA 2014, 1131, 1133 ff.

⁹⁵⁸ BAG NZA 2014, 1131, 1133 ff.

⁹⁵⁹ Dieser Frage wird im Zusammenhang mit der Lösung *de lege lata* in Bezug auf die analoge Anwendung einer gewohnheitsrechtlichen Regel noch einmal näher nachgegangen. Siehe dazu unter 5, Teil, A.IV.2 und 3.

⁹⁶⁰ Vgl. zu unzulässigen Fragen z. B. AG Hamburg WuM 1992, 598, 598 und AG Kerpen BeckRS 2015, 7027. Siehe dazu in der Literatur auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 22; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 47; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 67; *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 573 f.

⁹⁶¹ BGH NJW 2014, 1954, 1954 f.; AG Wolfsburg NZM 2001, 987, 987 f. Zur Unbedenklichkeit der Frage nach den Einkommensverhältnissen und der Zahlungsfähigkeit auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 47; *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 574.

⁹⁶² Die angeführten Urteile (AG Hamburg WuM 1992, 598, 598 und AG Kerpen BeckRS 2015, 7027) waren keine B2B-Fälle. In der Literatur weist *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 574 darauf hin, dass zwischen Wohnraummiete und Gewerbemiete zu differenzieren sei.

⁹⁶³ Vgl. z. B. OLG Köln r+s 1992, 355, 355 (zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Anfechtung, „wenn der VersNehmer bei Vertragsumstellung Gesundheitsfragen falsch beantwortet, die der Versicherer nicht nochmals erneut stellen darf, weil der VersNehmer einen Anspruch auf Vertragsänderung hat“). Vgl. aber auch OLG Hamm BeckRS 2019, 37498 (ein Anfechtungsrecht gem. § 22 VVG i. V. m. § 123 BGB bejahend, sofern die Frage nach dem Drogenkonsum bei einer Berufsunfähigkeitsversicherung falsch beantwortet wird).

d) Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes sowie der Vertragsparteien

Für Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes (d.h. außerhalb von Preis und Leistung) sowie der Vertragsparteien gibt es im B2B-Bereich nur sehr wenig Rechtsprechung.⁹⁶⁴ So konnte z.B. nur ein Fall zu einer Täuschung über ein besseres Alternativangebot (Better-offer-Taktik) gefunden werden.⁹⁶⁵ Im konkreten Fall täuschte der Kunde einer Speditionsfirma vor, ein deutlich günstigeres Konkurrenzangebot vorliegen zu haben. Dieses Urteil (eines Amtsgerichts) stammt jedoch aus dem Jahr 1933 und wurde nicht vollständig veröffentlicht, weshalb unklar ist, ob hier auch eine ideologische Note in der Entscheidung mitschwingt.⁹⁶⁶ In diesem Fall wurde das Anfechtungsrecht bestätigt. Dennoch sind nicht genügend Hinweise auf die Umstände des Falles öffentlich bekannt, um allgemeine Schlussfolgerungen ziehen zu können. Weitere Fälle zu diesem Aspekt liegen nicht vor, obwohl es sich um eine sehr verbreitete Täuschungstaktik handelt (die auch nicht unerhebliche Auswirkungen auf den Vertragsschluss haben kann⁹⁶⁷).⁹⁶⁸ Nichtsdestotrotz gibt es u. U. gewisse Ähnlichkeiten mit Gerichtsurteilen im Bereich des Arbeitsrechts, in denen ein Bewerber ein falsches (in diesem Fall zu hohes) Gehalt angibt, welches ihm angeblich zuvor gezahlt wurde. Allerdings lässt die Rechtsprechung hier ebenfalls keine eindeutigen Schlussfolgerungen zu. So hat das BAG in einem Fall ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite abgelehnt.⁹⁶⁹ In einem anderen Fall gewährte ein Instanzgericht hingegen ein Anfechtungsrecht.⁹⁷⁰ Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang zudem, dass sich die Argumentation generell⁹⁷¹ und zugleich aufgrund der Besonderheiten im Arbeitgeber-/Arbeitnehmer-

⁹⁶⁴ Der folgende Abschnitt basiert teilweise auf *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 991 f.

⁹⁶⁵ So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 991.

⁹⁶⁶ AG Berlin, Urteil vom 22.03.1933 – 171 C 130/33 (unvollständig veröffentlicht in: Deutsche Justiz: Rechtspflege und Rechtspolitik; aml. Blatt d. deutschen Rechtspflege, 823 f. (1933)). So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 991. Das vollständige Urteil kann nicht eingesehen werden. Auf Anfrage gab das Landesarchiv Berlin an, „dass in den Beständen des Landesarchiv Berlin keine Unterlagen unter dem [...] genannten Aktenzeichen Az.: 171 C 130/33 überliefert sind.“

⁹⁶⁷ Siehe zur ökonomischen Analyse dieser Taktik näher unter 4. Teil, G.VII.4.

⁹⁶⁸ Ein Anfechtungsrecht mit Blick auf die Erwähnung anderer Angebote in der Literatur ablehnend *Rehbein*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 c zu §§ 116 ff., S. 149. Für einen gewissen Handlungsspielraum in dieser Hinsicht plädierend (allerdings in Bezug auf Betrug) *Bockelmann*, *ZStW* 79 (1967), 28, 33. Für ein „Recht zur Lüge“ mit Blick auf den *reservation price* *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 95 ff. i. V. m. 70 ff.

⁹⁶⁹ BAG VersR 1984, 373, 373 (Anfechtungsrecht abgelehnt). Auf Anfrage der Autorin haben sowohl das LAG Düsseldorf als auch das BAG angegeben, das Vorinstanzurteil nicht mehr verfügbar zu haben.

⁹⁷⁰ A. A. ArbG Bad Oldesloe VW 70, 1170 (Ls.) zitiert nach: *FHZivR* 16 Nr. 126.

⁹⁷¹ Außerdem ist zu bedenken, dass eine Weiterbeschäftigung des Bewerbers bei seinem bisherigen Arbeitgeber nicht immer möglich ist. In dem Fall stellt das Vorgehalt gerade kein BATNA dar.

verhältnis nur sehr begrenzt auf die Better-offer-Taktik⁹⁷² im B2B-Bereich übertragen lässt. Die Übertragbarkeit wird unter anderem durch die bestehende strukturelle Ungleichgewichtslage und das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erschwert.

Eine Anfechtung soll hingegen grundsätzlich möglich sein, wenn eine Täuschung über die Rechtslage vorliegt.⁹⁷³ Allerdings liegt dazu relativ wenig Rechtsprechung vor.⁹⁷⁴ Entschieden wurde bislang beispielsweise ein Fall, in dem ein Schuldanerkenntnis durch (falsche) Wiedergabe der Rechtslage erwirkt wurde.⁹⁷⁵ Im konkreten Fall verwehrt das Gericht eine Anfechtung allerdings, da keine vorsätzliche Täuschung vorlag.⁹⁷⁶ In einem anderen Fall wurde die Anfechtungsmöglichkeit ebenfalls abgelehnt, da das Gericht auch hier bereits eine arglistige Täuschung ablehnte.⁹⁷⁷ Bezogen auf eine Irreführung über die „Rechtsnatur der zu sichernden Forderung und damit über den Umfang seines Bürgschaftsrisikos“ wurde hingegen eine arglistige Täuschung bejaht.⁹⁷⁸ Die Täuschung über Eigentumsverhältnisse an einer Grundstückseinfahrt berechnigte die getäuschte Seite ebenfalls zur Anfechtung.⁹⁷⁹ Bei Grundstücken darf zudem nicht über baurechtliche Verbote, das Gebäude zu Wohnzwecken zu nutzen, getäuscht werden.⁹⁸⁰ Ein Anfechtungsrecht wurde auch bei einem Bluff über Steuervorteile bejaht.⁹⁸¹ Das Gericht ging davon aus, dass sich der Verkäufer hätte vergewissern müssen, dass „seine Rechtsauffassung von den zuständigen Finanzbehörden geteilt wird“⁹⁸². In einer anderen Entscheidung ging es darum, dass der Verkäufer einer Eigentumswohnung fälschlicherweise damit geworben hatte, dass sich die Kosten der Fremdfinanzierung der Käuferin „durch Steuervorteile aus der Berlinförderung und Mie-

⁹⁷² Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.3.

⁹⁷³ RG LZ 1926, 324, 324f.; KG OLGZ 1972, 257, 261, wobei das Gericht eine Anfechtungsmöglichkeit allerdings verwehrt, da im konkreten Fall keine vorsätzliche Täuschung vorlag. Ähnlich auch ArbG München BeckRS 2015, 69078, wo es im Ergebnis auch an einer vorsätzlichen Täuschung (über die materielle Rechtslage) fehlte. Diese Ansicht wird auch in der Literatur vertreten. Siehe z.B. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn.7; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn.30; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn.3; *Johannsen* in: RGRK BGB, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn.9. Siehe auch *Lange*, BGB – AT, 14. Aufl. 1973, S. 351, der ein entsprechendes Beispiel anführt. Anders allerdings LG Frankfurt a.M. BeckRS 2013, 22694.

⁹⁷⁴ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 992.

⁹⁷⁵ KG OLGZ 1972, 257, 261.

⁹⁷⁶ KG OLGZ 1972, 257, 261.

⁹⁷⁷ ArbG München BeckRS 2015, 69078.

⁹⁷⁸ BGH NJW 1968, 986, 986 (Ls.).

⁹⁷⁹ OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 17319.

⁹⁸⁰ Insofern besteht sogar eine Aufklärungspflicht, vgl. BGH NJW-RR 1988, 1290, 1291; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 12046. Vgl. auch die Examensklausur zur Anfechtbarkeit wegen einer Täuschung über die Bebaubarkeit eines Grundstücks *C. Weber/Gräf*, JURA 2014, 81, 86ff.

⁹⁸¹ OLG Nürnberg BeckRS 2001, 30222475.

⁹⁸² OLG Nürnberg BeckRS 2001, 30222475.

teinnahmen⁹⁸³ tragen würden. Dem war nicht so und das Gericht nahm eine arglistige Täuschung an.⁹⁸⁴ Anders entschied hingegen das Landgericht Frankfurt a. M. Das Gericht sah in einer Täuschung über die rechtliche Wirkung von angemeldeten Ansprüchen keine Täuschungen über eine Tatsache, sondern vielmehr einen Bluff über eine Meinung bzw. eine Täuschung im Rahmen der „Kenntlichmachung der Verhandlungsposition“.⁹⁸⁵ Interessant ist an dieser Entscheidung nicht nur, dass das Landgericht eine Anfechtung wegen einer Täuschung über die Rechtslage ablehnte, sondern auch die Begründung. Aus der Entscheidung lässt sich herauslesen, dass das Landgericht davon ausgeht, dass bestimmte Bluffs im Rahmen der „Kenntlichmachung der Verhandlungsposition“ zulässig sein sollten. In einer anderen Entscheidung urteilte der BGH hingegen, dass die Klägerin über die Erfolgsaussichten ihres Restitutionsantrages getäuscht wurde. Allerdings ging es in diesem Fall um eine Täuschung durch Unterlassen.⁹⁸⁶ Zudem zeigen die Fälle zugleich, dass die Abgrenzung zwischen Rechtslage (Tatsache) und Rechtsansicht (Meinung) im Einzelfall schwierig ist.⁹⁸⁷ So wurde in einem Urteil z. B. die Anfechtung mit dem Hinweis abgelehnt, dass es sich lediglich um eine (rechtliche) Meinung und nicht um eine Tatsache handele.⁹⁸⁸

Fälle bezüglich Täuschungen über die Verfügbarkeit, d. h. die Vorrätigkeit, eines Produkts sind nicht bekannt. Im B2C-Kontext wurde Zalando 2015 von der Wettbewerbszentrale abgemahnt, da das Internetportal lieferbare Produkte mit dem Hinweis „noch 3 Stück verfügbar“ versah, obwohl noch eine größere Anzahl lieferbar war.⁹⁸⁹ Das bedeutet allerdings nicht unbedingt, dass eine Anfechtungsmöglichkeit gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bejaht würde (vgl. zu den Regeln des UWG auch unter 4. Teil, H.VI).⁹⁹⁰ Zudem bleibt offen, inwiefern dieses Ergebnis auch auf B2B-Geschäfte übertragbar ist.

⁹⁸³ KG Berlin NJW 1998, 1082, 1083.

⁹⁸⁴ KG Berlin NJW 1998, 1082, 1082 ff.

⁹⁸⁵ LG Frankfurt a. M. BeckRS 2013, 22694.

⁹⁸⁶ BGH VIZ 2001, 485, 487.

⁹⁸⁷ OLG Karlsruhe ZIP 2006, 557, 558 f. (z. B. zur Verwendung des Begriffs „Grundsatzurteile“). So bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 992.

⁹⁸⁸ LG Frankfurt a. M. BeckRS 2013, 22694. A. A. in der Literatur Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7.

⁹⁸⁹ Siehe Pressemitteilung (von Peter Brammen), Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (11 Nov. 2015), abrufbar unter: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_pressemittelung/?id=268 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁹⁹⁰ Zur von der h. M. abgelehnten Übertragbarkeit der UWG-Regeln auf § 123 BGB bzw. die c.i.c. siehe BGH NJW-RR 2005, 1082, 1084 (vor allem unter Verweis auf die unterschiedlichen Anforderungen); Raue in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 4a Rn. 45 (speziell in Bezug auf § 4a). Vgl. auch Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 200, der allerdings mit Blick auf die Konkurrenz von UWG und Drohung von einer autonomen Auslegung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ausgeht. Von einer gewissen Übertragbarkeit der Maßstäbe des UWG ausgehend (wobei er einzelne Änderung für möglich hält) Faust, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 375 f. (unveröffentlichte Fassung) (in Be-

Mit Blick auf einen Partnervermittlungsvertrag und daher ebenfalls in Bezug auf ein B2C-Verhältnis wurde ein Anfechtungsrecht vom BGH zudem mit Blick auf sog. Lockvogelangebote bejaht.⁹⁹¹ Dabei versteht der Bundesgerichtshof unter einem Lockvogelangebot die Werbung eines „Vermittlungsinstituts mit einer angeblich partnersuchenden Kundin unter Verwendung des Originallichtbildes in der Kenntnis [...], dass diese Kundin in Wahrheit nicht vermittlungsbereit sei und für eine Kontaktaufnahme von vornherein nicht zur Verfügung stehe“⁹⁹². Auch im B2B-Bereich sind Lockvogelangebote vorstellbar, z. B. in Form von Werbung mit der Expertise eines bekannten Fachmanns, der aber für solche Aufträge nicht zur Verfügung steht. Entsprechende Entscheidungen lassen sich allerdings nicht finden.

Beliebt sind Bluffs über den *reservation price*. Rechtsprechung findet sich dazu jedoch kaum. Es konnte lediglich ein Urteil ausfindig gemacht werden, in dem das LG Bautzen eine Anfechtung ablehnte.⁹⁹³ Es führte insofern aus:

„Bei Kaufpreisverhandlungen sind Erklärungen zu den Vermögensverhältnissen von vornherein nicht geeignet, ein wie auch immer geartetes Vertrauen zu erzielen“⁹⁹⁴.

An dieser Stelle ist ebenfalls nicht nur die Entscheidung interessant, sondern auch die Begründung mit dem Hinweis auf das Vertrauen. Das Vertrauen als Regelungselement wird in dieser Arbeit näher unter 3. Teil, C.II.6. diskutiert.

Weitere Urteile zu Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb des Preises und der Leistung) und des Vertragspartners, z. B. zu Präferenzen und Interessen, Fristen⁹⁹⁵ und unternehmensinternen Vorgaben gibt es in Deutschland nicht.⁹⁹⁶ Zu einem weiten Spektrum an Täuschungstaktiken liegen damit keine Entscheidungen vor. Aus der Rechtsprechung lässt sich daher bezüglich dieser Aspekte nicht ableiten, wo die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen verläuft.

3. Gründe für das Fehlen von Rechtsprechung

Die obigen Ausführungen zeigen, dass es in Deutschland nur wenige Gerichtsentscheidungen zu arglistigen Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands gibt, obwohl gleichzeitig zahlreiche Urteile zu Bluffs über Preis und Leistung existie-

zug auf § 3 UWG a. F.). *Martini/Kramme/Seeliger*, VuR 2022, 123, 127 befürworten ein Anfechtungsrecht bei Lügen über die Verfügbarkeit (wobei sich die Ausführungen wohl auf B2C-Verhältnisse beziehen).

⁹⁹¹ BGH BeckRS 2008, 01716.

⁹⁹² BGH BeckRS 2008, 01716.

⁹⁹³ LG Bautzen RNotZ 2012, 404, 404 ff.

⁹⁹⁴ LG Bautzen RNotZ 2012, 404, 408.

⁹⁹⁵ S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 483 (Fn. 1525) nimmt eine Haftung aus *culpa in contrahendo* an, wenn Zeitdruck aufgebaut wird („nicht wiederkehrende, einmalige Gelegenheit“).

⁹⁹⁶ So bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 992.

ren. Zu einigen Aspekten außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung liegen zumindest überhaupt einzelne Urteile vor (z. B. zur Lüge über die Rechtslage und zum Preis i. w. S.). Zu anderen Täuschungstaktiken (z. B. Taktik der kleinen Menge, Deadlines, Präferenzen) lässt sich hingegen keine Rechtsprechung finden. Dieser Abschnitt soll dazu dienen, das Fehlen von Rechtsprechung näher zu beleuchten. Die Gründe sind wohl mannigfaltig⁹⁹⁷ und sollen hier überblicksartig dargestellt werden.

Vorwegzunehmen ist, dass in Deutschland ein Großteil der Entscheidungen der unteren Instanzen nicht veröffentlicht wird, sodass es theoretisch auch zu diesen Täuschungstaktiken Rechtsprechung geben könnte. Es ist jedoch nicht wahrscheinlich, dass dort viele solcher Fälle entschieden wurden, ohne dass es zur Publikation kam. Denn gerade wenn es sich um einen Fall handelt, der in den einschlägigen Kommentaren und Beiträgen bislang nicht diskutiert wird, bejahen die Verantwortlichen recht häufig die Veröffentlichungswichtigkeit.

Die geringe Anzahl an Entscheidungen zu Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands kann nach hier vertretener Ansicht zudem nicht damit erklärt werden, dass es zu einigen rechtlichen Aspekten (insbesondere auch im B2B-Bereich) generell relativ wenig Rechtsprechung gibt. Denn allgemein lässt sich zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine erhebliche Anzahl an Entscheidungen (auch im B2B-Bereich) finden (dazu bereits unter 2. Teil, B.II.1.).⁹⁹⁸

a) Aufdeckung und Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

Häufig scheidet es wohl bereits daran, dass die Täuschung nicht entdeckt wird. Die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung hängt u. a. vom jeweiligen Gegenstand der Täuschung ab. Gerade bei Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis und Leistung) und des Vertragspartners ist sie teilweise gering.⁹⁹⁹ Wie unter 2. Teil, A.VII.2. ausgeführt, fällt es Personen zudem nicht leicht, Lügen zu erkennen.¹⁰⁰⁰ Hinzu kommt, dass die Prinzipal-Agenten-Problema-

⁹⁹⁷ Dies auch mit Blick auf das österreichische Recht konstatierend, wo die Situation vergleichbar ist *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 120. Auf S. 120f. führt die Autorin die Gründe in Österreich aus, die den im Folgenden präsentierten Gründen teils entsprechen. Darauf soll im Folgenden nicht gesondert hingewiesen werden (ebenso wenig auf übernommene oder ähnliche Formulierungen).

⁹⁹⁸ Siehe dazu *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 991 f.

⁹⁹⁹ *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 267 f. (siehe im Folgenden auch zu einzelnen Täuschungsgegenständen). Zur Aufdeckung von Täuschungen vgl. auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 366 ff. In diesem Werk siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.2. Allgemein dazu, dass die Nichtaufdeckung einen Grund für die fehlende Rechtsprechung darstellen kann *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 993.

¹⁰⁰⁰ *Bond/DePaulo*, Personality and Social Psychology Review 10 (2006), 214, 214 ff.; *Ekman/O'Sullivan*, American Psychologist (1991), 913, 913 ff.; *Ekman/O'Sullivan/Frank*, Psychological Science 10 (1999), 263, 263 ff. Den Forschungsstand ebenso zusammenfassend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), Handbook of Conflict Management Research, 2014, S. 343, 356. Umgekehrt scheinen viele Personen gut darin zu sein, zu täuschen; vgl. *Dwenger/Lohse*, Journal of Economic Psychology 71 (2019), 74, 74 ff.

tik¹⁰⁰¹ die Aufklärung erschwert (siehe zu den Gründen bereits unter 2. Teil, A.III.3.). Möglich ist außerdem, dass die Irreführung erst lange Zeit nach der Vertragsdurchführung erkannt wird.¹⁰⁰² In diesem Fall mag bereits aufgrund der großen Zeitspanne zwischen Täuschung und Aufdeckung auf eine gerichtliche Klärung verzichtet werden. Zu bedenken ist zudem, dass eine Anfechtung des Vertrages nicht mehr möglich ist, wenn mehr als 10 Jahre seit Vertragsschluss vergangen sind (vgl. § 124 BGB, siehe dazu unter 2. Teil, B.I.14.). Selbst wenn die Ausschlussfrist noch nicht verstrichen ist, mag es von der getäuschten Seite nicht mehr als sinnvoll erachtet werden, anzufechten, da bereits zu viel Zeit nach dem Bluff verstrichen ist. Hinzu tritt die Problematik, dass zwar unter Umständen eine Täuschung erkannt wird, aber der Getäuschte nicht ermitteln kann, ob die andere Seite vorsätzlich (oder z. B. lediglich grob fahrlässig) geblufft hat.

b) Alternativen zur gerichtlichen Klärung und unerwünschte Rechtsfolgen

Selbst wenn die Irreführung – u. U. auch rasch – entdeckt wird, werden wohl oftmals – wenn überhaupt – soziale Sanktionen oder anderweitige Gegenmaßnahmen angewandt, statt eine gerichtliche Klärung gesucht (siehe zum Umgang mit Täuschungen bereits unter 2. Teil, A.VII.).¹⁰⁰³ In diesem Zusammenhang ist zwischen Reaktionen, die eine Konfrontation des Lügners mit seiner Täuschung erfordern und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, zu unterscheiden. Gegen die Offenlegung der erkannten Irreführung spricht im Fall von langfristigen Geschäftsbeziehungen das bereits erörterte Betrugsdilemma (siehe unter 2. Teil, A.VII.4.). Denn möchte die getäuschte Seite an der Geschäftsbeziehung festhalten, wird sie dies oftmals davon abhalten, die Täuschung anzusprechen, da der dadurch drohende Gesichtverlust des Täuschenden im schlimmsten Fall das Ende oder zumindest die Schädigung der Geschäftsbeziehung bedeuten kann. Eine gerichtliche Klärung scheidet daher oftmals aus.¹⁰⁰⁴

Selbst wenn sich die getäuschte Seite dazu entschließt, den Verhandlungspartner mit seiner Lüge zu konfrontieren, mag es nicht zu einer gerichtlichen Klärung kommen. In Betracht kommen stattdessen insbesondere Nachverhandlungen (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.8.). Zum einen ist zu bedenken, dass der Vertrag weiterhin für die getäuschte Seite ökonomisch sinnvoll sein kann. Dann geht es höchstens um Schadensersatz, der z. B. im Rahmen einer Nachverhandlung festgelegt werden kann. Alternativ können Nachteile z. B. auch durch Folgeverträge oder

¹⁰⁰¹ Siehe zur Prinzipal-Agenten-Problematik näher unter 2. Teil, A.III.

¹⁰⁰² § 124 Abs. 3 BGB statuiert eine Ausschlussfrist von 10 Jahren. Dazu auch unter Punkt 2. Teil, B.I.14.

¹⁰⁰³ Allgemein ausführend, dass häufig außergerichtliche Lösungen gesucht werden *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 993.

¹⁰⁰⁴ Siehe zum Verhältnis von Rechtsstreitigkeiten und langfristigen Geschäftsbeziehungen grundlegend *Macaulay*, *American Sociological Review* 28 (1963), 55, 55 ff.

Extraleistungen ausgeglichen werden. Selbst wenn eine Partei den Vertrag anfechten möchte, kann eine gerichtliche Entscheidung ausbleiben. Denn akzeptiert die andere Seite die Anfechtung, können die Parteien die Situation ohne gerichtliche Einbindung klären.¹⁰⁰⁵ Selbst wenn der Täuschende die Anfechtung nicht akzeptiert, mag gegen eine gerichtliche Klärung sprechen, dass es insgesamt um (relativ zum Geschäftsumfang oder auch absolut) geringe Nachteile geht, die aus dem Bluff resultieren (siehe zu den ökonomischen Konsequenzen von Lügen näher unter 4. Teil, G.).¹⁰⁰⁶ Wird der „Schaden“ durch die Täuschung dann noch im Verhältnis zur gesamten Geschäftsbeziehung bzw. zum Aufwand eines gerichtlichen Prozesses gesehen, erscheint er wohl zumeist zu unbedeutend, als dass sich ein Rechtsstreit lohnen würde. Insbesondere in solchen Fällen führt die Anfechtung zumeist auch nicht zur gewünschten Rechtsfolge. Denn sofern trotz des Bluffs eine Einigung innerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) erzielt wurde, ist der Vertrag für beide Seiten (trotz Lüge) sinnvoll. Dann stellt eine Anfechtung nicht die gewünschte Rechtsfolge dar und die getäuschte Seite würde allenfalls überlegen, ob sie Schadensersatzansprüche geltend machen sollte. Insofern besteht jedoch ebenfalls das Problem, dass häufig Alternativen zur gerichtlichen Klärung vorteilhafter erscheinen werden.

c) Beweisprobleme

Auch wenn eine Partei den Vertrag anfechten möchte und dies prinzipiell sogar gerichtlich durchsetzen würde, mag es im Ergebnis aufgrund von Beweisproblemen nicht zu einer gerichtlichen Klärung kommen.¹⁰⁰⁷ Viele Lügen werden eher plausibel vermutet, als dass dafür konkrete Beweise vorlägen. In diesem Zusammenhang mögen vor allem die geschilderten Herausforderungen des Beweises der Kausalität und des Vorsatzes die getäuschte Partei davon abhalten, die Anfechtung gerichtlich durchzusetzen (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.11.b)bb) und cc)).

d) Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Judiz

Bedeutenden Einfluss auf das Verhalten der Unternehmen haben wohl auch das Moralverständnis und das Rechtsgefühl der Beteiligten (d. h. das Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte).¹⁰⁰⁸ Wird die Anfechtung moralisch und dem Rechtsgefühl

¹⁰⁰⁵ Es wird generell ausgeführt, dass die Anfechtung durch Klage oder Einrede geltend gemacht wird, „sie sollte aber auch außergerichtlich möglich sein“. Riedler in: Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 16.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Cramton/Dees, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 359, 374.

¹⁰⁰⁷ Ebenfalls Beweisprobleme in Bezug auf die Häufigkeit von Täuschungen anführend Cramton/Dees, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 359, 374. Siehe auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 993.

¹⁰⁰⁸ Siehe zum Verhältnis von Rechtsgefühl und Rechtsdurchsetzung näher unter 4. Teil, G.IV.2.c).

nach nicht befürwortet, wird dies wohl tendenziell die Wahrscheinlichkeit der (notfalls auch gerichtlichen) Durchsetzung der Anfechtung reduzieren.¹⁰⁰⁹ Gerade mit Blick auf unternehmerische Vertragsverhandlungen zeigt die Siegener Studie,¹⁰¹⁰ dass deutsche Verhandler viele Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands sogar für moralisch akzeptabel halten.¹⁰¹¹ Das Rechtsgefühl zeigt in noch viel stärkerem Maße, dass Verhandler bezüglich vieler Täuschungstaktiken keine Rechtsfolgen befürworten.¹⁰¹² Wird ein Verhalten sogar als moralisch angesehen, ist es bereits aus psychologischer Sicht nicht leicht, die andere Partei wegen ihres Verhaltens zu verklagen. Das Rechtsgefühl zeigt, dass die Beteiligten solche Rechtsfolgen zudem nicht befürworten und daher wohl weniger Anreize verspüren mögen, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen. Hinzu kommt, dass die Beteiligten das Gefühl haben, dass viele der Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands zum üblichen Geschäftsgebaren gehören. Sie akzeptieren diesen Standard wohl in vielen Fällen (auch wenn der Einzelne andere moralische Auffassungen haben kann). Zu bedenken ist außerdem der mögliche Reputationsverlust, der entstehen kann, wenn die getäuschte Seite die Anfechtung gerichtlich klären lässt, obwohl es sich um ein „übliches Geschäftsgebaren“ handelt. Es besteht für die getäuschte Seite insofern die Gefahr des Gesichtsverlusts, da der Rückgriff auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB von *peers* ggf. als Überreaktion gewertet wird (z. B. im Fall einer Lüge über den Rückflugtermin, um Zeitdruck aufzubauen). Zudem wird so öffentlich, dass sich die Vertragspartei täuschen lassen hat. Dies kann so wahrgenommen werden, dass sie (womöglich unprofessionell) auf einen üblichen „Verhandlungstrick“ hereingefallen ist (nach dem Motto „die lassen sich leicht übers Ohr hauen“). Dieses Problem stellt sich zum einen für das Unternehmen (also den Prinzipal), zum anderen aber auch für die einzelnen Verhandler (Agenten).¹⁰¹³ Ein solches Image kann für die getäuschte Seite nachteilhaft sein, da Personen, die naiv oder vertrauensselig sowie schlecht informiert erscheinen, wohl häufiger belogen werden.¹⁰¹⁴

Spricht das Rechtsgefühl in hohem Maße gegen Rechtsfolgen, ist zudem nicht auszuschließen, dass zumindest Nichtjuristen, die die Rechtslage nicht so genau kennen, zugleich vermuten, dass die Rechtslage mit ihrem Rechtsgefühl übereinstimmt (Judiz = Gefühl dafür, wie das Recht ist). Bei Juristen könnte hinzukom-

¹⁰⁰⁹ Entsprechend bereits zum Rechtsgefühl *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 993.

¹⁰¹⁰ Siehe zur Siegener Studie ausführlich unter 1. Teil, C.

¹⁰¹¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.

¹⁰¹² Zu bedenken ist, dass die Ergebnisse im Rahmen einer Umfrage erzielt wurden, bei der sich die Teilnehmer in die Rolle eines neutralen Beobachters versetzen sollten. Die Effekte mögen geringer ausfallen, sofern ein Verhandler die Situation aus der Betroffenenperspektive betrachtet.

¹⁰¹³ Zur Prinzipal-Agenten-Problematik siehe näher unter 2. Teil, A.III.

¹⁰¹⁴ *Olekalns/Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 und 360 zeigen, dass als kompetent wahrgenommene Verhandler seltener getäuscht werden (die Autoren sprechen insofern von *cognitive trust*). Zu den Rahmenbedingungen von Lügen in Verhandlungen siehe näher unter 2. Teil, A.I.2.

men, dass sie eine andere Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befürworten (zu den Auslegungsoptionen *de lege lata* näher unter 5. Teil, A.) und daher eine Anfechtung in solchen Fällen ablehnen und ihren Mandanten davon abraten. Entsprechend zeigt die Siegener Studie auch, dass die Befragten in vielen Fällen von Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes annehmen, dass nach geltender Rechtslage nicht angefochten werden kann.¹⁰¹⁵ Die Ergebnisse lassen darauf schließen, dass die getäuschte Seite somit womöglich gar keine Möglichkeit sieht, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erfolgreich gerichtlich durchzusetzen. Fehlende Rechtsprechung und Judiz mögen sich insofern gegenseitig beeinflussen. Die fehlende Rechtsprechung mag so interpretiert werden, dass eine Anfechtung wegen bestimmter Lügen nicht zulässig sei.

e) Beidseitige Täuschungen

Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass Parteien meist nicht ausschließlich Opfer von Lügen sind, sondern in derselben Verhandlung oder anderen Verhandlungen ebenfalls bluffen. Ein Rechtsstreit ist daher schon aus psychologischer Sicht nicht sehr wahrscheinlich, da sich die Verhandler dann damit auseinandersetzen müssen, wie ihr eigenes Verhalten zu bewerten ist. Außerdem besteht vielleicht sogar die Angst, dass andere Vertragspartner dann ihrerseits auf die Idee kommen könnten, Verträge anzufechten, bei denen geblufft wurde.

4. Zwischenergebnis zur Rechtsprechung

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass wegen Lügen über den Leistungsgegenstand (z. B. ein Auto oder eine Maschine) grundsätzlich erfolgreich angefochten werden kann. Auch Bluffs über den Preis i. e. S. bzw. Kosten rechtfertigen grundsätzlich ebenfalls eine Anfechtung. Sogar wegen Lügen über den Preis i. w. S. (z. B. über das Vorliegen eines Freundschaftspreises) kann angefochten werden. Gleiches gilt, wenn der Verhandler über seine Bereitschaft, den Vertrag einzugehen bzw. seine Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, täuscht (Eingehungsbetrug). Für Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes (d. h. außerhalb von Preis und Leistung) sowie der Vertragsparteien lässt sich im B2B-Bereich hingegen – wenn überhaupt – nur sehr vereinzelt einschlägige Rechtsprechung finden. Die Gründe für das Fehlen entsprechender Entscheidungen sind mannigfaltig. Häufig kommt es wohl bereits deshalb nicht zu einem Gerichtsverfahren, da die Täuschung nicht entdeckt wird. Selbst wenn die getäuschte Seite die Lüge erkennen sollte, wird sie häufig eine andere Reaktion auf den Bluff wählen als die Anfechtung. Insofern hat wohl gerade auch das Moralverständnis sowie das Rechtsgefühl Auswirkungen auf die Entscheidung, welche Reaktions-

¹⁰¹⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.III.

möglichkeit gewählt wird. Gleiches gilt für das Judiz. Wird die Anfechtung moralisch und dem Rechtsgefühl nach nicht befürwortet und zugleich nicht geglaubt, dass das Recht ein Anfechtungsrecht vorsieht, reduziert dies die Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung der Anfechtung. Die Tatsache, dass die getäuschte Partei ggf. selbst in gewissem Umfang geblufft haben wird, führt wohl ebenfalls dazu, dass oftmals nicht angefochten wird. Selbst wenn eine Partei sich dazu entschließen sollte, den Vertrag anzufechten, und dies prinzipiell auch gerichtlich durchsetzen würde, mag es im Ergebnis aufgrund von Beweisschwierigkeiten nicht zu einer gerichtlichen Klärung kommen.

III. Stand der Diskussion in der Literatur

Nachdem soeben die Rechtsprechung erörtert wurde, soll im Folgenden ein Überblick über Literaturstimmen zur Zulässigkeit von Täuschungen in Vertragsverhandlungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d.h. außerhalb von Preis und Leistung) sowie der Rechtslage gegeben werden. Zunächst sollen die aktuellen Ansichten und Debatten überblicksartig präsentiert werden (siehe unter 2. Teil, B.III.1.). Im Anschluss daran soll kurz darauf eingegangen werden, wie sich die Diskussion bis zum heutigen Stand entwickelt hat (siehe unter 2. Teil, B.III.2.).

1. Gegenstand der aktuellen Diskussion

Allgemein finden sich in der heutigen Diskussion zu arglistigen Täuschungen zahlreiche Veröffentlichungen, wobei konkret insbesondere aktive Irreführungen bezüglich des Preises, der Leistung und des Vertragspartners erörtert werden.¹⁰¹⁶ Täuschungen durch Verschweigen und damit verbundene Aufklärungspflichten werden ebenfalls intensiv debattiert.¹⁰¹⁷ Die rechtliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bestimmter aktiver Täuschungen außerhalb von Preis und Leistung sowie den Verhandlungsparteien ist hingegen nur relativ selten Gegenstand der juristischen Diskussion.¹⁰¹⁸ Eine Ausnahme dazu stellen Lügen über die Rechtslage dar.

¹⁰¹⁶ Vgl. statt vieler etwa *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38 ff. (zu Lügen in Bezug auf Kaufverträge) und Rn. 56 ff. (zum Mietvertrag); ebenfalls Beispiele auflistend *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9 ff. Vgl. zur Täuschung durch aktives Tun auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26 ff. (Rn. 28 f. zu Beispielen) sowie *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 12 ff.

¹⁰¹⁷ Ausführlich zu Aufklärungspflichten *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 266 ff.; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 53 ff. Zu Aufklärungspflichten mit Blick auf verschiedene Vertragstypen z. B. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 13 ff. (Rn. 10 ff. allgemein zu Aufklärungspflichten). Ebenfalls zu Aufklärungspflichten *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13 ff.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32 ff.

¹⁰¹⁸ Ähnlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 261 („Ob es abseits der soeben vorgestellten Exklaven der Wahrheitspflicht ein ‚Recht zur Lüge‘ gibt, wird wenig diskutiert.“).

Diese werden in der Literatur erörtert, was vermutlich daran liegt, dass sich dazu auch Rechtsprechung finden lässt.¹⁰¹⁹ Darüber hinaus werden vor allem Bluffs im Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis in Bezug auf unzulässige Fragen (z.B. zur Schwangerschaft) intensiver erörtert.¹⁰²⁰ Es geht insofern um das „Recht auf Lüge“.¹⁰²¹ Außerdem werden in diesem Zusammenhang Bluffs mit Blick auf das Vorhalten des Bewerbers diskutiert.¹⁰²² Die Argumentation aus dem Arbeitsrecht wird z.T. auch auf Mietverhältnisse¹⁰²³ und das Versicherungsrecht¹⁰²⁴ angewandt. Die Erörterungen zum „Recht auf Lüge“ werden jedoch regelmäßig nicht auf ähnlich gelagerte Probleme im B2B-Bereich übertragen.¹⁰²⁵

Daneben finden sich Ausführungen zu harmlosen Bluffs insbesondere im Bereich der Werbung, die unter dem Stichwort „marktschreierische Anpreisungen“ diskutiert werden. Generell wird insofern vertreten, solche Bluffs dem Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu entziehen.¹⁰²⁶ Darüber hinaus wer-

¹⁰¹⁹ Siehe zur Rechtsprechung zu Lügen über die Rechtslage bereits unter 2. Teil, B.II.2.d.) In der Literatur zu entsprechenden Täuschungen z.B. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7.

¹⁰²⁰ Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.7b).

¹⁰²¹ Teilweise wird auch von „Recht zur Lüge“ gesprochen. Siehe allg. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 25, 27, 33f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 91 ff. (auch von „Lügerecht“ sprechend); *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321.

¹⁰²² In der Literatur u.a. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 257 ff.; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 96.

¹⁰²³ *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 22; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 67; *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 573 f.; *Bellinghausen* in: Hannemann/Wiegner (Hrsg.), MAH Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 111 ff.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 57 ff.

¹⁰²⁴ Die Diskussion im Versicherungsrecht wird vor allem mit Blick auf §§ 19, 22 VVG geführt. Vgl. z. B. OLG Köln r+s 1992, 355, 355 (zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Anfechtung, „wenn der VersNehmer bei Vertragsumstellung Gesundheitsfragen falsch beantwortet, die der Versicherer nicht nochmals erneut stellen darf, weil der VersNehmer einen Anspruch auf Vertragsänderung hat“). Vgl. aber auch OLG Hamm BeckRS 2019, 37498 (ein Anfechtungsrecht gem. § 22 VVG i. V.m. § 123 BGB bejahend, sofern die Frage nach dem Drogenkonsum bei einer Berufsunfähigkeitsversicherung falsch beantwortet wird).

¹⁰²⁵ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 258 ff. befasst sich allerdings mit Lügen über Verdienstspannen. Siehe auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 95 ff. zum Reservationspreis. Dazu sogleich näher.

¹⁰²⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)bb). Zu „marktschreierischen Anpreisungen“ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Heinrich/Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 2. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 17 geht hingegen davon aus, dass die „allermeisten Werturteile ein Tatsachenkern enthalten“ und daher auch marktschreierische Anpreisungen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein können (aufgrund seiner Definition müssten dann sogar ein Großteil der Werbeaussagen zur Anfechtung berechtigen). Kritisch zur entsprechenden Einschränkung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Weiler*,

den Irreführungen über Deadlines, die Verfügbarkeit eines Produkts, Alternativangebote, etc. jedoch praktisch nicht debattiert. Teilweise scheint die Thematik sogar bewusst ausgeblendet zu werden.¹⁰²⁷ Das könnte daran liegen, dass Lügen in ihrer abstrakten Form moralisch negativ besetzt sind (zur moralischen Bewertung näher unter 4. Teil, B.).¹⁰²⁸ Daher besteht auch aus juristischer Sicht eine Zurückhaltung, Bluffs zu rechtfertigen.¹⁰²⁹ Teilweise wird dieses Unbehagen sogar explizit kommuniziert.¹⁰³⁰ Wenn vorsätzliche Irreführungen diskutiert werden, so wird eher ihre generelle Unzulässigkeit (z. B. in Form einer weitgehenden Ablehnung des „Rechts zur Lüge“ oder durch die Fokussierung auf die Wahrheitspflicht¹⁰³¹) betont. Gerade bei aktiven Lügen wird entsprechend angenommen, dass eine arglistige Täuschung vorliegt,¹⁰³² ohne näher auf die einzelnen Täuschungsgegenstände einzugehen. Die Zulässigkeit bestimmter Täuschungen – außer den bereits genannten – wird hingegen nur äußerst selten erörtert.¹⁰³³ Im Folgenden sollen einige Ansichten von Autoren, die sich in der Diskussion besonders verdient gemacht haben, dargestellt werden.

Vor allem *Fleischer* hat sich intensiv mit Informationsasymmetrien und in diesem Zusammenhang auch mit Täuschungen beschäftigt. Insofern diskutiert der Autor

Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 339 ff. Der Autor plädiert für eine Erfassung auch solcher Bluffs, möchte die Anwendbarkeit der Norm dafür aber wieder über die hohen Anforderungen an den Kausalitätsnachweis sowie an den Vorsatz einschränken.

¹⁰²⁷ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 61 zitiert aus einem Brief, den ihm *Kötz* zugesendet hat: „Dieser ganze Gedankengang war mir nun einfach zu schwierig und deshalb habe ich – wie ich zugebe: aus Feigheit – die ganze Sache totgeschwiegen“. Auf S. 84 führt *Wagner* aus: „Diese moralische Färbung infiziert auch diejenigen Juristen und Ökonomen, die sich mit der Frage der Lüge im Vertragsrecht befassen. Ganz offensichtlich drängt sich niemand danach, eine Vertragspartei zu verteidigen, die ihren Partner hinteres Licht geführt hat.“

¹⁰²⁸ Vgl. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 84.

¹⁰²⁹ Zu den genannten Gründen *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 84.

¹⁰³⁰ So z. B. *v. Lübtow*, ZRG (RA) 66 (1948), 458, 500. Mit Blick auf das römische Recht und insbesondere in Bezug auf die Aussage „In pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ führt der Autor aus: „Wir können diese Worte in der Tat nur mit einem Gefühl des Befremdens und des Unbehagens lesen“.

¹⁰³¹ Siehe z. B. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254 ff., der ein „Recht zur Lüge“ in weitem Umfang ablehnt. Zur Wahrheitspflicht z. B. *Rebberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 24, 59; vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 46 ff., der die Wahrheitspflicht im Zusammenhang mit dem Recht auf Lüge diskutiert. Vgl. mit Blick auf § 311 BGB auch *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 67: „Ein Recht zur Lüge gibt es vielleicht in der Liebe, aber jedenfalls nicht im Privatrechtsverkehr.“

¹⁰³² Siehe z. B. *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9 („Aktives Lügen [...] ist ohne weiteres arglistig, zumindest dann, wenn die Initiative hierzu beim Täuschenden liegt.“).

¹⁰³³ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 59 ff. stellt insofern beispielsweise eine Ausnahme dar.

die Pflicht zur richtigen und vollständigen Antwort.¹⁰³⁴ Neben der anerkannten Ausnahme der Lüge auf eine unzulässige Frage widmet sich *Fleischer* beispielsweise der Frage, ob über den Entscheidungswert getäuscht werden darf. Mit Entscheidungswert ist in diesem Zusammenhang nach hiesigem Verständnis das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*, siehe dazu unter 2. Teil, A.V.1.) gemeint. Die Fragestellung wird mit Blick auf Jobinterviews und dort in Bezug auf die Frage nach dem Vorgehalt erörtert. Im Ergebnis sieht der Autor eine entsprechende Frage als unzulässig an, lehnt jedoch ein „Recht auf Lüge“ bei der Beantwortung ab.¹⁰³⁵ Mit Blick auf Einstandspreise und Gewinnspannen lehnt *Fleischer* ebenfalls ein „Recht auf Lüge“ ab.¹⁰³⁶ Im Ergebnis befürwortet *Fleischer* nahezu vollumfänglich die Pflicht, dass gegebene Informationen richtig sein müssen (mit Ausnahme z. B. der Antwort auf eine Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft).

Wagner scheint Lügen des Verhandlers über Einkaufspreise, Handelsspannen und den Reservationspreis hingegen aufgeschlossener gegenüberzustehen, sofern von der Gegenseite zuvor danach gefragt wurde.¹⁰³⁷ Entsprechend möchte der Autor wohl auch bei Fragen nach Budgetvorgaben ein „Recht zu bluffen“ zulassen.¹⁰³⁸ Bluffs *sua sponte*, d. h. aus eigener Initiative heraus, lehnt der Autor allerdings generell ab.¹⁰³⁹

Singer/v. Finckenstein sprechen sich ebenfalls generell gegen die Anfechtbarkeit bei Angabe eines falschen Zahlungslimits aus.¹⁰⁴⁰ Sie zielen im Ergebnis wohl darauf ab, insofern bereits eine Täuschung (und auch den Vorsatz) abzulehnen, da sie davon ausgehen, dass „bei vernünftiger und interessengerechter Auslegung“ solche Ausführungen „keine substantiierte Aussage“ darstellen, „mit der auf die Willensbildung des Gegners eingewirkt werden soll“¹⁰⁴¹.

Teilweise finden sich zudem Einzelaussagen zu weiteren Taktiken, wobei sich diese nicht notwendigerweise auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beziehen müssen. So plädiert beispielsweise *S. Lorenz* für eine Haftung aus *culpa in contrahendo*, wenn ein Verhandlungspartner die andere Seite künstlich unter Zeitdruck setzt („nicht wiederkehrende ‚einmalige Gelegenheit‘“).¹⁰⁴² *Küpper* nimmt in Bezug auf Aufklärungspflichten an, dass Verhandler „statt völliger Chancenverneinung den Schein

¹⁰³⁴ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254 ff.

¹⁰³⁵ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 258 ff.

¹⁰³⁶ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 260 f.

¹⁰³⁷ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 96 f.

¹⁰³⁸ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 99 ff.

¹⁰³⁹ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 94.

¹⁰⁴⁰ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9 („Wenn ein Kaufinteressent erklärt, er könne nicht mehr zahlen als die angebotene Summe“).

¹⁰⁴¹ *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9.

¹⁰⁴² *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 483 (Fn. 1525). Genereller zu Zeitdruck *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 632 ff.

unsicherer Chancen bestehen lassen¹⁰⁴³ dürfen, sofern sich die Verhandlungen noch im „Stadium der Unverbindlichkeit“¹⁰⁴⁴ befinden. Ohne auf eine konkrete Vorschrift einzugehen, hält *Rössel* fest, dass das *missing person maneuver*, also die falsche Angabe darüber, dass eine am Vertrag beteiligte Person außer Haus sei, keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehe.¹⁰⁴⁵ *Asmussen* wiederum geht davon aus, dass Täuschungen über unternehmensbezogene Informationen, wie die Anwendung bestimmter CSR-Codes, die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigen können.¹⁰⁴⁶ *Feuerborn* betont insofern, dass es darauf ankommt, „ob und inwieweit diese webende Äußerung einen nachprüfbaren Tatsachekern enthält“¹⁰⁴⁷ und auch *Asmussen* erläutert: „Je konkreter die Behauptung des Verkäufers bzw. der jeweilige CSR-Code ist, desto eher kommt eine Anfechtung in Betracht.“¹⁰⁴⁸

Teilweise wird zudem in pauschaler Form vertreten, dass wohl nicht alle Lügen unzulässig sein sollten. So nimmt beispielsweise *Schermaier* unter Bezugnahme auf die römisch-rechtliche Tradition einen gewissen Spielraum bei Verhandlungen an:

„Geschäftstüchtigkeit, *sollertia*, ist damals wie heute willkommen, allerdings muss sie [...] im Interesse der Allgemeinheit begrenzt sein“¹⁰⁴⁹.

Faust stellt ebenfalls allgemein – ohne Bezug zu konkreten Taktiken – fest:

„Es geht nicht an, zur Erfüllung des objektiven Tatbestands von § 123 BGB *jede* Verursachung eines Irrtums genügen zu lassen und die erforderliche Einschränkung allein mit Hilfe des subjektiven Tatbestands, nämlich des Arglistfordernisses, vorzunehmen.“¹⁰⁵⁰

Der Autor führt weiter aus:

„Maßgeblich ist, ob sich der Anfechtungsgegner mit derjenigen Angabe, die den Irrtum erregt hat, noch im Bereich des rechtlich Erlaubten gehalten hat oder nicht“¹⁰⁵¹.

Rössel plädiert unabhängig von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dafür, dass der Gesetzgeber die „Freiheitsrechte des Lügners“ berücksichtigen soll. Er fordert ihn daher

¹⁰⁴³ *Küpper*, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 184 f.

¹⁰⁴⁴ *Küpper*, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 185.

¹⁰⁴⁵ *Rössel* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge, 2007, S. 141, 142 (ohne den Begriff *missing person maneuver* zu nennen).

¹⁰⁴⁶ *Asmussen*, NJW 2017, 118, 120.

¹⁰⁴⁷ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26.

¹⁰⁴⁸ *Asmussen*, NJW 2017, 118, 121.

¹⁰⁴⁹ *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 123–124 Rn. 112.

¹⁰⁵⁰ *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 369 (unveröffentlichte Fassung) mit Blick auf die Untauglichkeit des Äquivalenzkriteriums.

¹⁰⁵¹ *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß, 2001, S. 372 (unveröffentlichte Fassung) zur Voraussetzung der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht als entscheidendes Kriterium.

auf, nur dann gesetzliche Konsequenzen vorzusehen, wenn „dies für den Schutz anderer Rechtsgüter im Einzelfall erforderlich und nach einer Abwägung der Schutzgüter mit den Grundrechten des Lügners auch verhältnismäßig erscheint“¹⁰⁵². *Rössel* begründet seine Argumentation mit der grundgesetzlich garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit des Lügners.

Ebenfalls allgemein – ohne Bezug zu konkreten Taktiken, dafür aber unter Bezugnahme auf das römische Recht – führt *Martens* aus:

„Schon das Verbot von Täuschungen ist aber keineswegs selbstverständlich, sondern es ist grundsätzlich denkbar, es den Parteien zu überlassen, sich selbst hiergegen zu schützen.“¹⁰⁵³

Martens zielt damit darauf ab, dass zumindest eine privatautonome Regelung – entgegen der aktuellen Rechtslage¹⁰⁵⁴ – möglich sein sollte.

Ferner finden sich vor allem Beiträge, die zwar nicht bestimmte Lügen vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausnehmen wollen, aber für eine Einschränkung der Vorschrift auf anderer Ebene plädieren. Dafür sollen hier nur wenige Beispiele gegeben werden. Unter 2. Teil, B.I.4.b) wurde bereits angesprochen, dass mit Blick auf die historische Entwicklung des Rechtsinstituts wohl *Schermaier* die Mindermeinung vertritt, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur *dolus causam dans* erfasst, während Fälle des *dolus incidens* nicht zur Anfechtung berechtigen, sondern lediglich zu Schadensersatzforderungen führen sollen.¹⁰⁵⁵ *Lange* scheint ebenfalls eine gewisse Einschränkung der Arglistanfechtung anzudenken:

„Das Gesetz kennt darum¹⁰⁵⁶ keine Einschränkung. Auch hier könnte aber die Anfechtung von einer verständigen Würdigung abhängig gemacht werden.“¹⁰⁵⁷

Lange kann damit so verstanden werden, dass er eine Einschränkung i. S. d. § 119 BGB¹⁰⁵⁸ („bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles“) anstrebt.

Andere Autoren möchten zwar den materiellen Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht einschränken, befürworten allerdings hohe Anforderungen im Rahmen der Beweisführung, was *de facto* ebenfalls die Anfechtungsmöglichkeit einschränkt. So plädiert beispielsweise *Weiler* für eine weite Erfassung

¹⁰⁵² *Rössel* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge, 2007, S. 141, 149.

¹⁰⁵³ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 328.

¹⁰⁵⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.15.

¹⁰⁵⁵ *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 119 geht wohl davon aus, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nur Fälle des *dolus incidens* erfasst.

¹⁰⁵⁶ Dies bezieht sich darauf, dass der Täter generell nicht schutzwürdig ist.

¹⁰⁵⁷ *Lange*, BGB – AT, 14. Aufl. 1973, S. 354 i. V. m. 347f. Diese Interpretation ablehnend v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 258.

¹⁰⁵⁸ Der Autor selbst nennt § 33 Abs. 1 EheG.

auch harmloser Bluffs, fordert jedoch hohe Anforderungen an den Kausalitätsnachweis sowie an den Vorsatz.¹⁰⁵⁹

Im Übrigen finden sich in der Literatur hingegen vor allem allgemeine Aussagen dazu, dass aktive arglistige Täuschungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen generell zur Anfechtung berechtigen. Es wird pauschal festgehalten, dass Antworten entweder richtig und vollständig sein oder ansonsten verweigert werden müssen (siehe unter 2. Teil, B.I.2.a)). Aufgrund dieses umfassenden Verständnisses des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB finden sich sogar entsprechende Hinweise für Praktiker, wie diese Regel zum eigenen Vorteil genutzt werden kann. *Rehberg* sieht z. B. die Vorteile, die der Fragende aus der beschriebenen Rechtslage ziehen kann, und empfiehlt Verhandlern daher, von der Möglichkeit, Fragen zu stellen, extensiv Gebrauch zu machen. Er hält insbesondere tiefgehende Fragen zu kritischen Aspekten für sinnvoll und begründet seine Empfehlung folgendermaßen: „Eine redliche Partei wird in der Praxis nur selten Antworten verweigern“¹⁰⁶⁰. Der Autor nimmt somit Bezug auf die Tatsache, dass sich z. T. auch Rückschlüsse aus einer verweigten Antwort ziehen lassen bzw. dass ein intensives Nachfragen die Wahrscheinlichkeit von Täuschungen erhöht,¹⁰⁶¹ was dann wiederum zu rechtlichen Ansprüchen der getäuschten Seite führt.

Statt einer Einengung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB lassen sich umgekehrt sogar Tendenzen ausmachen, die Person, deren Willenserklärung durch die Täuschung beeinflusst wurde, noch weitergehend zu schützen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass sich die diskutierten Aspekte nicht unbedingt (allein) auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beziehen und auch die hier im Vordergrund stehenden Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands meist nicht konkret erörtert werden. Die zur Debatte gestellten Ansätze würden sich jedoch auf die hier diskutierte Problematik auswirken. So plädiert *Wolf* beispielsweise dafür, dass die Entscheidungsfreiheit sogar ein Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung sein sollte. Der Autor zielt auf eine vollumfängliche Gestaltungsfreiheit.¹⁰⁶² Dieser Ansatz soll hier nicht näher diskutiert werden, da sich die Arbeit konkret mit § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befasst. Gleiches gilt für die Tendenzen, die Entscheidungsfreiheit über die *culpa in contrahendo* noch weitergehend zu schützen.¹⁰⁶³ *Sack* hingegen schlägt eine analoge Anwendung des § 123 Abs. 1, 1. Alt.

¹⁰⁵⁹ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 339 ff.

¹⁰⁶⁰ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 13. Auch *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316 weist auf die Vorteile des Nachfragens hin („hat es jeder Vertragspartner theoretisch in der Hand, sich durch Fragen auch seine Motivation ‚zu sichern‘, denn eine positive Falschinformation begründet [...] stets eine arglistige Täuschung.“).

¹⁰⁶¹ Zu den Rahmenumständen von Lügen siehe näher unter 2. Teil, A.I.1.

¹⁰⁶² *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 146 ff. Kritisch zu diesem Ansatz *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 557 ff.

¹⁰⁶³ So z. B. *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 387 ff.; siehe zu diesem Ansatz auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 591 ff.

BGB für unlautere Wettbewerbshandlungen vor.¹⁰⁶⁴ Dadurch möchte der Autor neben der Täuschung weitere gemäß dem UWG unlautere Praktiken erfassen.¹⁰⁶⁵ Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm ist zwar nicht Gegenstand dieser Arbeit, insbesondere nicht mit Blick auf Aspekte, die keine Täuschung darstellen. Inwieweit aber die Wertungen des UWG § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beeinflussen, wird unter 4. Teil, H.VI. diskutiert, da dies auch Auswirkungen auf eine mögliche Einengung des Anwendungsbereichs haben könnte. *Weiler* denkt ebenfalls eine analoge Anwendung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (allerdings nicht mit Blick auf die Vorschriften des UWG) an.¹⁰⁶⁶ Er möchte dadurch der Täuschung (und der Drohung) wirkungsgleiche Beeinflussungshandlungen erfassen.¹⁰⁶⁷ Andere Ansätze, die z. B. neben vorsätzlichen auch fahrlässige Täuschungen erfassen wollen,¹⁰⁶⁸ erweitern den Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls, sagen aber nichts darüber aus, welche Gegenstände der Lüge erfasst werden sollten.

2. Entwicklung der Diskussion bis zum aktuellen Stand

Bislang wurde der aktuelle Diskussionstand erläutert. Die Thematik wird jedoch schon länger erörtert, weshalb an dieser Stelle überblicksartig die Entwicklung der Debatte bis zum soeben aufgezeigten aktuellen Diskussionsstand dargestellt werden soll. Eine ausführliche Erörterung der rechtshistorischen Entwicklung der Regelung von arglistigen Täuschungen erfolgt unter 3. Teil, A. Dort soll auch die Diskussion um den Begriff der Arglist geführt werden. Hier soll insofern nur festgehalten werden, dass es vormalig unterschiedliche Interpretationen des Begriffs gab, von denen einige – wie die Forderung nach einer „böswilligen Absicht“¹⁰⁶⁹ – den Anwendungsbereich der arglistigen Täuschung einschränkten. Andere Autoren begrenzten die Reichweite der Norm – wie teilweise auch heute noch – durch die Anforderungen an die Beweisführung bezüglich der Kausalität. Dies kann unter

¹⁰⁶⁴ *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974, S. 16ff.; *ders.*, GRUR 2004, 625, 630ff.

¹⁰⁶⁵ *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974, S. 18; *ders.*, GRUR 2004, 625, 630ff. zu diesem Ansatz auch ausführlich *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 569ff., der im Ergebnis diese weitgehende analoge Anwendung ablehnt.

¹⁰⁶⁶ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 616ff.

¹⁰⁶⁷ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 625.

¹⁰⁶⁸ Siehe z. B. *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 137ff.; vgl. auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 641ff. Kritisch zu den Ausführungen *Grigoleits Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 432f. Vgl. insofern auch *C. Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 117. Gegen eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf fahrlässige Täuschungen auch *Henrich*, AcP 162 (1963), 88, 103.

¹⁰⁶⁹ RGZ 23, 130, 137. Eine böswillige Täuschung forderte auch *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 429. Vgl. außerdem *Rebbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 148; *Gareis*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 1900, Anm. 2 zu § 123; *Weyl*, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1905, S. 438, 442 f.

anderem dadurch erreicht werden, dass der Beweis der Kausalität generell abgelehnt wird, wenn das Handeln als unvernünftig angesehen wird.¹⁰⁷⁰ Im Folgenden geht es um konkrete Ausführungen von Autoren zu Täuschungstaktiken.

In besonders weitem Umfang sprach sich *Rehbein* 1899 für die Zulässigkeit von Täuschungen aus.¹⁰⁷¹ Der Autor artikulierte eine der konkretesten juristischen Ausführungen seiner Zeit zu verschiedenen Täuschungstaktiken, die sich in der Literatur finden lassen:

„Im Begriff der arglistigen Täuschung liegt, daß bei Vorbringen von Thatsachen nach der Verkehrsanschauung ein Recht auf die Annahme bestehen muß, der Vorbringende wolle für das Vorbringen einstehen oder habe dafür einzustehen, weil er in der Lage, die Wahrheit zu wissen. Thatsachen, nicht bloß Meinungen, Ansichten, Erwartungen, Motive müssen vorgebracht sein. So wenig allgemeine Anpreisungen der Güte, des Werths, der Herstellungsart und der Selbstkostenpreise einer Ware im Munde des Verkäufers als Zusage gelten, [...] wenn nicht besondere Umstände die Täuschungsabsicht ergeben, [...] so wenig kann aus solchen Anpreisungen allein Täuschung hergeleitet werden, noch weniger aus allgemeinen Angaben über zu erwartende Steigung der Preise, oder aus Angaben der Käufers über andere Angebote, Möglichkeit anderwärts zu kaufen, über seine Motive und seine Absichten bezüglich des Geschäfts, es müßten denn auch hier besondere Umstände hinzutreten.“¹⁰⁷² [sic]

Ryba hingegen gesteht der getäuschten Seite ein umfassenderes Anfechtungsrecht zu:

„Daher können z. B. auch bereits Anpreisungen, falsche Angaben über einen selbst gezahlten Preis usw. unter den Tatbestand der arglistigen Täuschung fallen, vorausgesetzt, daß der Vertragsgegner mit Recht diesen Angaben Vertrauen schenken darf.“¹⁰⁷³

Der Autor geht nicht näher darauf ein, unter welchen Umständen solchen Angaben Vertrauen¹⁰⁷⁴ geschenkt werden darf, weshalb offenbleibt, ob sich daraus eine tatsächliche Einschränkung ergeben würde.

Eine allgemeine Ausführung zum Verhältnis von c.i.c. und Verkehrssitte findet sich zudem bereits bei *Erman* in seinem Beitrag von 1934.¹⁰⁷⁵ Er führt insofern aus:

„Die wichtigste Folgerung ist, daß man nicht nur versuchen darf, den Gegner umzustimmen, sondern daß man diesen Versuch auch in üblichen Grenzen mit etwas ‚Politik‘ statt ‚Wahrheit‘ anstellen darf.“¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷⁰ So *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 430: „Immerhin wird der Richter den Beweis der Täuschung nicht für geführt erachten, wenn eine geschäftsfähige Person vernünftigerweise durch das angewandte Mittel nicht in einen Irrthum [sic] versetzt werden konnte.“

¹⁰⁷¹ *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 c zu §§ 116 ff., S. 149.

¹⁰⁷² *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 c zu §§ 116 ff., S. 149.

¹⁰⁷³ *Ryba*, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen, 1928, S. 2.

¹⁰⁷⁴ Zum Vertrauen als Regelungselement siehe näher unter 3. Teil, C.II.6.

¹⁰⁷⁵ *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 282 f.

¹⁰⁷⁶ *Erman*, AcP 139 (1934) 273, 282. Dem (später) zustimmend *Küpper*, Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, 1988, S. 184.

Als übliches Verhalten beschreibt *Erman* „die präzisen Fragen des Kunden werden stets etwas unklar abgebogen“¹⁰⁷⁷. In diesem Zusammenhang nimmt *Erman* auch auf die Verkehrssitte Bezug:

„Das Prinzip der Haftung schon für fehlerhaftes Verhandeln darf aber nur mit Vorsicht angewandt werden. Gerade im Stadium der Vorverhandlungen gebietet die Beachtung von Treu und Glauben und – hier besonders wichtig – die Verkehrssitte eine gewisse Beschränkung der Haftung.“¹⁰⁷⁸

V. Tuhr äußert sich hingegen vor allem zu unsicheren Erwartungen und stellt insofern fest, dass der Verkäufer dem Käufer beispielsweise einreden darf, „dass die Konjunktur im Steigen ist“¹⁰⁷⁹. Der Autor scheint damit einen gewissen Spielraum bezüglich Bluffs über (zukünftige) Rahmenumstände gewähren zu wollen.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass früher in der Literatur vor allem versucht wurde, eine Einschränkung über das Tatbestandsmerkmal der Arglist oder die Berücksichtigung der Verkehrssitte bzw. der Anforderungen an das Vertrauendürfen zu erreichen. Die Lösungen erscheinen insofern stärker zu differenzieren, als dies nach aktuellem Diskussionsstand üblich ist. Es lässt sich somit festhalten, dass im Laufe der Zeit die Diskussion um einen gewissen „Täuschungsspielraum“ i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nachgelassen hat.

IV. Die rechtliche Bewertung von nicht bzw. kaum diskutierten Täuschungstaktiken

Nach der Aufarbeitung des Tatbestands des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, der Rechtsprechung und der Stimmen in der Literatur bleibt festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang nur einige wenige Täuschungstaktiken erörtert werden. Dazu zählt vor allem die Taktik *phony facts* (Lügen über den Leistungsgegenstand), Täuschungen über den Preis im engeren und im weiteren Sinn¹⁰⁸⁰ sowie Lügen über den Vertragspartner und die Rechtslage. Daneben werden Lügen in Vorstellungsgesprächen gesondert erörtert. Die Einordnung der entsprechenden Täuschungstaktiken als rechtmäßig bzw. rechtswidrig wurde daher bereits diskutiert (siehe unter 2. Teil, B.II.2.). Andere (praxisrelevante) Täuschungstaktiken stehen jedoch nicht im Zentrum der Debatte. Dazu zählen insbesondere z. B. Lügen über Präferenzen und Interessen, Deadlines¹⁰⁸¹, unternehmensinterne Vorgaben und Emotionen.

¹⁰⁷⁷ *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 282.

¹⁰⁷⁸ *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 283.

¹⁰⁷⁹ *v. Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1, 1914, S. 605.

¹⁰⁸⁰ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

¹⁰⁸¹ *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 483 (Fn. 1525) nimmt eine Haftung aus *culpa in contrahendo* an, wenn Zeitdruck aufgebaut wird („nicht wiederkehrende, einmalige Gelegenheit“).

Ebenfalls kaum berücksichtigt werden Bluffs über die Verfügbarkeit von Produkten¹⁰⁸² und bessere Konkurrenzangebote¹⁰⁸³. Im Folgenden sollen diese in der Praxis relevanten Täuschungstaktiken an den soeben herausgearbeiteten Voraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gemessen werden. Dazu wird auf einige der unter 2. Teil, A.VI. erläuterten Taktiken, wie die Similar-to-me-Taktik, die Better-offer-Taktik, die Taktik der kleinen Menge, die Taktik *false deadline* und die Taktik „unternehmensinterne Beschränkungen“ eingegangen. Wie bereits bei der Erläuterung der einzelnen Taktiken dargelegt wurde, besteht bei jeder Taktik eine große Bandbreite, wie sie konkret eingesetzt werden kann. Es muss nicht einmal immer eine Täuschung vorliegen. So kann z. B. bei der Better-offer-Taktik auf ein tatsächlich bestehendes, besseres Konkurrenzangebot hingewiesen werden. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf Ausformungen dieser Taktiken, die darauf ausgerichtet sind, den Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB grundsätzlich zu erfüllen (und die gleichzeitig praxisrelevant sind, d. h. so tatsächlich eingesetzt werden). Dass es auch Varianten dieser Taktiken gibt, die den Tatbestand von vornherein nicht erfüllen (z. B. nicht das Kausalitätserfordernis oder wenn es sich nicht um eine Lüge über eine Tatsache handelt), ist unbestritten. Hier interessiert jedoch die Frage, ob es Ausformungen der Taktiken gibt, die den Tatbestand erfüllen und, wenn ja, wie diese mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu bewerten sind.

1. Täuschungen über Tatsachen

Zunächst kommt es darauf an, ob im Rahmen der verschiedenen Täuschungstaktiken tatsächlich über Tatsachen gelogen wird bzw. zumindest über einen Tatsachenkern. Zwar liegt auch eine Täuschung über eine Tatsache vor, wenn über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Meinung geblufft wird. Denn in den Fällen wird über eine innere Tatsache getäuscht. Damit könnte im Prinzip auch eine daraufhin abgegebene Willenserklärung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB angefochten werden.¹⁰⁸⁴ Allerdings ist es in diesen Fällen in der Praxis generell nicht möglich, die Täuschung nachzuweisen (zur Beweislast und Beweisführung 2. Teil, B.I.11.b)

¹⁰⁸² Mit Blick auf die Taktik der kleinen Menge wurde im B2C-Kontext Zalando 2015 von der Wettbewerbszentrale abgemahnt. Siehe Pressemitteilung (von *Peter Brammen*), Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (11. Nov. 2015), abrufbar unter: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_pressemitteilung/?id=268 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023). Zur Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

¹⁰⁸³ AG Berlin, Urteil vom 22.03.1933 – 171 C 130/33 (unvollständig veröffentlicht in: Deutsche Justiz: Rechtspflege und Rechtspolitik; amtl. Blatt d. deutschen Rechtspflege, 823 f. (1933)).

¹⁰⁸⁴ Zur Erfassung innerer Tatsachen *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 27; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 8. Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 (im Zusammenhang mit Absichten); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3 (allgemein unter Nennung von Absichten als Beispiel).

aa)).¹⁰⁸⁵ Daher sollen im Folgenden vor allem Situationen ausgemacht werden, in denen über Tatsachen im engeren Sinn gelogen wird. Im Ergebnis können alle der genannten Taktiken eine aktive Täuschung über eine Tatsache oder einen Tatsachenkern beinhalten. Nur Täuschungen über Emotionen stehen eher der Meinungsäußerung nahe und es sind kaum Varianten denkbar, in denen wirklich über eine Tatsache im engeren Sinn gelogen wird. *Beispiele*.¹⁰⁸⁶

- Similar-to-me-Taktik: Ein Verhandler mag sein Gegenüber beispielsweise gezielt über die Tatsache, ein eingetragenes Mitglied eines Fußballvereins zu sein, ein relativ gutes Handicap beim Golf zu besitzen oder regelmäßig an einem bestimmten Ort seinen Urlaub zu verbringen, täuschen. Die Beispiele zeigen, dass Täuschungen über persönliche Interessen und Präferenzen ggf. mit Tatsachenbehauptungen „unterfüttert“ werden. Regelmäßig wird es sich jedoch um schlichte Meinungsäußerungen handeln („Paris ist wirklich eine wundervolle Stadt“; „Ich gehe auch sehr gerne Wandern“). Die Übergänge zwischen Meinung und Tatsache bzw. Tatsachenkern sind in der Praxis gerade bei dieser Taktik wohl zumeist fließend.
- Better-offer-Taktik: Ein Kunde mag gegenüber einem Verkäufer bewusst ein besseres Angebot durch ein anderes Unternehmen vortäuschen, d.h. z.B. einen niedrigeren Preis bei ansonsten gleicher Leistung. Es ist insofern denkbar, dass der Verhandler entweder überhaupt kein anderes Angebot eingeholt hat oder aber ihm kein Angebot mit einem niedrigeren Preis vorliegt. Alternativ kann über alle anderen Aspekte des vermeintlichen Konkurrenzangebots getäuscht werden (z.B. möglicher Lieferzeitpunkt, technische Details, mögliche Liefermenge etc.). Bei dieser Taktik ist daher regelmäßig mit Täuschungen über Tatsachen zu rechnen. Allerdings kann es sich auch bei dieser Taktik lediglich um eine Meinungsäußerung handeln, wenn z.B. schlicht auf ein „besseres“ Alternativangebot verwiesen wird. Aber selbst dann könnte im Einzelfall noch eine Lüge über einen Tatsachenkern vorliegen. Wird jedoch behauptet: „Händler X bietet das Produkt aber für 10 Euro weniger an. Da müssten Sie schon mithalten können!“, so liegt eindeutig eine Tatsachenbehauptung vor.
- Taktik der kleinen Menge: In der ersten Variante der Taktik mag der Verkäufer gegenüber dem potenziellen Kunden z.B. behaupten, nur noch eine Maschine auf Lager zu haben, während er in Wahrheit noch fünf Maschinen auf Lager hat. Aussagen über aktuelle Lagerbestände, Verkaufszahlen, etc. sind Äußerungen, die sich auf Tatsachen beziehen und nicht bloß eine Meinung darstellen. Hingegen mag eher eine Meinungsäußerung vorliegen, wenn der Verkäufer unspezifisch behauptet, dass sich das Produkt „gut“ oder „super“ verkauft. In der zwei-

¹⁰⁸⁵ Speziell zur Problematik der Beweisführung mit Blick auf innere Tatsachen BGH NJW 2011, 1279, 1281 („Dass eine Partei eine innere Tatsache zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht ohne Weiteres zu Beweiserleichterungen“).

¹⁰⁸⁶ Die Beispiele sind überwiegend an die Fälle aus der Siegener Studie angelehnt. Siehe zu den Szenarien der Siegener Studie näher unter 1. Teil, C.III.1.

ten Variante der Taktik täuscht der Händler über die Gesamtbestände am Markt (z.B. bei Antiquitäten). Insofern kann ebenfalls eine Tatsachenbehauptung vorliegen. Dies ist auch an dieser Stelle umso eher der Fall, je spezifischer und konkreter die Aussage ist. So kann beispielsweise ein Antiquitätenhändler behaupten, eine bestimmte Vase sei ein Unikat, während es in Wahrheit zumindest eine gewisse Anzahl vergleichbarer Vasen gibt.

- *False deadline*: Lügen über Termine und Fristen können ebenfalls eine Lüge über eine Tatsache darstellen. Blufft ein Verhandler beispielsweise darüber, wann sein Flieger zurückgeht, so ist die Angabe über die Abflugzeit falsch. In anderen Fällen wird man hingegen nicht annehmen können, dass eine Tatsache bzw. ein Tatsachenkern betroffen ist. Das ist z.B. bei unspezifischen Aussagen wie „ich muss gleich los“ oder „ich habe jetzt keine Zeit mehr“ der Fall.
- Unternehmensinterne Beschränkungen: Der Verhandler kann z.B. fälschlicherweise behaupten, er besitze nicht die Verhandlungsmacht eine entsprechende Klausel zu akzeptieren. Der Verhandler kann zudem fälschlicherweise vortragen, dass eine entsprechende Klausel gegen unternehmensinterne Richtlinien verstoße. Er mag auch darüber bluffen, dass sein Unternehmen noch in keinem einzigen Fall einer solchen Klausel zugestimmt habe. Hinzu treten Bluffs über Budgetvorgaben. Daneben kann über Prozesse geblufft werden: „Ohne den vorherigen Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung darf ich mit Ihnen nicht verhandeln. Das ist unsere *company policy*.“ Gerade Lügen über interne Prozesse und Vorgaben stellen regelmäßig eine Täuschung über eine Tatsache und nicht lediglich eine Meinung dar.
- Emotionen: In Verhandlungen werden sowohl positive als auch negative Emotionen vorgetäuscht. So kann ein Verhandler z.B. fälschlicherweise behaupten, dass er mit einem Angebot der Gegenseite unzufrieden ist, obwohl es in Wahrheit seine Erwartungen übertrifft. Freude kann z.B. bei Einladungen zu Veranstaltung und Geschäftsessen vorgetäuscht werden. Diese Täuschungen sind jedoch alle – wie bereits angeklungen – eher mit Meinungsäußerungen vergleichbar. Es liegen somit regelmäßig „nur“ Bluffs über innere Tatsachen vor. Varianten, bei denen wirklich über eine Tatsache im engeren Sinn gelogen wird, erscheinen hingegen kaum vorstellbar.

Die aufgelisteten Beispiele zeigen, dass es bei den genannten Taktiken zu Täuschungen über Tatsachen im engeren Sinn kommen kann. Nur Bluffs über Emotionen stehen eher Meinungsäußerungen und Werturteilen nahe, bei denen angenommen wird, dass sie keine Grundlage zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellen.¹⁰⁸⁷ Wie bei Meinungsäußerungen impliziert die Äußerung über eine

¹⁰⁸⁷ BGH NJW 2007, 357, 358; *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3.

Emotion jedoch, dass der sich Äußernde diese Emotion auch tatsächlich empfindet. Ist dies nicht der Fall, so täuscht die Person darüber, diese Emotion zu verspüren. Allerdings ist es in diesen Fällen in der Praxis generell nicht möglich, die Täuschung nachzuweisen (zur Beweislast und Beweisführung 2. Teil, B.I.11.b)aa)), weshalb *de facto* eine Anfechtung ausscheidet. Bei den anderen Täuschungstaktiken ist dies hingegen nicht von vornherein ausgeschlossen.

Allerdings werden von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach wohl h. M. „marktschreierische Anpreisungen“ ebenfalls nicht erfasst (dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b) bb)).¹⁰⁸⁸ In den verbleibenden genannten Beispielen liegen jedoch gerade keine marktschreierischen Anpreisungen vor, sodass sie mit Hilfe dieser Argumentation nicht vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden können. Zunächst einmal wird in den genannten Fällen nicht das Produkt angepriesen, sondern es wird über Aspekte außerhalb des Unternehmensgegenstands gelogen. „Marktschreierische Anpreisungen“ werden hingegen zumeist auf eine übertriebene Darstellung des Produkts bzw. allgemein der eigenen Leistungsfähigkeit oder des Preises bezogen. Selbst wenn man den Begriff weiter fassen würde, ließen sich die oben genannten Behauptungen nicht als „marktschreierisch“ klassifizieren. Denn marktschreierische Aussagen liegen nach der wohl h. M. nur dann vor, wenn für den Verhandlungspartner erkennbar ist, dass diese Aussagen nicht ernst zu nehmen¹⁰⁸⁹ und ohne sachlichen Gehalt sind.¹⁰⁹⁰ In der Realität ist es wohl so, dass marktschreierische Anpreisungen zwar nicht wörtlich genommen werden (bspw. die Aussage „weißer als weiß“), der sich Äußernde aber wohl davon ausgeht, dass sich die marktschreierische Anpreisung positiv auswirkt. Die eben geschilderten Täuschungen sind jedoch für die Verhandlung von Bedeutung und entfalten ihre Wirkung, gerade weil sie ernst genommen und ihnen ein sachlicher Gehalt zugesprochen wird. Das liegt vor allem daran, dass die oben gemachten Aussagen (abgesehen von der Similar-to-me-Taktik und Emotionen), wenn sie wahr wären, in

¹⁰⁸⁸ BGH NJW 2007, 357, 358; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 9; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 2 (zu marktschreierischen Anpreisungen); *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8 (zu marktschreierischen Anpreisungen). *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 1 = S. 542 (zu vagen Anpreisungen).

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8f.; *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 255; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 71 stellt darauf ab, dass solchen Aussagen kein Glaube geschenkt wird.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 7; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8 (dass ihnen nach der Verkehrsauffassung keine tatsächliche Bedeutung zukommt). *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3 geht hingegen davon aus, dass Reklamebehauptungen keine Tatsachen darstellen.

der Verhandlung sachliche Argumente darstellen würden, die zu berücksichtigen wären. So zeigt beispielsweise ein anderes Kaufangebot das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) der anderen Seite und führt im Zusammenspiel mit dem eigenen BATNA zur Einschätzung, ob ein ZOPA (*zone of possible agreement*) vorliegt und, wenn ja, welche Verteilung des ZOPA vorgesehen ist (siehe zu BATNA und ZOPA näher unter 2. Teil, A.V.1.). Im Ergebnis gibt es daher Spielvarianten der genannten Taktiken, die sowohl eine Täuschung über eine Tatsache enthalten als auch nicht lediglich marktschreierische Anpreisungen darstellen. Allein Lügen des Verhandlers über persönliche Interessen und Präferenzen (i. R. d. Similar-to-me-Taktik) könnten eventuell als „marktschreierisch“ einzuordnen sein. Denn solche Aussagen zielen darauf ab, dass der Verhandler einen guten persönlichen Eindruck macht (z. B. durch sein gutes Handicap beim Golf). Dies ist insofern mit marktschreierischen Anpreisungen vergleichbar, als diese regelmäßig das Produkt bzw. die eigene Leistungsfähigkeit in ein gutes Licht rücken sollen. Allerdings erfüllen zumindest die oben genannten Beispiele nicht unbedingt die Voraussetzung, dass sie grundsätzlich nicht ernst zu nehmen sind bzw. ihnen kein sachlicher Gehalt zukommt. Marktschreierische Aussagen lassen sich daran erkennen, dass jeder vernünftige Mensch erkennt, dass die Aussage absolut übertrieben bzw. falsch ist (vgl. „weißer als weiß“). Erzählt ein Verhandler, dass er Mitglied eines Fußballvereins sei, stellt dies jedoch weder eine offensichtliche Übertreibung dar, noch ist die Aussage augenblicklich als lediglich werbend zu erkennen. Selbst Täuschungen im Rahmen der Similar-to-me-Taktik können somit im Prinzip Falschaussagen über Tatsachen darstellen, die nicht lediglich als marktschreierische Anpreisungen zu qualifizieren sind. Im Einzelfall kann aber auch eine marktschreierische Anpreisung vorliegen. Denn bezeichnet sich ein Geschäftspartner als „einer der besten Golfspieler der Welt“, so ist die Übertreibung offensichtlich.

2. Vorsatz

In all den genannten Beispielen kann und wird zudem in der Regel Vorsatz vorliegen. Dies bedeutet nicht, dass alle Irreführungen im Rahmen von Verhandlungstaktiken vorsätzlich geschehen müssen. Insbesondere bei den hier untersuchten Verhandlungstaktiken wird aber zumeist vorsätzlich getäuscht, um dadurch einen Verhandlungsvorteil zu erzielen. Sie werden somit verhandlungstaktisch und damit bewusst zu den eigenen Gunsten eingesetzt (siehe dazu unter 2. Teil, A.IV.). Vorsatz ist damit in vielen Fällen unproblematisch gegeben, was jedoch noch nicht bedeutet, dass er sich auch leicht nachweisen lässt (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.11.b)cc)).

3. Irrtum

Es erscheint im Rahmen aller beschriebenen Täuschungstaktiken zumindest möglich, dass eine Seite aufgrund der vorsätzlichen Täuschung einem Irrtum unter-

liegt. Insofern ist wiederum zu bedenken, dass Personen generell nicht besonders gut darin sind, Bluffs zu erkennen¹⁰⁹¹ und daraufhin Irrtümern unterliegen können. Hinzu kommt der bereits angesprochene *truth biases*, wonach Beobachter die Tendenz besitzen, anzunehmen, dass die andere Seite die Wahrheit sagt.¹⁰⁹²

4. Kausalität

In einigen der beschriebenen Täuschungstaktiken mögen jedoch die Kausalitätsanforderungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht erfüllt sein. Denn die beispielhaft aufgeführten Verhandlungstaktiken funktionieren nicht in allen Situationen. So kann es beispielsweise sein, dass ein Käufer vortäuscht, dass ihm ein besseres Angebot vorliegt. Falls der Verkäufer den Markt gut kennt, weiß er allerdings ggf., dass die anderen Händler dieses Produkt nicht zu dem vom Käufer genannten Preis anbieten. Da der Verkäufer in diesem Fall erkennt, dass der Käufer ihn täuschen möchte, mag bei ihm somit durch die Lüge kein Irrtum entstehen. Daher wird er auch seinen Preis nicht aufgrund dieser Taktik reduzieren und die Kausalität ist damit im Ergebnis abzulehnen.

Täuscht ein Verhandler über seinen Verhandlungsspielraum (z. B. mit Hilfe von Budgetvorgaben), dient dies zumeist der Abwehr einer Forderung. Die Gegenseite soll die aufgezeigte „rote Linie“ akzeptieren, da es für sie mit zu viel Aufwand verbunden wäre, den Prinzipal des Verhandlers (ohne Verhandlungsmacht) einzuschalten. In einer konkreten Verhandlungssituation mag die Gegenseite aber darauf bestehen mit dem Vorgesetzten des täuschenden Verhandlers zu sprechen und den (geblockten) Aspekt mit ihm zu verhandeln. In diesem Fall erkennt die getäuschte Seite die Lüge zwar nicht und der kausal verursachte Irrtum bleibt somit bestehen. Allerdings wirkt sich der Bluff dennoch nicht auf den Vertragsschluss aus, weshalb im Ergebnis die Kausalität abgelehnt werden muss. Gleiches kann angenommen werden, wenn ein Verhandler z. B. erfolgreich seine Sympathie für den Verhandlungspartner ausblendet und davon unabhängig entscheidet. Dann liegt im Fall der *Similar-to-me*-Taktik ebenfalls keine Kausalität vor. Eine ähnliche

¹⁰⁹¹ Vgl. z. B. *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214 ff.; *Ekman/O'Sullivan*, *American Psychologist* 46 (1991), 913, 913 ff. (nur Mitarbeiter des Secret Service schnitten etwas besser ab); vgl. auch *Ekman/O'Sullivan/Frank*, *Psychological Science* 10 (1999), 263, 263 ff. (zu Berufsgruppen, die Lügen besser identifizieren können). Den Forschungsstand ebenso zusammenfassend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 356. Siehe auch *Keep/Schneider*, *Business Ethics: A European Review* 19 (2010), 64, 67. Umgekehrt scheinen viele Personen gut darin zu sein, zu täuschen, vgl. *Dwenger/Lohse*, *Journal of Economic Psychology* 71 (2019), 74, 74 ff.

¹⁰⁹² *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214 ff. geben einen Überblick über den Forschungsstand; siehe zum *truth bias* und anderen Verzerrungen, die auf die Entdeckung von Lügen einwirken, z. B. auch *T. Levine/Park/McCornack*, *Communications Monographs* 66 (1999), 125, 126 (sowie auf den folgenden Seiten zu ihrer eigenen Untersuchung).

Situation kann für falsche Deadlines skizziert werden. Wird die Kausalität abgelehnt, kann auch nicht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB angefochten werden.

Die diskutierten Täuschungstaktiken werden aber gerade in der Verhandlungsliteratur empfohlen bzw. es wird vor ihnen gewarnt, da sie in vielen Situationen funktionieren, d. h. da sie sich eben doch auf das Verhandlungsergebnis auswirken. In diesen Fällen wird durch die Täuschung ein Irrtum erzeugt und der Getäuschte geht daraufhin den Vertrag ein bzw. mit diesem Inhalt oder zu diesem konkreten Zeitpunkt ein. Dies erscheint vor allem in Bezug auf die Better-offer-Taktik und die Taktik „unternehmensinterne Beschränkungen“ auch durchaus rational. Denn entspräche die Äußerung der Wahrheit, so entstünde dadurch ein erheblicher Druck, die eigene Verhandlungsposition zu verändern. Ist das Ergebnis dann immer noch besser als das eigene BATNA¹⁰⁹³, d. h. die beste Alternative zum verhandelten Vertragsschluss, wird bei rationalem Verhalten der Vertrag abgeschlossen. In diesen Fällen ist die Kausalität damit generell unproblematisch gegeben, was jedoch nicht unbedingt bedeutet, dass sie in einem Prozess leicht bewiesen werden könnte.¹⁰⁹⁴

Mit Blick auf die Similar-to-me-Taktik ist der Fall hingegen anders gelagert. Zwar kann es bei gleichwertigen Angeboten durchaus rational sinnvoll sein, den Vertragspartner zu wählen, zu dem ein besseres persönliches Verhältnis besteht, da hier gehofft werden kann, dass sich dieses positiv bei einer möglichen Konfliktbewältigung auswirken würde. In anderen Fällen muss es aber nicht unbedingt rational sein, auf Sympathie zu achten. So sagt Sympathie zum Verhandler der Gegenseite bspw. relativ wenig über die ausstehende Vertragsabwicklung aus, wenn dieser darin nicht involviert ist. Vertrauen in eine Person sollte zudem nicht gleichgesetzt werden, mit dem Vertrauen in das dahinterstehende Unternehmen. Dennoch spielt Sympathie eine Rolle und kann den Vertragsschluss beeinflussen, auch wenn dies nicht in allen Fällen einem streng rationalen Verhalten entspricht. Im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird jedoch kein streng rationales Verhalten des Getäuschten verlangt (siehe dazu ausführlich unter 2. Teil, B.I.4.a)). Denn mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kommt es nicht darauf an, dass der Getäuschte den Vertrag „bei verständiger Würdigung des Falles“ nicht abgeschlossen hätte.¹⁰⁹⁵ Im Ergebnis mag – wie unter 2. Teil, B.I.11.b)bb) bereits erörtert – in solchen Fällen allerdings der Beweis der Kausalität schwer fallen. Das ändert aber nichts daran, dass die Täuschung für den Vertragsschluss kausal gewesen sein kann.

¹⁰⁹³ Siehe zum BATNA näher unter 2. Teil, A.V.1.

¹⁰⁹⁴ Zu den Herausforderungen bzgl. der Darlegungs- und Beweislast siehe 2. Teil, B.I.11.

¹⁰⁹⁵ BGH NJW 1967, 1222, 1223; BGH BeckRS 1977, 00365 („Hierbei kommt es nicht auf objektive Kriterien an, also nicht etwa darauf, wie der Getäuschte bei verständiger Würdigung des Falles hätte handeln müssen; maßgebend ist vielmehr, wie er ohne die Täuschung wirklich gehandelt hätte.“); *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 24; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 23; *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9; ähnlich auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 48.

Neben der Similar-to-me-Taktik basiert auch die Taktik der kleinen Menge auf psychologischen Effekten. Soweit der *scarcity effect*¹⁰⁹⁶ und der *bandwagon effect*¹⁰⁹⁷ durchschlagen,¹⁰⁹⁸ ließe sich in diesem Fall ebenfalls von einem nicht ganz rationalen Verhalten sprechen. Denn in diesen Fällen regen vor allem die Knappheit und die Beliebtheit des Produkts den potenziellen Kunden zum Kauf an (siehe dazu unter 2. Teil, A.VI.2.).¹⁰⁹⁹ Insofern kann auf die Argumentation zur Similar-to-me-Taktik verwiesen werden und eine Anfechtbarkeit des daraufhin geschlossenen Vertrags erscheint grundsätzlich dennoch möglich. Außerdem kann aus der Taktik der kleinen Menge ein Entscheidungsdruck resultieren, da bei einem zu langen Zögern der Vorrat (bei diesem Händler) verkauft sein kann. Auch die Taktik *false deadlines* stellt darauf ab, einen Zeit- und damit Entscheidungsdruck aufzubauen. Beide Taktiken kombinieren somit Druck und Irreführung. Es kann nicht generell als „irrational“ beschrieben werden, Druck in Verhandlungen nachzugeben. Im Rahmen von Drohungen wird diskutiert, welchem und wieviel Druck ein Verhandler standhalten muss.¹¹⁰⁰ Diese Überlegung spielt im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keine Rolle, da bereits die Lüge (die zum Druck führt) als Anfechtungsgrund ausreicht. Der Nachweis der Kausalität mag jedoch auch hier schwerer fallen, wenn es sich um einen ganz marginalen Druck gehandelt hat, dem durchschnittliche Verhandler standgehalten hätten.

5. Rechtswidrigkeit

Bislang nicht berücksichtigt wurde die Rechtswidrigkeit. Sie ist einer der Dreh- und Angelpunkte, da im Folgenden noch zu erörtern sein wird, ob einige der Täuschungen eventuell nicht rechtswidrig, d. h. rechtmäßig sind.¹¹⁰¹ Einigkeit besteht beispielsweise darüber, dass die Rechtswidrigkeit bei der Taktik *phony facts*, bei der über den Leistungsgegenstand gelogen wird, gegeben ist. Solche Täuschungen sind der Kernanwendungsbereich der Norm.¹¹⁰² Umgekehrt wurden auch die Ausnahmen erörtert, die einhellig als rechtmäßig angesehen werden (wie Lügen auf

¹⁰⁹⁶ Siehe zu den Effekten von *scarcity* auf Verbraucher Teubner/Graul, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.; vgl. auch Martini/Kramme/Seeliger, *VuR* 2022, 123, 123 f.

¹⁰⁹⁷ Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend Leibenstein, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183 ff. Zu *popularity cues* und ihren Effekten Teubner/Graul, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.

¹⁰⁹⁸ Dazu, dass die Taktik der kleinen Menge auf diesen Effekten beruht, S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 365.

¹⁰⁹⁹ Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend Leibenstein, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183 ff.

¹¹⁰⁰ Siehe zu Drohungen näher unter 4. Teil, H.II.1.

¹¹⁰¹ Dies wird im Rahmen des Lösungsvorschlags *de lege lata* diskutiert. Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.3. und A.IV.4.b) und c).

¹¹⁰² Zu den rechtlichen Umfeldwertungen siehe 4. Teil, H.

eine Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft).¹¹⁰³ Bezüglich der hier relevanten Täuschungen außerhalb des Leistungsgegenstands (z. B. bzgl. Bluffs über die Verfügbarkeit) wird die Frage allerdings bislang (praktisch) nicht diskutiert. An dieser Stelle soll offengelassen werden, ob die anderen beschriebenen Bluffs im Rahmen der verschiedenen Taktiken als rechtswidrig oder rechtmäßig anzusehen sind. Dies wird unter 5. Teil, A. zu klären sein.

6. Darlegungs- und Beweislast

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass es Spielvarianten der aufgelisteten Täuschungstaktiken gibt, die den Tatbestand des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfüllen können. Wie bereits unter 2. Teil, B.I.11.a) erörtert, liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Vorschrift grundsätzlich beim Getäuschten, da dieser den Vertrag anfechten möchte.¹¹⁰⁴ Dies stellt gerade bei den hier diskutierten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands eine hohe Hürde für die Anfechtung dar und erschwert in der Praxis die Durchsetzung der Anfechtung.

Wie bereits angesprochen (2. Teil, A.VII.2.), muss die Täuschung zunächst überhaupt aufgedeckt, d. h. erkannt werden. Auch wenn dies oftmals nicht der Fall sein wird, so werden Lügen in Einzelfällen durchaus entdeckt. So mag ein Gespräch mit einem Konkurrenten beispielsweise offenbaren, dass dieser dem eigenen potenziellen Kunden kein besseres Angebot bzw. vielleicht überhaupt kein Angebot unterbreitet hat.¹¹⁰⁵ Im Fall eines Mitarbeiterwechsels zwischen den Vertragspartnern können ebenfalls relevante Informationen weitergegeben werden (z. B. zu Lagerbeständen und unternehmensinternen Vorgaben). Ein Blick auf die Abflugzeiten kann offenbaren, dass es zum genannten Zeitpunkt gar keinen möglichen Rückflug gab.¹¹⁰⁶ Eine Nachforschung kann zu dem Ergebnis führen, dass eine bestimmte Antiquität nicht selten ist. Bluffs über persönliche Aspekte können „auffliegen“, wenn ein Verhandler mit anderen Personen über den Verhandlungspartner spricht (Frage: „Sie kennen ja Herrn X vom Golfspielen in Ihrem Club, nicht wahr?“ Antwort: „Herrn X? Nein, den kenne ich nicht und ich bin mir sicher, dass er nicht in unserem Club spielt.“). Außerdem können Lügen auch durch unkoordiniertes Verhalten auf der Seite des Täuschenden ans Licht kommen. Denn in unternehmerischen Verhandlungen besteht eine Prinzipal-Agenten-Situation (siehe unter 2. Teil.

¹¹⁰³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.7.b).

¹¹⁰⁴ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 109; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 57.

¹¹⁰⁵ An dieser Stelle soll nicht darauf eingegangen werden, inwiefern ein entsprechender Austausch wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnte.

¹¹⁰⁶ Siehe zu den verschiedenen (Täuschungs-)Taktiken näher unter 2. Teil, A.VI.

A.III.), bei der viele verschiedene Personen agieren. Diese können sich widersprechen. So ist z. B. gut denkbar, dass eine Person täuscht, die andere Person davon aber nichts weiß und sich insofern unabsichtlich in Widerspruch zur vorherigen Aussage setzt. Auch der Lügner kann unabsichtlich Hinweise auf sein Verhalten geben, wenn z. B. Folgeaussagen nicht konsistent erscheinen. Hinzu kommt die lange Ausschlussfrist des § 124 Abs. 3 BGB von 10 Jahren.¹¹⁰⁷ In der Verhandlungsliteratur gibt es die Warnung *time reveals the truth*¹¹⁰⁸ („Zeit offenbart die Wahrheit“). Selbst wenn eine Irreführung erst Jahre später ans Licht kommt, könnte daher zumindest theoretisch noch angefochten werden.

Ist die Lüge erkannt worden, muss zunächst dargelegt und bewiesen werden, dass der Verhandlungspartner eine solche Aussage getroffen hat und dass sie nicht der Wahrheit entspricht. Ersteres kann unter Umständen bereits durch den heute üblichen hohen E-Mailverkehr belegt werden. Hinzu treten mittlerweile sogar im Geschäftsverkehr vermehrt WhatsApp-Nachrichten (inklusive Sprachnachrichten) bzw. *instant messaging*. Bezogen auf mündliche Äußerungen ist zudem ebenfalls von Bedeutung, dass zumeist eine Prinzipal-Agenten-Situation in B2B-Verhandlungen vorliegt. Die eigenen Angestellten und selbständigen Vertreter können daher im Prozess als Zeugen aussagen.¹¹⁰⁹ Dadurch ist es zumindest nicht ausgeschlossen, bestimmte Aussagen zu belegen.

Schwierigkeiten kann zudem der Nachweis der Unwahrheit der Aussage bereiten, da es sich oft um Informationen handelt, die allein dem Verhandlungspartner zugänglich sind (wie z. B. Lagerbestände, bessere Konkurrenzangebote). Die Ausführungen zur möglichen Entdeckung der Lüge gelten hier entsprechend. Allerdings wurde insofern noch nicht auf die Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten eingegangen. Denn wird die Lüge mit Hilfe von Dritten aufgedeckt (z. B. Austausch mit einem Konkurrenten), ist zu bedenken, dass dieser unter Umständen nicht bereit sein mag, vor Gericht auszusagen. Es kann auch sein, dass die Lüge durch ungereimte Aussagen auf Seiten des Verhandlungspartners erkannt wird, was jedoch für einen Beweis der Unrichtigkeit der Aussage nicht reichen mag. Die Angestellten des Verhandlungspartners werden erst recht nicht zu Lasten ihres Prinzipals aussagen.¹¹¹⁰ Arbeitnehmer, die vom Täuschenden zum Getäuschten wechseln, mögen hingegen zur Aussage bereit sein. Außerdem könnte an dieser Stelle die täuschende Seite u. U. eine sekundäre Darlegungslast treffen.¹¹¹¹ Nimmt man dies an, so reicht ein einfaches Bestreiten ihrerseits nicht. Eine sekundäre Darlegungslast kann angenommen werden, wenn dem Getäuschten ein Beweis nicht

¹¹⁰⁷ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.14.

¹¹⁰⁸ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 375.

¹¹⁰⁹ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2.

¹¹¹⁰ Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2.

¹¹¹¹ Zur sekundären Darlegungslast mit Blick auf § 123 BGB BGH NJW-RR 2008, 343, 343; OLG Brandenburg BeckRS 2020, 35738; vgl. auch Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95.

möglich bzw. zumutbar ist, während der Anfechtungsgegner die relevanten Tatsachen kennt und ihm diese Last daher zumutbar ist.¹¹¹² Genau diese Situation könnte beispielsweise mit Blick auf Lagerbestände (im Rahmen der Taktik der kleinen Menge), bessere Angebote und unternehmensinterne Vorgaben gegeben sein. Die Beweisführung ist damit mit Blick auf die Lüge im Ergebnis oftmals schwierig, aber nicht generell unmöglich.

Daneben muss dem Täuschenden Vorsatz (mit seinen drei Elementen) nachgewiesen werden (*dolus eventualis* genügt, siehe 2. Teil, B.I.5.a)), was oftmals eine besondere Herausforderung darstellen wird (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.11.b) cc)). Denn Vorsatz kann nicht einfach angenommen werden, sofern eine unrichtige Aussage getroffen wurde. Bezüglich der Frage, ob der sich Äußernde die Unrichtigkeit der Behauptung kannte, soll es aber genügen, wenn vor Vertragsschluss offenbar unrichtige Aussagen getroffen wurden (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.a)).¹¹¹³ Etwas anderes soll nur gelten, wenn plausible Erklärungen für die unrichtigen Informationen gegeben werden können.¹¹¹⁴ Je offensichtlicher eine Aussage falsch ist, desto schwerer wird es der Partei fallen, diese als Fehler darzustellen. Bei Falschaussagen über persönliche Präferenzen und Interessen (z. B. Mitgliedschaft bei einem Fußballverein) ist Vorsatz praktisch eine Voraussetzung, da sich der Verhandler darüber in der Praxis nicht täuschen kann. Im Übrigen liegt es zwar nahe, dass in den meisten Fällen vorsätzlich getäuscht wird, aber ob die Beweisführung gelingt, kann sich nur im Einzelfall zeigen. Generell erscheint dies aber für die hier betrachteten Bluffs nicht ausgeschlossen zu sein.

Schwer zu beweisen ist jedoch, dass der Lügner auf einen Irrtum beim Verhandlungspartner und eine Beeinflussung seiner Willenserklärung abzielte. Wichtig ist an dieser Stelle die Entscheidung, ob ein Anscheinsbeweis zulässig ist (dazu unter 2. Teil, B.I.11.b)cc)). Gegen einen Anscheinsbeweis wird angeführt, dass der Täuschende nicht immer darauf abzielt, den Getäuschten zu beeinflussen. Ein entsprechender Erfahrungssatz soll nicht bestehen,¹¹¹⁵ da auch „Gleichgültigkeit, Trägheit oder sachliche Fehleinschätzungen über die Bedeutung“¹¹¹⁶ zur Täuschung geführt haben könnten. Ansonsten können unter Umständen Indizien zur Beweisführung genügen.¹¹¹⁷ Gerade bei Bluffs über bessere Angebote, ist es allerdings schwer vor-

¹¹¹² BGH NJW 2005, 2395, 2397; BGH NJW-RR 2001, 396, 399.

¹¹¹³ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14.

¹¹¹⁴ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 14.

¹¹¹⁵ BGH NJW 1957, 988, 988 f.; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

¹¹¹⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 13.

¹¹¹⁷ OLG Karlsruhe VersR 2006, 205, 206; dem folgend OLG Nürnberg BeckRS 2009, 17657; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122.4; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89.

stellbar, dass sie aus Trägheit oder Gleichgültigkeit angebracht werden. Insbesondere wenn dieses Argument in einer intensiven Diskussion um Preis und Leistung vorgetragen wird, ggf. noch mit der Forderung, den Preis zu reduzieren, deuten zumindest die Indizien eindeutig auf Vorsatz hin. Entsprechendes gilt für die anderen diskutierten Bluffs, z. B. für Lügen über die Einzigartigkeit einer Vase (Taktik der kleinen Menge) oder unternehmensinterne Vorgaben (z. B. Budgetvorgaben).

Neben dem Vorsatz muss auch die Kausalität bewiesen werden (zu den Schwierigkeiten bereits unter 2. Teil, B.I.11.b)bb)). Unproblematisch sollte im Ergebnis generell der Nachweis sein, dass eine Täuschung zu einem Irrtum führt. Etwas schwieriger zu führen ist der Beweis, dass der Irrtum die Willenserklärung beeinflusst hat. Insofern kommt es darauf an, welche Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden. Wichtig ist zudem an dieser Stelle auch, ob ein Anscheinsbeweis möglich ist oder nicht (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.11.b)bb)). Je höhere Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden, desto öfter scheidet eine Anfechtung wegen einer Lüge außerhalb des Vertragsgegenstands aus. Wie bereits dargelegt (siehe dazu 2. Teil, A.IV.), werden diese Taktiken jedoch regelmäßig in der Verhandlungsliteratur thematisiert und in Verhandlungen eingesetzt, da sie wirken. Der Beweis sollte im Ergebnis vor allem unter Hinweis auf das Verhalten des Getäuschten möglich sein, d. h. es kommt darauf an, ob die Verhandlungsdynamik angemessen dargelegt werden kann. Dies kann z. B. auch durch unternehmensinterne Kommunikation geschehen. Kann beispielsweise demonstriert werden, dass ein Verhandler nachgegeben hat, nachdem die andere Seite mit einem besseren Alternativangebot „gedroht“ hat, so spricht dies für Kausalität. Gibt ein Verhandler in letzter Sekunde nach, nachdem ihm ernsthaft mit einer ablaufenden Frist „gedroht“ wurde, so lässt dies ebenfalls den Schluss zu, dass Kausalität vorliegt. Der zeitliche und situative Zusammenhang zwischen Lüge und Zugeständnis belegt insofern die Kausalität. Dasselbe kann gelten, wenn zwar einer Forderung nicht nachgegeben wird, aber eine eigene Forderung aufgegeben wird (z. B. nach einem Hinweis auf die fehlende Verhandlungsmacht). Unter Umständen legt ein Agent diese Motivation in einer E-Mail an den Vorgesetzten dar (in der Art: „Unser Verhandlungspartner hat ein günstigeres Angebot von X vorliegen. Ich würde ihm daher mit dem Preis entsprechend entgegenkommen. Wären Sie damit einverstanden?“). Diese unternehmensinterne Kommunikation kann dann im Prozess genutzt werden. Die Reaktion des Getäuschten nach der Aufdeckung der Lüge, kann ebenfalls wertvolle Informationen in Bezug auf die Kausalität liefern (z. B. falls der Getäuschte keine Reaktion zeigt¹¹¹⁸).

¹¹¹⁸ OLG Köln NJW-RR 1992, 908, 910; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11 (zur fehlenden Kausalität); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 110; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 96.

Bezüglich der Taktik der kleinen Menge, der Better-offer-Taktik, der Taktik *false deadline* und der Taktik zu unternehmensinternen Vorgaben ist es somit nach hier vertretener Ansicht zumindest theoretisch möglich, den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweisführung zu genügen. Dies ist zwar theoretisch auch bei der Similar-to-me-Taktik denkbar, aber in der Praxis könnten die Richter eine Anfechtung vor allem an der Kausalität scheitern lassen, wenn es sich um scheinbar harmlose Lügen ohne konkreten Bezug zur Verhandlung handelt. Das verdeutlicht noch einmal, dass die Möglichkeit besteht, dass die Anforderungen an die Beweisführung instrumentalisiert werden (siehe dazu auch 2. Teil, B.I.11.b)ee)).¹¹¹⁹ Im Ergebnis zeigen die Ausführungen, dass die Darlegungs- und Beweisführung ein Haupthindernis bei der Durchsetzung der Anfechtung darstellt. Dennoch ist es bei vielen Taktiken zumindest in Einzelfällen nicht ausgeschlossen, die aufgeführten Hürden zu überwinden.

7. Zwischenergebnis zu nicht bzw. kaum diskutierten Täuschungstaktiken

Die Messung praxisrelevanter Täuschungstaktiken an den Voraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zeigt, dass es Ausformungen der Better-offer-Taktik, der Taktik der kleinen Menge, der Taktik *false deadline* und der Taktik „unternehmensinterne Beschränkungen“ gibt, die durchaus den Tatbestand der Norm erfüllen können. Sie müssten nach deutscher Rechtslage daher zur Anfechtung berechtigen, sofern man die Rechtswidrigkeit unberücksichtigt lässt (zur Rechtswidrigkeit ausführlich i. R. d. Lösung *de lege lata* unter 5. Teil, A.III.3. und A.IV.4.b) und c)). Das größte Hindernis für eine erfolgreiche Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB könnte je nach Interpretation die Beweisführung darstellen. Lediglich wegen Täuschungen über Emotionen und Täuschungen im Rahmen der Similar-to-me-Taktik dürfte regelmäßig nicht angefochten werden können, da insofern bereits der Tatbestand der Vorschrift in vielen Fällen nicht erfüllt sein dürfte.

V. Ergebnis zum 2. Teil, B.

Die Betrachtung hat gezeigt, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die getäuschte Seite formal sehr weitreichend schützt. Bezüglich aktiver, arglistiger Täuschungen über Tatsachen im engeren Sinn werden praktisch keine Ausnahmen diskutiert, d. h. es wird eine pauschale Lösung für alle Lügen vorgesehen. Gleichzeitig ist der Tatbestand der Vorschrift jedoch komplex, sodass sich eine Reihe von Abgrenzungs- und Auslegungsfragen stellen. Zumindest in Randbereichen wird die Reichweite des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus eingeschränkt. Abgesehen von wenigen

¹¹¹⁹ Die Problematik wird auch noch einmal unter 5. Teil, A.III.1. aufgegriffen. Dort wird erörtert, ob und, wenn ja, inwiefern dieser Ansatz zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen beitragen kann.

Ausnahmen (marktschreierische Anpreisungen, Lügen auf unzulässige Fragen) befürwortet die Literatur gemäß dem aktuellen Diskussionsstand diese umfassende Reichweite des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, ohne dabei allerdings explizit auf Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands einzugehen. Wendet man die erzielten Erkenntnisse aber auf die hier relevanten Bluffs an, so wird ersichtlich, dass es Ausformungen der Better-offer-Taktik, der Taktik der kleinen Menge, der Taktik *false deadline* und der Taktik „unternehmensinterne Beschränkungen“ gibt, die durchaus den Tatbestand der Norm nach aktueller Rechtslage erfüllen können. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass sich das Ergebnis bezüglich Bluffs über Preise, die Leistung sowie den Vertragspartner auch durchgehend in den entsprechenden Urteilen widerspiegelt. Die in der Literatur diskutierten (wenigen) Ausnahmen werden zudem von der Rechtsprechung ebenfalls aufgegriffen. Zu einem weiten Spektrum an Täuschungstaktiken außerhalb des Vertragsgegenstands sowie des Vertragspartners liegen jedoch keine Entscheidungen vor, obwohl es in der Praxis Millionen Anwendungsfälle geben müsste. Die Rechtsprechung hat somit zwar keine weiteren Ausnahmen zugelassen, aber die Befassung mit den Urteilen zeigt, dass die umfassende Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zumindest nicht zu entsprechenden gerichtlichen Streitigkeiten führt.

3. Teil

Die Täuschungsproblematik aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive und die Konsequenzen für das deutsche Recht

A. Rechtshistorische Betrachtung

I. Zielsetzung

Der folgende Abschnitt zeichnet die rechtshistorische Entwicklung des heutigen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach.¹ Dies ist für die historische Auslegung *de lege lata* relevant.² Die historische Auslegung fokussiert sich auf den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers und möchte so den (damaligen) Gesetzeszweck ermitteln.³ Bei der Interpretation stellt sich dann die Frage, ob es auf den ursprünglichen Willen ankommen (subjektive Auslegung) oder ob eine objektive Auslegung vorgenommen werden sollte.⁴ Zudem wird erörtert, ob mit Blick auf die rechtliche

¹ Eine entsprechende, kurze, überblicksartige Zusammenfassung der folgenden Erörterungen findet sich bereits in *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 995 ff. Einzelne Sätze werden insofern auch (nahezu) wörtlich übersetzt. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

² Allgemein zur historischen Auslegung *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2021, S. 42; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 347 ff.; *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 619 f.; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2019, S. 135 ff.; *Schwacke*, *Juristische Methodik*, 5. Aufl. 2011, S. 97 ff.; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 150 ff.; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Aufl. 2023, S. 35 ff.; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 486 ff. (Rn. 778 ff.).

³ *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 150; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2020, Rn. 347; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2021, S. 42; *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 153; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 486 (Rn. 780); *Heck*, *AcP* 112 (1914), 1, 8 f.; vgl. auch *Auer*, *ZEuP* 2008, 517, 528 f.

⁴ Es wird teils auch zwischen entstehungszeitlicher und geltungszeitlicher Interpretation unterschieden. Siehe dazu *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2019, S. 135 ff. (der auf S. 154 ff. eine „vermittelnde Position favorisiert“); *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Aufl. 2023, S. 35 f. (der den Streit als „von vornherein wenig ergiebig[e]“ bezeichnet); siehe zudem *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 487 ff. (Rn. 784 ff.) (der die Diskussion als „irreführend“ bezeichnet); *Heck*, *AcP* 112 (1914), 1, 8 f. und *Auer*, *ZEuP* 2008, 517, 528 ff. (sprechen sich für die subjektive Theorie aus). Vgl. auch zur Bedeutung für den Rechtsauslegenden *Schwacke*, *Juristische Methodik*, 5. Aufl. 2011, S. 98, wobei der Autor im Folgenden auch auf die Grenzen eingeht („Ist klar erkennbar, was der Gesetzgeber mit seiner Regelung beabsichtigt hat und von welchen Wertvorstellungen die Regelung getragen ist,

Tradition auch Vorgängernormen, d. h. die zuvor bestehende Rechtslage, berücksichtigt werden sollten, oder ob nur der Entstehungsprozess der konkreten Norm für die Auslegung relevant ist.⁵ Da die rechtshistorische Betrachtung hier allerdings nicht allein im Dienste der Interpretation *de lege lata* steht, wird unabhängig von dieser Debatte die Entwicklung der Problematik seit dem römischen Recht nachgezeichnet. Mit Blick auf die historische Auslegung geht es vor allem darum, zu ergründen, ob für die hier im Vordergrund stehende Problematik der Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen aus der Entwicklung Hinweise auf die Regelungsabsichten des Gesetzgebers⁶ sowie den diesen zugrundeliegenden Wertentscheidungen gezogen werden können. Im Ergebnis dient die rechtshistorische Betrachtung auch dazu, zu fragen, ob der „radikale“ Ansatz des deutschen Rechts, nahezu alle vorsätzlichen Täuschungen zu erfassen, historisch verwurzelt ist. Die Ausführungen sollen darüberhinausgehend aufzeigen, welche historischen Begebenheiten zur heutigen Form der Vorschrift beigetragen haben. Es geht vor allem darum, die Dynamik der Entwicklung und deren Hintergründe zu erforschen. Der rechtshistorische Abschnitt trägt dadurch nicht nur zum besseren Verständnis der Ausgestaltung des heutigen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bei, sondern kann auch helfen, ggf. unbeabsichtigte oder unerwünschte Entwicklungen zu offenbaren. Zudem können die historischen Regelungen ebenso wie die Vorschriften anderer Rechtsordnungen (dazu im Anschluss unter 3. Teil, B.) potenzielle alternative Regelungsmechanismen für die Problematik von „listigen“ Täuschungen offenbaren, was insbesondere für die Erarbeitung eines Vorschlags *de lege ferenda* zentral ist (siehe dazu unter 5. Teil, B.).

II. Einführung

Das deutsche Recht hat römisch-rechtliche Wurzeln (zum römischen Recht sogleich unter 3. Teil, A.III.), weshalb das römische Recht im Folgenden als Ausgangspunkt für die Diskussion gewählt wird.⁷ Die lateinischen Fassungen des Gesamtkorpus des in der Spätantike (528 – 534 n. Chr.) im Auftrag des Kaisers

kann sich der Rechtsauslegende wie bei hinreichend eindeutigem Wortsinn grundsätzlich nicht darüber hinwegsetzen.“).

⁵ Insofern wird die Unterscheidung zwischen historischer Auslegung i. e. S. und genetischer Auslegung diskutiert, was hier jedoch nicht näher erörtert werden soll. Siehe dazu z. B. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 150 ff.; vgl. auch Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 347 ff.; F. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, Rn. 360 ff. Siehe zudem auch F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 36.

⁶ Es soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, wie der Begriff „Gesetzgeber“ in Bezug auf die historische Auslegung zu verstehen ist. Siehe dazu z. B. F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 41 ff.

⁷ Vgl. auch Knütel, ZEuP 1994, 244, 244 f.; Aden, ZRP 2021, 50, 50; Schuster-Oppenheim in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 157 f. (§ 8 Rn. 2); vgl. zur historischen Entwicklung der Übernahme des römischen Rechts in Deutschland auch Schildt, JURA 2003,

Justinian zusammengetragenen, antiken römischen Rechts (*corpus iuris civilis*) wurden zuerst in Italien⁸ im 11. und 12. Jahrhundert wiederentdeckt und so Gegenstand der juristischen Forschung.⁹ Im gleichen Zeitraum fand auch eine Befassung mit dem kanonischen Recht statt.¹⁰ Etwas später gelangten die entsprechenden römischen Rechtsregeln in Form des sog. „Gemeinen Rechts“ (damals in ganz Europa¹¹ *ius commune* genannt) auch in die praktische (subsidiäre) Rechtsanwendung;¹² Dies geschah zunächst in Italien¹³ und später dann auch in Deutschland.¹⁴ Erst im 17. und 18. Jahrhundert kam es schließlich zur Nationalisierung des Rechts, was im Laufe des 19. Jahrhunderts zum Ende der Geltung des *ius commune* in Europa führte.¹⁵ Das 17. und 18. Jahrhundert waren die Zeit des *usus modernus* (siehe dazu unter 3. Teil, A.V.), der durch die Gedanken des Rationalismus beeinflusst wurde. Zudem wirkten sich bereits die Gedanken des Naturrechts auf den *usus modernus* aus.¹⁶ Die Ideen der Aufklärung und des Naturrechts in Form des Vernunftrechts florierten dann vor allem im 18. Jahrhundert (dazu unter 3. Teil, A.V.).¹⁷ Die deutsche historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts ging unter *Savigny* und seinen Nachfolgern auf formale Distanz zur Aufklärung und zum Naturrecht (siehe unter 3. Teil, A.VI.).¹⁸ Beim Erlass des BGB 1896 (in Kraft getreten 1900) besannen sich die Pandektisten jedoch wieder auf die römische Tradition (zur Schaffung des BGB siehe unter 3. Teil, A.VII.). Im Folgenden wird diese rechtshistorische Entwicklung mit Blick auf die hier im Fokus stehenden vorsätzlichen Täuschungen untersucht.

450, 450ff.; zur Relevanz des römischen Rechts für die historische Auslegung siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 154.

⁸ Damals Teil des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation (so eine spätere Bezeichnung).

⁹ Vgl. ausführlich dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 45ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 9.

¹⁰ Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 9. Zum Einfluss der Kanonistik auf die Rechtswissenschaft ausführlich *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 71ff.

¹¹ Zur geographischen Ausbreitung des *ius commune* beispielsweise *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht, 2004, S. 41 f.

¹² Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 12f. und auf S. 26 zur Verknüpfung des Gemeinen Rechts und des überlieferten lokalen und territorialen Rechts. Siehe auch *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, S. 368f.

¹³ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 13.

¹⁴ Die Rezeption beginnt im 13. Jahrhundert, im 15. Jahrhundert setzt sich das Gemeine Recht dann allgemein durch. Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 13f.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 114ff.

¹⁵ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 79ff.

¹⁶ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 147f.

¹⁷ Zum Vernunftrecht als Ausschnitt des Naturrechts ausführlich *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 249ff. und siehe auch S. 312f. zum Verhältnis von Vernunftrecht und Aufklärung.

¹⁸ Zur Rolle *Kants* an der „Zerstörung des unkritischen älteren Naturrechts“ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 351ff.

III. Römisches Recht

Das römische Recht kann im Gegensatz zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB mit Blick auf vorsätzliche Täuschungen als differenzierungsfreundlich beschrieben werden.¹⁹ Es unterschied zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*²⁰ bzw. erfasste bestimmte Täuschungen nicht, die in den Bereich der *sollertia* fielen.²¹ Ursprung des Konzepts des *dolus bonus/dolus malus* ist das sog. *Dolus*-Edikt, als dessen Urheber aufgrund eines Berichts *Ciceros* der *C. Aquilius Gallus* gilt.²² Dadurch wurde sowohl eine Klagemöglichkeit (*actio de dolo*) als auch eine Möglichkeit, Einrede zu erheben (*exceptio doli*), also eine defensive Nutzungsmöglichkeit, für Geschäfte gewährt, die aufgrund betrügerischer/arglistiger Aktivitäten durch eine Seite abgeschlossen wurden.²³ So konnten die negativen Konsequenzen aus dem aufgrund der Täuschung geschlossenen Vertrags neutralisiert werden.²⁴ Allerdings waren die Römer Täuschungen bereits vor dem *Dolus*-Edikt nicht schutzlos ausgeliefert.

¹⁹ Vgl. zum römischen Recht und der dortigen Differenzierung *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 45 ff.; *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, insb. 221 ff.; *Carcatera*, Dolus bonus/dolus malus, 1970, passim; vgl. auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 664 ff.; zur Verbindung von Ethik und dem römischen Recht *Backhaus* in: FS Laufs, 2006, S. 3, 3 ff.

²⁰ *dalla Massara* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2, § 94 Rn. 14 ff. Seit der Hochklassik wurde statt *dolus malus* schlicht die Bezeichnung *dolus* verwendet. Vgl. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 49 (Fn. 191). Siehe auch *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, insb. 227. Zur Unterscheidung auch *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112. Ursprünglich war die Klarstellung jedoch notwendig, da *dolus* zu Anfang diese negative Konnotation noch nicht besaß. *Casimir*, Revue de contrats, 2017, S. 153, 154 f.

²¹ *dalla Massara* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2, § 94 Rn. 14; *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 229 verweist darauf, dass *dolus bonus* keinen weiten Anwendungsbereich hatte. Dennoch tolerierten die Römer Täuschungen bei Verhandlungen in weitem Umfang im Rahmen der *sollertia*. Für die hiesige Betrachtung kommt es auf die Abgrenzung von *dolus bonus* und *sollertia* nicht an. Entscheidend ist, dass ein gewisser Spielraum bestand. Zu *dolus* und *sollertia* auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 669 f. Den Spielraum, der durch die *sollertia* gewährt wurde, erwähnend *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112. *Lewis/Short*, A Latin Dictionary, 1879, S. 1721 definieren *sollertia* als „skill, shrewdness, quickness of mind, ingenuity, dexterity, adroitness, expertness“. So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 995 f.

²² *v. Lübtow* in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Bd. 1, 1963, S. 183; *dalla Massara* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2, § 94 Rn. 8 (mit gewissen Zweifeln); vgl. auch *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 46 ff.; *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112. Laut *Lambrini* stammen die wichtigsten Quellen zur Bestimmung der Entstehungszeit des *dolo* von *Cicero*, vgl. *Lambrini*, Dolo generale e regole di correttezza, 2010, S. 69.

²³ *dalla Massara* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2, § 94 Rn. 1 ff. und § 109 Rn. 1 ff.; *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 45; *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112. Vgl. auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 664 zur aktiven und defensiven Nutzungsmöglichkeit.

²⁴ *Ernst* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 8.

Vielmehr griff insofern die *bona-fides* Formel,²⁵ die allerdings keinen umfassenden Schutz gewähren konnte, weshalb die Einführung der *actio de dolo* bzw. der *exceptio doli* dennoch notwendig erschien.²⁶ Zu bemerken ist an dieser Stelle, dass das römische Recht Irrtum, Täuschung und Drohung noch nicht als Dreiklang der Willensmängel sah.²⁷ Das andere Verständnis von Irrtum und Täuschung (*dolus*) führte allerdings dazu, dass es diesbezüglich nicht zu Überlappungen kam.²⁸

Das Konzept des *dolus* war jedoch insgesamt nicht trennscharf, sodass eher kasuistisches Fallrecht vorlag.²⁹ Zwar hatte *Aquilius* selbst den Begriff des *dolus* definiert („aliud simulare, aliud agere“, was mit „das eine vortäuschen, das andere tun“ übersetzt werden kann)³⁰, doch half dieses Begriffsverständnis bei der praktischen Lösung von Fällen kaum weiter.³¹ *Cicero* fand hingegen aus abstrakter Perspektive lobende Worte für die Definition: „*Aquilius* sagt mithin: *Dolus malus* ist Täuschung. Daher muss aus dem geschäftlichen Verkehr jede Lüge verbannt werden“³². Aber auch wenn *Cicero* damit scheinbar auf ein sehr weites, umfassendes Verständnis von *dolus malus* anspielt, zielte der zentrale Anwendungsbereich des *dolus* nicht auf den Schutz vor Irreführungen bezüglich bestimmter Eigenschaften des Kaufgegenstands ab. Es ist vielmehr fraglich, ob solche Fälle überhaupt erfasst waren.³³ Quellen deuten eher auf einen weiten Zulässigkeitspielraum für Täuschungen bei Vertragsverhandlungen hin. Maßstab waren wohl die damals handelsüblichen Praktiken.³⁴ Und für die Römer gehörten Bluffs „in gewissem

²⁵ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 47; *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112.

²⁶ *dalla Massara* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. 2, § 94 Rn. 1 ff. und § 109 Rn. 1 ff.; *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 47 ff.; *Lambrini*, Dolo generale e regole di correttezza, 2010, S. 54 führt mit Blick auf *Cicero* aus, dass dieser die Idee eines allgemeinen Instruments zur Sanktionierung von unredlichem Verhalten gut erörtert hat („egli ha quindi ben presente l’idea di uno strumento generale, diretto a sanzionare qualunque comportamento disonesto“).

²⁷ *Ernst* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 8.

²⁸ *Ernst* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 22.

²⁹ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 52. Vgl. auch *Casimir*, Revue de contrats, 2017, S. 153, 154. Siehe auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 666 („lawyers were not fond of tying themselves down to abstract definitions“). So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996.

³⁰ *Cicero*, De officiis, 3,14,60. Siehe dazu auch *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 50. Ebenfalls zum Verständnis des Begriffs v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 262 f.

³¹ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 51.

³² „dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius continetur, tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium“. *Cicero*, De officiis, 3,15,61.

³³ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 52. *Backhaus* in: FS Laufs, 2006, S. 3, 8 listet Beispiele auf (Bezeichnung des Sklaven als „folgsam“, „brav“), die keine rechtlichen Konsequenzen nach sich zogen. So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996.

³⁴ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 52. So bereits ausgeführt in *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996.

Umfang zum alltäglichen Geschäftsgebaren³⁵. Mit Blick auf die Preisgestaltung wird insofern *Paulus* zitiert:

„Naturgemäß ist es zulässig, was mehr wert ist, für weniger zu kaufen, was weniger wert ist, für mehr zu verkaufen, und sich so gegenseitig zu übervorteilen. Dies gilt auch bei Miet- und Dienstverträgen.“³⁶

Pomponius wird von *Ulpianus* zitiert mit:

„Beim Kauf und Verkauf ist es naturgemäß erlaubt, dass die Kontrahenten sich übervorteilen.“³⁷.

Aber auch andere auf Lügen basierende Verhandlungstaktiken, die den handelsüblichen Praktiken entsprachen, tolerierte das römische Recht wohl in beachtlichem Umfang. Dies wird vor allem an den tatsächlichen Gegebenheiten gelegen haben. Denn gerade beim Kaufvertrag waren meist Güter betroffen, deren Qualität und Eigenschaften leicht vom Käufer überprüft werden konnten (z.B. bei Nahrungsmitteln [wie Getreide], Stoffen, Werkzeugen und Waffen).³⁸ Daher betonte das römische Recht stärker die Eigenverantwortung als dies in den heutigen deutschen Irrtumsregeln angelegt ist. Dies erscheint auch zweckmäßig, da es für eine Rechtsordnung zunächst sinnvoll ist, mit Blick auf zentrale Aspekte Rechtssicherheit zu gewähren und sich nicht mit zu vielen, weniger bedeutenden Aspekten zu überlasten, die womöglich nicht effektiv durchgesetzt werden können.

Später zeigte die nachklassisch-byzantinische Jurisprudenz eine mehr durch moralische Aspekte geprägte Haltung, die so ursprünglich mit Blick auf *dolus* nicht bestand.³⁹ Dies führte zu einer stärker auf eine „verwerfliche Gesinnung“ und „Böswilligkeit“ ausgerichtete Handhabung, bei der es auch darauf ankam, ob

³⁵ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 53. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 62 führt insofern aus: „Der gereissene Kaufmann verdiente Respekt und vielleicht sogar Bewunderung, nicht aber Sanktionierung wegen arglistigen Verhaltens.“ So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996.

³⁶ „In emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere. Ita in locationibus quoque et conditionibus iuris est.“ D. 19,2,22,3. Die im Text angegebene Übersetzung wurde *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 52 (Fn. 203) entnommen.

³⁷ „Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.“ *Ulpianus* D. 4,4,16,4. Die im Text angegebene Übersetzung wurde *Herrmann* in: Schiemann (Hrsg.), Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte 1990, S. 384, 389 entnommen. Kritisch zur Aussage *v. Lübtow*, ZRG (RA) 66 (1948), 458, 500 („Wir können diese Worte in der Tat nur mit einem Gefühl des Befremdens und des Unbehagens lesen“). Bis heute wird im italienischen Recht die Rechtsfigur des *dolus bonus* unter Verweis auf den Grundsatz von *Ulpianus* diskutiert, vgl. *Gaudino*, Il dolo negoziale, La Nuova giurisprudenza civile commentata, 1990, S. 366, 377 sowie *Trabucchi*, Dolo (Diritto civile), Novissimo digesto italiano, 1960, S. 149, 151 (siehe zum italienischen Recht unter 3. Teil, B.III.8.).

³⁸ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 52f.

³⁹ *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 262 und 265. Vgl. auch *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 13f. (ohne zeitliche Einordnung); *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 362.

es sich um ein von der Öffentlichkeit als unmoralisch befundenes Verhalten handelte.⁴⁰

Im Folgenden soll untersucht werden, wann und wie das deutsche Recht, die dem römischen Recht noch immanente differenzierte Betrachtung (*dolus bonus/dolus malus* und *sollertia*) verloren hat. Schon vorab sei darauf hingewiesen, dass andere Rechtsordnungen, die in der Tradition des römischen Rechts stehen, die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* durchaus auch heute noch kennen.⁴¹

IV. Glossatoren

Wie bereits im Überblick erwähnt, wurde das antike römische Recht zuerst in Italien⁴² im 11. und 12. Jahrhundert wiederentdeckt und dort Gegenstand der juristischen Forschung.⁴³ Ende des 11. Jahrhunderts wurde vor allem in Bologna die Beschäftigung mit dem römischen Recht in den Schulen der Glossatoren propagiert.⁴⁴ Die Glossatoren⁴⁵ führten die wichtige terminologische Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* ein.⁴⁶ Abgeleitet wurde diese Differenzierung aus D. 1.7 und/bzw. D. 4.3.7⁴⁷.⁴⁸ Unter *dolus causam dans* fielen

⁴⁰ v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 265. Kritisch zu dieser sittlichen Komponente *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 13 f. („Dadurch aber verengte sich der *dolus malus* in einer auf die Dauer unerträglichen Weise.“).

⁴¹ So unterscheiden beispielsweise das französische (siehe dazu unter 3. Teil, IV.B.3.) und italienische Recht (siehe dazu unter 3. Teil, B.III.8.) in römischer Tradition noch immer in gewissem Umfang zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*.

⁴² Damals Teil des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation (so eine spätere Bezeichnung).

⁴³ Vgl. ausführlich dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 45 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 9.

⁴⁴ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 46 zur Entwicklung der „littera Bononiensis“ und auf S. 47 ff. führt der Autor aus, warum die Entwicklung gerade in Oberitalien ihren Anfang nahm; vgl. auch *Otte*, Dialektik und Rhetorik im frühen und hohen Mittelalter, 1997, S. 157 (bezieht sich auf den Anfang des 12. Jahrhunderts). Siehe außerdem *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht, 2004, S. 24.

⁴⁵ Die Bezeichnung „Glossatoren“ ist auf die Arbeitsweise der Juristen zurückzuführen, die sich auf „die fortlaufende Erklärung einzelner Texte“ konzentrierte. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 56 ff.

⁴⁶ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 361 („Daß die Terminologie *dolus causam dans* und *incidens* nicht römisch, sondern eine Erfindung der Glossatoren ist, steht fest“); *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87; vgl. auch *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 237 f.

⁴⁷ „Et eleganter Pomponius haec verba ‚sie alia actio non sit‘ sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quincque consilio servi circumscriptus eum vendit cum peculio emptorque eum naumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est“.

⁴⁸ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 361; *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87. Vgl. auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 670.

alle Lügen, die den Getäuschten dazu brachten, den Vertrag überhaupt abzuschließen.⁴⁹ Anders formuliert liegt *dolus causam dans* immer dann vor, wenn es ohne die Täuschung gar nicht erst zum Vertragsschluss gekommen wäre.⁵⁰ Für diese Fälle wurde angenommen, dass solche Verträge nichtig (*nulla*) sind.⁵¹ *Dolus incidens* wurde dagegen angenommen, wenn die Täuschung den Getäuschten zwar nicht zum Vertragsabschluss bewegte, er sich also auch ohne die Lüge für das Geschäft entschieden hätte, der Bluff jedoch dazu führte, dass der Getäuschte den Vertrag zu anderen Konditionen (für ihn günstigeren Bedingungen) abschloss.⁵² Im Fall des *dolus incidens* konnte der Getäuschte lediglich Schadensersatz verlangen. Der Vertrag selbst wurde als wirksam betrachtet und konnte aufgrund von *dolus incidens* zugleich nicht angefochten werden.⁵³ Dies ist für die hiesige Betrachtung von Bedeutung. Denn gerade Lügen über Aspekte, die sich nicht auf den Vertragsgegenstand (also die Leistung und den Preis i. e. S.) beziehen, führen in den vielen Fällen „nur“ dazu, dass die Vertragsparteien den Vertrag zu anderen Bedingungen abschließen. Insofern wird oftmals die Verteilung des Verhandlungskuchens betroffen sein. Die historische Betrachtung des römischen Rechts und seiner Weiterentwicklung durch die Glossatoren zeigt damit eine doppelte Differenzierung: Einerseits zwischen *dolus malus* und *dolus bonus* sowie dem Bereich der *sollertia* und andererseits zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens*. Die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* führt zu einer gewissen Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen. Die Einteilung in *dolus causam dans* und *dolus incidens* führt zwar nicht zu einem „Täuschungsspielraum“, bedingt dafür aber unterschiedliche Rechtsfolgen und entschärft somit die Problematik. Nach ganz h.M. ist mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung (d. h. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) jedoch nicht nur erstere Unterscheidung im Laufe der Zeit verloren gegangen, sondern auch zweite (siehe dazu auch unter 3. Teil, A.VII.). Die italienische Rechtsordnung kennt hingegen selbst heute noch beide Regelungselemente.⁵⁴

V. *Usus modernus* und Naturrecht

Das 17. und 18. Jahrhundert bringt – inspiriert durch den Rationalismus – die Suche nach Grundsätzen und Prinzipien in Abgrenzung zu Einzelentscheidungen her-

⁴⁹ Wacke, ZRG RA 94 (1977), 184, 238.

⁵⁰ Wacke, ZRG RA 94 (1977), 184, 238.

⁵¹ Martens, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87, 152; Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 671; Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 420 spricht mit Blick auf das *ius commune* von „*dolus causam contractus dans*“.

⁵² Martens, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87, 152; Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 670; Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 420.

⁵³ Martens, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 152; vgl. auch Zimmermann, The Law of Obligations, 1990, S. 671; Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 420.

⁵⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.

vor.⁵⁵ Das Kernzivilrecht in Form des *ius commune* blieb vom *usus modernus* aber zunächst noch relativ unberührt.⁵⁶ Mit Blick auf die Anfechtung wegen Täuschung ging es oftmals weniger um die Fragen, welche Irreführungen betroffen sein sollten als um die rechtlichen Konsequenzen.⁵⁷ Die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* wurde beispielsweise beibehalten.⁵⁸ Es zeigt sich allerdings bereits eine Abwendung von *actiones* hin zu einer Untersuchung des *dolus* als Voraussetzung eines wirksamen Vertrags.⁵⁹ Zudem wirkten sich bereits die Gedanken des Naturrechts auf den *usus modernus* aus.⁶⁰

Die Ideen der Aufklärung und des Naturrechts in Form des Vernunftrechts florierten dann vor allem im 18. Jahrhundert.⁶¹ In Deutschland stand die Schaffung des preußischen ALR (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) von 1794, in Österreich die Einführung des ABGB⁶² von 1811 (bis 1866 war Österreich Teil der deutschen Staatengemeinschaft) und in Frankreich die Erarbeitung des Code civil von 1804 (bis 1900 im Rheinland und in Baden geltendes deutsches Recht) unter dem Einfluss des Naturrechts.⁶³ Verbunden mit diesen Gesetzen

⁵⁵ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, S. 69 ff. Zu den Praktikern des 17. und 18. Jahrhunderts *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 217 ff. So bereits ausgeführt in *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996.

⁵⁶ Vgl. dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 243. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996. Vgl. aber zu einigen Fortschritten im Bereich des Vertragsrechts *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, S. 392 ff.

⁵⁷ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 138 f.; *Schermaier* in: *Schmoedel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 113.

⁵⁸ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 152. *Noodt* plädierte dafür, die Unterscheidung aufzugeben. So *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 362 unter Verweis auf *Noodt*, De forma emendandi doli mali, 1735, Cap. III. Andere Autoren befürworteten weiterhin die Differenzierung. Auch dazu *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 362.

⁵⁹ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 147 u. a. unter Verweis auf *Rhetius*, Dissertatio de metu eiusque operationibus in iure, 1673, Cap. IV, S. 18 ff.; *Noodt*, De forma emendandi doli mali, 1735, Cap. XVI, S. 381 ff.; *Rudolph*, De effectu metus in pactis et contractibus dissertatio, 1762.

⁶⁰ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 147 f.; *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 238.

⁶¹ Zum Vernunftrecht als Ausschnitt des Naturrechts ausführlich *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 249 ff.; *ders.*, auf S. 312 ff. zum Verhältnis von Vernunftrecht und Aufklärung. Vgl. dazu auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 996. *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, S. 376 bezeichnet das 17. und 18. Jahrhundert als Höhepunkt des Naturrechts. *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht, 2004, S. 43 datiert das Zeitalter des Vernunftrechts auf 1600 bis 1800 und auf S. 46 die Idee der Kodifikation auf das Ende des 18. Jahrhunderts.

⁶² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich).

⁶³ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 327 ff.; *ders.*, auch auf S. 265: „Das profane Vernunftrecht der Neuzeit, nach dem Corpus Iuris die stärkste Potenz der neueren Rechtentwicklung überhaupt“. Vgl. auch *Luig* in: *Birtsch/Willoweit* (Hrsg.), Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft, 1998, S. 255, vgl. aber auch *ders.* S. 262 zum ALR („Das Naturrecht spielt keine unmittelbare Rolle in der Kodifikation. Insofern ist der Begriff einer naturrechtlichen Kodifikation ungenau.“). Siehe zudem *Fortunato*, ZJS 2009, 327, 327; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 292. (Rn. 450); *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und

war eine Aufladung des Rechts mit ethischen Wertungen,⁶⁴ wobei die Unabhängigkeit der Sozialethik von der Moraltheologie entscheidend ist.⁶⁵ Berühmt ist z. B. die französische deliktische Generalklausel (Artt. 1382, 1383 Code civil [1804]):⁶⁶ Haftung für jeden durch *faute* verursachten Schaden⁶⁷, die an die antike *neminem laedere*-Formel⁶⁸ angelehnt ist. Dieser französische Programmsatz wurde allerdings nie allumfassend praktiziert, sondern ist eine sog. Blankettnorm, deren nähere Ausfüllung den Richtern oblag.⁶⁹ Mit Blick auf *dol* (arglistige Täuschung), war die französische Regelung allerdings nur auf Fälle von *dolus causam dans* ausgelegt (Art. 1116 C. civ. [1804]). *Dolus incidens* war überhaupt nicht erfasst.⁷⁰

Im preußischen ALR von 1794, welches die Vertragsfreiheit betonte,⁷¹ wurde die Freiheit des Willens (*libertas voluntatis*) zur Wirksamkeitsvoraussetzung von Willenserklärungen erhoben.⁷² Betrug führte dazu, dass der Lügner kein Recht

Vertragsanfechtung nach europäischem Recht, 2004, S. 47 ff. Zur Entwicklung der Kodifikationen auch *U. Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 300 ff. Zur Geschichte des ALR siehe auch einführend *Hattenhauer* in: Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, 3. Aufl. 1996, S. 1 ff. und S. 16 zu den Wurzeln des ALR in der Aufklärungsphilosophie. Vgl. auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997.

⁶⁴ „Die Naturrechtsgesetzbücher waren Triumphe einer praktisch-moralischen Rechtskultur“ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 348. So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997. Vgl. auch *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, S. 376 ff. zum Verhältnis von Theologie und Naturrecht.

⁶⁵ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 266. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997.

⁶⁶ Art. 1382 Code civil (1804): „Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.“ Art. 1383 Code civil (1804): „Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.“

⁶⁷ Zur Herkunft aus naturrechtlichen Vorstellungen, die eng mit der Philosophie Aristoteles verbunden sind, vgl. von *v. Mehren/Gordley*, The Civil Law System, 1977, S. 575, vgl. auch die Parallelregelungen im ALR und im ABGB.

⁶⁸ Zur Entwicklung siehe *Schiemann*, JuS 1989, 345 ff.

⁶⁹ Vgl. zur Bedeutung der Richter *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 1985, S. 13.

⁷⁰ Art. 1116 Abs. 1 C. civ. (1804): „Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l’une des parties sont telles, qu’il est évident que, sans ces manœuvres, l’autre partie n’aurait pas contracté.“

⁷¹ *Luig* in: Birtsch/Willoweit (Hrsg.), Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft, 1998, S. 255, 263 (der gleichzeitig allerdings auch die Bindung an die Ziele des Gemeinwohls betont).

⁷² Vgl. *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1892, S. 154: „Das Landrecht stellt drei Erfordernisse der Willensäußerung auf: Sie muß frei, ernst und zuverlässig sein. [...] der Wille ist unfrei, wenn er durch die Mängel des Zwangs, Irrthums, Betrugs beeinflusst ist“. Vgl. auch *Bornemann*, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1842, S. 134 („Jeder Willenserklärung muß eine bewußte von überwiegenden äußeren Einflüssen freie, mit der statt gefundenen Willensäußerung übereinstimmende Willensbestimmung zum Grunde liegen, das dabei ausdrücklich oder stillschweigend Angenommene auch der wahren Sachlage entsprechen. In Ermanglung dieser Erfordernisse muß die scheinbar gültige Erklärung und das darauf gegründete Rechtsgeschäft für nicht, oder doch in Bezug auf den Beeinträchtigten für dergestalt unverbindlich erachtet werden, daß es nur durch dessen nachheriges Anerkenntniß rechtsbeständig wird.“).

erwerben konnte (I 4 § 84 ALR). Entsprechende Willenserklärungen konnten für die getäuschte Seite keine Verbindlichkeit erlangen (I 4 § 85 ALR).⁷³ Das Gesetz diente insofern dazu, der Unsittlichkeit durch Betrug entgegenzuwirken.⁷⁴ Umstritten war mit Blick auf das ALR allerdings, ob dieses nur Fälle von *dolus causam dans* oder auch *dolus incidens* erfasste und ob ggf. unterschiedliche Rechtsfolgen galten.⁷⁵ Außerdem wurde diskutiert, ob eine Schädigungsabsicht vorliegen musste.⁷⁶ Lag kein Betrug vor, so gab I 4 § 89 ALR eine Abwägung vor:

„so hängt es von der Beschaffenheit dieses Irrthums [sic], an und für sich betrachtet, ab, ob und wie weit die dadurch veranlaßte Erklärung nach obigen Grundsätzen bestehen könne, oder nicht.“

I 4 § 90 ALR ergänzte:

„Wenn aber auch hiernach die Willenserklärung in Ansehung des Hauptgeschäfts besteht, so muß dennoch der Erklärende, wegen des aus dem Irrthume entstandenen Nachtheils, von dem Betrüger entschädigt werden.“ [sic]⁷⁷

Kleinere, harmlose (übliche) Bluffs, die unter geschäftliche „Anpreisungen“ fielen, sollten aber wohl in jedem Fall nicht erfasst sein.⁷⁸ Interessant ist zudem, dass im

⁷³ Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1892, S. 162 erläutert allerdings, dass das Geschäft trotzdem lediglich anfechtbar war. Die getäuschte Seite besaß danach also die Option, das Geschäft dennoch gegen sich gelten zu lassen. Im Rahmen des Irrtums geht Förster/Eccius darauf ein, dass dem ALR nicht eindeutig entnommen werden kann, ob es auf Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit abzielt (siehe S. 161). Auch Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1842, S. 148 und 151 spricht im Fall von Betrug von der Möglichkeit des „Rücktritts“ oder „Entschädigung“.

⁷⁴ Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1892, S. 161 f. Die Autoren betonen allerdings auch, dass der Irrtum kein wesentlicher sein muss. Vgl. auch Hattenbauer in: Hattenbauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, 3. Aufl. 1996, S. 18 dazu, dass das ALR keine Trennung von Strafe und Schadensersatz kannte und auf S. 19 zur Erziehung zur Redlichkeit.

⁷⁵ Nach Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1892, S. 162 waren nur Fälle von *dolus causam dans* erfasst. Ähnlich wohl Evelt, Das preußische Civilrecht, 4. Aufl. 1880, S. 110 (der mit Blick auf *dolus incidens* auf die Beschaffenheit des Irrtums abstellt). Ebenfalls eine Unterscheidung vornehmend Temme, Lehrbuch des preußischen Zivilrechts, 1846, S. 141 f. Thöne, Fundamental-Lehren des preußischen Privatrechts, Bd. 2, 1835, S. 178 nahm an, dass das ALR nicht zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* unterschied (wobei der Autor auch ausführt, dass sich die Regeln z.T. auf den einseitigen Irrtum und nicht auf Betrug beziehen). Vgl. auch Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1842, S. 149 ff. zum Diskussionsstand. Der Autor geht davon aus, dass sich die Rechtsfolgen unterscheiden.

⁷⁶ Siehe dazu Temme, Lehrbuch des preußischen Zivilrechts, 1846, S. 141, der eine Schädigungsabsicht verlangt.

⁷⁷ Allgemein kritisch zu den Regelungen Thöne, Fundamental-Lehren des preußischen Privatrechts, Bd. 2, 1835, S. 175 („Es ergibt sich daraus ferner, daß unsere Legislatoren weder vom einseitigen Irrthum noch auch vom Betrug einen deutlichen und richtigen Begriff gehabt“).

⁷⁸ Vgl. insofern Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1842, S. 148 („Die Natur der Sache und der Verkehr bringen es mit sich, daß Jeder das, was er veräußern will, Anderen annehmlich zu machen, und zu diesem Behuf seinen feilgebotenen

Fall des gegenseitigen Täuschens vertreten wurde, dass keine Seite gegen die andere vorgehen konnte.⁷⁹ Für unternehmerische Verhandlungen ist dies durchaus interessant, da dies wohl eine relevante Konstellation darstellt.

Insgesamt wurde unter dem naturrechtlichen Einfluss das Verhältnis vom gewöhnlichen Irrtum und dem durch arglistige Täuschung hervorgerufenen Irrtum diskutiert.⁸⁰ Welche auf Täuschung basierenden Verhandlungstaktiken sanktioniert werden bzw. sanktionslos bleiben sollten, stand dagegen nicht im Fokus der Debatte.

VI. Historische Rechtsschule

Die deutsche historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts ging unter *Savigny* und seinen Nachfolgern auf formale Distanz zur Aufklärung und zum Naturrecht.⁸¹ Die historische Rechtsschule verschrieb sich vielmehr der Systematisierung und Modernisierung des römischen Rechts als „Volksrecht“ (entsprechend dem „Volksgeist“).⁸² Die Bedeutung der Systematisierung war so hoch, dass es „manchmal zu Vereinfachungen und einer Vernachlässigung der Suche nach interessengerechten Ergebnissen“⁸³ kommen konnte. *Savigny* stand dabei in der Tradition *Kants*.⁸⁴

Vermögensstücken einen möglichst hohen Werth beizulegen sucht. Daher sind allgemeine Anpreisungen loszuschlagender Sachen von der einen Seite eben so unerheblich, als Herabwürdigungen dieser Sachen von der anderen Seite, denn Jeder weiß schon, was es mit solchen Anpreisungen auf sich hat.“ Der Autor führt außerdem aus, dass kein Betrug vorliegt, wenn ein Verhandler „die Sache schlechter macht, als sie wirklich ist.“). Allerdings eine Unterteilung in *dolus malus* und *dolus bonus* ablehnend *Temme*, Lehrbuch des preußischen Zivilrechts, 1846, S. 140 (der die Unterscheidung anhand der Schädigungsabsicht zieht).

⁷⁹ Vgl. *Temme*, Lehrbuch des preußischen Zivilrechts, 1846, S. 142. So auch *Bornemann*, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1842, S. 151 in Bezug auf *dolus causam dans*.

⁸⁰ *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 113. Zum Unterschied zwischen Irrtum, Arglist und Zwang bspw. Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1892, S. 158.

⁸¹ Zur Rolle *Kants* an der „Zerstörung des unkritischen älteren Naturrechts“ siehe *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 351 ff. Vgl. insofern auch *Coing*, Kant und die Rechtswissenschaft, Frankfurter Universitätsreden 12, 1955, S. 34, 35 f. Siehe zur Abkehr der historischen Rechtsschule vom Naturrecht auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 292 f. (Rn. 451); *Wesel*, Geschichte des Rechts, 5. Aufl. 2022, S. 456. Siehe auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997.

⁸² *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 14 ff., 39 ff. Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 353 ff. (S. 357 „Hervorbringung des Volksgeistes“). Siehe auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 292 f. (Rn. 451) zum „Volksgeist“ sowie *Fortunato*, ZJS 2009, 327, 329 f. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997.

⁸³ *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 183. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 997.

⁸⁴ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 360: „Wenn es möglich, ja geboten ist, *Savigny* zugleich als Jünger Herders, *Kants* und *Schellings*, im Austausch mit Klassizisten und Romantikern zu sehen“. Vgl. auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,

Kant wiederum hat sich in besonders radikaler Weise gegen ein Recht zur Lüge selbst in Notlagen gewandt.⁸⁵ Trotzdem erwähnte *Savigny* noch die Unterscheidung zwischen *dolus malus* und *dolus bonus*.⁸⁶ Allerdings lässt sich gleichzeitig auch der hohe Stellenwert ablesen, den *Savigny* der Wahrheit beimaß: „Die nothwendige [sic] Bedingung aller Gemeinschaft aber ist Wahrhaftigkeit und das durch sie begründete Vertrauen.“⁸⁷ Seine Ausführungen zeigen zudem, dass er dem *dolus (malus)* in der Tradition der nachklassisch-byzantinischen Jurisprudenz eine moralische Perspektive zusprach.⁸⁸ Zu bedenken ist zugleich auch die Idee der historischen Rechtsschule vom „selbständigen Daseyn [sic]“⁸⁹ des Rechts, „welches die autonome Sittlichkeit nicht erzwingen, sondern ermöglichen soll“⁹⁰.

3. Aufl. 2016, S. 370 und 385. Allgemein zu den Wirkungen *Kants* auf die deutsche Rechtswissenschaft *Coing*, *Kant und die Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden 12, 1955, S. 34, 34 ff. (ab S. 37 ff. dann zum Einfluss auf *Savigny* und *Feuerbach*). So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 997.

⁸⁵ Vgl. dazu abstrakt *Kant* in: Weischedel (Hrsg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. 8, 19. Aufl. 2021, S. 562: „Die größte Verletzung der Pflicht des Menschen gegen sich selbst, bloß als moralisches Wesen betrachtet (die Menschheit in seiner Person), ist das Widerspiel der Wahrhaftigkeit: die Lüge“. Konkreter und schärfer *ders.* in: Weischedel (Hrsg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. 8, 19. Aufl. 2021, S. 637, 637 ff. in seinem Beitrag „Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu Lügen“, konkret auf S. 638: „Wahrhaftigkeit in Aussagen, die man nicht umgehen kann, ist formale Pflicht des Menschen gegen jeden, es mag ihm oder einem andern daraus auch noch so großer Nachteil erwachen; [...]. Die Lüge also [...] bedarf nicht des Zusatzes, daß sie einem andern schaden müsse; [...]. Denn sie schadet jederzeit einem andern, wenn gleich nicht einem andern Menschen, doch der Menschheit überhaupt, indem sie die Rechtsquelle unbrauchbar macht.“. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 997.

⁸⁶ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, § 115, S. 118 f.; *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5. Aufl. 1879, Bd. 1, S. 211 (Fn. 4) nimmt immerhin noch in der Fußnote auf die Bedeutung des Begriffs Betrugs i. S. v. *dolus (malus)* Bezug. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 997.

⁸⁷ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, § 115, S. 115. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 997 f.

⁸⁸ Mit Blick auf Zwang und Irrtum spricht er bspw. von „Irrthum hervorgebracht durch den unredlichen Willen eines Andern“ und „Unsittlichkeit in der Einwirkung auf Andere“; „In beiden Fällen (Zwang und Betrug) findet sich gleiche Unsittlichkeit in der Einwirkung auf Andere“; „Beide (Zwang und Betrug) haben eine unsittliche Natur“; „Beide (Zwang und Betrug) also verdienen gleicherweise, durch das positive Recht als Unrecht anerkannt, verfolgt und bekämpft zu werden“. *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, § 115, S. 115 f. Zur moralischen Perspektive von *Savigny* siehe v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 266. Vgl. auch *Weiler*, *Die beeinflusste Willenserklärung*, 2002, S. 363. So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998.

⁸⁹ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 3. Aufl. 2016, S. 397; *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 331 ff. (S. 332: „Sein Daseyn aber ist ein selbstständiges“); vgl. auch *Coing*, *Kant und die Rechtswissenschaft*, Frankfurter Universitätsreden 12, 1955, S. 34, 38. So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998.

⁹⁰ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 3. Aufl. 2016, S. 397; *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 332 („Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert.“). So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998.

Die Pandektenwissenschaft als romanistischer Zweig der historischen Rechtsschule basierte auf dem rechtswissenschaftlichen Positivismus, dem die Annahme zugrunde lag, dass Regelungen allein „aus System, Begriffen und Lehrsätzen“ hergeleitet werden konnten, und zwar ohne den außerrechtlichen Einfluss religiöser, sozialer oder wissenschaftlicher Wertungen.⁹¹ Ein „klar konturierter Tatbestand“ ohne differenzierte Wertungsmöglichkeiten, wie er sich in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellt, entsprach daher durchaus den Tendenzen der Pandektisten.⁹² Die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* findet sich bei *Savigny* nicht ausdrücklich.⁹³ Viele Pandektisten – wenn auch nicht alle – nutzten diese Unterscheidung jedoch weiterhin.⁹⁴ Es wurde insofern sogar von einer „feste(n) Praxis“⁹⁵ gesprochen, welche sich zumindest auch in zwei Urteilen des Reichsgerichts widerspiegelt.⁹⁶ Die Bedeutung der Diskussion ließ dann aber nach oder die Unterscheidung wurde aufgegeben.⁹⁷

Das sächsische BGB von 1865, welches als pandektistische Kodifikation bezeichnet werden kann,⁹⁸ war aber noch viel differenzierungsfreudiger als es der heutige § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist und das, obwohl es auch als „Vorläufer“⁹⁹ des BGB

⁹¹ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 431. So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 998.

⁹² Mit Blick auf den klar konturierten Tatbestand *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 185. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 475 führt aus, dass das BGB „entsprechend dem positivistischen Ideal der Lückenlosigkeit“ geschaffen wurde (näher zur angestrebten Lückenlosigkeit des rechtswissenschaftlichen Positivismus *ders.*, S. 436). Dieses Ideal spiegelt sich wohl in der umfassenden Norm des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wider. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 998.

⁹³ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 98–120 (§§ 114, 115) erwähnt diese Unterscheidung nicht.

⁹⁴ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 359 („wenngleich mit verschiedenen Abweichungen“); *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 671 f.; vgl. z.B. *Dernburg*, der die Abgrenzung anhand des „Bestimmens zum Geschäftsschlusses“ trifft: *Dernburg*, Pandekten, Bd. 1, 4. Aufl. 1894, S. 247.

⁹⁵ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 359.

⁹⁶ RG, Urteil vom 10.01.1888, Seuffert's Archiv Band 43 (1888), 270 sowie RG, Urteil vom 19.03.1880, Seuffert's Archiv 36 (1880), 11 f.

⁹⁷ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 364 („so gerath die Berechtigung der Unterscheidung überhaupt ins Wanken“).

⁹⁸ *Buschmann*, JuS 1980, 553, 555 (zum 1. Entwurf, der allerdings auch Grundlage für die Revision war; so auch *ders.*, S. 557). Siehe auch *Buschmann* in: Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Stichwort: Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch (S. 1246) (zum verwendeten Pandektensystem); vgl. auch *Dölemeyer* in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 3/2, 1982, S. 1551 (zur Gliederung); *Buschmann*, JuS 1980, 553, 558 betont allerdings zugleich: „Daher ist das Sächsische BGB keineswegs ein ‚in Paragraphen gegossenes Pandektenlehrbuch“.

⁹⁹ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 464 („Vorläufer und Generalprobe des kommenden deutschen Gesetzbuchs“). Vgl. auch *Buschmann*, JuS 1980, 553, 558 f. sowie *Buschmann* in: Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, 1990, Stichwort: Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch (S. 1247). Siehe allgemeiner zur Berücksichtigung des sächsischen BGB bei der Entstehung des BGB *Dölemeyer* in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte,

bezeichnet wird. Zwar erinnert § 833 S. 1 des sächsischen BGB schon an den heutigen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB:

„Wird eine der vertragschließenden Personen von der anderen zur Eingehung des Vertrages durch Betrug vermocht, so kann sie bei dem Vertrage stehen bleiben oder denselben anfechten.“

Allerdings kannte das sächsische BGB noch eine Definition des Begriffs „Betrug“ (die Bezeichnung wurde im BGB in „arglistige Täuschung“ abgewandelt¹⁰⁰) (§ 835):

„Als Betrug gilt die Erzeugung eines Irrthumes durch Täuschung, ingleichen die Benutzung eines schon vorhandenen Irrthumes, vorausgesetzt in beiden Fällen, daß Wahrheit und Aufklärung über das Verhältniß, rücksichtlich dessen geirrt wurde, nach Treu und Glauben zu erwarten war. Allgemeine Beteuerungen oder Versicherungen und sonstige Mittel, durch welche zu Eingehung von Verträgen aufgefordert wird, ohne daß denselben im Verkehre ein besonderer Glaube geschenkt zu werden pflegt, enthalten keinen Betrug.“ [sic]

Das sächsische BGB ließ damit noch einen nicht unerheblichen Spielraum, kleinere Täuschungen vom Anwendungsbereich des § 833 auszunehmen. Denn es setzte einerseits voraus, dass die Wahrheit „nach Treu und Glauben zu erwarten war“.¹⁰¹ Bei einigen üblichen Bluffs könnte durchaus angenommen werden, dass der Getäuschte die Wahrheit nicht erwarten darf. Im zweiten Satz greift die Vorschrift zudem „Allgemeine Beteuerungen [sic]“ heraus, denen grundsätzlich kein Glaube geschenkt wird.¹⁰² Diese fallen nicht unter den Begriff „Betrug“. Bestimmte Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands waren daher vom angelsächsischen BGB wohl gerade nicht erfasst und führten daher auch nicht zu rechtlichen Konsequenzen. An dieser Stelle erscheint es durchaus plausibel, dass insbesondere relativ pauschale Aussagen, mit Hilfe dieser Einschränkung, dem Betrug entzogen werden konnten. Gerade allgemeine (falsche) Beteuerungen wie „Der Preis ist sehr günstig. Ich verdiene daran schon gar nichts mehr.“ wären daher wohl nicht als Betrug gewertet worden. Es ist zudem durchaus wahrscheinlich, dass Täuschungen über falsche Rückflugzeiten (*false deadline*) und den *reservation price* keinen Betrug dargestellt hätten.

Bd. 3/2, 1982, S. 1553. Allgemeiner zur großen Bedeutung des sächsischen BGB auch *Fortunato*, ZJS 2009, 327, 334.

¹⁰⁰ Siehe dazu unter 3. Teil, A.VII.

¹⁰¹ Dazu auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 71. Vgl. auch *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 12.

¹⁰² Vgl. auch dazu *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 12.

VII. Schaffung des BGB

Im Rahmen der Schaffung des BGB standen die hier interessierenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstandes nicht im Blickfeld des Gesetzgebers.¹⁰³ Es ging vielmehr insbesondere um technische Fragen.¹⁰⁴

Die Formulierung „durch Betrug“ im ersten Entwurf wurde im zweiten Entwurf beispielsweise in „arglistige Täuschung“ geändert. Dies geschah allerdings lediglich, um hervorzuheben, dass kein strafrechtlich relevanter Betrug für die Anfechtung verlangt wird.¹⁰⁵ Die Änderung sollte verdeutlichen, dass der Getäuschte keinen Vermögensschaden zu verzeichnen braucht, um gemäß den Vorstellungen der zweiten Kommission anfechten zu dürfen.¹⁰⁶ Die Vorgabe, dass es keines Vermögensschadens bedarf, ist einer der Gründe für den besonders umfassenden Charakter des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.¹⁰⁷ Die Motive geben allerdings keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber dies tiefgehend reflektiert hätte.

In den Motiven zum ersten Entwurf wurde der Begriff „Betrug“ zudem bewusst nicht definiert.¹⁰⁸ Stattdessen heißt es dort: „Im Allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachtheil eines Anderen als Betrug dar.“¹⁰⁹ Das zeigt zum einen wohl, dass sich die 2. Kommission von § 835 des sächsischen BGB distanzieren wollte. Denn dieser offenbarte eindeutig, dass bestimmte Lügen nicht unter die Bezeichnung Betrug fielen, wodurch § 835 des sächsischen BGB zwischen verschiedenen Lügen differenzierte. Der deutsche Gesetzgeber wollte diesen „Täuschungsspielraum“ wohl einschränken, indem die Definition gestrichen wurde. Der pauschale Verweis auf „Treu und Glauben“ führt nach hier vertretener Ansicht nicht zu einem anderen Verständnis. D.h. es kann insofern nicht angenommen werden, dass die Schöpfer des BGB tatsächlich konkrete Ausnahmen von der Anwendung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorsehen wollten.¹¹⁰ Es liegt gleichzeitig nicht nahe, dass der Gesetzgeber die Entscheidung offen lassen und damit den Gerichten überlassen wollte, die dann durch-

¹⁰³ In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich darauf kein Hinweis. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998.

¹⁰⁴ *Martens*, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, 2007, S. 195 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 249, S. 722. Siehe zur Änderung von „Betrug“ zu „arglistige Täuschung“ auch *v. Lübtow* in: *FS Bartholomeyczik*, 1973, S. 250, 250f.

¹⁰⁶ Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 249, S. 722. Vgl. in der Literatur z.B. auch *Rehberg* in: *BeckOGK BGB*, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 112.1.

¹⁰⁷ Zur Einschränkung die durch den Vermögensschaden erzielt wird siehe näher im Rahmen der Diskussion des § 263 StGB (Betrug) unter 4. Teil, H.VII.

¹⁰⁸ Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 208, S. 467.

¹⁰⁹ Vgl. *Mugdan* (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 208, S. 467.

¹¹⁰ *A. A. Wagner* in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 71. *V. Liszt* hält die Bezugnahme auf Treu und Glauben für unnötig, vgl. *v. Liszt*, *Die*

aus bestimmte Lügen zulassen könnten.¹¹¹ Denn die Passage der 2. Kommission kann durchaus so verstanden werden, dass sie sich ausschließlich auf Aufklärungspflichten bezieht.¹¹² Zumindest lässt sich aus der Formulierung schließen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung vor allem die Schwierigkeiten der Konkretisierung der Täuschung durch Verschweigen im Blick hatte und der Verweis auf „Treu und Glauben“ damit eben gerade nicht auf eine Einschränkung von aktiven Täuschungen abzielte.

Die Änderung der Formulierung von „Betrug“ zu „arglistige Täuschung“ eröffnet allerdings zumindest gemäß dem Wortlaut neue Differenzierungsmöglichkeiten. Denn „listig“ ist – wie bereits ausgeführt¹¹³ – nicht generell negativ konnotiert.¹¹⁴ Vom Duden wird „listig“ definiert als „über die Fähigkeit verfügend, sich Umstände zur Erreichung seiner Absichten zu bedienen, die anderen verborgen sind“¹¹⁵. Etymologisch betrachtet gibt es eine Verbindung zur „Geschicklichkeit“¹¹⁶. „Arg“ bedeutet hingegen „von böser, niederträchtiger Gesinnung [erfüllt]; niederträchtig, böse“ bzw. „schlimm, übel; unangenehm“¹¹⁷ und ist ein uraltes Schimpfwort.¹¹⁸ Das Kompositum aus „arg“ und „listig“ weist somit darauf hin, dass diese Schlaueit („List“) durch eine negative Komponente ergänzt wird

Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889.

¹¹¹ Vgl. auch *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 12.

¹¹² „Die für seine Tragweite maßgebliche Frage, inwieweit eine Rechtspflicht besteht, dem anderen Teil Umstände mitzuteilen, von denen vorauszusetzen ist, dass sie auf seine Entschließung von Einfluss sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Lösung“. Mugdan (Hrsg.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 208, S. 467.

¹¹³ Siehe dazu bereits unter 1. Teil, B.

¹¹⁴ Vgl. *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 263, der den Begriff *dolus* als neutral bezeichnet und ihn mit dem deutschen Wort „List“ gleichsetzt und diesbezüglich betont, dass insofern kein „tadelndes Urteil“ impliziert ist. Vgl. auch *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 221; *Paganini*, *Communicatio Socialis* 2019, 67, 68. Übersetzt man „listig“ im Englischen mit *crafty*, so zeigt auch die Studie von Anderson, dass dieser Begriff eindeutig weniger negativ besetzt ist als die Bezeichnungen „unecht“ und „Lügner“. Denn *crafty* befindet sich auf Platz 325, die anderen beiden Begriffe hingegen auch Platz 554 und 555. *Cunning* schafft es sogar auf Platz 283, wogegen *sly* Platz 428 belegt. *Anderson*, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 9, 1968, 272, 273 ff. Siehe zur Thematik auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998 f.

¹¹⁵ Duden, Stichwort: listig. Abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/listig> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹¹⁶ Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25. Aufl. 2011, Stichwort: List (S. 580). Siehe auch *Deutsches Wörterbuch* von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Bd. 12, Spalte 1070 ff., wonach List von Klugheit/Schlaueit kommt. Vgl. auch *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 264. Dies bereits anführend *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998 f.

¹¹⁷ Beide Definitionen finden sich im Duden, Stichwort: arg. Abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/arg> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹¹⁸ Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 25. Aufl. 2011, Stichwort: arg (S. 58). Entsprechend ausgeführt in *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 998.

(arg = schlecht, feige).¹¹⁹ Das Wörterbuch der Gebrüder Grimm setzt „arg“ sogar mit dem Begriff *malus* gleich.¹²⁰ Zudem wird der Begriff *dolus malus* regelmäßig mit „arglistiger Täuschung“ übersetzt.¹²¹ Auf den ersten Blick scheint die aus dem römischen Recht bekannte Unterscheidung zwischen *dolus malus* und *dolus bonus* daher noch in der Formulierung der Vorschrift („arglistige Täuschung“) angelegt zu sein.¹²² Die römische Zweiteilung zwischen *dolus malus* und *dolus bonus* wurde i. R. d. Schaffung des BGB jedoch nicht einmal explizit diskutiert.¹²³ Die beiden Begriffe finden sich daher auch nicht in den Gesetzesmaterialien.¹²⁴ Entsprechend wird über den Begriff „arglistig“ in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB denn nach einhelliger Ansicht auch keine Differenzierung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* hineingelesen.¹²⁵

Da „arglistig“ ein so vielschichtiger Begriff ist, vermag es allerdings nicht zu überraschen, dass er darüber hinaus weitere Interpretationsmöglichkeiten zulässt. So unterlag das Begriffsverständnis im Laufe der Zeit denn auch erheblichen Änderungen, die an dieser Stelle kurz nachgezeichnet werden sollen.¹²⁶ Noch vor dem Inkrafttreten des BGB, aber bereits während dessen Entstehung, verlangte das Reichsgericht in seinem Urteil von 1889 beispielsweise „böslische Absicht“.¹²⁷ Dies zeigt auf, dass Absicht allein nach Ansicht des Gerichts nicht genügte, sondern vielmehr noch „Böslichkeit“ gefordert war. Aufgrund der oben festgestellten Verbindung zwischen arg und *malus*, war diese Interpretation mit dem Wortlaut der Norm durchaus vereinbar.¹²⁸ Allerdings beziehen sich die darauffolgenden Ausführungen dann – überraschender Weise – nicht auf eine moralische Komponente (wie z. B. eine verwerfliche Gesinnung), sondern auf die mögliche Schädigung des

¹¹⁹ Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 25. Aufl. 2011, Stichwort: arg (S. 58); vgl. auch v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 264.

¹²⁰ Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Bd. 1, Spalte 546f. Darauf bereits hinweisend S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 998.

¹²¹ v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 263.

¹²² So bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 998. Fleischer, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, 2001, S. 333 zieht die Verbindung zu *dolus malus* und hält den Begriff daher für „wenig glücklich“.

¹²³ So bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 998.

¹²⁴ Die Gesetzesmaterialien sprechen nur an drei Stellen ausdrücklich *dolus* an (nicht jedoch *dolus bonus* und *dolus malus*). An einer Stelle geht es um *dolus incidens* (Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103, Anm. 207 S. 467), im anderen Fall ging es um die nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung (Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 206, Anm. 205 ff., S. 712) und im letzten Fall um *dolus eventualis* (Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Erste Berathung im Plenum des Reichstages, S. 900).

¹²⁵ v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 269 stimmt der Auffassung in der Literatur zu, dass Arglist mit Vorsatz gleichzusetzen ist und hätte daher auch einen entsprechenden Wortlaut empfohlen.

¹²⁶ Ebenfalls einen Überblick gebend v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 252ff.

¹²⁷ RGZ 23, 130, 137.

¹²⁸ Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 353.

Getäuschten.¹²⁹ Die Schädigungsabsicht¹³⁰ ist nach heute einhelliger Meinung jedoch keine Voraussetzung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB mehr (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.5.d)).

Der Begriff „arglistig“ wurde in den Anfangsjahren des BGB allerdings dennoch öfter als böswillige, unmoralische Täuschung interpretiert und nicht lediglich mit Blick auf eine eventuelle Schädigungsabsicht diskutiert.¹³¹ Die Idee kam wohl auch aufgrund der Gleichsetzung von *malus* und „arg“ auf, obwohl das römische Recht zumindest ursprünglich mit *dolus malus* keine moralische Dimension verband.¹³² So verlangte z. B. *Crome* 1900 eine vorsätzliche, böswillige Täuschung.¹³³ Vergleichbare Aussagen finden sich bei *Rehbein*, *Gareis*, *Bauer*, *Weyl* und *Schatz*, wobei jedoch aus den entsprechenden Ausführungen nicht immer ganz klar wird, was darunter verstanden werden soll.¹³⁴ Nach diesen Autoren musste somit aber wohl eine ethische Dimension berücksichtigt werden, wodurch bestimmte Täuschungen vom Anwendungsbereich ausgenommen werden konnten.¹³⁵ Allerdings

¹²⁹ RGZ 23, 130, 137.

¹³⁰ Dazu, dass heute keine Schädigungsabsicht verlangt wird: BGH NJW 1974, 1505, 1506; RGZ 134, 43, 55; RGZ 111, 5, 7; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 19; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 11; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.5, 112.1; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 50; *Dörner* in: Schulze HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; *Krüger-Nieland* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 6. A. A. *Kolbe*, JZ 2009, 550, 554f., nach welchem die arglistige Täuschung auf einen rechtlichen Nachteil des Getäuschten abzielen muss. Der Autor sieht dann im Vertragsabschluss einen immateriellen Schaden, da die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit tangiert sei.

¹³¹ Eine Übersicht über den Diskussionsstand im Zeitverlauf gebend v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 252ff. Konkret *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 429; *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 148; *Gareis*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 1900, Anm. 2 zu § 123; *Weyl*, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1905, S. 438, 442f. Ähnliche Ausführungen finden sich auch bereits in *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 999.

¹³² Dazu, dass die moralische Dimension erst später diskutiert wurde v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 262 und 265. Vgl. auch *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, S. 13f. (ohne zeitliche Einordnung); *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 362. Zum Eindruck des Wortlauts auch *Jüttner*, Die Zurechnung der arglistigen Täuschung Dritter, 1998, S. 8.

¹³³ *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, S. 429.

¹³⁴ *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 148 (diskutiert vor allem, ob Lügen „zum Besten“ der anderen Seite die Voraussetzung der Arglist erfüllen); *Gareis*, Kommentar zum BGB, Bd. 1, 1900, Anm. 2 zu § 123; *Weyl*, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1905, S. 438, 442f. Vgl. auch *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 434, der allgemein in Bezug auf Arglistanfechtung formuliert: „gemissbilligtes unsittliches Verhalten“. Zum Ursprung dieser Terminologie v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 267.

¹³⁵ Zur Relevanz der rechtswissenschaftlichen Literatur mit Blick auf die historische Auslegung *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 37.

ging es in diesem Zusammenhang generell nicht darum, gewisse übliche Verhandlungstaktiken, die auf Täuschungen basieren, vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen, sondern vielmehr um den klassischen Fall der Lösung der Fesseln eines fremden Sklaven aus Mitleid ohne Zustimmung von dessen Herrn. Da einem solchen Manöver kein unsittliches Motiv zugrunde liegt, sollte insofern die Arglist zu verneinen sein.¹³⁶ Der dadurch erzielte „Täuschungsspielraum“ bezog sich damit gerade nicht auf die hier diskutierten Bluffs, hätte aber das Potenzial gehabt, darauf ausgeweitet zu werden.

Gleichzeitig ist zu bedenken, dass umgekehrt *Hölder* schon 1900 bemerkte, dass das Adjektiv „arglistig“ lediglich betone, dass es sich um eine vorsätzliche Täuschung handeln müsse.¹³⁷ Und auch andere Autoren diskutierten mit Blick auf die Arglist bereits zu dieser Zeit sowie etwas später allein Vorsatz, Absicht und Bewusstsein, statt eine „böswillige“ Täuschung zu fordern.¹³⁸ Obwohl es somit in den Anfangsjahren des BGB noch einige Stimmen gab, die der Arglist eine moralische Komponente beimäßen, so setzte sich in der Rechtsprechung und der Literatur schnell die Meinung durch, dass Arglist allein Vorsatz bedeutet.¹³⁹ Die aus dem Begriff „arglistig“ teils hergeleitete „verwerfliche Gesinnung“¹⁴⁰ ist dementsprechend nach heute einhelliger Meinung keine Voraussetzung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.5.d)). Im Zentrum der Überlegung steht sogar umgekehrt vielmehr der Gedanke, dass es nicht auf die Gesinnung des Täuschenden ankommen kann. Der Vorschrift soll kein Sanktionscharakter zukommen und moralisierende Überlegungen sollen bei der Bewertung keine Rolle spielen.¹⁴¹ Die „freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet“¹⁴², wie sie bereits die Motive nennen, rückte somit im Laufe der Zeit in den Vordergrund.¹⁴³

¹³⁶ v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 268, der erläutert, dass dies auf dem Missverständnis von *dolus bonus* und *dolus malus* beruht.

¹³⁷ *Hölder*, Kommentar zum AT des BGB, Bd. 1, 1900, Anm. 1a und Anm. 2 zu § 123.

¹³⁸ Später v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 269f. hält dafür eine „teleologische Extension“ für notwendig, da der Vorsatz bereits im Begriff „Täuschung“ enthalten sei.

¹³⁹ So auch *Fleischer*, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, 2001, S. 334. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 999.

¹⁴⁰ Dazu, dass heute keine verwerfliche Gesinnung verlangt wird: BGH NJW 1990, 975, 976; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 18; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 19; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.4; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49. v. *Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 (erste Hälfte), 1914, S. 603 spricht von „sittlichen Verwerflichkeit“. *Lange*, BGB AT, 14. Aufl. 1973, S. 350 formuliert hingegen: „Da die Verwerflichkeit bereits im bewußten bestimmen zur Willenserklärung durch Täuschung liegt, kommt es auf den Beweggrund des Täuschenden nicht an, solange rechtlich oder sittlich eine Wahrheitspflicht besteht“.

¹⁴¹ Zu diesen Überlegungen *Jüttner*, Die Zurechnung der arglistigen Täuschung Dritter, 1998, S. 22ff. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 999.

¹⁴² *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 Anm. 204, S. 465.

¹⁴³ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 999. Zum Schutzgehalt der Vorschrift vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 244.

Theoretisch verbliebe noch die Verkehrssitte, um einen gewissen „Täuschungsraum“ abzustecken. Die Verkehrssitte ist allgemein im BGB geregelt (vgl. § 242 BGB) und insbesondere auch auf den unternehmerischen Verkehr (vgl. § 346 HGB, sowie heute § 310 Abs. 1 S. 2 BGB) ausgelegt. Einer der führenden Vertreter einer verschärften Irrtumshaftung (*Erman*)¹⁴⁴ räumte entsprechend sogar noch 1934 ein, dass die Verkehrssitte zu einem Spielraum führe, nach dem bestimmte unwahre Äußerungen in den Verhandlungen zu tolerieren seien (dazu bereits unter 2. Teil, B.III.2.).¹⁴⁵ Heutzutage spielt die Verkehrssitte jedoch nahezu keine Rolle mehr,¹⁴⁶ weshalb sie ebenfalls keine praktische Möglichkeit darstellt, bestimmte vorsätzliche Irreführungen vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen.¹⁴⁷

Der Wegfall der Differenzierungsmöglichkeiten über die „Arglist“ bzw. „Verkehrssitte“ führte damit zur umfassenden Reichweite des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.¹⁴⁸ Als (kleine) Gegenbewegung wurde daher im Laufe der Zeit die „Widerrechtlichkeit“ entdeckt,¹⁴⁹ wodurch nicht rechtswidrige Täuschungen vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden. Allerdings wird von dieser Möglichkeit bis heute nur mit Blick auf unzulässige (insb. diskriminierende) Fragen (z. B. im Bewerbungsgespräch nach der Schwangerschaft) Gebrauch gemacht. Weitere Ausnahmen mit Blick auf übliche Verhandlungstaktiken wurden durch die Rechtsprechung bislang nicht etabliert und sind auch in der Literatur nicht Diskussionsgegenstand (siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.7.).¹⁵⁰

VIII. Zwischenergebnis

Die rechtshistorische Betrachtung zeigt, dass traditionell durchaus zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen unterschieden wurde. So war das römische Recht mit Blick auf vorsätzliche Irreführungen besonders differenzierungsfreundlich,¹⁵¹ da es zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* unterschied (dazu unter 3. Teil,

¹⁴⁴ *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 273 ff. zur *culpa in contrahendo*.

¹⁴⁵ *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 282. Dies bereits anführend *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 999f.

¹⁴⁶ Vgl. die Auswertung der Entscheidungen des BGH (Band 1 bis 151) durch *Al-Shamari*, Die Verkehrssitte im § 242 BGB, 2006, S. 143. Die Autorin hat ermittelt, dass die Verkehrssitte gem. § 242 BGB nur in 11 Entscheidungen genannt und nur in drei Fällen etwas erläutert wurde.

¹⁴⁷ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 1000.

¹⁴⁸ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 1000.

¹⁴⁹ Zur dogmatischen Einordnung dieser Lösung in der Literatur siehe näher unter 2. Teil, B.I.7.c). Zur in dieser Arbeit vertretenen dogmatischen Lösung siehe näher unter 5. Teil, A. und zu den anerkannten Ausnahmen auch unter 3. Teil, B.I.7.

¹⁵⁰ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 1000.

¹⁵¹ Vgl. zum römischen Recht und der dortigen Differenzierung *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 45 ff.; *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, insb. S. 221 ff.; *Carcatterra*, Dolus bonus/dolus malus, 1970, passim; vgl. auch *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 664 ff.; zur Verbindung von Ethik und dem römischen Recht *Backhaus* in: FS Laufs, 2006, S. 3, 3 ff.

A.III.)¹⁵² bzw. bestimmte Täuschungen nicht erfasste, die in den Bereich der *solertia* fielen.¹⁵³ Dadurch ließ das römische Recht einen weiten „Täuschungsspielraum“ bei Vertragsverhandlungen. Die Glossatoren führten dann darüber hinaus die wichtige terminologische Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* ein,¹⁵⁴ was zu einer Verknüpfung der Rechtsfolge mit der Auswirkung der Täuschung auf den Vertragsschluss führte. Dies bedingt zwar keine Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, dafür aber unterschiedliche Rechtsfolgen und entschärft somit die Problematik. Die Ideen der Aufklärung und des Naturrechts in Form des Vernunftrechts wirkten sich hingegen praktisch nicht direkt auf die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen aus. Zwar hielt auch die historische Rechtsschule noch weitestgehend (siehe zu den Details unter 3. Teil, A.VI.) an den Unterscheidungen zwischen *dolus bonus/dolus malus* sowie *dolus causam dans/dolus incidens* fest. Allerdings lässt sich zugleich ein gewisser Einfluss der strengen moralphilosophischen Erwägungen *Kants* erkennen sowie die Tendenz zu einem klar konturierten Tatbestand ohne differenzierte Wertungsmöglichkeiten. Die historische Rechtsschule lässt damit bereits eine Tendenz zur Reduzierung des „Täuschungsspielraums“ erkennen. Zugleich war das sächsische BGB von 1865 allerdings viel differenzierungsfreudiger ausgestaltet als der heutige § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Selbst § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und die Erwägungen des historischen Gesetzgebers hätten theoretisch zumindest noch gewisse Differenzierungsmöglichkeiten zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zugelassen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Problematik der Abgrenzung im Gesetzgebungsprozess scheinbar nahezu vollständig ausgeblendet wurde, was die Ergiebigkeit der historischen Auslegung beschränkt.¹⁵⁵ Nach und nach lehnten die Rechtsprechung und Literatur dann zudem alle verbleibenden Differenzierungsmöglichkeiten zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen ab, obwohl auch insofern nie eine gesonderte, vertiefte Auseinandersetzung in Bezug auf Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstandes geführt wurde.¹⁵⁶ Die aus historischer Sicht überraschend enge Ausgestaltung und Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kann im Ergebnis somit nicht als

¹⁵² In der Klassik wurde statt *dolus malus* schlicht die Bezeichnung *dolus* verwendet. Vgl. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 49 (Fn. 191). Siehe auch *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, insb. 227. Zur Unterscheidung auch *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112.

¹⁵³ *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 229.

¹⁵⁴ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 361 („Daß die Terminologie *dolus causam dans* und *incidens* nicht römisch, sondern eine Erfindung der Glossatoren ist, steht fest“); *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87.

¹⁵⁵ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 36 f. stellt mit Blick auf die historische Auslegung die Relevanz der Heranziehung des gesetzgeberischen Willens fest und führt insofern aus: „wo ein solcher Wille feststellbar ist und bei der Lösung des jeweiligen Problems weiterhilft. (Das ist aus verschiedenen Gründen natürlich keineswegs immer der Fall).“

¹⁵⁶ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 1000.

Reaktion auf eine geänderte unternehmerische Praxis gesehen werden. Aufgrund der mangelnden Auseinandersetzung wurde sie auch nicht mit einem geänderten Telos begründet.

B. Rechtsvergleichende Perspektive

I. Einleitung

Im Folgenden wird untersucht, wie andere Rechtsordnungen arglistige Täuschungen regeln. Eingegrenzt wird die Untersuchung dabei auf die Vorschriften, die der deutschen arglistigen Täuschung (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) vergleichbar sind. Es werden daher z. B. mögliche Regeln zur *culpa in contrahendo*, zur Gewährleistung sowie strafrechtliche Vorschriften und das Lauterkeitsrecht ausgeblendet. Denn Ziel dieses Abschnitts ist es vor allem, zu untersuchen, ob und, wenn ja, inwiefern andere Rechtsordnungen in ihren – dem § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vergleichbaren – Vorschriften stärker zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs, differenzieren bzw. inwiefern sie eine entsprechende Grenzziehung zumindest (etwas) stärker diskutieren, als dies in Deutschland der Fall ist. Sollte das deutsche Recht im internationalen Vergleich im Ergebnis isoliert erscheinen, würde dies zumindest einen Anlass dafür bieten, darüber nachzudenken, ob auch in Deutschland ein „Täuschungsspielraum“ bestehen sollte. Denn die rechtsvergleichenden Ergebnisse würden damit ggf. auf die große Bedeutung einer entsprechenden Diskussion hinweisen. Die Analyse wird zudem zeigen, ob es bereits ein Recht gibt, welches die Problematik zufriedenstellend löst und als „Vorbild“ für die deutsche Rechtsordnung dienen könnte. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, werden durch die Untersuchung verschiedene Regelungsansätze und Regelungsmechanismen¹⁵⁷ herausgearbeitet und es kann reflektiert werden, ob und, wenn ja, inwieweit diese einen gewissen „Täuschungsspielraum“ erreichen. Generell wird in der Literatur anerkannt, dass die Rechtsvergleichung der Horizonterweiterung dient.¹⁵⁸ Die erzielten Ergebnisse sind insofern zentral für einen ggf. notwendigen Regelungsvorschlag (*de lege ferenda*) für das deutsche Recht (siehe dazu unter 5. Teil, B.).¹⁵⁹

¹⁵⁷ Diesen Vorteil generell mit Blick auf die Rechtsvergleichung anführend *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 252 (Rn. 393 f.); ebenso *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 190; siehe auch *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 222, 232 (§ 11 Rn. 26).

¹⁵⁸ Vgl. z. B. *Drobnig*, *RabelsZ* 50 (1986), 610, 610 (der sogar weitergehend formuliert: „Rechtsvergleichung befruchtet alle Zweige des Rechts – nicht nur die Wissenschaft und die Gesetzgebung, sondern auch die Rechtsprechung.“); *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 252 (Rn. 393); vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 13.

¹⁵⁹ Ausführlich zur Nutzung der Rechtsvergleichung durch den Gesetzgeber *Drobnig/Dopffel*, *RabelsZ* 46 (1982), 253, 253 ff.; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59 bezeichnet rechtsvergleichende Erkenntnisse „als bewährtes Hilfs-

In der methodischen Literatur wird zudem diskutiert, inwiefern rechtsvergleichende Erkenntnisse im Rahmen der Auslegung *de lege lata* berücksichtigt werden können.¹⁶⁰ In Österreich und der Schweiz ist die Heranziehung rechtsvergleichender Erkenntnisse im Rahmen der Lückenfüllung durchaus anerkannt.¹⁶¹ Sie wird zudem in Bezug auf auslegungsbedürftige Vorschriften befürwortet.¹⁶² Im deutschen Recht wird die Rechtsvergleichung oftmals mit größerer Zurückhaltung betrachtet.¹⁶³ Teils wird vertreten, dass rechtsvergleichende Erkenntnisse mit Blick

mittel rationaler Gesetzgebungsbemühungen“; vgl. auch *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 626 („Fremdes Recht dient im nationalen Recht grundsätzlich nur als Erfahrungsmaterial und hilft als solches vor allem dem Gesetzgeber bei der Entwicklung neuer Lösungen.“); *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 187 und 193 sieht die Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle an, um Probleme im eigenen Recht lösen zu können und betont, dass die Rechtspolitik davon profitieren könnte; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 14f. betonen, dass rechtsvergleichende Erkenntnisse „für einen nach Qualität strebenden Gesetzgeber ein unentbehrliches Arbeitsinstrument geworden“ sind. Vgl. auch *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 222, 232 (§ 11 Rn. 26). Das österreichische ABGB wurde beispielsweise unter Heranziehung ausländischer Vorbilder verfasst, so *Kodek* in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode, 2013, S. 23, 23.

¹⁶⁰ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59ff.; vgl. auch *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 185ff., der einen guten Überblick zum Diskussionsstand gibt; *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 253 sieht die Rechtsvergleichung beispielsweise als eine Form der systematischen Auslegung an, sofern weitreichende Auslegungsprobleme vorliegen. *Häberle*, JZ 1989, 913, 916ff. hat die Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode für das Verfassungsrecht vorgeschlagen. *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 626 lehnen die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode für nationales Recht ab (anders aber zum Europarecht und Völkerrecht). Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Blick auf das Verfassungsrecht auch *Vofsheuble*, ZaöRV 2019, 481, 481 ff.

¹⁶¹ Vgl. dazu *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 297ff.; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59f. sprechen sich ebenfalls für eine Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtsanwendung aus (allerdings für die unmittelbare Auslegung nur in seltenen Fällen). Zur Schweiz im Allgemeinen vgl. auch *U. Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 198; sowie *Stoffel*, Revue internationale de droit comparé 46 (1994), 761, 762f. und 765; vgl. zudem *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 222, 233f. (§ 11 Rn. 28f.); zu Österreich allg. auch *Kodek* in: Gamper/Verschraegen (Hrsg.), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode 2013, S. 41 sowie S. 49f.

¹⁶² So z.B. *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 222, 234 (§ 11 Rn. 29).

¹⁶³ *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 626 lehnen die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode für nationales Recht grundsätzlich ab; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 193 lehnt die Erkenntnisse der Rechtsvergleichung als Rechtsquelle ab; ebenfalls für Zurückhaltung plädierend *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59f. Vgl. auch *Riesenhuber*, AcP 218 (2018), 693, 706f. sowie 722 und auf 712: „Indes bleibt bislang undeutlich, in welcher Weise Rechtsvergleichung Kriterium für die Auslegung oder Fortbildung des nationalen oder internationalen Rechts sein kann.“. Der Autor sieht in der Heranziehung der Rechtsvergleichung für die Lückenfüllung keine Methode, sondern allein die Möglichkeit darin eine Anregung zu finden. Außerdem spricht er der Rechtsvergleichung lediglich eine Hilfsfunktion an einzelnen Stellen zu, die jedoch keinen Beitrag zur Rechtsfindung leisten kann. Siehe auch *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts,

auf die Berücksichtigung von „konsensfähigen Gerechtigkeitsprinzipien“ Bedeutung entfalten können.¹⁶⁴ Schlüsse auf die „praktische Zweckmäßigkeit“ oder das „Rechtsbewusstsein“ sollen ebenfalls möglich sein.¹⁶⁵ Teils wird insofern betont, dass deshalb gerade auch verwandte Rechtsordnungen von Interesse seien.¹⁶⁶ Aus diesem Grund werden im Folgenden u. a. die österreichische (siehe unter 3. Teil, B.V.) und die schweizerische Rechtsordnung (siehe unter 3. Teil, B.VI.) untersucht, die beide zum deutschen Rechtskreis zählen.¹⁶⁷ Insofern ist es interessant zu sehen, inwiefern sich die Lösung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auch in Österreich und der Schweiz wiederfindet oder ob ggf. gewisse Unterschiede zur deutschen Regelung zu verzeichnen sind.

Außerdem steht das deutsche Recht in römisch-rechtlicher Tradition.¹⁶⁸ Aus dem romanischen Rechtskreis werden im Folgenden daher die französische (siehe unter 3. Teil, B.IV.) und die italienische Rechtsordnung (siehe unter 3. Teil, B.III.) erörtert. Die französische Rechtsordnung wurde aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für die Entwicklung des kontinentaleuropäischen *civil law* ausgewählt.¹⁶⁹

4. Aufl. 2021, S. 222, 233 (§ 11 Rn. 28) zur größeren Zurückhaltung der deutschen Gerichte. *Zweigert/Kötz*: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 17f. führen allerdings an, dass deutsche Obergerichte oftmals mit Hilfe rechtsvergleichender Überlegungen Lücken schließen. Sie sprechen sich zudem dafür aus, dass die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung noch mehr Anerkennung und Anwendung finden sollte; in Bezug auf den Diskussionsstand die geringe Bedeutung betonend *U. Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 196 („In der gegenwärtigen Auslegungslehre zum autonomen deutschen Recht wird demgegenüber der rechtsvergleichenden Auslegung keine besondere Bedeutung eingeräumt.“). Zur Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung z. B. *Drobnig*, *RabelsZ* 50 (1986), 610, 610ff.; *Kötz* in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 2, 2000, S. 825, 825 ff.

¹⁶⁴ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 48; vgl. zum Gerechtigkeitsgedanken auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 252 (Rn. 393). („Mit Hilfe der Rechtsvergleichung [...] sucht die Rechtswissenschaft nach praktikablen und ethisch vertretbaren Lösungsmodellen für typische juristische Interessenkonflikte und Steuerungsprobleme. Die beiden erstgenannten Disziplinen schaffen einen Erfahrungshorizont, welcher Probleme gerechter und ungerechter staatlicher Normsetzungen genauer unterscheidbar machen.“), die allerdings auch auf die Grenzen der Gerechtigkeitsaussage hinweisen.

¹⁶⁵ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59.

¹⁶⁶ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 59.

¹⁶⁷ Siehe bzgl. des schweizerischen Rechts *Aden*, *ZPR* 2012, 50, 51; ausführlich auch zum deutschen Rechtskreis *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 130ff.; siehe zudem *H. Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels*, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl. 2010, S. 290 sowie *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl. 2001, S. 207f. (der diesen allerdings als „mitteleuropäischen Rechtskreis“ bezeichnet).

¹⁶⁸ Siehe zum römischen Recht bereits unter 3. Teil, A.III. Vgl. auch *Knütel*, *ZEuP* 1994, 244, 244f.; *Aden*, *ZRP* 2012, 50, 50; *Schuster-Oppenheim* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 157, 157f. (§ 8 Rn. 2); vgl. zur historischen Entwicklung der Übernahme des römischen Rechts in Deutschland auch *Schildt*, *JURA* 2003, 450, 450ff.; zur Relevanz des römischen Rechts für die historische Auslegung siehe z. B. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 4 Rn. 154.

¹⁶⁹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 40 beschreiben die französische Rechtsordnung als Mutterordnung des romanischen Rechtskreises. Auf S. 84 gehen die Autoren dann näher auf die Bedeutung des französischen Rechts für Kontinentaleuropa ein

Die italienische Rechtsordnung steht ebenfalls in besonderer Weise in der Tradition des römischen Rechts und ist auch aufgrund ihrer Innovationskraft¹⁷⁰ für dieses Werk von besonderem Interesse.

Als Kontrast zu den genannten Rechtsordnungen wird zudem die Rechtslage in den USA (siehe dazu unter 3. Teil, B.II.) als Beispiel für eine *common law* Jurisdiktion (d. h. des anglo-amerikanischen Rechtskreises) erforscht. Aus dem *common law* Rechtskreis wurde das US-amerikanische Recht ausgewählt, da ihm heutzutage weltweit größere Bedeutung zukommt als dem englischen Recht¹⁷¹ und es sich zudem durch eine hohe Dynamik und die Aufnahme moderner Praktiken auszeichnet¹⁷² (weshalb es sogar häufig kontinentaleuropäische Gesetzgebung inspiriert¹⁷³).

Im Ergebnis können rechtsvergleichende Erkenntnisse damit zwar – wenn überhaupt – lediglich begrenzte Wirkungen im Rahmen der Auslegung *de lege lata* entfalten. Dennoch ist die folgende Analyse der angeführten Rechtsordnungen für diese Arbeit zentral, da die erzielten Ergebnisse zumindest als Aufgreifkriterium fungieren können und im Rahmen der *de lege ferenda* zu erarbeitenden Lösung (siehe dazu unter 5. Teil, B.) genutzt werden sollen. Insofern geht es vor allem darum, ggf. relevante Regelungselemente herauszuarbeiten (siehe dazu unter 3. Teil, C.).

II. USA

1. Einführung

Lügen in Vertragsverhandlungen sind facettenreich und es bestehen diverse Anknüpfungspunkte im US-amerikanischen Recht. Zentral ist in diesem Zusammenhang allerdings das *common law* Konzept der *misrepresentation*.¹⁷⁴ Für den Strukturvergleich mit dem deutschen Recht reicht die Fokussierung auf *misrepresenta-*

(„Unter den großen Kodifikationen, die in Mittel- und Westeuropa um die Wende vom 18. Zum 19. Jahrhundert in Kraft getreten sind, nimmt der französische Code civil nach seiner geistigen Bedeutung und seiner geschichtlichen Ausstrahlungskraft unbestritten die erste Stelle ein.“)

¹⁷⁰ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 40.

¹⁷¹ Vgl. z. B. Wiegand in: Jenny/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, 1988, S. 229, 234 f., der eine tiefgreifende Amerikanisierung in nahezu allen Regionen der Welt sieht („amerikanisches Zeitalter“).

¹⁷² Siehe z. B. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 233 f. („und vor allem die atemberaubende Dynamik seiner sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung haben dazu beigetragen, daß das amerikanische Recht Methoden und Lösungen entwickelt hat, die sein Studium für den kontinentalen Betrachter vielfach interessanter und reizvoller machen, als das des englischen Rechts“); es wird vertreten, dass die hohe Dynamik durch den amerikanischen Realismus begünstigt wird, vgl. Sacco/Rossi, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, S. 244.

¹⁷³ Vgl. z. B. Wiegand in: Jenny/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, 1988, S. 229, 235 sowie beispielhaft zum deutschen Insolvenzrecht Wiegand in: Friedmann/Schreiber (Hrsg.), Legal Culture and Legal Profession, 1996, S. 137, 140.

¹⁷⁴ Eine entsprechende kurze, überblicksartige Zusammenfassung der folgenden Erörterungen zum US-Recht findet sich bereits in S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973,

tions aus. Nicht beleuchtet werden somit unter anderem die *rules of professional conduct*¹⁷⁵, die z.B. für Anwälte eine wichtige Rolle spielen.¹⁷⁶ Täuschungen in Vertragsverhandlungen können zudem strafrechtlich relevant sein (*criminal fraud*¹⁷⁷). Wenn es um Lügen mit Blick auf das Produkt selbst geht (im Fall eines *commercial sale of goods*), stellen sich zudem Abgrenzungsfragen zu den Vorschriften des Uniform Commercial Code (UCC)¹⁷⁸ zu *express warranties*, d.h. Abgrenzungsfragen zum US-amerikanischen Gewährleistungsrecht.¹⁷⁹ Außerdem gibt es weitere spezialgesetzliche Regeln für Verbraucherverträge und für Wertpapiergeschäfte, die hier nicht erörtert werden. Abgrenzungsfragen ergeben sich des Weiteren mit Blick auf Irrtumsfälle (*mistake*¹⁸⁰). Außerdem kann das Konzept des *bargaining in good faith* (deutsch: „verhandeln in gutem Glauben“) betroffen sein. Im weiteren Sinn spielen Täuschungen zudem im Rahmen von Verleumdung (*defamation*) eine Rolle. Werden Dokumente gefälscht, handelt es sich um *forgery*. Ferner werden Verbraucher durch Bundesrecht vor irreführender Werbung geschützt.¹⁸¹ Für den Grobvergleich der Rechtsordnungen bezüglich zulässiger bzw. unzulässiger Täuschungen bedürfen die genannten Aspekte jedoch keiner näheren Betrachtung.

Wiederum zur Vereinfachung sollen hier primär *misrepresentations* im vertraglichen Bereich analysiert werden. Zentral ist insofern das Restatement (Second) of Contracts (1981)¹⁸² (im Folgenden auch R2C), das versucht, in vereinfachender Form die Rechtslage mit ihren wichtigsten Elementen abzubilden.¹⁸³ Das Restate-

983ff. Einzelne Sätze werden insofern auch (nahezu) wörtlich übersetzt. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

¹⁷⁵ Einflussreich waren insofern die ABA Model Rules of Professional Conduct und das Restatement of the Law Third – The Law Governing Lawyers des ALI.

¹⁷⁶ Zu Lügen durch Anwälte u. a. *Richmond*, Georgetown Journal of Legal Ethics 22 (2009), 249, 249ff.; *ders.*, St. Mary's Law Journal 38 (2006–2007), 929, 929ff.; *Smolla*, University of Richmond Law Review 36 (2002), 1, 1 ff.; *Hodes*, South Carolina Law Review 53 (2002), 527, 527ff.; *Perschbacher*, Arizona Law Review 27 (1985), 75, 75 ff.

¹⁷⁷ Vgl. U.S. Code (insb. title 18, part I, chapter 47) für die Bundesebene.

¹⁷⁸ Der UCC ist ein sog. *uniform act*, was bedeutet, dass es sich um einen Vorschlag für ein Recht für die Bundesstaaten handelt. *Uniform acts* zielen darauf ab, bezüglich eines Aspekts, hier *sale of goods*, eine einheitliche Rechtslage in den USA zu schaffen, siehe § 1–103 (a) (3) UCC. Dem UCC ist dies weitgehend gelungen, auch wenn einige Staaten nicht alle Vorschriften in ihr bundesstaatliches Recht integriert haben. Für einen Überblick zum UCC in deutscher Sprache siehe *Niedermeier*, Uniform Commercial Code und UN-Kaufrecht für Exporteure, 2001, S. 634.

¹⁷⁹ Im Ergebnis sind die Regeln des UCC und das Rechtsinstitut *misrepresentation* kompatibel. Siehe dazu *Tourek/Boyd/Schönwetter*, Iowa Law Review 84 (1999), 875, 877.

¹⁸⁰ Einen sehr guten Überblick der Rechtslage gibt das Restatement (Second) of Contracts in Kapitel 6 (§ 151 bis 158).

¹⁸¹ Vgl. dazu Act 15 U.S.C. § 1125(a) „False designations of origin, false descriptions, and dilution forbidden“ des U.S. Trademark (Lanham) Act von 1946; vgl. *Leighton*, Trademark Reporter 95 (2005), 615, 618.

¹⁸² Die offizielle Bezeichnung lautet „Restatement of the Law Second – Contracts“.

¹⁸³ Vgl. die Zielstellung des American Law Institute unter: <https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/> („The Institute's mission is ,to promote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice,

ment (Second) of Contracts ist allerdings kein Gesetz und hat damit auch keine Gesetzesqualität.¹⁸⁴ Es handelt sich dabei vielmehr um eine Zusammenstellung der Rechtslage, die sich insbesondere an Richter richtet.¹⁸⁵ Anzumerken bleibt, dass das Restatement allerdings die meistzitierte und anerkannteste Abhandlung zu dem Thema in den USA ist,¹⁸⁶ weshalb das Restatement in dieser Arbeit intensiv ausgewertet wird. Erarbeitet wurde das Restatement (Second) of Contracts vom American Law Institute (ALI), dem vor allem Anwälte, Richter und Professoren angehören. Der komplexe Erarbeitungs- und Billigungsprozess, den die Restatements durchlaufen,¹⁸⁷ führt regelmäßig dazu, dass es sich bei den Restatements um eine *communis opinio* handelt.¹⁸⁸ Darüber hinaus wird im folgenden Abschnitt auch die relevante US-amerikanische Literatur und zentrale Rechtsprechung herangezogen.

Das Restatement (Second) of Contracts befasst sich mit der Anfechtbarkeit des Vertrages. Ergänzend wird knapp auf die Unterschiede zum Restatement (Second) of Torts (im Folgenden auch R2T) zu *misrepresentation*, bei dem es um Schadensersatzansprüche geht, eingegangen.¹⁸⁹ Dies erscheint insofern sinnvoll, als die vertragliche Anfechtung und die deliktischen Schadensersatzansprüche viele Gemeinsamkeiten sowie gleichzeitig auch bedeutende Unterschiede aufweisen.¹⁹⁰ Die Anforderungen des Deliktsrechts sind allerdings höher als die des Vertragsrechts.¹⁹¹

and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work.' It achieves this goal through the development of Institute projects, which are categorized as Restatements, Codes, or Principles.", zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹⁸⁴ So auch explizit das American Law Institute auf seiner Website (abrufbar unter: <https://www.ali.org/about-ali/faq/>): „ALI's publications are persuasive authorities, not controlling law. That is, Restatements, Model Codes, and Principles are not, have never been, and do not purport to be controlling law. These publications do not displace controlling statutes and precedents. They serve as useful secondary sources to aid interpretation, advance understanding more generally, or provide a basis for legislation.“, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹⁸⁵ Richter sollen die Restatements des American Law Institute als Orientierungshilfe benutzen können: „Restatements are primarily addressed to courts“ (<https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/>), zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹⁸⁶ Vgl. Maggs, *George Washington Law Review* 66 (1998), 1, 1, die darauf verweist, dass die *casebooks* die Regeln des R2C als die moderne Sicht präsentieren.

¹⁸⁷ Eine Beschreibung des Prozesses ist unter <https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/> einsehbar (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹⁸⁸ Mangels Gesetzesqualität bleibt aber ein gewisses Maß an Umsicht geboten, da es vorkommen kann, dass eine Regelung des R2C einmal nicht mit der herrschenden Meinung der Gerichte übereinstimmt. Vgl. z. B. Maggs, *George Washington Law Review* 66 (1998), 1, 4 („The American Law Institute's decision to include a rule in the Restatement (Second) does not mean that a majority of courts have adopted that rule. The Restatement (Second) strives to state the best rules, not necessarily the rules that most courts have followed.“).

¹⁸⁹ Diese unterschiedliche Zielrichtung benennend *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 886.

¹⁹⁰ Teilweise wird angenommen, dass die Anfechtung vertragliche und deliktische Elemente vereint. R. Miller, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 21 (2019), 533, 558: „Clearly, contractual misrepresentation has some contract-like elements and some tort-like ones.“

¹⁹¹ Farnsworth (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.10, S. 4–42 f.

Allerdings sind die Voraussetzungen parallel konstruiert, was bedeutet, dass für vertragliche und deliktische Ansprüche im Prinzip dieselben Anforderungen gelten, mit dem zentralen Unterschied, dass das Deliktsrecht über das Vertragsrecht hinausgehende Anforderungen stellt. Können (deliktische) Schadensersatzansprüche wegen Täuschung geltend gemacht werden, so bedeutet dies daher im Ergebnis automatisch, dass die getäuschte Seite stattdessen auch den Vertrag anfechten kann. Umgekehrt gilt dies allerdings nicht, d. h. die Tatsache, dass eine Seite den Vertrag wegen einer Falschaussage anfechten kann, bedeutet nicht unbedingt, dass sie zugleich einen deliktischen Anspruch auf Schadensersatz hat.¹⁹² Vielmehr müssen insofern weitere Voraussetzungen erfüllt werden.

Die Unterschiede zwischen den einzelnen Bundestaaten der USA werden nicht näher erörtert. Relevante vertragliche Konstellationen, die sich auf das Konzept der *misrepresentation* auswirken können, werden aufgrund ihrer Bedeutung jedoch kurz angesprochen. Außerdem wird auf die *parol evidence rule* eingegangen,¹⁹³ da das Verhältnis zu *misrepresentations* für die Gesamtbewertung des Konzepts der *misrepresentation* entscheidend ist. Im Anschluss an die Darstellung der Rechtslage wird ein grober Überblick über das Fallrecht gegeben, wobei die Täuschungen über Aspekte außerhalb des Vertragsgegenstands (also außerhalb von Leistung und Preis i. e. S.) im Zentrum stehen.¹⁹⁴

Mit Blick auf das US-Recht wird der Sinn und Zweck der Regeln zu *misrepresentations* – im Gegensatz zur Situation in Deutschland – relativ selten diskutiert. Im Ergebnis schützt das US-amerikanische Recht wohl die freie, von unrechtmäßigen Einflüssen unbehelligte Willensentscheidung und reguliert darüber hinaus die ungerechtfertigte Vorteilnahme durch den Täuschenden.¹⁹⁵

2. *Misrepresentations*

a) Falschaussage

Voraussetzung für eine Anfechtung ist zunächst, dass eine *misrepresentation* vorliegt. Im Folgenden soll der englische Begriff *misrepresentation* mit der deutschen Bezeichnung „Falschaussage“¹⁹⁶ gleichgesetzt werden. Als *misrepresentation*, d. h. Falschaussage, gilt jede Behauptung, die nicht mit der wahren Lage überein-

¹⁹² Vgl. Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.13.

¹⁹³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.11.

¹⁹⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.10.

¹⁹⁵ Vgl. *McCleary*, Michigan Law Review 36 (1937), 227, 245 („There is a social interest in preventing undue advantage being taken of another intentional. The individual’s interest in making a free choice and in exercising his own best judgment in making decisions with respect to economic transactions and enterprises has been interfered with“).

¹⁹⁶ Der Begriff „Falschaussage“ wird hier daher nicht im deutschen strafrechtlichen Sinn (falsche uneidliche Aussage gem. § 153 StGB) verwendet, sondern bezieht sich allein auf Behauptungen, die nicht mit der tatsächlichen Lage übereinstimmen.

stimmt.¹⁹⁷ Dadurch sind auch Übertreibungen/Untertreibungen und Halbwahrheiten von dem Konzept erfasst.¹⁹⁸ Ob mit Hilfe von mündlichen Aussagen oder schriftlich getäuscht wird, ist dabei unerheblich. Eine Falschaussage kann in jeglicher Form getätigt werden.¹⁹⁹ Es sind daher zudem sowohl ausdrückliche als auch implizite Täuschungen erfasst.²⁰⁰ Eine Lüge kann sogar dann vorliegen, wenn ein Verhandler eine Handlung vornimmt, die dazu führt, dass die Gegenseite die wahre Sachlage nicht erfassen kann. Damit kann auch nonverbal geblufft werden. Der Verhandler muss insofern wissen oder sogar darauf abzielen, die Gegenseite vom Erkenntnisgewinn abzuhalten.²⁰¹ Die Täuschung durch Unterlassen ist dem US-amerikanischen Recht nicht vollständig fremd,²⁰² stellt aber dennoch eher ein Randphänomen dar.²⁰³ Die folgenden Ausführungen beziehen sich allerdings gemäß dem Fokus dieser Arbeit allein auf Täuschungen durch positives Tun.

Es wird im US-amerikanischen Recht generell zwischen Falschdarstellungen von Fakten (*facts*), Meinungen (*opinions*), rechtlichen Aspekten (*matters of law*) und Intentionen (*intentions*) unterschieden.²⁰⁴ Denn die Anfechtbarkeit wegen Täuschungen über Meinungen, rechtliche Aspekte und Intentionen unterliegt weitgehenden Einschränkungen,²⁰⁵ wodurch in solchen Fällen nur ausnahmsweise

¹⁹⁷ § 159 R2C bezieht die Definition allein auf Tatsachen („an assertion that is not in accord with the facts“); *Klass*, Contract Law in the United States, 2. Aufl. 2012, S. 109.

¹⁹⁸ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.11, S. 4–45; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 886 (beide zu Halbwahrheiten); *Norville v. Alton Bigtop Restaurant*, 317 N.E.2d 384 (Ill. App. Ct. 1974) („Half-truths, material omissions, misleading statements, and deliberate falsehoods in connection with the sale of securities are equally unlawful.“).

¹⁹⁹ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.11, S. 4–44 („The assertion may take the form of any conduct“).

²⁰⁰ *Klass*, Contract Law in the United States, 2. Aufl. 2012, S. 109.

²⁰¹ § 160 R2C.

²⁰² Beispiele für die Thematisierung von Täuschung durch Unterlassen: *Wootan & Saunders v. Diaz*, NO. 2017-CA-0820 (La. Ct. App. 2018) („Fraud may also [...] result from silence or inaction. [...] To prove fraud by silence or inaction, the claimant must show there was a duty to disclose information.“); *Ames v. Ohle*, 219 So. 3d 396 (La. Ct. App. 2017) („Furthermore, while ,fraud may be found from silence, there must be a duty to speak.‘ [...] Louisiana law recognizes that the refusal to speak, in the face of an obligation to do so, is not merely unfair but is fraudulent.“); *Lewis v. School Dist. # 648 F.3d 484* (7th Cir. 2011) („Rather, it was their failure to reveal that defendant Hawkins was the subject of a criminal investigation which she argues tainted the settlement. Though fraud may arise from the omission or concealment of a material fact, it would strain credulity to find that the facts Lewis puts at issue on appeal are material to her claim.“).

²⁰³ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 888 ff. Nicht ausreichend für eine Täuschung durch Unterlassen ist das Argument der anderen Vertragspartei, dass sie bessere Konditionen hätte erzielen können: *Lewis v. School Dist. # 70, 648 F.3d 484* (7th Cir. 2011) („The argument ,I could have gotten more from them if I knew‘ does not convert an immaterial fact into a material one.“).

²⁰⁴ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–76 ff.; *Klass*, Contract Law in the United States, 2. Aufl. 2012, S. 109.

²⁰⁵ Vgl. dazu §§ 168 ff. R2C. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 983.

eine Anfechtung möglich ist. Dieselben Einschränkungen gelten auch in Bezug auf die *misrepresentations* im Rahmen des Deliktsrechts (*tort law*).²⁰⁶ Aufgrund der unterschiedlichen Behandlung müssen Fakten, Meinungen, rechtliche Aspekte und Intentionen daher strikt auseinandergelassen werden.

aa) Fakten und Meinungen

Die Abgrenzung von Fakten zu Meinungen bereitet im US-amerikanischen Recht jedoch ebenso wie im deutschen Recht Schwierigkeiten.²⁰⁷ Gerade deshalb wird die Differenzierung allerdings auch besonders intensiv debattiert.²⁰⁸ Die folgenden Ausführungen sollen insofern die Herausforderungen verdeutlichen.

Als faktenbezogene Aussagen werden generell solche angesehen, die als wahr oder falsch eingeordnet werden können und deren Wahrheitsgehalt überprüfbar ist.²⁰⁹ Den Begriff *assertion of opinion* definiert das Restatement (Second) of Contracts in § 168:

„An assertion is one of opinion if it expresses only a belief, without certainty, as to the existence of a fact or expresses only a judgment as to quality, value, authenticity, or similar matters“²¹⁰.

§ 168 R2C macht deutlich, dass mit Bezug auf beurteilende Aussagen zur Qualität und zum Wert eines Produkts grundsätzlich davon ausgegangen, dass es sich in den meisten Fällen um „marktschreierische Anpreisungen“ (*sales talk/puffery*) und damit um eine Meinung handelt.²¹¹ Die genannte Definition macht die Abgrenzung von Fakten zu Meinungen in der Praxis allerdings nicht leichter,²¹² weshalb die

²⁰⁶ Vgl. § 525 R2T, comment d. (S. 56), wonach zwischen „misrepresentations of opinion and misrepresentations of all other facts“ unterschieden werden sollte.

²⁰⁷ *McEneaney v. Chestnut Hill Realty Corp.*, 650 N.E.2d 93 (Mass. App. Ct. 1995) („The distinction between a statement of fact and a statement of opinion is often a difficult one to draw.“).

²⁰⁸ Siehe zur Diskussion zum Beispiel Farnsworth (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–76ff.; Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:5 – § 69:9; Corbin (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.17; *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297.

²⁰⁹ *Presidio Enterprises, Inc. v. Warner Bros. Distributing Corp.*, 784 F.2d 674 (5th Cir. 1986): „A statement of fact is one that (1) admits of being adjudged true or false in a way that (2) admits of empirical verification.“. Vgl. auch Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:5.

²¹⁰ Freie Übersetzung: „Eine Aussage ist als Meinung zu klassifizieren, wenn sie nur eine Überzeugung ohne Gewissheit über das Bestehen einer Tatsache zum Ausdruck bringt oder nur ein Urteil über die Qualität, den Wert, die Authentizität oder ähnliche Aspekte enthält.“.

²¹¹ *Arnold v. Erkmann*, 934 S.W.2d 621 (Mo. Ct. App. 1996); *Kluge v. Ries*, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917) („Mere representations as to value, standing alone, are ordinarily regarded as opinions – trade talk – and not as affirmations of existing facts to be relied on as the basis of a contract.“); Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:7. Derselbe auch zu Ausnahmen von dieser Regel. Zu einzelnen Fällen siehe näher unter 3. Teil, B.II.10. Vgl. auch die Ausführungen in § 538A R2T („A representation is one of opinion if it expresses only [...] (b) his judgment as to quality, value, authenticity, or other matters of judgment.“).

²¹² Corbin (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.17 bezeichnet die Abgrenzung als

Unterscheidung generell stark kritisiert wird.²¹³ Die Definition hilft jedoch insofern bei der Differenzierung, als sie deutlich macht, dass es für die Einordnung als Meinung auf eine subjektive Wertung ankommen soll.²¹⁴ Die Abgrenzung zwischen Fakten und Meinungen hängt damit im Ergebnis stark von den individuellen Umständen ab, insbesondere vom Grad der Spezifizierung der Aussage sowie von der Natur der Aussage.²¹⁵ Als Meinung werden zudem generell Aussagen angesehen, die sich auf Aspekte beziehen, bei denen anzunehmen ist, dass unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Dies lässt sich auf Äußerungen wie „Das ist ein guter Preis“ beziehen.²¹⁶ Gleiches gilt, wenn der Punkt, über den eine Seite eine Aussage trifft, generell einer faktischen Untermauerung eher nicht zugänglich ist.²¹⁷ Obwohl die Formulierung der Aussage wichtig für die Einordnung ist, so ist sie jedoch nicht allein entscheidend,²¹⁸ sondern die Äußerung ist vielmehr im Gesamtzusammenhang zu sehen.

Herauslesen lässt sich aus der Debatte zudem, dass eine Meinungsäußerung grundsätzlich zugleich eine Täuschung über eine Tatsache darstellen kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn der sich Äußernde die Meinung gar nicht vertritt, da in solchen Fällen über die eigene Geisteshaltung geblufft wird.²¹⁹ Das US-amerikanische Recht erfasst daher nach deutschem Verständnis „innere Tatsachen“.²²⁰ Handelt es sich jedoch um eine Meinung, die der Geisteshaltung tatsächlich ent-

„extremely tenuous“. Ebenso *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297. Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:5 „The dividing line separating statements of fact from statements of opinion is hard to draw“ und in § 69:7 „no bright-line test has been propounded“; *Vulcan Metals Co. v. Simmons Mfg. Co.*, 248 F. 853 (2d Cir. 1918) („The conceded exception in such cases has generally rested upon the distinction between ‚opinion‘ and ‚fact‘; but that distinction has not escaped the criticism it deserves.“); für eine Abgrenzung zwischen Meinungen und Fakten, bei der auf die Gesamtumstände und insofern auf die persönlichen Verhältnisse der Parteien abgestellt wird: *Reeves v. Corning*, 51 F. 774 (C.C.D.Ind. 1892) („In reaching its conclusion, the court will take into consideration the intelligence and situation of the parties, the general information and experience of the people as to the nature and use of the property, the habits and methods of those dealing in or with it, and then determine, upon all the circumstances of the case, whether the representations ought to have been understood as affirmations of fact, or as matters of opinion or judgment.“).

²¹³ *Keeton*, Minnesota Law Review 21 (1937), 643, 656 ff.

²¹⁴ *Taylor v. Burr Printing Co.*, 26 F.2d 331 (2d Cir. 1928).

²¹⁵ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:7.

²¹⁶ Vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–77 f.

²¹⁷ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–77.

²¹⁸ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–76 f.

²¹⁹ § 159 R2C, comment d. (S. 429); *Taylor v. Burr Printing Co.*, 26 F.2d 331 (2d Cir. 1928) („In a sense any assertion is a statement of fact even though it be only an opinion. It involves at least, as has often been pointed out, the belief of the utterer in the truth of what he says“). Vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–79 f.; Meinungen als eigene Kategorie ansehend Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:5. Wohl auch eher für eine eigene Kategorie (dies zumindest als Option nennend) Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.17.

²²⁰ Die Diskussion ist nicht zu verwechseln mit der Debatte um „intrinsic“ und „extrinsic“ Fakten. Dazu z. B. *Scheppele*, Legal Secrets, 1988, S. 128 f.

spricht, liegt regelmäßig keine Täuschung über eine Tatsache vor, da eine Meinung keiner objektiven Überprüfung zugänglich ist.

Außerdem können Meinungsäußerungen einen Tatsachenkern enthalten und den Getäuschten daher zur Anfechtung berechtigen.²²¹ Es muss sich insofern um eine Meinungsäußerung handeln, die sich auf Fakten bezieht, welche der Empfänger nicht kennt. Denn in diesem Fall darf der Getäuschte aus der Meinungsäußerung schließen, dass die Fakten, auf die sich der Verhandler dabei bezieht, mit seiner Meinung nicht inkompatibel sind.²²² Außerdem darf aus der Meinungsäußerung abgeleitet werden, dass der Verhandler ausreichend Kenntnis von Fakten hat, um sich eine Meinung zu bilden. In beiden Fällen handelt es sich zwar einerseits um eine Meinungsäußerung. Bezogen auf die genannten Aspekte liegt aber zugleich eine Tatsachenäußerung vor, welche dann so behandelt wird wie andere Falschaussagen über Fakten,²²³ und zwar auch in Bezug auf *justified reliance*.²²⁴ Das Restatement (Second) of Contracts verdeutlicht allerdings sogleich, dass die Bezugnahme auf den Tatsachenkern die Ausnahme darstellt. Geschäftsübliche Übertreibungen²²⁵ berechtigen daher nicht zur Anfechtung.²²⁶

Der Unterschied zwischen Fakten und Meinungen besteht dann im Folgenden darin, dass auf reine Meinungsäußerungen grundsätzlich nicht vertraut werden darf (zur *justified reliance* näher unter 3. Teil, B.II.4.).²²⁷ In Ausnahmefällen kann jedoch sogar eine reine Meinungsäußerung zur Anfechtung berechtigen.²²⁸ Dies ist der Fall, wenn²²⁹

- eine besondere Vertrauensbeziehung zum Täuschenden besteht²³⁰,
- der Täuschende ein Experte ist, d. h. besondere Qualifikationen zur Beurteilung besitzt²³¹ oder
- das Vertrauen aus anderen besonderen Umständen schützenswert ist.

²²¹ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–78 f. diskutiert dies unter dem Schlagwort „facts implied from opinion“.

²²² § 168 R2C, comment d. (S. 457); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–78.

²²³ § 168 R2C, comment d. (S. 457).

²²⁴ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–78 f.

²²⁵ § 168 R2C, comment d. (S. 457): „seller’s puffing and buyer’s depreciation“.

²²⁶ § 168 R2C, comment d. (S. 457 f.) nennt Beispiele für Täuschungen bezogen auf einen Tatsachenkern.

²²⁷ § 169 Hs. 1 R2C. Vgl. auch *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297; *Klass*, Contract Law in the United States, 2. Aufl. 2012, S. 112.

²²⁸ § 169 R2C, comment c.-e. (S. 460 f.).

²²⁹ Siehe § 169 R2C.

²³⁰ Zur besonderen Vertrauensbeziehung z. B. *Frowen v. Blank*, 425 A.2d 412 (Pa. 1981) (Ein jüngeres Ehepaar kümmerte sich um eine hilfsbedürftige Witwe. In diesem Fall wurde eine besondere Vertrauensbeziehung bejaht.); *McClatchy’s Estate*, 249 A.2d 325 (Pa. 1969) (Ein Eltern-Kind-Verhältnis muss nicht unbedingt eine Vertrauensbeziehung bedeuten).

²³¹ Generell zu Entscheidungen, die zu Expertenäußerungen Stellung nehmend: *Kluge v. Ries*, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917) („Where the party making the representation assumes to have special knowledge of the value of the property and the vendee is ignorant of its value and such fact

Die Auflistung zeigt, dass *justified reliance* nur aufgrund einer besonderen Vertrauensbeziehung der Parteien gegeben sein kann. Dieses besondere Vertrauen ergibt sich aus der Verbindung der Parteien zueinander, z.B. im Fall einer familiären Bindung. Besonderes Vertrauen kann auch gerechtfertigt sein, wenn der Täuschende darauf abzielt, ein solches zu erwerben, indem er z.B. die gemeinsame Zugehörigkeit zu einer religiösen Gemeinschaft betont.²³² Außerdem kann das Vertrauen durch eine einseitige Expertenstellung erreicht werden.²³³ Die Standards für treuhänderische Verhältnisse liegen noch einmal über denen der hier beschriebenen Vertrauensbeziehungen.²³⁴ Treuhänderische Beziehungen werden hier jedoch nicht betrachtet (siehe zur Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands näher unter 1. Teil, A.).

bb) Rechtliche Aspekte

Mit Blick auf Aussagen, die sich auf rechtliche Aspekte beziehen, nimmt das Restatement (Second) of Contracts an, dass danach zu unterscheiden ist, ob es sich dabei um Äußerungen über Fakten oder eine Meinungsäußerung handelt.²³⁵ Die Aussage wird dann auch entsprechend der Einordnung behandelt,²³⁶ was im Ergebnis bedeutet, dass eine Anfechtung regelmäßig nur in Betracht kommt, wenn es sich bei der Lüge um eine solche über eine Tatsache handelt.²³⁷ Ist hingegen eine Meinungsäußerung über rechtliche Aspekte gegeben, sind die Möglichkeiten zur Anfechtung – wie soeben beschrieben – stark eingeschränkt.²³⁸

is known to the vendor who also knows the vendee relies upon his judgment and good faith, the representations of value so made may be the basis of an action for damages for fraud in such transaction.“); vgl. auch *Envtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters.*, 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011); *Bowman v. City of Indianapolis*, 133 F.3d 513 (7th Cir. 1998); *McGar v. Williams*, 26 Ala. 469 (Ala. 1855); vgl. auch *Williston (Begr.)*, *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:6 und § 69:7 m. w. N.

²³² § 169 R2C, comment c. (S. 460).

²³³ § 169 R2C, comment d. (S. 461).

²³⁴ Siehe dazu § 173 R2C.

²³⁵ § 170 R2C, comment a. und b. (S. 463 f.). *Corbin (Begr.)*, *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.18 weist daraufhin, dass dann dieselben Probleme entstehen wie bei der Abgrenzung von Tatsachen und Meinungen.

²³⁶ Vgl. auch *Farnsworth (Begr.)*, *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14.

²³⁷ Für die Einordnung als Tatsache: *Haviland v. Willets*, 35 N.E. 968 (N.Y. 1894) („It is equally well settled that where there is a mistake of law on one side, and either positive fraud on the other, or inequitable, unfair and deceptive conduct, which tends to confirm the mistake and conceal the truth, it is the right and duty of equity to award relief.“). In Bezug auf *tort of deceit*: *Pollock*, *The Law of Torts*, 4. Aufl. 1895, S. 242 („A representation concerning a man’s private rights, though it may involve matters of law, is as a whole deemed to be a statement of fact.“).

²³⁸ Generell gegen Anfechtbarkeit (ohne notwendigerweise auf die Unterscheidung zwischen Tatsache und Meinung abzustellen): *Capitol Materials, Inc. v. Kellogg & Kimsey, Inc.*, 530 S.E.2d 488 (Ga. Ct. App. 2000) („But a claim of fraud cannot be predicated upon misrepresentations of law or misrepresentations as to matters of law“); *Fawcett v. Sun Life Assurance Co.*, 135 F.2d 544 (10th Cir. 1943) („It is true, as urged by appellee, that ordinarily statements relating to matters of law are not actionable. However, there are certain well-recognized exceptions to the rule“). Eher für die Einordnung als Meinung: *Keeton*, *Texas Law Review* 15 (1937), 409, 413 f.

Andere Stimmen in der Literatur sehen Aussagen über rechtliche Aspekte hingegen als völlig eigenständige Kategorie an, nach der eine Anfechtung grundsätzlich nicht möglich ist, insofern jedoch Ausnahmen bestehen.²³⁹ Die Ergebnisse unterscheiden sich dann allerdings nicht sehr stark voneinander. Insgesamt betrachtet ist eine Anfechtung wegen rechtlicher Aspekte somit die Ausnahme dar (zu konkreten Entscheidungen siehe näher unter 3. Teil, B.II.10.). Dahinter steht der Gedanke, dass die Beteiligten das Recht kennen müssten,²⁴⁰ weshalb sie durch Falschaussagen auch nicht getäuscht werden dürften.²⁴¹ Sie sind vielmehr dazu angehalten, die Rechtslage selbst zu recherchieren.²⁴² Wird die Lüge als Meinung klassifiziert, ist regelmäßig das Vertrauen in die Falschaussage nicht berechtigt.²⁴³

In der Praxis hat teilweise der Umstand Bedeutung, ob über inländisches oder ausländisches Recht gelogen wird. Gerichte tendieren eher dazu, eine Anfechtung zuzulassen, wenn es sich um ausländisches Recht handelt, da es in diesem Fall für die getäuschte Seite schwieriger ist, die wahre Rechtslage zu ermitteln.²⁴⁴ Solche Lügen werden generell als Täuschungen über Fakten angesehen.²⁴⁵ Mit Blick auf Lügen über inländisches Recht scheint in den USA die Anforderung an die Eigenverantwortung des Getäuschten stärker durchzuschlagen. Das Restatement (Second) of Contracts vertritt hingegen überzeugend die Ansicht, dass es nicht darauf ankommen sollte, ob es sich um inländisches oder ausländisches Recht handelt, da insofern kein Unterschied bzgl. der Einordnung als Meinung bzw. Tatsache bestehen kann.²⁴⁶ Falschdarstellungen des Rechts, die von einem Anwalt oder einer Person, die besondere Rechtskenntnisse beansprucht und dadurch Vertrauen hervorruft, geäußert werden, sind ebenfalls rechtlich relevant.²⁴⁷

²³⁹ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:10.

²⁴⁰ Vgl. *Avriett v. Avriett*, 363 S.E.2d 875 (N.C. Ct. App. 1988) („fraud cannot be based upon ignorance of the law“); *Stein v. Stein Egg & Poultry Co., Inc.*, 606 S.W.2d 203 (Mo. Ct. App. 1980); *Corbin* (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.18; siehe auch *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.18, S. 299.

²⁴¹ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:10.

²⁴² In diese Richtung *Corbin* (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.18.

²⁴³ Vgl. *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.18, S. 299.

²⁴⁴ *Bowman v. City of Indianapolis*, 133 F.3d 513 (7th Cir. 1998) („A misstatement of law generally may not be the basis for a fraud action. [...] Exceptions exist [...] for cases in which the misrepresentation relates to the law of a foreign jurisdiction“); *Travelers Ins. Co. v. Eviston*, 37 N.E.2d 310 (Ind. Ct. App. 1941) („As a general rule, representations as to the law of a foreign state are regarded as representations of fact.“); vgl. Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:10 m.w.N. *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.18, S. 300. Die Praxis ablehnend § 170 R2C, comment c. (S. 465).

²⁴⁵ Vgl. Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:10; *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.18, S. 300. *Corbin* (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.18 kritisiert die Unterscheidung zwischen Tatsachen und Meinungen, befürwortet jedoch die umfanglichere Anfechtbarkeit im Fall von Täuschungen über rechtliche Aspekte.

²⁴⁶ § 171 R2C, comment c. (S. 465); *Farnsworth* (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–81.

²⁴⁷ *Bowman v. City of Indianapolis*, 133 F.3d 513 (7th Cir. 1998) („A misstatement of law generally may not be the basis for a fraud action. [...] Exceptions exist [...] for cases where the indi-

cc) Intentionen

Auch mit Blick auf Täuschungen über Intentionen stellt sich die Frage, wie diese zu bewerten sind. Es wird insofern parallel zur Differenzierung zwischen Meinungen und Fakten vertreten, dass auch Lügen über Intentionen Täuschungen über Tatsachen darstellen und daher theoretisch angefochten werden können.²⁴⁸ Insofern wird meist folgendes Zitat angeführt: „the state of a man’s mind is as much a fact as the state of his digestion“.²⁴⁹ Geht es um eine Täuschung über Intentionen, führt § 171 des Restatement (Second) of Contracts jedoch aus, dass eine Anfechtung regelmäßig ausgeschlossen ist, da der Getäuschte auch in diesem Fall nicht darauf vertrauen darf. Dies soll zumindest insoweit gelten, als die Täuschung nach den Umständen in Einklang mit einem redlichen Geschäftsverkehr steht (*reasonable standards of dealing*²⁵⁰). In der Praxis besteht mit Blick auf Täuschungen über Intentionen zudem oftmals nicht nur ein Beweisproblem, sondern es würde zumindest in einigen Fällen wohl auch am ggf. erforderlichen Erheblichkeitskriterium²⁵¹ scheitern.²⁵² Außerdem ist zu bedenken, dass eine Änderung der Intention keinen Grund zur Anfechtung darstellt.²⁵³ Die Aussage muss also nur im Zeitpunkt, in dem sie getätigt wurde, der Wahrheit entsprechen.²⁵⁴ Diskutiert werden in diesem Zusammenhang Fälle, in denen der Käufer eines Grundstücks den Verkäufer darüber täuscht, was er nach dem Kauf mit dem Grundstück vorhat. Die Beurteilung solcher Fälle hängt stark von weiteren Umständen ab, z. B. davon, ob der Getäuschte über den Vertrag hinaus von der Lüge negativ betroffen ist (z. B. im Fall von

vidual making the misrepresentation of law is an attorney or claims some special legal knowledge, thereby inducing reliance“); zu Expertenwissen siehe generell Fn. 231 im 3. Teil.

²⁴⁸ § 171 R2C, comment a. (S. 466) sieht Täuschungen über Intentionen zwar auch als Lügen über Tatsachen an, geht aber von einer starken Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit aus (da nicht berechtigt vertraut werden darf). Vgl. daneben Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.11, S. 4–44 und § 4.14, S. 4–81 ff.

²⁴⁹ Zitat aus *Edgington v. Fitzmaurice*, 29 Ch. D. 459 (Court of Appeal [England und Wales] 1885), abgedruckt in: *Curtiss*, Cornell Law Review 33 (1948), 351, 351.

²⁵⁰ § 171 Abs. 1 R2C. In § 171 R2C findet sich keine Definition von *reasonable standards of dealings*. Es wird lediglich ein Beispiel in *Illustration 2* gegeben. Doch finden sich Ausführungen zu *standard of good faith and fair dealing* in § 172, comment b. R2C (S. 469 f.): „In determining whether the recipient of a misrepresentation has conformed to the standard of good faith and fair dealing, account is taken of his peculiar qualities and characteristics, including his credulity and gullibility, and the circumstances of the particular case, including the fraudulent or innocent nature of the misrepresentation.“. Darüber hinaus nimmt auch § 2-103 Abs. 1 b) UC auf *reasonable commercial standards of fair dealing in the trade* Bezug. („Good faith‘ in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.“).

²⁵¹ Siehe zu *materiality* näher unter 3. Teil, B.II.2.c).

²⁵² Zur meist mangelnden Erheblichkeit Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2011, § 28.19. Insofern ist allerdings zu bedenken, dass es des Nachweises der Erheblichkeit (zumindest formal) nicht bedarf, sofern es sich um eine vorsätzliche Täuschung handelt.

²⁵³ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–84.

²⁵⁴ Vgl. zur Erheblichkeit § 171 R2C, comment a. (S. 466); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.19; *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.19, S. 300.

Verschmutzungen und Lärm, wenn er weiterhin das Nachbargrundstück besitzt) oder ob die täuschende Partei nur Wissen schützen möchte, dass sie sich durch entsprechende Investitionen erarbeitet hat.²⁵⁵

Von Täuschungen über Intentionen sind Situationen zu unterscheiden, in denen eine Partei etwas verspricht, aber nicht die Intention hat, dieses Versprechen zu halten bzw. die versprochene Handlung durchzuführen.²⁵⁶ Solche Täuschungen können daher als Täuschungen über die Intention, dem Versprechen gemäß zu handeln, betrachtet werden.²⁵⁷ Insofern wird in der US-amerikanischen Diskussion von *promissory fraud* gesprochen. Die Handhabung dieser Fälle ist komplex.²⁵⁸ Im Ergebnis wird die Möglichkeit anzufechten nur eingeschränkt bejaht, da es sich u. a. um ein durchsetzbares Versprechen handeln muss.²⁵⁹ Außerdem genügt es nicht, dass der Versprechende sein Versprechen nicht hält, sondern es muss nachgewiesen werden, dass er im Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens nicht die Absicht hatte, dieses zu halten.²⁶⁰

dd) Zukünftige Ereignisse

Darüber hinaus wird diskutiert, wie Aussagen über zukünftige Ereignisse zu bewerten sind und ob auch sie unter Umständen eine Anfechtung rechtfertigen können. Das Problem besteht dabei darin, dass sich nach US-amerikanischem Verständnis eine Lüge über eine Tatsache nur auf gegenwärtige oder vergangene Um-

²⁵⁵ Siehe die Beispiele in § 171 R2C, comment a. (S. 466f.).

²⁵⁶ Siehe dazu ausführlich: *Perillo, Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.19, S. 300f.

²⁵⁷ Corbin (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.19; *Klass*, *Contract Law in the United States*, 2. Aufl. 2012, S. 109.

²⁵⁸ Vgl. Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11; *West, Business Lawyer* 69 (2014), 1049, 1061 ff.; *Perillo, Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.19, S. 301.

²⁵⁹ *Presto v. Scientific-Atlanta*, 388 S.E.2d 719 (Ga. Ct. App. 1989) („Promises which are wholly unenforceable [...] may not be relied upon“); Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11 („cannot be based on an unenforceable promise“). Bei bewusster Täuschung Anfechtbarkeit annehmend: *Envtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters.*, 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011) („Nevertheless, if a defendant makes a promise that, when made, he has no intention of performing, that promise is considered a misrepresentation of present fact and may form the basis for a claim of actual fraud“). *Adamson v. Maddox*, 142 S.E.2d 313 (Ga. Ct. App. 1965) („When a promise is made with no intention of performance, [...] and for the very purpose of accomplishing a fraud, it is a most apt and effectual means to that end, and the victim has a remedy by action or defense“). Im Fall von *constructive fraud* kann dagegen keine Anfechtbarkeit gegeben sein: *SuperValu, Inc. v. Johnson*, 666 S.E.2d 335 (Va. 2008) („Under no circumstances will a promise of future action support a claim of constructive fraud. The rationale underlying this rule is plain. If unfulfilled promises, innocently or negligently made, were sufficient to support a constructive fraud claim, every breach of contract would potentially give rise to a claim for constructive fraud“).

²⁶⁰ *Brooks v. Parr*, 507 S.W.2d 818 (Tex. App. 1974); Farnsworth (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–83f.

stände beziehen kann,²⁶¹ weshalb Aussagen über zukünftige Ereignisse nicht in diese Kategorie fallen. Wegen Einschätzungen zukünftiger Entwicklungen kann im Ergebnis somit regelmäßig nicht angefochten werden.²⁶²

Der Einfachheit halber beziehen sich die folgenden Ausführungen allein auf die Falschdarstellung von Fakten.

b) *Fraudulent misrepresentation*

Für die Anfechtbarkeit einer Täuschung muss die Falschdarstellung entweder *fraudulent* (d.h. arglistig) oder *material* (d.h. erheblich) sein.²⁶³ Eine arglistige (*fraudulent*) Falschdarstellung liegt nur dann vor, wenn der Täuschende mit seiner Lüge darauf abzielt, die andere Verhandlungspartei zu einer auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung zu bewegen.²⁶⁴ Der Voraussetzung ist nicht nur Genüge getan, wenn der Täuschende sich wünscht, den Verhandlungspartner zu täuschen, sondern auch dann, wenn er sich dies zwar nicht wünscht, aber es für sehr wahrscheinlich hält, dass der Verhandlungspartner von der Falschaussage in die Irre geführt wird.²⁶⁵ Letzteres ist z. B. im Fall von zweideutigen Aussagen relevant, in denen der Täuschende zwar nicht darauf abzielt, es aber für sehr wahrscheinlich hält, dass der Verhandlungspartner die Aussage so verstehen wird, dass sie einer Falschaussage entspricht.²⁶⁶ Zusätzlich zur genannten Voraussetzung muss eines der folgenden drei Tatbestandsmerkmale gegeben sein:²⁶⁷

- Der Täuschende muss wissen oder glauben, dass seine Behauptung nicht den Tatsachen entspricht,

²⁶¹ Vgl. Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.11, S. 4–43; Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11.

²⁶² Vgl. z. B. *Great Lakes Chemical Corp. v. Pharmacia Corp.*, 788 A.2d 544 (Del. Ch. 2001) („The [*554] difficulty with this position, however, is that most of the alleged misrepresentations concern the future, not the current financial position of NSC. As such, they were necessarily forecasts or predictions [**28] of NSC’s future business. Predictions about the future cannot give rise to actionable common law fraud.“); *Lewin v. Long*, 70 F. Supp. 2d 534 (D.N.J. 1999) („Statements of opinion, however, as to future or contingent events, to expectations or probabilities, or as to what will or will not be done in the future, are not actionable.“); *Arnold v. Erkmann*, 934 S.W.2d 621 (Mo. Ct. App. 1996) („Statements and representations as to expectations and predictions for the future are insufficient to authorize a recovery for fraudulent misrepresentation.“); zur möglichen Ausnahme bei Vertrauensbeziehungen und großem Wissensgefälle: *Kennedy v. Flo-Tronics*, 143 N.W.2d 827 (Minn. 1966). Vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887.

²⁶³ Vgl. § 162 R2C; *Perillo, Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.14, S. 293 f. Dies lässt sich beispielsweise auch aus *Doe v. Archdiocese of Milwaukee*, 772 F.3d 437 (7th Cir. 2014) herauslesen. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 983.

²⁶⁴ § 162 Abs. 1 R2C.

²⁶⁵ § 162 R2C, comment a. (S. 439); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–57.

²⁶⁶ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–57.

²⁶⁷ § 162 Abs. 1, lit. a) bis c) R2C.

- der Täuschende glaubt nicht in dem Maße an den Wahrheitsgehalt seiner Aussage, wie er es vorgibt zu tun, oder
- der Täuschende ist sich bewusst, dass er keine Grundlage dafür hat, eine entsprechende Aussage zu treffen.

Im Zusammenhang mit einer „arglistigen Falschdarstellung“ wird daher regelmäßig auch vom *requirement of scienter* gesprochen,²⁶⁸ was so viel bedeutet wie, dass das Gesetz verlangt, dass es sich um eine wissentlich begangene Falschdarstellung handeln muss.²⁶⁹ Mit Blick auf die Forschungsfrage, die im Zentrum dieser Arbeit steht, ist dieser Aspekt unproblematisch. Denn wie bereits erläutert (siehe unter 2. Teil, A.IV.), täuschen viele Verhandler in Verhandlungen bewusst und zielen gerade darauf ab, durch den Bluff die andere Seite zum Vertragsschluss zu bewegen bzw. günstigere Konditionen zu erlangen. Der Vorsatz ist in diesem Werk daher als Prämisse gesetzt worden, wodurch auf solche Abgrenzungsfragen nicht näher einzugehen ist.

Die Täuschung muss darüber hinaus grundsätzlich nicht auch noch erheblich (*material*) sein.²⁷⁰ *Materiality* wird formal nur gefordert, wenn die Täuschung nicht vorsätzlich erfolgte.²⁷¹ Liegt eine arglistige Falschaussage vor, wird entweder angenommen, dass die Erheblichkeit kein Tatbestandsmerkmal ist oder dass sie aufgrund der vorsätzlichen Täuschung *as a matter of law* gegeben ist.²⁷² Gleichwohl wird in der Praxis von den Gerichten trotz Vorliegen einer vorsätzlichen Täuschung oft der Nachweis der Erheblichkeit verlangt.²⁷³ Umgekehrt ausgedrückt gibt es äußerst wenig Fälle, in denen einer Anfechtung aufgrund einer vorsätzlichen aber nicht erheblichen Falschaussage stattgegeben wurde.²⁷⁴ In der Praxis sieht es zudem so aus, dass die Anforderungen an die Erheblichkeit indirekt über die Voraussetzung, dass es sich um ein „berechtigtes Vertrauen“ (*justified reliance*) in den vorgetäuschten Aspekt handeln muss und den Anforderungen, die an

²⁶⁸ Vgl. Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–56; Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:3.

²⁶⁹ Ernst & Ernst v. Hochfelder, 47 L.Ed.2d 668 (U.S. 1976) („In this opinion the term ‚scienter‘ refers to a mental state embracing intent to deceive, manipulate, or defraud.“); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–56.

²⁷⁰ Vgl. § 164 Abs. 1 R2C. Vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–57 ff.; Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:13; Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.14; Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.14, S. 293 f. So auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 983 f.

²⁷¹ Vgl. dazu auch Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluss, 1998, S. 57.

²⁷² Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:13.

²⁷³ Vgl. statt vieler Crooker v. White, 50 So. 227 (Ala. 1909); Grane v. Grane, 473 N.E.2d 1366 (Ill. App. Ct. 1985); Melvin v. Stevens, 458 P.2d 977 (Ariz. Ct. App. 1969); Monad Eng'g Co. v. Stewart, 78 A. 598 (Del. Super. Ct. 1910); Hoffer, University of Illinois Law Review 115 (2014), 115, 130 (Fn. 94 m. v. N.). So auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

²⁷⁴ So Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–59.

inducement gestellt werden, weitgehend praktiziert wird (siehe dazu unter 3. Teil, II.3. und 4.).²⁷⁵

Es ist umgekehrt aber auch möglich, dass die getäuschte Seite lediglich die Erheblichkeit nachweist, nicht jedoch Arglist.²⁷⁶ In den USA kann daher z. B. wegen einer grob fahrlässigen bzw. einfach fahrlässigen Täuschung angefochten werden, solange diese erheblich war.²⁷⁷ In diesem Fall tritt also mit Blick auf die Anfechtung das Erheblichkeitskriterium hinzu.²⁷⁸ Das US-amerikanische Recht kennt sogar die Anfechtung im Fall der „unschuldigen Falschdarstellung“ (*innocent misrepresentation*²⁷⁹).²⁸⁰ Auch in diesem Fall ist die Erheblichkeit nachzuweisen. Handelt es sich um eine Täuschung, die nicht willentlich begangen wurde, wird in den USA von *constructive fraud* im Gegensatz zu *actual fraud* gesprochen.²⁸¹ Die Betrachtung zeigt, dass das US-amerikanische Recht insofern stark auf die Beein-

²⁷⁵ Vgl. Mit Blick auf *justified reliance Hoffer*, University of Illinois Law Review 115 (2014), 115, 130. Zum schwierigen Verhältnis von *materiality* und *justified reliance* auch *Sherwin*, Loyola of Los Angeles Law Review 36 (2003), 1017, 1020f. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

²⁷⁶ *Seybert v. Cominco Alaska Exploration*, 182 P. 3d 1079 (Alaska 2008) („For purposes of avoiding or reforming a contract, however, a misrepresentation need not be fraudulent; it need only be material“); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–59f.

²⁷⁷ *Clyde A. Wilson Int’l Investigations v. Travelers Ins.*, 959 F. Supp. 756 (S.D. Tex. 1997); R2C, S. 427; vgl. auch Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.14; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887.

²⁷⁸ *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.14, S. 293.

²⁷⁹ Zum Begriff der *innocent misrepresentation*: *McCormick & Co. v. Childers*, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); *Glendale Corp. v. Crawford*, 114 A.2d 33 (Md. 1955); Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:13; § 161 R2C, comment b. (S. 432).

²⁸⁰ Zu den Voraussetzungen *Lafarge North America, Inc. v. Discovery Group L.L.C.*, 574 F.3d 973 (U.S. Ct. App. 2009). Früher wurde *innocent misrepresentation* teilweise auf die Informationsbranche beschränkt, *Palco Linings, Inc. v. Pavex, Inc.*, 755 F. Supp. 1269 (M.D. Pa. 1990) („The latter exception is rigidly applied and narrowly construed to except only claims which explicitly involve suppliers of information for guidance of others in business transactions, not for manufacturers, engineers, or architects who are sued for representations made in their capacity as ‚design professionals‘“). Doch eine solche Einschränkung findet heute keine Anwendung mehr, *Williams Ford, Inc. v. Hartford Courant Co.*, 657 A. 2d 212 (Conn. 1995) („We have already decided that the tort of negligent misrepresentation is not limited to those in the business of selling information.“). Teilweise wird die Anfechtung im Fall einer *innocent misrepresentation* allerdings abgelehnt, wenn der Vertrag bereits vollständig durchgeführt wurde. *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.14, S. 293. Vgl. auch Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:2 und Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.14; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887. A. A. für *nonfraudulent misrepresentations* Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–86.

²⁸¹ Evtl. *Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters.*, 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011); *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Hargraves*, 405 S.E.2d 848 (Va. 1991); *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Hargraves*, 405 S.E.2d 848 (Va. 1991). Auch *negligent misrepresentation*: *Lafarge North America, Inc. v. Discovery Group L.L.C.*, 574 F.3d 973 (8th Cir. 2009). Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:3, geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass zusätzlich noch eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Täuschendem und Getäushtem bestehen muss.

trächtigung der Willenserklärung abstellt und weniger auf ein Fehlverhalten des Täuschenden.²⁸² Anzumerken bleibt, dass deliktische Schadensersatzansprüche zwingend eine vorsätzliche (*fraudulent*) sowie erhebliche (*material*) Täuschung voraussetzen.²⁸³ In der Tatsache, dass mit Blick auf das vertragliche Anfechtungsrecht (theoretisch) lediglich Arglist oder Erheblichkeit verlangt wird, liegt daher der Hauptunterschied zu möglichen deliktischen Schadensersatzansprüchen, mit denen sich das Restatement (Second) of Torts befasst.²⁸⁴ Da für das vertragliche Anfechtungsrecht nur die Arglist oder die Erheblichkeit nachgewiesen werden muss, letztere jedoch – wenn auch nicht formal so doch aber praktisch – immer als Voraussetzung angesehen wird, ist im Ergebnis aus vertraglicher Sicht nicht die Arglist entscheidend, sondern primär die Erheblichkeit.²⁸⁵

c) *Material misrepresentation*

Die Erheblichkeit ist ein schwer zu fassender Begriff und die Interpretation variiert daher in der Praxis.²⁸⁶ § 538 Restatement (Second) of Torts sieht einen Aspekt immer dann als erheblich an, wenn „a reasonable man would attach importance to its existence or nonexistence in determining his choice of action in the transaction in question“²⁸⁷. § 162 Abs. 2 Restatement (Second) of Contracts formuliert es etwas anders:

„A misrepresentation is material if it would be likely to induce a reasonable person to manifest his assent, or if the maker knows that it would be likely to induce the recipient to do so.“²⁸⁸

Letzterer Option („if the maker knows that it would be likely to induce the recipient to do so“) liegt der Gedanke zu Grunde, dass jemand, der die Eigenheiten der

²⁸² *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887.

²⁸³ § 538 R2T („Reliance upon fraudulent misrepresentation is not justifiable unless the matter misrepresented is material.“). Zu diesem Unterschied zwischen den *remedies Sherwin*, *Loyola of Los Angeles Law Review* 36 (2003), 1017, 1021 ff. So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 984.

²⁸⁴ So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 984.

²⁸⁵ *Farnsworth* (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–55 f.

²⁸⁶ Dazu *Hoffer*, *University of Illinois Law Review* 115 (2014), 115, 130 m. w. N. Vgl. auch *Williston* (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 984.

²⁸⁷ Freie Übersetzung: „ein vernünftiger Mensch bei der Wahl seiner Handlung mit Blick auf das in Frage stehende Geschäft Wert auf seine Existenz bzw. Nichtexistenz legen würde“. *Lafarge North America, Inc. v. Discovery Group L.L.C.*, 574 F.3d 973 (8th Cir. 2009); *Norville v. Alton Bigtop Restaurant*, 317 N.E.2d 384 (Ill. App. 1974) („The Federal courts have generally adopted the common-law definition of materiality as it is enunciated in the Restatement of Torts“).

²⁸⁸ Freie Übersetzung: „Eine falsche Darstellung ist wesentlich, wenn es wahrscheinlich ist, dass sie eine vernünftige Person dazu veranlassen würde, (in den Vertrag) einzuwilligen, oder wenn der Täuschende weiß, dass sie den Empfänger wahrscheinlich dazu veranlassen würde, dies zu tun.“ Vgl. auch *Farnsworth* (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–57 f. mit Nachweisen zu entsprechenden Urteilen.

anderen Seite kennt und gezielt ausnutzt, nicht schutzwürdig ist.²⁸⁹ Gemein ist beiden Definitionen, dass es darauf ankommt, welche Auswirkungen die Lüge auf die getäuschte Seite hat.²⁹⁰ Beurteilt wird die Frage gemäß dem Restatement (Second) of Contracts aus der Perspektive des Täuschenden.²⁹¹

Teilweise wird zur Bestimmung der Erheblichkeit der sog. *but for*-Test angewandt: Eine Falschaussage ist danach dann erheblich, „if, had it not been made, the party complaining of fraud would not have taken the action alleged to have been induced by the misrepresentation“²⁹². Andere Gerichte stützen sich auf den *more likely than not*-Test, wonach die Täuschung „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ zur Handlung des Getäuschten geführt haben muss.²⁹³ Die Täuschung muss allerdings nicht der alleinige Grund sein, warum die getäuschte Seite den Vertrag abschließt. Es genügt, dass es sich um einen gewichtigen Grund handelt.²⁹⁴ Dieselbe Argumentation wird auch im Rahmen von *inducement* aufgegriffen (siehe dazu sogleich im Folgenden unter 3. Teil, B.II.3.). Nicht explizit diskutiert wird jedoch die aus kontinentaleuropäischer Perspektive relevante Frage, ob nur *dolus causam dans* oder auch *dolus incidens* erfasst ist. Die gemachten Ausführungen ließen sich zwar so verstehen, dass das US-amerikanische Recht nur Fälle des *dolus causam dans* erfasst, aber die Erläuterungen zu *inducement* und die Rechtsprechung weisen durchaus darauf hin, dass wegen *dolus incidens* ebenfalls angefochten werden kann.

3. *Inducement*

Eine weitere Voraussetzungen ist, dass der Getäuschte durch die Lüge dazu veranlasst wurde, den Vertrag abzuschließen (*inducement*).²⁹⁵ Das US-amerikanische

²⁸⁹ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–59.

²⁹⁰ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:12.

²⁹¹ § 162 R2C, comment c. (S. 441) („The materiality of a misrepresentation is determined from the viewpoint of the maker“).

²⁹² Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:12. Freie Übersetzung: Eine Falschaussage ist danach dann erheblich, „wenn, wäre sie nicht gemacht worden, die Partei, die sich über die Täuschung beschwert, die Maßnahme, die durch die Falschdarstellung ergriffen wurde, nicht durchgeführt hätte.“. Noch höhere Anforderungen stellend: *Scotts Co. LLC v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 606 F. Supp. 2d 722 (S.D. Ohio 2009) („A representation is material if it is essential to contract formation; in other words, if the contract would not be formed but for the representation, then the representation is material.“). Das Urteil scheint gar nur Fälle des *dolus causam dans* erfassen zu wollen.

²⁹³ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:12.

²⁹⁴ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:12 spricht allerdings von *major reason*, was mit „wesentlicher Grund“ aber auch mit „Hauptgrund“ übersetzt werden könnte. Im Ergebnis zeigt die Rechtsprechung, dass wohl ein wesentlicher Grund genügt.

²⁹⁵ § 167 R2C. *Fraud in the inducement* muss zum *mutual mistake* abgegrenzt werden: *Steiner v. American Friends of Lubavitch (Chabad)*, 177 A.3d 1246 (D.C. 2018) („Both the doctrine of mutual mistake and fraud in the inducement are grounds for rescission and may be used as a defense to a breach of contract suit.“); § 152 R2C.

Recht verlangt insofern Kausalität. Dies ist nicht der Fall, wenn die Person, die getäuscht werden sollte, die wahre Sachlage kennt.²⁹⁶ Es kommt diesbezüglich nicht darauf an, dass die Täuschung der alleinige Grund oder der Hauptgrund war, um den Vertrag einzugehen. Die Lüge muss jedoch „substanziell“ (*substantially*) zur Entscheidungsfindung beigetragen haben.²⁹⁷ Wenn der Getäuschte auch ohne die Täuschung genauso gehandelt hätte, wird davon ausgegangen, dass er nicht durch die Lüge zur Handlung veranlasst wurde.²⁹⁸ Insofern wird dann im Rahmen der Anfechtung (indirekt) auf das Erfordernis der *materiality* zurückgegriffen.²⁹⁹ Das zeigt sich auch in der widerleglichen Annahme, dass der Getäuschte durch eine erhebliche Falschdarstellung veranlasst (*induced*) wurde, während dies im Fall einer nicht erheblichen Falschaussage nicht angenommen wird. Im letzteren Fall muss der Getäuschte vielmehr darlegen, dass er dennoch durch die Täuschung dazu veranlasst wurde, seine Willenserklärung abzugeben.³⁰⁰ Die Kausalität wird darüber hinaus vom Restatement (Second) of Contracts nicht näher diskutiert. Das Restatement (Second) of Torts befasst sich hingegen intensiv mit dem Thema *causation* in Title D.

4. *Justified reliance*

Neben den genannten Anforderungen muss der Getäuschte in gerechtfertigter Weise auf die Falschaussage vertraut haben (*justified reliance*).³⁰¹ Zunächst einmal muss die getäuschte Partei danach auf die Falschaussage vertraut haben. Insofern geht es ebenfalls um Kausalität.³⁰² Hat die getäuschte Partei nicht auf die Falschaussage vertraut, steht ihr auch keine Möglichkeit zu, den Vertrag anzufechten.³⁰³ Handelt es sich um eine erhebliche Falschaussage, besteht die widerlegliche

²⁹⁶ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 27, 4. Aufl. 2018, § 69:32.

²⁹⁷ § 167 R2C, comment a. (S. 453). So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

²⁹⁸ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 27, 4. Aufl. 2018, § 69:32 allerdings mit Blick auf *reliance*.

²⁹⁹ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

³⁰⁰ § 167 R2C, comment b. (S. 454).

³⁰¹ *Doe v. Archdiocese of Milwaukee*, 772 F.3d 437 (7th Cir. 2014) („To rescind a contract based on a fraudulent or material misrepresentation made during contract formation, the recipient must have justifiably relied on the misrepresentation in deciding to enter into the contract“). So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

³⁰² Vgl. *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 294.

³⁰³ *Cannon v. Burge*, 752 F.3d 1079 (7th Cir. 2014) („When he signed the 1988 Stipulation, he knew that Byrne, Dignan and Grunhard were lying. He was, after all, a witness to his own torture and he knew what had really happened. When he agreed to settle the case, he could not have reasonably believed their statements to be true, and could not have reasonably relied on the truth of their statements in signing the 1988 Stipulation.“); *Doe Mt. Enters. v. Jaffe*, 908 A.2d 644 (Md. 2006); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15; *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 294 m. w. N.

Vermutung, dass die andere Partei darauf vertraut hat.³⁰⁴ Umgekehrt können Nachforschungen durch die getäuschte Seite als Hinweis darauf gewertet werden, dass die Partei tatsächlich nicht auf die Falschaussage vertraut hat.³⁰⁵ Das gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Insbesondere wenn ein Nichtexperte oberflächliche oder unvollständige Nachforschungen betreibt, kann Vertrauen trotzdem angenommen werden (zu „*as is*“ clauses siehe 3. Teil, B.II.11.).³⁰⁶ Außerdem kann weiterhin angefochten werden, wenn klar ist, dass der Getäuschte nicht nur auf die Nachforschungsergebnisse vertraut hat, sondern auch auf die Falschaussage.³⁰⁷ Dies ist z. B. anzunehmen, wenn die Nachforschung dazu diente, die Falschaussage zu überprüfen, aber zu keinem eindeutigen Ergebnis gelangt ist.³⁰⁸ Die getäuschte Partei kann sich nach einer begonnenen Nachforschung allerdings wiederum nicht damit entlasten, dass sie letztlich nicht zu Ende geführt wurde, sondern muss sich die Informationen entgegenhalten lassen, die sie hätte erlangen können.³⁰⁹ Etwas anderes gilt, wenn die andere Partei verhindert hat, dass Erkenntnisse gewonnen werden.³¹⁰

³⁰⁴ Miller v. Celebration Mining Co., 2001 UT 64 (Utah 2001); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–61; Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 294.

³⁰⁵ Gary v. Politte, 878 S.W.2d 849 (Mo. Ct. App. 1994) („Further, when one party makes an independent investigation, the party will be presumed to have been guided by what was learned, and not from any misrepresentation.“); McCormick & Co. v. Childers, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–61; Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15; Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295; eine Ausnahme wird gemacht, wenn der Vertragspartner die Nachforschungen verhindert, siehe Estate of McKenney, 953 A.2d 336 (D.C. 2008).

³⁰⁶ Groothand v. Schlueter, 949 S.W.2d 923 (Mo. Ct. App. 1997) („The first exception is that if the party making the independent investigation makes a partial rather than a full investigation, and relies on the misrepresentations as well as the investigation“); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15 („a perfunctory investigation by a nonexpert does not rule out a finding of reliance“). Anders Gibb v. Citicorp Mtge., Inc., 518 N.W.2d 910 (Neb. 1994); Fisher v. Mr. Harold’s Hair Lab, Inc., 527 P.2d 1026 (Kan. 1974). Anders, wenn das Gericht glaubt, der Nachforschende konnte sich ein umfassendes Bild machen: McNabb v. Thomas, 190 F.2d 608 (D.C. Cir. 1951).

³⁰⁷ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–65 f. A. A.: Evtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters., 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011) („Furthermore, when a plaintiff does make ‚his own investigation, whether complete or not, into the subject matter at hand‘ he may not say that he relied on the representations of another.“).

³⁰⁸ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–61 ff.

³⁰⁹ Cannon v. Burge, 752 F.3d 1079 (7th Cir. 2014); Evtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters., 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011); McCormick & Co. v. Childers, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); Pomeroy (Begr.), Treatise on Equity Jurisprudence, Bd. 2, 4. Aufl. 1918, § 893, S. 1852.

³¹⁰ White v. Potocska, 589 F. Supp. 2d 631 (E.D. Va. 2008) („Thus, one who undertakes an investigation is bound by all that he could have learned. However, if he is prevented from learning facts because of actions of the other party, an action for fraud may lie.“); vgl. auch allgemeiner Kluge v. Ries, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917) („Where representations of value are fraudulently made and the vendee is in ignorance of the truth of the assertions so made, and is induced to

Es wird jedoch grundsätzlich nicht verlangt, dass der Getäuschte Nachforschungen anstellen muss.³¹¹ Entsprechende Fahrlässigkeit steht einer Anfechtung somit nicht im Weg.³¹² Allerdings hat sich insofern das Verständnis von „Vertrauen dürfen“ mit der Zeit geändert. Früher wurde dies strenger gesehen,³¹³ und gefordert, dass Nachforschungen anzustellen waren. Dies hat sich mit der Zeit geändert und wird nun großzügiger gehandhabt.³¹⁴

Das Vertrauen in die Falschaussage muss zudem gerechtfertigt (*justified*) gewesen sein, d. h. der Getäuschte muss auf die Aussage vertraut haben dürfen.³¹⁵ Diese Anforderung lässt einen nicht unerheblichen Interpretationsspielraum.³¹⁶ Zu den Umständen, unter denen eine *justified reliance* abgelehnt wird, zählen z. B. Lügen von geringer Bedeutung für den Vertrag³¹⁷ oder sehr vage, unbestimmte Aussagen.³¹⁸ Es kann auch dann nicht angefochten werden, wenn es sich um falsche Angaben handelt, bei denen nicht erwartet wird, dass sie ernst genommen werden.³¹⁹ Auf offensichtliche Täuschungen darf regelmäßig ebenfalls nicht vertraut werden.³²⁰ Insofern spielt zudem die Marktüblichkeit des Verhaltens eine Rol-

forbear inquiries which he otherwise would have made, and damages ensue, the guilty party may be held liable therefor“).

³¹¹ *Yost v. Rieve Enterprises, Inc.*, 461 So.2d 178 (Fla. Dist. Ct. App. 1984) („the purchaser of business property is entitled to rely on the truth of the seller’s representations even though the falsity could have been ascertained had the buyer made an investigation, unless the latter knew the representations to be false, or the falsity was obvious to him“).

³¹² *Koral Indus. v. Security-Connecticut Life Ins. Co.*, 802 S.W.2d 650 (Tex. 1990) („Failure to use due diligence to suspect or discover someone’s fraud will not act to bar the defense of fraud to the contract.“); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–71 ff. A. A. jedoch wohl *American Food Services, Inc. v. Goldsmith*, 175 S.E.2d 57 (Ga. Ct. App. 1970) („It must also be shown that the defendant exercised due care to discover the fraud“).

³¹³ Dem Leichtgläubigen wurde zur Last gelegt, dass er durch sein Verhalten quasi dazu eingeladen hat, betrogen zu werden. Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15.

³¹⁴ Dazu ausführl. *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295. Vgl. auch Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15.

³¹⁵ *Doe v. Archdiocese of Milwaukee*, 772 F.3d 437 (7th Cir. 2014) („The reliance inquiry thus involves two subsidiary questions: (1) Did the party actually rely on the misrepresentation? (2) If so, was the reliance justifiable?“); *McCormick & Co. v. Childers*, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15. So auch *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

³¹⁶ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887.

³¹⁷ § 164 R2C, comment d. (S. 447): „of only peripheral importance to the transaction“. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984.

³¹⁸ *Envtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters.*, 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011) („Statements which are vague and indefinite in their nature and terms, or are merely loose, conjectural or exaggerated, go for nothing, though they may not be true, for a man is not justified in placing reliance upon them.“).

³¹⁹ § 164 R2C, comment d. (S. 447); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–69 f. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 984 f.

³²⁰ *Estate of McKenney*, 953 A.2d 336 (D.C. 2008); *Kluge v. Ries*, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917) („A contracting party may rely on the express statement of an existing fact or facts, where he does not know such statements to be untrue, and where they are not obviously false“); *McGar*

le.³²¹ Es kommt auch auf die konkreten Personen an. So darf ein Laie einem Fachmann eher vertrauen, als ein Fachmann dem anderen.³²² Besteht eine einfache Möglichkeit der Verifizierung der Information, wird die Anfechtungsmöglichkeit außerdem schneller abgelehnt.³²³ Außerdem nehmen die Gerichte eher an, dass der Getäuschte auf die Aussage vertrauen durfte, wenn es sich um eine „schwache“ bzw. besonders leichtgläubige Verhandlungspartei handelt.³²⁴ Gerade in den hier betrachteten unternehmerischen Verhandlungen wird allerdings wohl regelmäßig ein Verhandlungsgleichgewicht bzw. auch eine gewisse Professionalität angenommen werden,³²⁵ sodass die Getäuschten wohl regelmäßig nicht auf eine „besondere Milde“ des Gerichts bezüglich dieses Aspekts hoffen können.

Durch diese Voraussetzung *justified reliance* wird der Getäuschte im Ergebnis in die Pflicht genommen. Ihm wird zu einem gewissen Grad eine Eigenverantwortung zugewiesen;³²⁶ er kann somit nicht auf jede Aussage vertrauen. Der im deut-

v. Williams, 26 Ala. 469 (Ala. 1855) (Beispiel eines Turms, der bis zum Mond reichen soll) („If a man contract with another that he will build a tower which shall reach to the moon, this would be vain, foolish, and impossible in the nature of things. It would create no obligation, for the maxim, ‚Lex non cogit impossibilia‘, would apply. No one, having sufficient capacity to contract at all, could be deceived in a matter so obviously ridiculous and impracticable; and consequently, no action of deceit would lie for any such false assurance or representation.“); vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–69f. A.A. jedoch *Beavers v. Lamplighters Realty, Inc.*, 556 P.2d 1328 (Okla. Civ. App. 1976) („And as noted in Prescott, this right of reliance must be protected even if the representations be ‚so extravagant that sensible, cautious people would not have believed them. [...] It is as much an actionable fraud willfully to deceive a credulous person with an improbable falsehood as it is to deceive a cautious and sagacious person with a plausible one. The law draws no line between the two falsehoods. [...]‘“).

³²¹ *J. Fleming/Gray*, Maryland Law Review 37 (1978), 488, 488. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

³²² *Vulcan Metals Co. v. Simmons Mfg. Co.*, 248 F. 853 (2d Cir. 1918) („For example, we should treat very differently the expressed opinion of a chemist to a layman about the properties of a composition from the same opinion between chemist and chemist, when the buyer had full opportunity to examine.“).

³²³ *Porreco v. Porreco*, 811 A.2d 566 (Pa. 2002) („we cannot agree that Susan’s [...] alleged reliance on Louis’ misrepresentation of the value of the ring on the schedule of her assets was justifiable. Susan had possession of the ring and was not impeded from doing what she ultimately did when the parties separated: obtain an appraisal of the ring. She had sufficient opportunity to inform herself fully of the nature and extent of her own assets, rather than rely on Louis’ statements concerning the valuation of her holdings. We find her failure to do this simple investigation to be unreasonable.“).

³²⁴ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–70ff. mit entsprechenden Nachweisen.

³²⁵ Dazu, dass im Geschäftsverkehr generell eine gewisse Professionalität angenommen wird, vgl. *Bender v. Logan*, 76 N.E.3d 336 (Ohio Ct. App. 2016) („There would seem to be no doubt that while in ordinary business transactions, individuals are expected to exercise reasonable prudence and not to rely upon others with whom they deal to care for and protect their interests“); *Amerifirst Savings Bank of Xenia v. Krug*, 737 N.E.2d 68 (Ohio Ct. App. 1999).

³²⁶ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985. Dies lässt sich auch aus einigen Entscheidungen herauslesen, siehe z. B. *Legacy Academy, Inc. v. Mamilove, LLC*, 771 S.E.2d 868 (Ga. 2015) („The law will protect the innocent against fraud [...] but it demands of every one that he make use of his own facilities to avoid being defrauded“); vgl. auch *Alexander/*

schen Recht bekannte Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.3.) gilt damit in den USA nicht uneingeschränkt. Insgesamt lässt sich aber dennoch feststellen, dass Gerichte heutzutage im Fall einer vorsätzlichen Täuschung nur noch selten die Voraussetzung „Vertrauen dürfen“ ablehnen.³²⁷

5. Rationales Verhalten?

Es ist dagegen keine strikte Voraussetzung, dass der Getäuschte rational gehandelt haben muss.³²⁸ Irrationales Verhalten mag jedoch als Hinweis herangezogen werden, dass der Getäuschte in Wahrheit nicht auf die Lüge vertraut hat. Rationalität spielt daher mit Blick auf *justified reliance* eine Rolle. Kann jedoch nachgewiesen werden, dass der Getäuschte tatsächlich auf die Aussage vertraut hat, schaden ihm grundsätzlich weder „Dummheit“ noch „Irrationalität“.³²⁹ Der Supreme Court von Vermont urteilte insofern: „No rogue should enjoy his ill-gotten plunder for the simple reason that his victim is by chance a fool.“³³⁰ Nur das Versäumnis in gutem Glauben oder gemäß den angemessenen Verhandlungsstandards zu handeln³³¹ kann zu einer anderen Bewertung führen.³³² Mit Blick auf das Deliktsrecht (*tort of deceit*) wird das Element der Eigenverantwortung allerdings stärker betont.³³³

Sherwin, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 411. Der Käufer eines Grundstücks darf z. B. beim Bau eines Hauses nicht blind auf die vom Verkäufer angegebenen Grundstücksgrenzen vertrauen: *Groce v. M24, LLC*, 816 S.E.2d 703 (Ga. Ct. App. 2018) („a party buying real property who makes no attempt to discover the boundaries of the property cannot be said to have justifiably relied on a misrepresentation by the seller regarding those boundaries“); *Reidling v. Holcomb*, 483 S.E.2d 624 (Ga. Ct. App. 1997) („plaintiff land purchaser failed to exercise ordinary care when he relied upon real estate salesman’s misrepresentation of property boundaries instead of determining true boundaries of property from description contained within deed“). Vgl. aber auch *Bender v. Logan*, 76 N.E.3d 336 (Ohio Ct. App. 2016) („There would seem to be no doubt that while in ordinary business transactions, individuals are expected to exercise reasonable prudence and not to rely upon others with whom they deal to care for and protect their interests, this requirement is not to be carried so far that the law shall ignore or protect positive, intentional fraud successfully practiced upon the simple-minded or unwary.“).

³²⁷ Diesen Schluss ziehend *Corbin* (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.15.

³²⁸ *J. Fleming/Gray*, *Maryland Law Review* 37 (1978), 488, 518. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 985.

³²⁹ *J. Fleming/Gray*, *Maryland Law Review* 37 (1978), 488, 518. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 985.

³³⁰ *Chamberlin v. Fuller*, 9 A. 832 (Vt. 1887), freie Übersetzung: „Kein Schurke sollte von seiner unrechtmäßigen Ausbeutung aus dem einfachen Grund profitieren dürfen, dass sein Opfer zufällig ein Narr ist.“

³³¹ Wörtlich: „a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing“ (§ 172 R2C).

³³² § 172 R2C. *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 433 leiten generell aus dem Verweis auf die übliche Praxis ab, dass das US-Recht die soziale Funktion von Täuschungen anerkennt.

³³³ § 541 R2T sowie iwS auch § 541A R2T.

6. Vermögensschaden (*pecuniary loss*)

Im Rahmen von deliktischen Schadensersatzansprüchen bedarf es zusätzlich eines Vermögensschadens (*pecuniary loss*, dazu gleich näher). Diese Voraussetzung findet sich zwar so nicht für die Anfechtung.³³⁴ In der Praxis scheint es jedoch so zu sein, dass einige Gerichte teilweise auch mit Blick auf die Anfechtung einen Vermögensschaden bzw. einen irgendwie gearteten Nachteil als Voraussetzung ansehen.³³⁵ Dies soll vor allem für die Rechtsprechung des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts gegolten haben.³³⁶ Hintergrund ist, dass Gerichte ihre Aufgabe nicht darin sehen, moralische Standards durchzusetzen.³³⁷ Dies ist mit Blick auf die hier betrachteten Täuschungen besonders relevant, da viele Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands nicht immer zu eindeutigen Schäden bzw. Nachteilen führen und der Vertrag meist noch für beide Seiten sinnvoll ist.³³⁸ Gerade mit Blick auf solche Falschaussagen besteht daher die Möglichkeit, dass die Gerichte den Bestand des Vertrags höher gewichten würden.³³⁹ Unklar ist zudem, ob die Gerichte auch dann

³³⁴ D'Angelo v. Bob Hastings Oldsmobile, Inc., 89 A.D.2d 785 (N.Y. App. Div. 1982); *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

³³⁵ *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 409. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985. *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295 führt daher an, dass das Restatement (Second) of Contracts etwas weitergeht als die Rechtsprechung. Vgl. z. B. *Mott v. Tri-Continental Fin.*, 330 F.2d 468 (2d Cir. 1964) („The plaintiff maintains that under the law of New York injury need not be proved in an action for rescission, but rather that the plaintiff need establish only that misrepresentations induced the plaintiff to enter into the agreement. But the plaintiff has failed to cite any case, and we have found none, in which rescission was granted although the plaintiff had disposed of the property acquired under the contract at no loss to himself.“). Den Schaden im Falle eines *material fact* vermutend: Zusammenfassung von *Stuart v. Lester*, 49 Hun. 58, 1 N.Y.S. 699 (5th Dept. 1888) in *Cupples*, Washington University Law Review 1951 (1951), 589, 592 (Verkäufer behauptet gegenüber dem Käufer, dass er seine Farm nicht unter 8.500 \$ angeboten habe, obwohl er bereits mehrfach für 6.000 \$ verkaufen wollte) („If the false statement relates to a material fact, the law implies that the defrauded party has suffered an injury sufficient to defeat recovery“).

³³⁶ So *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.16, S. 296; Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.16. Zu den Ursprüngen dieser Entwicklung: *McCleary*, Michigan Law Review 36 (1937), 1, 18 ff.

³³⁷ *Story*, Commentaries on Equity Jurisprudence, Bd. 1, 4. Aufl. 1846, § 203, S. 230. Zum Verhältnis von Moral und Recht mit Blick auf Täuschungen auch *Parsons*, The law of contracts, Vol. 2, 9. Aufl. 1904, Rn. 768 (S. 935 f.) („The law of morality, which is the law of God, acknowledges but one principle, and that is the duty of doing to others as we would that others should do to us, and this principle absolutely excludes and prohibits all cunning [...]. But this would be perfection; and the law of God requires it, because it requires perfection; that is, it sets up a perfect standard, and requires a constant and continual effort to approach it. But human law, or municipal law, is the rule which men require each other to obey“). Siehe zur moralischen Bewertung von Täuschungen in den USA durch Studierende *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 982.

³³⁸ Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands führen oftmals lediglich zu einer anderen Verteilung innerhalb des ZOPA (siehe dazu unter 2. Teil, A.V.2.).

³³⁹ Zu diesem Argument Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–67; Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.16. Vgl. zur Diskussion

auf einen entsprechenden Nachweis verzichten würden, wenn die Täuschung zwar erheblich, aber nicht arglistig war.³⁴⁰ Dass insofern jedoch ein Interpretationsspielraum besteht, zeigen einige Fälle, in denen kein konkreter Nachteil nachgewiesen werden musste. Dies gilt vor allem mit Blick auf Entscheidungen, bei denen es um Täuschungen über die Identität des Vertragspartners ging.³⁴¹

Was im Rahmen des Deliktsrechts als Vermögensschaden anzusehen ist, fasst § 549 Restatement (Second) of Torts zusammen: Danach gibt es mehrere Formen des Vermögensschadens.³⁴² Ein relevanter Verlust ist z. B. die Differenz zwischen dem Wert, den der Getäuschte durch die Transaktion erhalten hat, und dem gezahlten Kaufpreis. Es kommt hier im Fall eines getäuschten Käufers allein darauf an, ob es durch die Falschaussage zu einer Situation kommt, in der der Wert der Sache unterhalb des Kaufpreises liegt (*out-of-pocket rule*).³⁴³ Darüber hinaus werden auch indirekte bzw. aus der Täuschung resultierende (*indirect/consequential*) Schäden erfasst.³⁴⁴ Beide Fälle sind aber für die hier im Zentrum der Betrachtung stehenden Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) nicht unbedingt einschlägig.³⁴⁵ Denn aufgrund einer Täuschung außerhalb des Vertragsgegenstands ist oftmals nur die Verteilung des „Verhandlungskuchens“ betroffen (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.2.). Es kommt

einerseits *Mott v. Tri-Continental Fin.*, 330 F.2d 468 (2d Cir. 1964) („The plaintiff maintains that under the law of New York injury need not be proved in an action for rescission, but rather that the plaintiff need establish only that misrepresentations induced the plaintiff to enter into the agreement. But the plaintiff has failed to cite any case, and we have found none, in which rescission was granted although the plaintiff had disposed of the property acquired under the contract at no loss to himself.“) und andererseits *Earl v. Saks & Co.*, 226 P.2d 340 (Cal. 1951) („Furthermore, this ‚no injury, no rescission‘ formula is not very helpful, because of disagreement in the authorities as to what is meant by ‚injury‘. In a sense, anyone who is fraudulently induced to enter into a contract is ‚injured‘“).

³⁴⁰ Vgl. Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–67 ff.

³⁴¹ Zu einer angeblichen Identitätstäuschung, die letztlich vom Gericht abgelehnt wurde, aber auch keinen Schaden verursacht hätte: *Champion Windows of Chattanooga, LLC v. Edwards*, 326 Ga. App. 232 (Ga. Ct. App. 2014) („Edwards’s contention that Champion Windows of Chattanooga, LLC, the company with whom she contracted and which did not exist until 1998, misrepresented itself as Champion Window, a company that had been in business since 1953. The evidence, however, shows that Champion-Chattanooga is a subsidiary or division of Champion Window. [...] Accordingly, Edwards failed to show how any product or benefit she received would have been different had she contracted directly with Champion Window, as opposed to Champion-Chattanooga.“); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–67; *McCleary*, Michigan Law Review 36 (1937), 227, 245 f. nennt als Grund für das Anfechtungsrecht das Recht des Vertragspartners zu wählen, mit wem er eine Vertragsbeziehung eingeht.

³⁴² Zu den ersatzfähigen Schäden bei den verschiedenen Klagegründen: *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 554 f.

³⁴³ § 549 R2T, comment b. (S. 110). Dazu auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

³⁴⁴ § 549 R2T, comment d. (S. 112). So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

³⁴⁵ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

daher regelmäßig nicht zu einem Austausch, bei dem z.B. ein Gegenstand weit über Wert gekauft wird. Es ist jedoch darüber hinaus möglich, dem Getäuschten dasjenige zu ersetzen, was er durch den Vertrag als Vorteil erlangt hätte. Insofern geht es um den *benefit of the bargain*.³⁴⁶ Eingeschränkt wird diese Möglichkeit allerdings dadurch, dass der Getäuschte den Verlust nachweisen muss, und zwar „in accordance with the usual rules of certainty in damages“³⁴⁷. Fraglich ist, ob davon auch Schäden erfasst sind, die aufgrund von Bluffs über andere Aspekte als den Vertragsgegenstand entstehen. Selbst wenn solche Schäden erfasst wären, ließen sie sich sicherlich regelmäßig nur schwer konkret nachweisen.

7. *Sales talk* und *puffery*

Ein Blick auf die soeben erörterten Voraussetzungen für eine Anfechtung zeigen, dass das US-amerikanische Recht darauf bedacht ist, alle Fälle vom Anwendungsbereich der *misrepresentation* auszunehmen, die als *sales talk* und *puffery*, d.h. marktschreierische Anpreisungen, qualifiziert werden.³⁴⁸ Der Einwand, dass es sich um *sales talk* oder *puffery* handelt, scheint eine der erfolgversprechendsten Strategien zu sein, um eine Anfechtung oder Schadensersatzansprüche abzuwehren.³⁴⁹ Denn *sales talk* wird generell als üblich, erwartbar und erlaubt angesehen.³⁵⁰ Insofern wird darauf aufmerksam gemacht, dass andernfalls praktisch alle Verträge anfechtbar wären,³⁵¹ was die Rechtssicherheit reduzieren würde. Die Debatte in den USA macht somit deutlich, dass man sich bewusst ist, dass einer Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zwingend bedarf.

Der Einwand von *sales talk* bezieht sich nicht allein auf eine der soeben erörterten Voraussetzungen, sondern spielt in vielen Bereichen eine Rolle. So wird *sales*

³⁴⁶ § 549 R2T, comment g. (S. 114f.). Dazu auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985f.

³⁴⁷ § 549 R2T, comment h. (S. 115). Die Beispiele des Kommentars zeigen, dass es auch hier generell um die Wertbestimmung des Gegenstandes und nicht um außerhalb davon liegende Schäden geht. Dazu auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

³⁴⁸ Beispiele in: Kabatchnick v. Hanover-Elm Building Corp., 103 N.E.2d 692 (Mass. 1952) („a statement that an article is made of the finest material obtainable, that a particular automobile is the most economical car on the market, or that a certain investment is sound and will yield a handsome profit, and similar claims“).

³⁴⁹ Dazu, dass *sales talk* grds. keine Täuschung begründen kann: Arnold v. Erkmann, 934 S.W.2d 621 (Mo. Ct. App. 1996); vgl. auch Hoffman, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1396. Der Autor erläutert, wie *sales talk* als *defense* genutzt wird.

³⁵⁰ Clark v. Olson, 726 S.W.2d 718, 720 (Mo. 1987) („are common, are permitted, and should be expected“); vgl. auch Kabatchnick v. Hanover-Elm Building Corp., 103 N.E.2d 692 (Mass. 1952) („The law recognizes the fact that men will naturally overstate the value and qualities of the articles which they have to sell. All men know this, and a buyer has no right to rely upon such statements.“).

³⁵¹ Vgl. Clark v. Olson, 726 S.W.2d 718, 720 (Mo. 1987) („If saying that a house ‚is in good condition‘ is sufficient to state a cause of action in fraud, every residential real estate transaction in this state has the potential for spawning a suit for fraudulent misrepresentation.“).

talk eher als Meinung denn als Tatsachenaussage eingestuft.³⁵² Auf *sales talk* darf zudem regelmäßig nicht berechtigt vertraut werden (keine *justified reliance*).³⁵³ Ferner führt *sales talk* meist dazu, dass die Täuschung nicht erheblich ist (*materiality*, siehe unter 3. Teil, B.II.2.c)) und kann sogar mit Blick auf *inducement* eine Rolle spielen. *Sales talk* und *puffery* zeigen somit die Grenze zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Täuschungen auf.³⁵⁴ Durch ihre Unbestimmtheit lassen die Begriffe jedoch einen (sehr) weiten Interpretationsspielraum. Da auch Definitionsversuche kaum weiterhelfen, gibt es Autoren, die den Einwand *puffery* als I-know-it-when-I-see-it-Phänomen bezeichnen,³⁵⁵ was so viel bedeutet wie, dass man *puffery* zwar identifizieren kann, wenn man einen konkreten Fall vorliegen hat, aber keine trennscharfe Definition herausgearbeitet werden kann. Zu einzelnen Fällen siehe sogleich unter 3. Teil, B.II.10. Daneben wird (bzw. wurde³⁵⁶) teils auch eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Täuschungen diskutiert.³⁵⁷

8. Täuschungen durch Agenten

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich allein auf Situationen, in denen ein Vertragspartner den anderen Vertragspartner während der Verhandlung täuscht. Gerade in B2B-Situationen verhandelt aber der Vertragspartner (d. h. regelmäßig die juristische Person) zumeist nicht selbst, sondern mit Hilfe von Agenten (Prinzipal-Agenten-Situation, siehe dazu unter 2. Teil, A.III.). Das US-amerikanische Recht rechnet insofern dem Prinzipal die Täuschungen durch den Agenten zu.³⁵⁸

³⁵² *Arnold v. Erkmann*, 934 S.W.2d 621 (Mo. Ct. App. 1996); *Kluge v. Ries*, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917) („Mere representations as to value, standing alone, are ordinarily regarded as opinions – trade talk – and not as affirmations of existing facts to be relied on as the basis of a contract.“); Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:7. Derselbe auch zu Ausnahmen von dieser Regel.

³⁵³ *Vulcan Metals Co. v. Simmons Mfg. Co.*, 248 F. 853 (2d Cir. 1918) vergleicht *sales talk* mit Aussagen während des Wahlkampfs („There are some kinds of talk which no sensible man takes seriously, and if he does he suffers from his credulity. If we were all scrupulously honest, it would not be so; but, as it is, neither party usually believes what the seller says about his own opinions, and each knows it. Such statements, like the claims of campaign managers before election, [...] are rather designed to allay the suspicion which would attend their absence than to be understood as having any relation to objective truth.“).

³⁵⁴ *Hoffman*, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1398: „The ‚puffery defense‘ functions to draw a line between lawful and unlawful speech“.

³⁵⁵ *Leighton*, Trademark Reporter 95 (2005), 615, 618; *Hoffman*, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1398 sieht eine über verschiedene Bereiche hinwegreichende zugrundeliegende Logik.

³⁵⁶ Die Diskussion wurde mit Blick auf *intrinsic* und *extrinsic* Fakten geführt. Dazu z. B. *Scheppele*, Legal Secrets, 1988, S. 128 f.

³⁵⁷ Siehe auch *Cramton/Dees*, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 135, 142 (zum *true settling point*), die davon ausgehen, dass diese Diskussion trotz der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung in die richtige Richtung geht.

³⁵⁸ *VRT, Inc. v. Dutton-Lainson Co.*, 530 N.W.2d 619 (Neb. 1995); *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.14, S. 294.

9. Rechtsfolgen

Liegen alle Voraussetzungen vor, so kann der Getäuschte den Vertrag anfechten bzw. Schadensersatzansprüche geltend machen.³⁵⁹ In den Fällen, in denen eine Anfechtung möglich ist, wird von *fraud in the inducement* gesprochen, da dort die Willenserklärung durch die Falschaussage beeinflusst wurde.³⁶⁰ Der Getäuschte kann den geschlossenen Vertrag dann durch die Erklärung der Anfechtung „vermeiden“.³⁶¹ Dies muss unverzüglich (*promptly*) nach Feststellung der Täuschung geschehen.³⁶² Durch die Anfechtung entfällt die vertragliche Verbindung. Das US-amerikanische Recht sieht dann – sofern möglich – eine Rückabwicklung vor, in der beide Parteien zurückerhalten, was sie gegeben haben.³⁶³ Ist eine gegenständliche Rückgabe nicht möglich, kann ein entsprechender Ersatz in Geld geleistet werden.³⁶⁴

In seltenen Fällen ist sogar von der Nichtigkeit des Vertrags *ipso iure* auszugehen.³⁶⁵ Dann wird auch von *fraud in the factum* oder *fraud in the execution* gesprochen.³⁶⁶ Danach ist der Vertrag nichtig, sofern die getäuschte Partei einen Vertrag unterzeichnet hat, der radikal von dem abweicht, was sie denkt, wäre vereinbart worden.³⁶⁷ Es geht also um Fälle, in denen die Täuschung die Grundlage des

³⁵⁹ Legacy Academy, Inc. v. Mamilove, LLC, 771 S.E.2d 868 (Ga. 2015) („In general, a party alleging fraudulent inducement to enter a contract has two options: (1) affirm the contract and sue for damages from the fraud or breach; or (2) promptly rescind the contract and sue in tort for fraud.“). Eine Ausnahme davon besteht, wenn der Betroffene auf diese Möglichkeiten verzichtet hat. Die Voraussetzungen nennend: Leibovitz v. Sequoia Real Estate Holdings, L.P., 465 S.W.3d 331 (Tex. App. 2015) („However, in some situations, the parties can agree in the contract to waive the right to assert fraud as a defense to breach of the contract by expressly disclaiming reliance.“).

³⁶⁰ Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.22.

³⁶¹ Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–84. Vgl. auch 23–25 Bldg. Partnership v. Testa Produce, Inc., 1-07-0738 Rel (Ill. App. Ct. 2008) („A contract induced by fraud is not void but is voidable at the election of the party claiming to have been defrauded“); Frailey v. McGarry, 211 P.2d 840 (Utah 1949) (dazu, dass der Vertrag anfechtbar ist und dass der Getäuschte daher auswählen kann, ob er ihn gelten lässt oder nicht).

³⁶² Vgl. 23–25 Bldg. Partnership v. Testa Produce, Inc., 1-07-0738 Rel (Ill. App. Ct. 2008) („The party seeking to prevent the enforcement of a contract must promptly seek rescission of the contract“); Frailey v. McGarry, 211 P.2d 840 (Utah 1949) (das Urteil betont zugleich, dass der Partei angemessen viel Zeit [„reasonable time“] eingeräumt werden sollte, um anzufechten.); vgl. auch Chamberlin v. Fuller, 9 A. 832 (Vt. 1887) („When a party has been defrauded in the sale of goods, and desires to rescind the contract, he must do so as soon as he discovers the fraud, and is entitled to a reasonable time in which to do it.“).

³⁶³ 23–25 Bldg. Partnership v. Testa Produce, Inc., 1-07-0738 Rel (Ill. App. Ct. 2008); Puskar v. Hughes 533 N.E.2d 962 (Ill. App. Ct. 1989); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–90f.

³⁶⁴ 23–25 Bldg. Partnership v. Testa Produce, Inc., 1-07-0738 Rel (Ill. App. Ct. 2008); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–90ff.

³⁶⁵ Dazu Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:4.

³⁶⁶ Curtis v. Curtis, 248 P.2d 683 (N.M. 1952) (*fraud in the factum*); Axalta Coating Systems, LLC v. Midwest II, Inc., 217 F. Supp. 3d 813 (E.D. Pa. 2016) (*fraud in the execution*); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.10.

³⁶⁷ Operating Eng'rs Pension Trust v. Gilliam, 737 F.2d 1501 (9th Cir. 1984) („Gilliam reason-

Vertrages betrifft. In diesem Zusammenhang darf die getäuschte Partei nicht fahrlässig gehandelt haben, was bedeutet, dass eine verständige Person in derselben Situation den Vertrag ebenfalls unterschrieben haben müsste.³⁶⁸ *Fraud in the factum* ist nur in seltenen Fällen gegeben³⁶⁹ und gerade bei den hier im Vordergrund stehenden Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über Konkurrenzangebote oder unternehmensinterne Vorgaben) wird es sich daher regelmäßig um *fraud in the inducement* handeln.

Eine Anfechtung (aufgrund von *fraud in the inducement*) ist bei Vorliegen aller genannter Voraussetzungen nur dann nicht möglich, wenn der Vertrag trotzdem bestätigt wurde.³⁷⁰ Außerdem ist die Anfechtung beispielsweise ausgeschlossen, wenn nach der Aufdeckung der Täuschung unangemessen viel Zeit vergeht, bevor die getäuschte Seite anfehlt.³⁷¹ Ein Anfechtungsrecht besteht zudem dann nicht,

ably and justifiably thought the documents involved only an application for union membership and his signing of the short-term agreement did not create a binding collective bargaining agreement.“); *Curtis v. Curtis*, 248 P.2d 683 (N.M. 1952) („The commonest form of fraud in the factum exists where an instrument in writing is drawn up and signed by one party under a false belief as to its contents, due to the fraud of the adversary party. In such case the contract is generally held to be void.“); *Whipple v. Brown Bros. Co.*, 121 N.E. 748 (N.Y. 1919) („There is a material and manifest distinction between a meeting of the minds of parties through deceit on the part of one of them, and a writing excusably and justifiably executed by the one which, through the deceit of the other, does not express the agreement of the parties.“).

³⁶⁸ Zum wesentlichen Problem, dass die Betroffenen den Vertrag nicht durchlesen: *Kight v. Miller*, 94 N.E.3d 60 (Ohio Ct. App. 2017) („a release is not void for fraud in the execution where there was a misrepresentation of the contents of a release but the releasor failed to take the opportunity to read and understand the document before execution“); *Trustees of the ALA-Lithographic Pension Plan v. Crestwood Printing Corp.*, 141 F. Supp.2d 406 (S.D.N.Y. 2001) („It is the general rule that parties must abide by the basic duty to read a contract before signing. [...] However, in this case, Ajamian was not signing a newly negotiated contract. Rather, Ajamian was signing what he believed to be a formalization of a contract that the parties had been operating under for almost two years. Under these circumstances, Ajamian’s failure to read the contract before signing it does not absolve the union of its fraud.“); *Curtis v. Curtis*, 248 P.2d 683 (N.M. 1952) („The trial court found the plaintiff did not have at that time, independent legal advice, or receive a full and fair disclosure of the extent and value of the community property and her rights therein; that she did not receive adequate consideration for the signing of said agreement and did not read the agreement or know it was intended to be a separation agreement with division of property; and that such agreement was procured by fraud on the part of the defendant.“); vgl. auch § 163 R2C, comment a. (S. 443). Es schadet heutzutage jedoch nicht stets, wenn der Betroffene ein Schriftstück nicht gelesen hat. Dies ist insb. dann der Fall, wenn die andere Partei ein Durchlesen verhindert hat oder der Betroffene Verbraucher ist. *Farnsworth (Begr.)*, *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–74 f.; *Corbin (Begr.)*, *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.22.

³⁶⁹ *Farnsworth (Begr.)*, *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.10, S. 4–41 f.: „Only rarely, however, is a misrepresentation seen as going to the very nature of the contract itself“.

³⁷⁰ *McCormick & Co. v. Childers*, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); *Farnsworth (Begr.)*, *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–86. Dazu, dass jedoch ein Schadensersatzanspruch trotz Bestätigung bestehen kann: *Doe Mt. Enters. v. Jaffe*, 908 A.2d 644 (Md. Ct. Spec. App. 2006) („Consequently, ratification of a contract simply precludes a suit for rescission of the contract; it does not forbid claims for damages based on the alleged fraud.“).

³⁷¹ *Cutler v. SUGARMAN LTD.*, 596 A.2d 105 (Md. Ct. Spec. App. 1991) („The right to re-

wenn die Täuschung „geheilt“ wurde. Darunter wird eine Situation verstanden, in der eine Partei die andere getäuscht hat, sich im Verlauf der Zeit jedoch die Fakten geändert haben und die ursprünglich falsche Aussage daher im Nachhinein zu einer korrekten Äußerung wird.³⁷²

Im Ergebnis sind die Anforderungen an die Anfechtung im Fall von arglistigen Täuschungen geringer als an Schadensersatzansprüche. Können Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden, kann auch immer eine Anfechtung erfolgen. Umgekehrt gilt dies aufgrund der zusätzlichen Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche nicht.³⁷³

10. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen

Das US-amerikanische Fallrecht zu Falschaussagen (*misrepresentations*) kann hier nicht umfassend dargestellt werden. Es zeichnet sich jedoch ab, dass bei Täuschungen über den Leistungsgegenstand zwar nicht in allen, aber in relativ vielen Fällen angefochten werden kann.³⁷⁴ Äußert sich ein Verkäufer allerdings zur Qualität seines Produkts mit Hilfe genereller Adjektive, wie dies sei ein „gutes“ Auto etc., ist generell von einer Meinungsäußerung auszugehen³⁷⁵ und eine Anfechtung grundsätzlich nicht zulässig (siehe dazu unter 3. Teil, II.2.a)aa)).³⁷⁶ Bezeichnungen wie „stark“, „groß“ und „werthaltig“ sollen ebenfalls regelmäßig auf eine Meinungsäußerung hindeuten,³⁷⁷ da sie sehr vage und unbestimmt sind.³⁷⁸ Irgendwann überschreiten aber auch allgemeine, d. h. pauschale, Aussagen die Grenze zur Falschaussage über Fakten. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Verkäufer einen LKW als neuwertig beschreibt, es sich in Wahrheit jedoch um einen Vorführwagen handelt.³⁷⁹ Gleiches gilt für Aussagen wie „mechanisch einwandfreier

scind may be waived by not acting promptly on discovery of the facts from which it arises“); *McCormick & Co. v. Childers*, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–88 ff.

³⁷² Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.15, S. 4–89.

³⁷³ *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.13, S. 292.

³⁷⁴ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

³⁷⁵ § 168 R2C, comment b. (S. 456); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.17.

³⁷⁶ *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

³⁷⁷ *Springer v. Bank of Douglas*, 313 P.2d 399 (Ariz. 1957) („worthwhile and trustworthy partner“). Vgl. auch Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:5 m. w. N.

³⁷⁸ Siehe *Saxby v. S. Land Co.*, 63 S.E. 423 (Va. 1909) („Statements which are vague and indefinite in their nature and terms, or are merely loose, conjectural or exaggerated, go for nothing, though they may not be true, for a man is not justified in placing reliance upon them.“); ebenso *Mortarino v. Consultant Eng'g Servs., Inc.*, 467 S.E.2d 778 (Va. 1996); *Envtl. Staffing Acquisition Corp. v. Beamon Enters.*, 2011 Va. Cir. LEXIS 65 (Va. Cir. Ct. 2011).

³⁷⁹ *D'Angelo v. Bob Hastings Oldsmobile, Inc.*, 89 A.D.2d 785 (N.Y. App. Div. 1982) („Plaintiff commenced this action for equitable rescission based on fraud after he discovered that the ‚new‘ truck which he purchased from defendant was a ‚demonstrator‘. [...] Our examination of the record in this case discloses that plaintiff proved a prima facie case of fraud“).

Zustand“ eines Autos³⁸⁰ oder „an efficient, high-volume profit producer“³⁸¹. Je spezifischer, definitiver und konkreter eine Aussage ist, desto wahrscheinlicher stellt sie eine relevante Täuschung dar.³⁸² Eine Anfechtungsmöglichkeit ist zudem dann nicht ausgeschlossen, wenn die Grundlage, auf der die Meinung beruht, sich als Täuschung über eine Tatsache herausstellt.³⁸³ Doch selbst dann kann die Anfechtung ggf. immer noch aufgrund fehlender Erheblichkeit (*materiality*) oder wegen fehlendem berechtigtem Vertrauen (*justified reliance*) abgelehnt werden.³⁸⁴ Mit Blick auf die soeben genannten Täuschungen wird in den USA oftmals von *puffery* oder *sales talk* gesprochen. Es gibt insofern Autoren, die annehmen, dass es in der Praxis wohl auch darauf ankommt, wieviel „Sympathie“ die Gerichte für die getäuschte Seite empfinden.³⁸⁵

Aussagen über den Wert eines Gegenstands berechtigen die getäuschte Seite regelmäßig ebenfalls nicht zur Anfechtung.³⁸⁶ Meist wird dies damit begründet, dass es sich nicht um eine Falschaussage über eine Tatsache handeln würde, sondern um eine Meinungsäußerung („the goods are worth \$10,000“³⁸⁷).³⁸⁸ Etwas anderes ergibt sich regelmäßig nur, wenn eine besondere Vertrauensbeziehung besteht³⁸⁹ oder eine Seite über Expertenwissen verfügt, welches die andere Seite nicht be-

³⁸⁰ Vgl. Weng v. Allison, 678 N.E.2d 1254 (Ill. App. Ct. 1997) („mechanically sound“). Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:6 diskutiert ausführlich den Fall in dem ein Gebrauchtwagen als „executive driven“ bezeichnet wurde.

³⁸¹ Crues v. KFC Corp., 729 F.2d 1145 (8th Cir. 1984).

³⁸² In re Cytac Corp. Sec. Litig., Civil Action No. 02-12399-NMG (D. Mass. 2005).

³⁸³ Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:7.

³⁸⁴ Vgl. Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297. Vgl. auch zu den Möglichkeiten, *sales talk* aus dem Anwendungsbereich von *misrepresentation* auszunehmen, Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.17.

³⁸⁵ Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.17 („Yet, if the court’s sympathies are sufficiently with the party“).

³⁸⁶ § 168 R2C, comment c. (S. 456); vgl. auch Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297.

³⁸⁷ § 168 R2C, comment c. (S. 457). Das gilt auch für gleich strukturierte Äußerungen zum Wert von Grundstücken und Immobilien. Siehe statt vieler Montana Railway Co. v. Warren, 137 U.S. 348 (U.S. 1890); Hood v. Cline, 35 Wash.2d 192 (Wash. 1949). So auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

³⁸⁸ Fifty Associates v. Prudential Ins. Co., 450 F.2d 1007 (9th Cir. 1971) („Fifty’s initial claim that the statement of value constituted a representation of fact glosses over the reality that land values cannot be calculated pursuant to a precise formula.“); Orland v. Laederich, 92 S.W.2d 190 (Mo. 1936) („Statements as to the value do not ordinarily constitute fraud. [...] Mrs. Shore testified she asked ‚Mr. Laederich what he thought the property was worth.‘ He asked Mr. Morgan, who said \$145,000. ‚Then Mr. Laederich said the building was worth ‚at [sic] least \$145,000.‘ The statement was made in response to a request for an opinion.“); vgl. auch Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.17, S. 297. So auch bereits S. Jung, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

³⁸⁹ Allgemein zur Anfechtbarkeit einer Meinungsäußerung im Falle einer besonderen Vertrauensbeziehung z. B. Frowen v. Blank, 425 A.2d 412 (Pa. 1981) (Ein jüngeres Ehepaar kümmerte sich um eine hilfsbedürftige Witwe. In diesem Fall wurde eine besondere Vertrauensbeziehung bejaht.); McClatchy’s Estate, 249 A.2d 325 (Pa. 1969) (Ein Eltern-Kind-Verhältnis muss nicht unbedingt eine Vertrauensbeziehung bedeuten).

sitzt.³⁹⁰ Aussagen über den Preis können ebenfalls als Meinung eingeordnet werden. Gemeint sind wohl meist Bemerkungen wie „das ist ein guter Preis“ etc. Konkrete Täuschungen über den Preis, z. B. bezüglich des Einstandspreises bzw. Angaben zu Börsenkursen etc. können jedoch zur Anfechtung berechtigen.³⁹¹ Nicht diskutiert wird die Frage, wie Aussagen analog zu „das ist ein Freundschaftspreis“ zu beurteilen sind. Die Diskussion um Täuschungen über den Wert und den Preis der Leistung deutet darauf hin, dass ein entsprechender Bluff in den USA nicht zur Anfechtung berechtigten würde.³⁹² Der Autorin sind auch keine Entscheidungen explizit zu Täuschungen über den *reservation price* bekannt.³⁹³ In einem Urteil klingt jedoch an, dass diesbezüglich wohl keine Anfechtung möglich ist.³⁹⁴ Dies stimmt mit Stimmen in der Literatur überein, die eine Anfechtung in diesem Fall ablehnen.³⁹⁵

Wie bereits unter 3. Teil, B.II.2.a)dd) angesprochen wurde, muss sich die Falschaussage zudem auf Fakten beziehen und d. h., auf gegenwärtige oder vergangene Tatsachen, nicht jedoch auf Aspekte in der Zukunft. Deshalb berechtigen regel-

³⁹⁰ Vgl. *Fourth Nat'l Bank v. Webb*, 290 P. 1 (Kan. 1930) (gleichzeitig auch ein Fall zu einer Lüge über den Wert von Aktien).

³⁹¹ *Essenburg v. Russell*, 78 N.W.2d 136 (Mich. 1956); *Voorhees vs. Cragun*, 61 Ind. App. 690; *Stewart v. Salisbury Realty & Ins. Co.*, 74 S.E. 736 (N.C. 1912); zur Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen: *Pendergast v. Reed*, 29 Md. 398 (Md. 1868); § 538A R2T, comment g. (S. 84f.). Zumindest als ein Fall von *unfair trading practices* wird es auch angesehen, wenn der Preis mit einem „Serviceaufschlag“ versehen wird, der Händler jedoch keine Serviceleistung erbringt bzw. diese schon im Preis enthalten ist. Dann ist der Händler vielmehr verpflichtet, statt „*manufacturer's suggested retail price*“ das Produkt mit „*Dealer's Asking Price*“ auszuzeichnen. Wenn daraufhin ein Kunde fragt, was „*Dealer's Asking Price*“ bedeutet, darf der Händler nicht fälschlicherweise angeben, dass es sich um einen Serviceaufschlag handelt. Sofern er sich äußert, muss er vielmehr angeben, dass es sich um eine erhöhte Gewinnspanne handelt (eine eventuelle Aufklärungspflicht soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden). Siehe *Misrepresentation of Charges*, ME ADC 26-239 Ch. 105, § 2. Vgl. auch *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

³⁹² So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

³⁹³ So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

³⁹⁴ *Abry Partners V, L.P. v. F&W Acquisition, LLC*, 891 A 2d 1032 (Del. Ch. 2006) („At the same time, a concern for commercial efficiency does not lead ineluctably to the conclusion that there ought to be no public policy limitations on the contractual exculpation of misrepresented facts. Even commentators who recognize that there are aspects of bargaining in which it is often expected that parties will lie such as when agents refuse to disclose or misrepresent their principals' reservation price there is little support for the notion that it is efficient to exculpate parties when they lie about the material facts on which a contract is premised.“).

³⁹⁵ Vgl. *Shell*, *Sloan Management Review* 32 (1991), 93, 95 (Ablehnung von *materiality*), der auch darauf hinweist, dass professionelle Verhandler dies oftmals nicht einmal als „richtige“ Lüge ansehen, sondern lediglich als *puffery*. Vgl. auch *Korobkin/Moffitt/Welsh*, *Marquette Law Review* 87 (2004), 839, 840f.: „It is universally recognized that a negotiator's false statements concerning how valuable an agreement is to her or the maximum he is willing to give up or exchange in order to seal an agreement (the negotiator's 'reservation point,' or 'bottom line') are not actionable, again on the ground that such false statements are common and no reasonable negotiator would rely upon them.“. Siehe zudem *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 135, 140 zum „*true settling point*“. Die Autoren gehen allerdings davon aus, dass solche Lügen durchaus als Bluffs über Fakten angesehen werden müssen (S. 141).

mäßig Einschätzungen über die Zukunft nicht zur Anfechtung, insbesondere wenn es um allgemeine Aussagen z. B. zu künftigen Wachstumschancen, Entwicklungsperspektiven und Kontinuität von Unternehmen geht.³⁹⁶ Strenger werden dagegen Fälle gesehen, in denen es um *securities* geht.³⁹⁷

Eine Aussage zu rechtlichen Aspekten (*assertion as to matters of law*) kann zwei unterschiedliche Ausprägungen annehmen. Es kann sich insofern um eine Falschaussage über Fakten, aber auch um eine Meinungsäußerung handeln (siehe dazu unter 3. Teil, B.II.2.a)bb)). Die Behandlung unterscheidet sich entsprechend. Wird z. B. darüber getäuscht, ob ein bestimmtes Gesetz in Kraft getreten ist, so liegt eine Rechtstäuschung über eine Tatsache vor, die dann oftmals so behandelt wird wie andere *misrepresentations of facts*.³⁹⁸ Als Beispiel wird eine Lüge über einen gesetzlich festgelegten Maximalpreis genannt.³⁹⁹ Die Aussage, ob eine bestimmte Partei in einem abgeschlossen Fall gewonnen hat oder nicht, stellt ebenfalls eine Tatsachenbehauptung dar.⁴⁰⁰ Viele Täuschungen im rechtlichen Bereich beziehen sich dagegen darauf, wie Gerichte einen bestimmten Fall entscheiden würden. Solche Aussagen werden als Meinungsäußerung eingeordnet⁴⁰¹ und lassen nur in absoluten Ausnahmefällen eine Anfechtung zu.⁴⁰² In einem Fall in Texas entschied das Gericht, dass eine Anfechtung auch dann nicht möglich ist, wenn eine Seite sicher weiß, dass ein Vertrag illegal ist, die andere Seite darüber aber nicht aufklärt, sondern den Vertrag vielmehr forciert.⁴⁰³ In der Praxis hat teilweise der Umstand Bedeutung, ob über inländisches oder ausländisches Recht gelogen wird.⁴⁰⁴

Die Täuschung des Verhandlungspartners über das Vorliegen eines besseren Konkurrenzangebots ist nicht Gegenstand der Erläuterungen des Restatements (Second) of Contracts. Vereinzelt lässt sich diesbezüglich jedoch Rechtsprechung finden.⁴⁰⁵ In *Kabatchnick v. Hanover-Elm Building Corp.* wurde einer entsprechenden Klage stattgegeben, wobei es insofern um *tort of deceit* ging.⁴⁰⁶ In einem

³⁹⁶ In re *Cytyc Corp. Sec. Litig.*, Civil Action No. 02-12399-NMG (D. Mass. 2005).

³⁹⁷ *Norville v. Alton Bigtop Restaurant*, 317 N.E.2d 384 (Ill. App. Ct. 1974).

³⁹⁸ § 170 R2C, comment a. (S. 463). So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

³⁹⁹ § 170 R2C, comment a. (S. 464). Vgl. auch *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

⁴⁰⁰ Farnsworth (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–80.

⁴⁰¹ § 170 R2C, comment b. (S. 464).

⁴⁰² Vgl. auch *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

⁴⁰³ *Roberts v. Lucas*, 388 S.W.2d 764 (Tex. Civ. App. 1965) („It will require no citation of authority for the well established rule of law that the courts will not grant relief to either party when an illegal contract is sought to be enforced.“).

⁴⁰⁴ So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

⁴⁰⁵ Vgl. z. B. *Kabatchnick v. Hanover-Elm Building Corp.*, 103 N.E.2d 692 (Mass. 1952); *Beavers v. Lamplighters Realty, Inc.*, 556 P.2d 1328 (Okla. Civ. App. 1976). So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 986.

⁴⁰⁶ *Kabatchnick v. Hanover-Elm Building Corp.*, 103 N.E.2d 692 (Mass. 1952). Hier könnte der Umstand eine Rolle gespielt haben, dass es um die Verlängerung eines bestehenden Mietvertrags ging.

anderen Fall ging es ebenfalls um ein anderes Angebot (verbunden mit Zeitdruck) und auch hier wurde Schadensersatz im Rahmen von *tort of deceit* gewährt.⁴⁰⁷ In *Stuart v. Lester* täuschte der Verkäufer hingegen darüber, dass er selbst kein besseres Angebot an einen Dritten unterbreitet habe, woraufhin der Käufer anfechten durfte.⁴⁰⁸ Auf die Frage, inwiefern ein solcher Schaden berücksichtigungsfähig ist, gehen die Urteile nicht ein. Sie stellen vielmehr schlicht fest, dass ein Schaden vorliegt und es nicht abträglich ist, wenn dessen exakte Höhe nicht nachgewiesen werden kann.⁴⁰⁹

Zu vielen anderen praxisrelevanten Täuschungen, wie die Täuschung über Vorräte, Deadlines mit Blick auf die Verhandlung und interne Unternehmensvorgaben, konnte kaum Rechtsprechung gefunden werden.⁴¹⁰ Es gibt aber z. B. Fälle, die sich mit der Verfügbarkeit von Hypothekenfinanzierungen im Zusammenhang mit dem Kauf und Verkauf von Immobilien befassen.⁴¹¹ Rechtsprechung zu falschen Ultimaten bzgl. Zahlungsaufforderungen⁴¹² und zu falschen Fristen⁴¹³ lassen sich ebenfalls finden. Insgesamt ist in Bezug auf das US-Recht davon auszugehen, dass das Fehlen von Rechtsprechung außerhalb des Leistungsgenstands und des Preises zumindest auch damit erklärt werden kann, dass insofern wohl das Anfechtungsrecht und Schadensersatzansprüche regelmäßig abgelehnt würden.⁴¹⁴

11. *Parol evidence rule* und vertragliche Regelungsoptionen

In den USA gibt es viele Bemühungen, die Anfechtung wegen Falschsaussagen entweder vertraglich einzuschränken oder gleich ganz abzubedingen.⁴¹⁵ Im Folgenden soll betrachtet werden, inwiefern dies im Ergebnis tatsächlich möglich ist. Das

⁴⁰⁷ *Beavers v. Lamplighters Realty, Inc.*, 556 P.2d 1328 (Okla. Civ. App. 1976). Beide Fälle ebenfalls bereits anführend *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

⁴⁰⁸ Zusammenfassung von *Stuart v. Lester*, 49 Hun. 58, 1 N.Y. Supp. 699 (5th Dept. 1888) in *Cupples*, Washington University Law Review 1951 (1951), 589, 592 (Verkäufer behauptet gegenüber dem Käufer, dass er seine Farm nicht unter 8.500 \$ angeboten habe, obwohl er bereits mehrfach für 6.000 \$ verkaufen wollte).

⁴⁰⁹ Id. (allerdings ein B2C-Fall.) So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986.

⁴¹⁰ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 986. Generell auf die geringe Durchsetzung der Regeln hinweisend *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 416 („Another, rather obvious point about legal rules governing deception is that they are under-enforced.“).

⁴¹¹ Vgl. z. B. *Stephenson v. Capano Dev., Inc.*, 462 A.2d 1069 (Del. 1983).

⁴¹² Vgl. *Koeplinger v. Seterus, Inc.*, 1:17cv995 (M.D.N.C. 2018).

⁴¹³ Für eine Bankenverzichtserklärung (*bank waiver*): *Lawton v. Nyman*, 327 F.3d 30 (1st Cir. 2003); keine falsche Frist annehmend: *Ohlson v. Cadle Co.*, No. 04 Civ. 3418 (E.D.N.Y. 2008).

⁴¹⁴ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 993. Auf weitere Gründe soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Siehe dazu ansatzweise ebenfalls *dies.*, ebd.

⁴¹⁵ Siehe insofern die Nachweise zu den einzelnen entsprechenden Instrumenten (wie z. B. die *parol evidence rule*), die im Folgenden diskutiert werden.

Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und der rechtlichen Vorgabe, dass der getäuschten Partei gewisse Rechte zustehen, prägt diese Thematik.⁴¹⁶ Dies ist aus praktischer Sicht relevant, da sich durch die Möglichkeit einer privatautonomen Regelung, die Problematik der Abgrenzung von „listigen“ und arglistigen Täuschungen entspannen würde.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang unter anderem die *parol evidence rule*. Die *parol evidence rule* regelt in genereller Form, dass im Falle eines schriftlichen Vertrages anderweitig getroffene Vereinbarungen (z.B. mündliche), die diesen Vertrag ändern oder ihm widersprechen, nicht als Beweis eingebracht werden dürfen und unberücksichtigt bleiben müssen.⁴¹⁷ Dies bedeutet, dass die Inhalte der vorvertraglichen Vertragsverhandlung, die sich nicht im Vertrag widerspiegeln, nicht angeführt werden können, um zu zeigen, dass Abweichendes vereinbart wurde.⁴¹⁸ Es wird daher vermutet, dass allein der schriftliche Vertrag die getroffenen Regelungen zwischen den Parteien enthält.⁴¹⁹ Dagegen liegt kein Verstoß gegen die *parol evidence rule* vor, wenn es um die Einbringung von Vereinbarungen geht, die den ursprünglichen Vertrag nachträglich abändern sollen.⁴²⁰ Außerdem dürfen Beweise vorgebracht werden, wenn Vertragsklauseln unvollständig oder uneindeutig sind.⁴²¹ Die Fälle, in denen die *parol evidence rule* nicht angewendet wird, sind daher immer zahlreicher geworden,⁴²² sodass schon länger

⁴¹⁶ Ähnlich auch Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.21 in Bezug auf bestimmte Klauseln.

⁴¹⁷ Marion Prod. Credit Assn. v. Cochran, 533 N.E.2d 325 (Ohio 1988) („an oral agreement cannot be enforced in preference to a signed writing which pertains to exactly the same subject matter, yet has different terms“); *Zeitlin/Baker*, Business Torts Litigation Committee 20 (2013) („Across jurisdictions, the parol evidence rule bars evidence of oral representations that contradict a contract“); *Thayer*, Harvard Law Review 6 (1893), 325, 331. Im Zusammenhang mit einem integrierten Vertrag *Alling v. Universal Manufacturing Corp.*, 7 Cal. Rptr. 2d 718 (Cal. Ct. App. 1992). Zur Rechtsfolge beim Verstoß gegen die *parol evidence rule*: *Southgate Bank & Trust Co. v. Axtell*, 710 S.W.2d 247 (Mo. Ct. App. 1986) („The parol evidence rule is a rule of law and not a rule of evidence; evidence offered in violation must be ignored and a decision must be rendered on the writing alone.“).

⁴¹⁸ Vgl. die folgenden Urteile, die betonen, dass es um vorvertragliche Aspekte der Verhandlung geht. *Pacific Carlton Development Corp. v. Barber*, 95 S.W.3d 159 (Mo. Ct. App. 2003) („The rule prohibits evidence of contrary agreements made prior to or contemporaneously with the writing but does not prohibit evidence of agreements entered subsequent to the contract.“); *Warrenton Campus Shopping Ctr., Inc. v. Adolphus*, 787 S.W.2d 852 (Mo. Ct. App. 1990).

⁴¹⁹ *Bergmann v. Bergmann*, 740 S.W.2d 215 (Mo. Ct. App. 1987) („it is presumed that a written contract embodies the entire agreement of the parties“).

⁴²⁰ *Pacific Carlton Development Corp. v. Barber*, 95 S.W.3d 159 (Mo. App. 2003); *Warrenton Campus Shopping Ctr., Inc. v. Adolphus*, 787 S.W.2d 852 (Mo. Ct. App. 1990); *Bergmann v. Bergmann*, 740 S.W.2d 215 (Mo. Ct. App. 1987).

⁴²¹ *E. Posner*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1998), 533, 534.

⁴²² Diese Entwicklung wurde auch bereits im Jahr 1955 festgestellt: *Jackiewicz*, Notre Dame Law Review 30 (1955), 653, 661 („The great number of exceptions that have developed to the substantive rule have had their sterilizing effect and there exists today very little practical application of the rule.“).

kritisiert wird, dass im Grunde nicht mehr von einer Regel gesprochen werden kann.⁴²³

Besonders relevant für diese Arbeit ist, dass die *parol evidence rule* bei *fraud* generell keine Anwendung finden soll.⁴²⁴ So wurde z. B. zuletzt auch in Kalifornien eine weitreichende Beschränkung der Ausnahme für *fraud* aufgehoben.⁴²⁵ Begründet wird die Nichtanwendbarkeit der *parol evidence rule* bei *fraud* damit, dass man einem Vertrag eben nicht entnehmen kann, ob er aufgrund einer Täuschung eingegangen wurde, sondern man sich insofern auf äußere Umstände beziehen muss.⁴²⁶ Zudem soll im Falle von *fraud* gerade kein ordnungsgemäß zustande gekommener Vertrag vorliegen, der geschützt werden muss.⁴²⁷ Mit Blick auf deliktische Ansprüche wird zudem angeführt, dass die *parol evidence rule* allein eine Regelung des Vertragsrechts ist und somit generell nicht zur Verhinderung von deliktischen Ansprüchen ins Felde geführt werden kann.⁴²⁸

⁴²³ *Shanker*, Akron Law Review 23 (1990), 1, 3 („There are many of so called ‚exceptions‘ to the application of the Parol Evidence Rule. Indeed, it is sometimes said that the ‚exceptions‘ to the Parol Evidence Rule have actually overwhelmed the rule itself.“).

⁴²⁴ *Pinken v. Frank*, 704 F.2d 1019 (8th Cir. 1983) („Generally, the parol evidence rule has no application where there has been fraud, except under unusual circumstances, and it is well established that, as fraud vitiates everything which it touches, parol evidence is always admissible to show, for the purpose of invalidating a written instrument, that its execution was procured by fraud, or that, by reason of fraud, it does not express the true intentions of the parties. The defense of fraud may be established by parol, not to contradict or deny, but to destroy the effect of the instrument.“); indirekt auch *Warrenton Campus Shopping Ctr., Inc. v. Adolphus*, 787 S.W.2d 852 (Mo. Ct. App. 1990). Vgl. zudem *Shanker*, Akron Law Review 23 (1990), 1, 1 ff.; *Sweet*, California Law Review 49 (1961), 877, 877; *Cloyd Johnson*, The North Carolina Law Review 32 (1938), 32, 33 f. („it is well established that evidence of fraudulent misrepresentations of present facts other than intent, or evidence of fraud in the execution of a written contract is not within the purview of the parol evidence rule“). Kritisch jedoch *One-O-One Enterprises Inc v. E Caruso*, 848 F.2d 1283 (D.C. Cir. 1988) („Plaintiffs cannot overcome the written instrument here, and, particularly, the integration clause, by invoking the fraud-in-the-inducement exception to the parol evidence rule. The exception for a party who ‚has been induced by a fraudulent misrepresentation to enter the contract,‘ [...], must not be stretched or inflated in a way that ‚would severely undermine the policy of the parol evidence rule, which is grounded in the inherent reliability of a writing as opposed to the memories of contracting parties.‘“).

⁴²⁵ Seit 1935 bestand in Kalifornien eine weitreichende Beschränkung der Ausnahme für *fraud*: *Bank of America etc. Assn. v. Pendergrass*, 4 Cal.2d 258 (Cal. 1935) („Our conception of the rule which permits parol evidence of fraud to establish the invalidity of the instrument is that it must tend to establish some independent fact or representation, some fraud in the procurement of the instrument or some breach of confidence concerning its use, and not a promise directly at variance with the promise of the writing“). Erst 2013 in wurde der Anwendungsbereich erheblich erweitert, siehe *Riverisland Cold Storage v. Fresno-Madera Production Credit Ass'n*, 55 Cal.4th 1169 (Cal. 2013) („Accordingly, we conclude that Pendergrass was an aberration. [...] its restriction on the fraud exception was inconsistent with the terms of the statute, and with settled case law as well.“).

⁴²⁶ *E. Posner*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1998), 533, 536.

⁴²⁷ *Sweet*, California Law Review 49 (1961), 877, 877.

⁴²⁸ Vgl. auch im Zusammenhang mit *integration clauses*. *Extra Equipamentos E Exportacao Ltda.*, 541 F.3d 719 (7th Cir. 2008); *Vigortone AG Products, Inc. v. PM AG Products, Inc.*, 316

Eng verwoben mit der *parol evidence rule* ist das Konzept des *integration contract* bzw. die Idee der *integration clauses*.^{429, 430} *Integration clauses* bestimmen, dass die einzigen Vereinbarungen, die getroffen wurden, die sind, die im Vertrag genannt sind.⁴³¹ Wird von einem *integrated contract* gesprochen, so wird angenommen, dass darin alle Bedingungen vollständig und endgültig vereinbart sind.⁴³² Mündliche Aussagen (*parol evidence*) sind dann zur Bestimmung der Bedingungen nicht zulässig.⁴³³ Die *parol evidence rule* basiert somit auf der Idee, die hinter dem *integrated contract* steht.⁴³⁴ Aufgrund der Lücken, die die *parol evidence rule* lässt bzw. deren Nichtanwendbarkeit, können *integrated clauses* allerdings als (zweite) Absicherung dienen.⁴³⁵ Doch nach überwiegender Ansicht sollen auch

F.3d 641 (7th Cir. 2002); *R. Miller*, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 21 (2019), 533, 552.

⁴²⁹ *Integration clauses* sind unter vielen verschiedenen Bezeichnungen geläufig. So wird auch der Begriff *merger clause* gebraucht: *Abry Partners V, L.P. v. F&W Acquisition, LLC*, 891 A 2d 1032 (Del. Ch. 2006) („so-called merger or integration clauses“); *Sound Techniques, Inc. v. Hoffman*, 737 N.E.2d 920 (Mass. App. Ct. 2000) („commonly referred to as a merger clause, an integration clause, or an exculpatory clause“). Seltener oder außerhalb der USA wird auch von *entire agreement clause* gesprochen: Beispielfhaft *McLauchlan*, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 3 (2013), 521, 521 ff.; *Ogilvie*, *Canadian Bar Review* 87 (2009), 625, 625 ff.

⁴³⁰ Zur engen Verbindung zwischen *parol evidence rule* und *integrated contracts* *Alling v. Universal Manufacturing Corp.*, 7 Cal. Rptr. 2d 718 (Cal. Ct. App. 1992) („The [parol evidence, Anm. d. Autorin] rule derives from the concept of an integrated contract, and is based on the principle that when the parties to an agreement incorporate the complete and final terms of the agreement in a writing, such an ‚integration‘ in fact becomes the complete and final contract between the parties, which may not be contradicted by evidence of purportedly collateral agreements.“). Vgl. auch *Shancker*, *Akron Law Review* 23 (1990), 1, 13f. („The Parol Evidence Rule was developed centuries ago to protect the integrity of written contracts“).

⁴³¹ Vgl. *R. Miller*, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 21 (2019), 533, 551; allgemein auch § 216 R2C, comment e. (S. 140) („Written agreements often contain clauses stating that there are no representations, promises or agreements between the parties except those found in the writing.“). Ein Beispiel für eine mögliche Formulierung findet sich in *Extra Equipamentos E Exportacao Ltde.*, 541 F.3d 719 (7th Cir. 2008) („This Release constitutes the entire agreement between the parties, and this Release supersedes all prior negotiations and agreements between the parties relating to the subject of this Release.“).

⁴³² Zum Begriff des *integrated contract*: *Masterson v. Sine*, 436 P.2d 561 (Cal. 1968) („When the parties to a written contract have agreed to it as an ‚integration‘ – a complete and final embodiment of the terms of an agreement – parol evidence cannot be used to add to or vary its terms.“); § 209 Abs. 1 R2C („An integrated agreement is a writing or writings constituting a final expression of one or more terms of an agreement.“).

⁴³³ *Masterson v. Sine*, 436 P.2d 561 (Cal. 1968).

⁴³⁴ Zum Zweck: *Alling v. Universal Manufacturing Corp.*, 7 Cal. Rptr. 2d 718 (Cal. Ct. App. 1992) („The rule derives from the concept of an integrated contract, and is based on the principle that when the parties to an agreement incorporate the complete and final terms of the agreement in a writing, such an ‚integration‘ in fact becomes the complete and final contract between the parties, which may not be contradicted by evidence of purportedly collateral agreements.“); *Shancker*, *Akron Law Review* 23 (1990), 1, 13f. („The Parol Evidence Rule was developed centuries ago to protect the integrity of written contracts“).

⁴³⁵ *Extra Equipamentos E Exportacao Ltde.*, 541 F.3d 719 (7th Cir. 2008) („To make assurance doubly sure, parties to a written contract commonly include in it an ‚integration‘ clause; for if they do not, the party resisting the invocation of the parol evidence rule can ask the judge to

integration clauses in Bezug auf *fraud* keine Anwendung finden⁴³⁶ oder es wird argumentiert, dass *integration clauses* insofern von vornherein nicht greifen, da sie sich auf Bedingungen beziehen und nicht auf *representations*.⁴³⁷ Manche Gerichte unterscheiden zudem danach, ob die Klausel nur fahrlässige oder auch vorsätzliche Täuschungen erfasst.⁴³⁸ An dieser Stelle soll dies jedoch nicht weiter vertieft werden.

Zentraler für die Debatte um unzulässige Täuschungen ist vielmehr, dass das Konzept der *integrated clauses* auf *representations* (Zusicherungen) übertragen wurde. In diesem Zusammenhang lässt sich daher auch von *representation clauses* sprechen. Eine entsprechende Klausel sieht vor, dass nur solche *representations* gemacht wurden, die im Vertrag genannt werden bzw. dass anderweitige während der Verhandlung gemachte *representations* durch die vertraglichen verdrängt werden.⁴³⁹ Die Klausel zielt damit darauf ab, Rechte wegen *misrepresentations* auszuschließen. *Representation clauses* wirken im Ergebnis jedoch im Fall von *misrepresentations* ebenfalls generell nicht.⁴⁴⁰ Teilweise wird dies damit begründet, dass die Vergangenheit nicht geändert werden kann.⁴⁴¹ Es wird insofern argumentiert, dass einmal getätigte Aussagen nicht ungeschehen gemacht werden können.⁴⁴² Die einzige Möglichkeit soll darin bestehen, Falschaussagen zu korrigieren. Geschieht dies nicht, steht die Falschaussage weiterhin im Raum und kann daher auch nicht verdrängt werden.

Da somit weder *integration clauses* noch *representation clauses* die täuschende Seite effektiv schützen können, werden im US-amerikanischen Raum zusätzlich *non-reliance clauses* diskutiert.⁴⁴³ Darin verspricht eine Seite der anderen, dass sie ausschließlich auf solche Aussagen vertraut, die im schriftlich fixierten Vertrag ent-

consider extrinsic evidence bearing on the question whether the parties really did intend the written contract to be the complete and final articulation of their agreement.“).

⁴³⁶ § 214 R2C, comment c. (S. 134) (in Bezug auf die alternative Bezeichnung *merger clause*). Kronenberg v. Katz, 872 A.2d 568 (Del. Ch. 2004); Sound Techniques, Inc. v. Hoffman, 737 N.E.2d 920 (Mass. App. Ct. 2000). M.w.N: *Lagarias*, Franchise Law Journal 18 (1998), 3, 4; *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 552.

⁴³⁷ Vgl. *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 553 (ohne konkret den Begriff *representation clauses* zu verwenden).

⁴³⁸ *K. Davis*, Valparaiso University Law Review 33 (1999), 485, 490.

⁴³⁹ *Wt Holdings Inc. v. Argonaut Group, Inc.*, 127 A.D.3d 544 (N.Y. App. Div. 2015) („No Additional Representation“ clause that disclaims liability and responsibility for any extra-contractual representation, rendering the fraud claim not viable“).

⁴⁴⁰ *Walid v. Irene Couture, Inc.*, 40 A.3d 85 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2012) („A party perpetrating a fraud may not invoke a general ‚no representation‘ clause to preclude evidence of earlier explicit misrepresentations, if the specific facts misrepresented are peculiarly within that party’s knowledge and were, in fact, intentionally misrepresented.“). Vgl. zu den verschiedenen Begründungen allgemein *K. Davis*, Valparaiso University Law Review 33 (1999), 485, 490.

⁴⁴¹ *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 553.

⁴⁴² *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 553.

⁴⁴³ *Extra Equipamentos E Exportacao Ltda.*, 541 F.3d 719 (7th Cir. 2008) zum Zweck von *non-reliance clauses* („No-reliance clauses serve a legitimate purpose in closing a loophole in contract law“); vgl. zur Funktionsweise solcher Klauseln auch *R. Miller*, University of Pennsylvania Jour-

halten sind.⁴⁴⁴ Auf die restlichen Aussagen darf nicht vertraut werden, sodass hier ein Element für *fraud* fehlen würde.⁴⁴⁵ Ob solche Klauseln vertragliche oder deliktische Ansprüche wegen *fraud* sperren können, ist umstritten. Einige Gerichte lehnen die Anwendbarkeit solcher Klauseln kategorisch ab.⁴⁴⁶ Gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln wird angeführt, dass eine entsprechende vertragliche Vereinbarung gegen die öffentliche Ordnung verstieße.⁴⁴⁷ Teilweise wird in der Literatur argumentiert, dass Urteile, die entsprechende Klauseln als unwirksam einstufen, dies tun, um der gesellschaftlichen Ächtung von Lügen zu entsprechen.⁴⁴⁸ Es wird zudem vorgebracht, dass dies notwendig ist, um der Einheit der Rechtsordnung zu entsprechen, da zumindest *fraud* auch strafrechtlich relevant sein kann.⁴⁴⁹ Es gibt allerdings umgekehrt auch Entscheidungen, die annehmen, dass *non-reliance clauses* Rechte und Ansprüche wegen *fraud* unter mehr oder weniger strengen Einschränkungen ausschließen können.⁴⁵⁰

nal of Business Law 21 (2019), 533, 553. Zum Beispiel Illinois: *Whylic*, Illinois Bar Journal 92 (2004), 536, 536 ff.

⁴⁴⁴ *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 534.

⁴⁴⁵ Mit Blick auf Rule 10b-5 *AES Corp. v. Dow Chemical Co.*, 325 F.3d 174 (3d Cir. 2003) („As we have noted, reliance is an essential element of a Rule 10b-5 claim. It necessarily follows that, if a party commits itself never to claim that it relied on representations of the other party to its contract, it purports anticipatorily to waive any future claim based on the fraudulent misrepresentations of that party.“); *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 540 f.

⁴⁴⁶ *Ong Intern. (USA) v. 11th Ave. Corp.*, 850 P.2d 447 (Utah 1993); *Bridger v. Goldsmith*, 38 N.E. 458 (N.Y. 1894). Die einschlägigen Entscheidungen erläuternd: *Blair*, *Marquette Law Review* 92 (2009), 423, 440 ff.

⁴⁴⁷ § 196 R2C (S. 69) („A term unreasonably exempting a party from the legal consequences of a misrepresentation is unenforceable on grounds of public policy.“). *Bridger v. Goldsmith*, 38 N.E. 458 (N.Y. 1894) („Public policy and morality are both ignored if such an agreement can be given effect in a court of justice. The maxim that fraud vitiates every transaction would no longer be the rule but the exception.“); *K. Davis*, *Valparaiso University Law Review* 33 (1999), 485, 490. Dieses Argument allgemein für alle Vertragsklauseln erwähnend *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 534 („Under the theory that fraud vitiates everything, contractual provisions purporting to limit remedies for fraudulent misrepresentations, including even extra-contractual misrepresentations, were long held unenforceable on public policy grounds.“).

⁴⁴⁸ Diese Argumentationslinie nennend, ohne sie sich zu eigen zu machen *R. Miller*, University of Pennsylvania Journal of Business Law 21 (2019), 533, 534; vgl. auch *K. Davis*, *Valparaiso University Law Review* 33 (1999), 485, 494 ff. *Blair*, *Marquette Law Review* 92 (2009), 423, 465 f. führt aus, dass viele Gerichte solche Klauseln als „licences to lie“ ansehen.

⁴⁴⁹ *K. Davis*, *Valparaiso University Law Review* 33 (1999), 485, 494 f.

⁴⁵⁰ *Harsco Corp. v. Segui*, 91 F.3d 337 (2d Cir. 1991) („where a party specifically disclaims reliance upon a particular representation in a contract, that party cannot, in a subsequent action for common law fraud, claim it was fraudulently induced to enter into the contract by the very representation it has disclaimed reliance upon“). *Abry Partners V, Lp v. F & W Acquis. LLC*, 891 A.2d 1032 (Del. Ch. 2006) („We have honored clauses in which contracted parties have disclaimed reliance on extra-contractual representations, which prohibits the promising party from renegeing on its promise by premising a fraudulent inducement claim on statements of fact it had previously said were neither made to it nor had an effect on it.“). Diese Auffassung wird von *Altmann* als „traditional view“ der *non-reliance clauses* beschrieben: *Altmann*, University of Pittsburgh Law

Neben *non-reliance clauses* werden im Zusammenhang mit *fraud* zudem „*as is*“ *clauses* diskutiert. Unter einer „*as is*“ *clause* wird eine Klausel verstanden, die besagt, dass der Käufer die Kaufsache in dem Zustand erwirbt, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Einigung befindet.⁴⁵¹ Das Risiko für einen Mangel wird dadurch auf den Käufer übertragen.⁴⁵² Es handelt sich folglich primär um einen Gewährleistungsausschluss.⁴⁵³ Das bedeutet zunächst einmal, dass „*as is*“ *clauses* potenziell lediglich in Bezug auf Täuschungen über den Leistungsgegenstand Wirkung entfalten könnten, nicht jedoch mit Blick auf Lügen außerhalb des Leistungsgegenstands, wie sie in dieser Arbeit im Vordergrund stehen. Es ist im Ergebnis nicht ganz eindeutig und wohl von Fall zu Fall verschieden, ob und, wenn ja, wie sich „*as is*“ *clauses* im Fall von *fraud* auswirken.⁴⁵⁴ Teilweise entscheiden die Gerichte, dass Ansprüche wegen *fraud* trotz einer „*as is*“ *clause* geltend gemacht werden können.⁴⁵⁵ Andererseits wird jedoch von den Gerichten auch geurteilt, dass eine „*as is*“ *clause* ausreichend ist, um *fraud* auszuschließen.⁴⁵⁶ Dabei wird die Eigenver-

Review 68 (2007), 747, 752f. Einzelne Entscheidungen erläuternd: *Blair*, *Marquette Law Review* 92 (2009), 423, 445 ff.

⁴⁵¹ „As is“ könnte im Deutschen mit „So wie es ist“ übersetzt werden. Zu „*as is*“ *clauses* *Warner v. Design and Build Homes, Inc.*, 114 P.3d 664 (Wash. Ct. App. 2005) („An ‚as is‘ clause means that the buyer is purchasing property in its present state or condition“). Die Klausel kann auch ohne *as is* formuliert werden, vgl. *Naquin v. Cellio*, No. 02-16-00117-CV (Tex. App. 2017).

⁴⁵² *Prudential Ins. v. Jefferson Associates*, 896 S.W.2d 156 (Tex. 1995); *Olmsted v. Mulder*, 863 P.2d 1355 (Wash Ct. App. 1993) („The term implies that the property is taken with whatever faults it may possess and that the seller or lessor is released of any obligation to reimburse the purchaser for losses or damages that result from the condition of the property.“).

⁴⁵³ § 2-316 (3) (a) UCC („(a) unless the circumstances indicate otherwise, all implied warranties are excluded by expressions like ‚as is‘, ‚with all faults‘ or other language which in common understanding calls the buyer’s attention to the exclusion of warranties and makes plain that there is no implied warranty“); *Southland Corp. v. Ashland Oil, Inc.*, 696 F.Supp. 994 (D.N.J. 1988) („an ‚as is‘ provision is merely a warranty disclaimer and as such precludes only claims based on breach of warranty“). Vgl. die „*as is*“ *clause* in *Prudential Ins. v. Jefferson Associates*, 896 S.W.2d 156 (Tex. 1995) („As a material part of the consideration for this Agreement, Seller and Purchaser agree that Purchaser is taking the Property ‚AS IS‘ with any and all latent and patent defects and that there is no warranty by Seller that the Property is fit for a particular purpose. Purchaser acknowledges that it is not relying upon any representation, statement or other assertion with respect to the Property condition, but is relying upon its examination of the Property. Purchaser takes the Property under the express understanding there are no express or implied warranties [except for limited warranties of title set forth in the closing documents].“).

⁴⁵⁴ *Copland v. Nathaniel*, 624 N.Y.S.2d 514 (N.Y. Sup. Ct. 1995) („Similarly, use of the phrase ‚as is‘ in the contract may or may not bar a claim for fraud in the inducement.“); *Farnsworth (Begr.)*, *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.13, S. 4–61 ff.; vgl. auch *Corbin (Begr.)*, *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.21.

⁴⁵⁵ *Prudential Ins. v. Jefferson Associates*, 896 S.W.2d 156 (Tex. 1995); *George Robberecht Seafood v. Maitland Bros.*, 255 S.E.2d 682 (Va. 1979) („A buyer can show that a contract of sale was induced by the seller’s fraud, notwithstanding the fact the sale was made ‚as is‘“). Siehe bspw. auch *Clark*, *Memphis State University Law Review* 17 (1986), 94, 119ff., die entsprechende Entscheidungen erläutert.

⁴⁵⁶ Grds. für einen Ausschluss: *Bynum v. Prudential Residential Service*, 129 S.W.3d 781 (Tex. App. 2004); *Holbrook v. Capital Automobile Co.*, 142 S.E.2d 288 (Ga. Ct. App. 1965). Siehe bspw.

antwortung des Käufers betont.⁴⁵⁷ Dies soll allerdings nur dann gelten, wenn der Käufer tatsächlich an die Klausel gebunden ist. Hierfür muss die Durchsetzbarkeit der Klausel aufgrund der Gesamtumstände gegeben sein.⁴⁵⁸ Außerdem darf die Klausel als solche nicht schon auf *fraud* beruhen.⁴⁵⁹

12. Zwischenergebnis

Das US-amerikanische Recht zu *misrepresentations* lässt einen weiten Auslegungsspielraum. Bereits ein Blick auf die Restatements (Second) of Contracts and Torts, die in erster Linie der Rechtsvereinfachung dienen, zeigt die tatsächliche Komplexität des Konzepts *misrepresentation* auf.⁴⁶⁰ In der Literatur wird die bestehende Auslegungsproblematik treffend auf den Punkt gebracht:

„The rules governing fraud are quite elastic. Seemingly erratic approaches toward the issues of materiality, reliance, non-disclosure and the fact-opinion distinction often mask appellate judges’ covert imposition of control over the findings of fact of the court below.“⁴⁶¹

So sind z.B. die Anforderungen an den Nachweis der Erheblichkeit (*materiality*) nicht klar umrissen. Das dürfte generell bei den hier betrachteten Täuschungen kein Problem darstellen, da es formal genügt zu belegen, dass die Täuschung arglistig (*fraudulent*) begangen wurde. Dies wird bei den hier untersuchten Bluffs

auch *Clark*, Memphis State University Law Review 17 (1986), 94, 111 ff., die entsprechende Entscheidungen erläutert.

⁴⁵⁷ Vgl. *Bynum v. Prudential Residential Service*, 129 S.W.3d 781 (Tex. App. 2004).

⁴⁵⁸ *Naquin v. Cellio*, No. 02-16-00117-CV (Tex. App. 2017) („When considering the enforceability of an ‚as is‘ clause, courts consider the totality of the circumstances, including (1) the sophistication of the parties and whether they were represented by counsel, (2) whether the contract was an arm’s-length transaction, (3) the relative bargaining power of the parties and whether the contractual language was freely negotiated, and (4) whether that language was an important part of the parties’ bargain as opposed to being a ‚boiler-plate‘ provision“); vgl. auch *Prudential Ins. v. Jefferson Associates*, 896 S.W.2d 156 (Tex. 1995) („We also recognize that other aspects of a transaction may make an ‚as is‘ agreement unenforceable. The nature of the transaction and the totality of the circumstances surrounding the agreement must be considered.“). Auch die Möglichkeit, Nachforschungen zu betreiben, kann ins Gewicht fallen, vgl. *Woodlands Land Dev. Co., LP v. Jenkins*, 48 S.W.3d 415 (Tex. App. 2001) („Nor will a buyer, who is entitled to inspect property, be bound by an ‚as is‘ agreement if the seller’s conduct obstructs the buyer’s inspection.“).

⁴⁵⁹ *Naquin v. Cellio*, No. 02-16-00117-CV (Tex. App. 2017) („Although the clause is enforceable standing alone, Naquin is not bound by the ‚as is‘ clause if she was induced into the contract because of a fraudulent representation or a concealment of information by the Cellios“); *Bynum v. Prudential Residential Service*, 129 S.W.3d 781 (Tex. App. 2004) („There are, however, exceptions to the general rule. A buyer is not bound by an ‚as is‘ clause that is the product of fraudulent representation or concealment of information by the seller“); *Prudential Ins. v. Jefferson Associates*, 896 S.W.2d 156 (Tex. 1995) („A buyer is not bound by an agreement to purchase something ‚as is‘ that he is induced to make because of a fraudulent representation or concealment of information by the seller.“).

⁴⁶⁰ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 992.

⁴⁶¹ *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.24, S. 313. Eine wortgleiche Passage findet sich bei *Corbin* (Begr.), *Corbin on Contracts*, Bd. 7, 2023, § 28.24.

grundsätzlich unterstellt. Die Täuschung muss dann eigentlich nicht auch noch erheblich (*material*) sein.⁴⁶² Gleichwohl wird in der Praxis von den Gerichten oft indirekt der Nachweis der Erheblichkeit verlangt.⁴⁶³ Dies geschieht im Rahmen der Prüfung des „berechtigten Vertrauens“ (*justified reliance*) bzw. der Beleuchtung von *inducement*.⁴⁶⁴ Alternativ wird die Erheblichkeit (*materiality*) teilweise sogar direkt gefordert.⁴⁶⁵ Das Konzept der Erheblichkeit selbst ist dann ebenfalls wieder unscharf (siehe dazu unter 3. Teil, B.II.2.c)) und lässt einen Auslegungsspielraum.

Daneben führt die Abgrenzung von Meinung und Fakten zu unzähligen Problemen (z. B. bei Lügen über den Wert einer Sache). Ferner besteht mit Blick auf die Anforderungen an das berechnete Vertrauen (*justified reliance*) ein nicht unerheblicher Interpretationsspielraum.⁴⁶⁶ So wird *justified reliance* beispielsweise abgelehnt, wenn es lediglich um Bluffs von geringer Bedeutung für den Vertrag⁴⁶⁷ geht. Das kann gerade auch bei Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands der Fall sein. Auf offensichtliche Täuschungen darf regelmäßig ebenfalls nicht vertraut werden.⁴⁶⁸ Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das US-amerikanische Recht im Vergleich zu den anderen in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen das Vertrauendürfen wohl am intensivsten diskutiert. Daneben kann angeführt werden, dass es sich bei der Lüge lediglich um *sales talk* oder *puffery* handelte.⁴⁶⁹ Diese beiden Begriffe sind ebenfalls stark auslegungsbedürftig und stellen eine vielversprechende Argumentation dar, um ein Anfechtungsrecht abzuwehren.⁴⁷⁰

⁴⁶² Vgl. § 164 Abs. 1 R2C. Vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.12, S. 4–57 ff.; Williston (Begr.), Williston on Contracts, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:13; Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.14; Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, S. 293 f.

⁴⁶³ Vgl. statt vieler Crooker v. White, 50 So. 227 (Ala. 1909); Grane v. Grane, 473 N.E.2d 1366 (Ill. App. Ct. 1985); Melvin v. Stevens, 458 P.2d 977 (Ariz. Ct. App. 1969); Monad Eng'g Co. v. Stewart, 78 A. 598 (Del. Super. Ct. 1910); Hoffer, University of Illinois Law Review 115 (2014), 115, 130 (Fn. 94 m. w. N.).

⁴⁶⁴ Vgl. mit Blick auf *justified reliance* Hoffer, University of Illinois Law Review 115 (2014), 115, 130. Zum schwierigen Verhältnis von *materiality* und *justified reliance* auch Sherwin, Loyola of Los Angeles Law Review 36 (2003), 1017, 1020 f.

⁴⁶⁵ Vgl. Perillo, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, S. 297. Vgl. auch zu den Möglichkeiten, *sales talk* aus dem Anwendungsbereich von *misrepresentation* auszunehmen: Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.17.

⁴⁶⁶ Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 887.

⁴⁶⁷ § 164 R2C, comment d. (S. 447): „of only peripheral importance to the transaction“.

⁴⁶⁸ Estate of McKenney, 953 A.2d 336 (D.C. 2008); McGar v. Williams, 26 Ala. 469 (Ala. 1855); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–69 f. A. A. jedoch Beavers v. Lamplighters Realty, Inc., 556 P.2d 1328 (Okla. Civ. App. 1976).

⁴⁶⁹ Hoffman, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1396. Der Autor erläutert, wie *sales talk* als *defense* genutzt wird.

⁴⁷⁰ Dazu, dass *sales talk* grds. keine Täuschung begründen kann: Arnold v. Erkmann, 934 S.W.2d 621 (Mo. Ct. App. 1996); vgl. auch Hoffman, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1396. Der Autor erläutert, wie *sales talk* als *defense* genutzt wird.

Ein Vermögensschaden (*pecuniary loss*) ist im Rahmen der Anfechtung zwar grundsätzlich keine Voraussetzung.⁴⁷¹ Wie bei der Anforderung an die Erheblichkeit scheinen einige Gerichte jedoch auch mit Blick auf die Anfechtung einen Vermögensschaden bzw. einen irgendwie gearteten Nachteil zu verlangen (siehe unter 3. Teil, B.II.6.).⁴⁷² Gerade bei den hier betrachteten Täuschungen lassen sich jedoch Schäden bzw. Nachteile nicht immer einwandfrei belegen, was dann umgekehrt wiederum nicht unbedingt ein Hindernis darstellen muss.⁴⁷³

Das US-amerikanische Recht hält damit gleich einen „bunten Strauß“ an Regelungselementen bereit, um zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, d. h. zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs, zu differenzieren.⁴⁷⁴ Ein Blick in die Literatur zeigt, dass es gar nicht als wünschenswert angesehen wird, alle Täuschungen rechtlich zu erfassen.⁴⁷⁵ Ein „Täuschungsspielraum“ wird somit befürwortet. Das US-amerikanische Recht kann daher als Gegenentwurf zum deutschen Recht mit seiner abstrakten, allgemeinen Regel gesehen werden.⁴⁷⁶ Ohne an dieser Stelle der Analyse der einzelnen Regelungsinstrumente vorweggreifen zu wollen,⁴⁷⁷ kann in Bezug auf das US-amerikanische Recht festgehalten werden, dass es schon aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit nicht als „Vorbildrecht“ für das deutsche Recht dienen kann. Außerdem werden nicht vollumfänglich alle Lügen über den Leistungsgegenstand erfasst (siehe unter 3. Teil, B.II.10. und 11.) und der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ gilt nicht uneingeschränkt. Wie noch zu zeigen sein wird,⁴⁷⁸ ist dies aus wertungsmäßiger Sicht jedoch wünschenswert. Dies schließt aber nicht aus, dass die Diskussionen bezüglich einzelner Aspekte auch für das deutsche Recht bereichernd sein können.

⁴⁷¹ *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, S. 295.

⁴⁷² *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 409. *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, S. 295 führt daher an, dass das Restatement (Second) of Contracts etwas weitergeht als die Rechtsprechung.

⁴⁷³ Siehe insofern die Ausführungen zur Better-offer-Taktik unter 3. Teil, B.II.10.

⁴⁷⁴ Vgl. auch *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 417 („In practice, therefore, express omissions and qualifications of liability are supplemented by unwritten limits on liability for deception.“). Gleichzeitig betonen die Autoren jedoch, dass dies aus ihrer Sicht nicht zu Rechtsunsicherheit führt.

⁴⁷⁵ Siehe z. B. *Hoffman*, Iowa Law Review 91 (2006), 1395, 1398: „punishing all false speech would potentially chill true speech.“. Vgl. auch *White*, American Bar Foundation Research Journal 1980 (1980), 926, 934 („By tolerating exaggeration and puffing in the sales transaction, by refusing to make misstatement of one’s intention actionable, the law may simply have recognized the bounds of its control over human behavior.“).

⁴⁷⁶ So bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 992.

⁴⁷⁷ Siehe dazu im Folgenden unter 3. Teil, C.

⁴⁷⁸ Die wertungsmäßige Betrachtung wird ausführlich im 4. Teil dieses Werks erläutert.

III. Italien

1. Einführung

In Italien wird die arglistige Täuschung, wie sie in Deutschland genannt wird, von Rechtsprechung⁴⁷⁹ und Literatur unter der Bezeichnung *dolo* diskutiert,⁴⁸⁰ was generell mit „Arglist“ übersetzt wird.⁴⁸¹ *Dolo* ist sodann in Art. 1439 codice civile und Art. 1440 codice civile (im Folgenden mit c.c. abgekürzt) geregelt:⁴⁸²

Art. 1439 Abs. 1 c.c.: „Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.“⁴⁸³

Art. 1440 c.c.: „Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni.“⁴⁸⁴

Die Anwendung der italienischen Regeln erfordert im Ergebnis eine vorsätzliche Täuschungshandlung, einen Irrtum beim Getäuschten sowie Kausalität. Im Unterschied zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kann der Getäuschte allerdings nur im Fall von *dolus causam dans* eine Annullierung⁴⁸⁵ des Vertrags erwirken. Voraussetzung ist

⁴⁷⁹ Der italienische Kassationsgerichtshof (Corte Suprema di Cassazione) bildet die höchste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Italien, welche sowohl über Zivil- als auch Strafsachen letztinstanzlich entscheidet. Wird im Folgenden der Cassazione civile zitiert, ist damit der italienische Kassationsgerichtshof in Zivilsachen gemeint.

⁴⁸⁰ Von *Gazzoni* klarstellend auch als *dolo contrattuale* oder *dolo negoziale* bezeichnet, vgl. *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 974; *Sacco/De Nova* verwenden wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffs *dolo* für die arglistige Täuschung den Begriff *raggiro*, vgl. *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 535 f.

⁴⁸¹ https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023). Ebenfalls mit Bezug auf Art. 1439 c.c. den Begriff „Arglist“ verwendend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 765.

⁴⁸² Weitere Normen des codice civile auflistend, die ebenfalls *dolo* regeln: *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315 ff.

⁴⁸³ Deutsche Übersetzung: Die Arglist ist Grund für die Annullierung des Vertrages, wenn die von einer der Vertragsparteien vorgenommenen Täuschungshandlungen derart sind, dass die andere Partei ohne diese den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Übersetzung nach https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁴⁸⁴ Deutsche Übersetzung: Waren die Täuschungshandlungen für die Einwilligung nicht ausschlaggebend, ist der Vertrag gültig, auch wenn er ohne diese zu anderen Bedingungen abgeschlossen worden wäre; die schlechthgläubige Vertragspartei haftet jedoch für die Schäden. Übersetzung nach https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁴⁸⁵ Die italienische Fassung des codice civile verwendet den Begriff *annullamento*. Die für diesen Abschnitt verwendete italienisch-deutsche Fassung des codice civile (vgl. https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf [zuletzt abgerufen am: 19.12.2023]) übersetzt den Begriff zwar mit „Nichtigklärung“, in diesem Abschnitt soll jedoch durchgehend die Bezeichnung „Annullierung“ verwendet werden, um Verwechslungen zwischen *nullità* und *annullabilità*

daher, dass die getäuschte Partei den Vertrag ohne die Täuschung „nicht abgeschlossen hätte“ (Art. 1439 Abs. 1 c.c., siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.6.). Art. 1440 c.c. erläutert entsprechend, dass der Vertrag seine Bestandskraft behält, wenn die Lüge für die Einwilligung nicht ausschlaggebend war und somit *dolus incidens* vorliegt.⁴⁸⁶ In den Fällen des *dolus incidens* wird der Getäuschte auf Schadensersatzansprüche verwiesen.⁴⁸⁷ Art. 1439 Abs. 2 c.c.⁴⁸⁸ regelt zudem die Situation, in der die Täuschung von einem Dritten verübt wird.⁴⁸⁹

Auch wenn die Grundlinien des *dolo* somit eindeutig herausgearbeitet werden können, bleiben die italienischen Vorgaben – ebenso wie die Vorschriften anderer Rechtsordnungen – konkretisierungsbedürftig.⁴⁹⁰ Denn Art. 1439 Abs. 1 c.c. ist ebenso abstrakt gefasst wie die deutsche Vorschrift. Um entscheiden zu können, ob eine konkrete Täuschung zur Annullierung des Vertrags berechtigt oder nicht, ist der Tatbestand zu konkretisieren. Die Erörterung wird zeigen, dass die italienische Regelung des *dolo* zwar gewisse Gemeinsamkeiten mit der deutschen Vorschrift aufweist, im Ergebnis jedoch zugleich erhebliche Unterschiede bestehen.⁴⁹¹ Gerade diese Unterschiede wirken sich auf die hier im Fokus stehende Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen aus.

Eine Gemeinsamkeit zwischen der deutschen und italienischen Regelung besteht beispielsweise darin, dass *dolo* im italienischen Recht ebenfalls im Kontext der Einigungsmängel (*dei vizi del consenso*) diskutiert wird.⁴⁹² Der generelle Unterschied zwischen *dolo* und Irrtum (*errore*) wird in Italien darin gesehen, dass der

zu vermeiden. Siehe zur Differenzierung im italienischen Recht generell Sacco, *Novissimo digesto italiano*, 1965, 455–467.

⁴⁸⁶ Mit Blick auf den Versicherungsvertrag bestehen insofern allerdings Besonderheiten. Aufgrund des Risikos für den Versicherer regelt Art. 1892 c.c., dass dieser auch im Fall von *dolus incidens* die Annullierung des Vertrags verlangen kann. Auf die Besonderheiten beim Versicherungsvertrag wird im Folgenden jedoch ansonsten nicht näher eingegangen. Siehe zu den Besonderheiten der Täuschung durch Verschweigen i.R.d. Versicherungsvertrages allerdings noch näher unter 3. Teil, B.III.9.

⁴⁸⁷ Sacco/*De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 558, 559; Bonilini/*Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 1; C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 623; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Aufl. 1994, S. 445. Vgl. auch allg. Wittwer, *Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht*, 2004, S. 235 f.

⁴⁸⁸ Art. 1439 Abs. 2 c.c.: „Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio.“ Deutsche Übersetzung: „Sind die Täuschungshandlungen von einem Dritten vorgenommen worden, kann der Vertrag für nichtig erklärt werden, wenn sie der Vertragspartei, die daraus Vorteil gezogen hat, bekannt waren.“ Übersetzung nach: https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁴⁸⁹ Siehe dazu auch näher unter 3. Teil, B.III.10.

⁴⁹⁰ Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 765. Sacco/*De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 536 spricht von mehreren ungelösten Problemen.

⁴⁹¹ Rechtsvergleichend zu den italienischen Vorgaben und § 123 BGB: Colombo, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 377.

⁴⁹² Titel der Sezione II (*dei vizi del consenso*): Artt. 1427 bis 1440 c.c.

Irrtum bei *dolo* auf äußeren Umständen beruht, namentlich dem vorsätzlichen Verhalten der anderen Vertragspartei. Die arglistige Täuschung muss daher vorsätzlich⁴⁹³ vom Vertragspartner (oder ggf. einem Dritten) verursacht werden,⁴⁹⁴ während ein Irrtum auch fahrlässig erzeugt oder sogar durch die Unaufmerksamkeit des Irrenden hervorgerufen werden kann.⁴⁹⁵ Da diese hinzutretende Handlung – also die Täuschung – von der Rechtsordnung besonders missbilligt wird, ist die Annullierung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung im Allgemeinen weiter als die normale Irrtumsanfechtung.⁴⁹⁶ Ziel der italienischen Regelungen zu *dolo* ist es zudem, die Entscheidungs- und Verhandlungsfreiheit zu schützen,⁴⁹⁷ was mit dem grundlegenden Telos der deutschen Vorschrift übereinstimmt.⁴⁹⁸ Aus der Struktur der italienischen Vorschrift ergibt sich daher, dass diese – ebenso wie die deutsche Regelung – keinen sanktionierenden Charakter besitzt. Da Bluffs somit nicht generell „bestraft“ werden sollen, eröffnet das italienische Recht Möglichkeiten zur Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen.

Das italienische Recht bezieht die Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. allerdings auf den Vertragsschluss. Das deutsche Recht stellt hingegen auf den Mangel der Willenserklärung ab.⁴⁹⁹ Dies spielt für die hier im Vordergrund stehende Abgrenzung zwischen Täuschungen, die die getäuschte Seite zur Annullierung berechtigen, und solchen, die dies nicht tun, allerdings keine Rolle. Im Folgenden wird dieser Unterschied daher nicht näher thematisiert. Mögliche Schadensersatzansprüche bleiben generell außer Betracht.⁵⁰⁰

⁴⁹³ Dazu näher unter 3. Teil, B.III.3..

⁴⁹⁴ *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 760; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 974.

⁴⁹⁵ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 732. Früher war dies nicht anerkannt. Dazu *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 580. Vgl. auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3 („La differenza ontologica esistente tra la figura dell'errore, in cui la falsa rappresentazione della realtà che inficia il processo di formazione della volontà è endogena alla volontà stessa.“).

⁴⁹⁶ *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 760.

⁴⁹⁷ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I Rn. 8; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 619, 625; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151.

⁴⁹⁸ Die deutsche Vorschrift schützt die Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit. BGH NJW 1988, 2599, 2601; Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 465); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 5 ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1, 49; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Köbler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1.

⁴⁹⁹ Zur deutschen Vorschrift näher unter 2. Teil, B.I.1.

⁵⁰⁰ Darauf wird nur kurz unter 3. Teil, B.III.12. eingegangen.

2. Täuschungshandlung und Täuschung

Art. 1439 Abs. 1 c.c. erfordert seinem Wortlaut nach „vorgenommene Täuschungshandlungen“ (*i raggiri usati*) durch eine der Vertragsparteien. Das bedeutet nach italienischem Verständnis, dass ein „böswilliges Verhalten“ (*condotta maliziosa*⁵⁰¹) durch den Täuschenden vorausgesetzt wird. Dieses „böswillige Verhalten“, muss in einer Täuschungshandlung bestehen, welche beim Vertragspartner eine Fehlvorstellung von der Wirklichkeit erzeugt.⁵⁰² Art. 1439 Abs. 1 c.c. erfasst nach heutigem Verständnis aktive und passive Täuschungen, d.h. Täuschungen durch aktives Verhalten (*dolo commissivo*) und Täuschungen durch Verschweigen (*dolo omissivo*).⁵⁰³ Somit können (mittlerweile) auch Bluffs durch Verschweigen eine Annullierung des Vertrags rechtfertigen. Ebenso wie im Rahmen der Erörterung der anderen Rechtsordnungen wird letzterer Aspekt hier jedoch ausgeklammert, da sich dieses Werk auf aktive Lügen konzentriert. Die Besonderheiten werden daher nur kurz unter 3. Teil, B.III.9. angesprochen.

Die Täuschung muss sich – wie in Deutschland – auf nachprüfbare Tatsachen (*fatti*) beziehen.⁵⁰⁴ Gelogen wird insofern insbesondere über vergangene oder gegenwärtige Aspekte. In der Literatur finden sich Hinweise darauf, dass falsche Aussagen über zukünftige Aspekte unter Umständen ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 1439 c.c. fallen können.⁵⁰⁵ Aussagen über vage Umstände genügen hingegen grundsätzlich nicht.⁵⁰⁶ Dasselbe soll für ungenaue, zweifelnde und unsichere Aussagen gelten.⁵⁰⁷ Das Problem von Täuschungen über Meinungen und Intentionen wird hingegen in der italienischen Literatur anscheinend nicht explizit thematisiert. Solange eine Person eine Meinung vertritt bzw. eine gewisse Intention besitzt, kann – wie bereits mit Blick auf das deutsche Recht ausgeführt – aber im Ergebnis keine Täuschung vorliegen. Denn eine Meinung oder Intention kann nicht „richtig“ oder „falsch“ sein. Fraglich bleibt durch die fehlende Diskussion in der Literatur und der Rechtsprechung jedoch, wie das italienische Recht

⁵⁰¹ Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 1.

⁵⁰² Cassazione civile 23.6.2015, n. 12892; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 1; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 319.

⁵⁰³ Cassazione civile 02.02.2012, n. 1480; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 1, Abschnitt II. Rn. 4; *Antoniolli*, Principles of European Contract Law and Italian Law, 2005, Art. 1439 Rn. 2.

⁵⁰⁴ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 326. *Cavallo Borgia* in: Galgano, Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 461.

⁵⁰⁵ M.E. so C. Bianca, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 620 („Il dolo può riguardare anche la convenienza del contratto, facendo credere alla vittima, ad es., di poter trarre dalla prestazione un utile non corrispondente alla realtà [come nel caso di raggiro sul valore del bene].“).

⁵⁰⁶ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 326; *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 461 f.

⁵⁰⁷ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 461 f. („imprecisa, dubitativa o incerta“).

Bluffs über Meinungen oder Intentionen, d. h. insgesamt über sog. „innere Tatsachen“, bewerten würde.

Es kann in Italien sowohl durch Worte als auch durch Handlungen geblufft werden.⁵⁰⁸ Grundsätzlich können Irreführungen im Ergebnis mit allen tauglichen Mitteln begangen werden.⁵⁰⁹ Die Rechtsprechung und das Schrifttum verlangten früher allerdings ausgeklügelte Täuschungsmanöver im Rahmen von Art. 1439 Abs. 1 c.c.. Einfache Lügen genügten daher nach traditionellem italienischem Verständnis noch nicht zur Annullierung des Vertrags.⁵¹⁰ Arglist wurde nach dieser Ansicht nur dann angenommen, wenn die Täuschung als Teil eines komplexeren Verhaltens anzusehen war, das sich durch Böswilligkeit und List (*malizie ed astuzie*) auszeichnete.⁵¹¹ Entsprechend komplexe Täuschungsmanöver werden in der Literatur auch als Machenschaften (*macchinazioni*⁵¹²) oder Inszenierungen (*messinscene*⁵¹³) bezeichnet.⁵¹⁴ Ein Täuschungsmanöver liegt beispielsweise vor, wenn sich bei einer Auftragsvergabe mehrere Unternehmen abstimmen und hohe Angebote abgeben, obwohl in Wahrheit nur eines der Unternehmen Interesse an dem Auftrag hat. Dieses Unternehmen, bietet seine Leistungen dann zu etwas besseren Konditionen als die anderen Unternehmen an.⁵¹⁵ Teils wird sogar heute noch in der Literatur vertreten, dass die Täuschung für eine Annullierung des Vertrags wegen Arglist Teil eines solchen trügerischen Gesamtzusammenhangs darstellen muss.⁵¹⁶ Die hohen Anforderungen, die durch den Bezug auf Täuschungsmanöver gestellt wurden (bzw. teils noch gestellt werden), gerieten jedoch im Laufe der Zeit zunehmend in die Kritik. Nach und nach wurde somit verstärkt diskutiert, ob ein-

⁵⁰⁸ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 1 („con parole o con fatti“).

⁵⁰⁹ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 1; *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 523 f.

⁵¹⁰ Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718 mit Verweis auf zahlreiche Urteile, z. B. Cassazione civile 18.01.1979, n. 363; Cassazione civile 06.02.1982, n. 683; Cassazione civile 12.01.1991, n. 257; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 150; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 332 f.; *Funaioli* in: Enciclopedia del diritto, Bd. 13, 1964, S. 739, 745 f. Vgl. in der deutschsprachigen Literatur *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 765 (der auch darauf hinweist, dass Italien insofern der damaligen französischen Rechtsprechungstradition folgte) mit Verweis auf *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 162 und den Begriff des „complesso di mise en scène“.

⁵¹¹ Zuletzt Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718 mit Verweis auf zahlreiche Urteile, z. B. Cassazione civile 18.01.1979, n. 363; Cassazione civile 06.02.1982, n. 683; Cassazione civile 12.01.1991, n. 257. Die Rechtsprechung verlangte zudem, dass das fragliche Verhalten auf eine Täuschung abzielte und auch zur Täuschung geeignet war.

⁵¹² Vgl. *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761.

⁵¹³ Vgl. *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 370.

⁵¹⁴ *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 150 spricht von einem Komplex aus Manövern und Kunstgriffen („complesso di manovre e di artifizii“).

⁵¹⁵ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761 f.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 765.

⁵¹⁶ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 1, 6.

fache Lügen⁵¹⁷ ebenfalls einen Grund für die Annullierung darstellen können.⁵¹⁸ Diese Ansicht setzte sich dann mit der Zeit durch. Heute lässt die h. M. in der Literatur daher einfache Lügen i. R. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. – zumindest prinzipiell – genügen.⁵¹⁹ Ferner lassen sich gerade in der Rechtsprechung zahlreiche Urteile finden, die die Möglichkeit der Annullierung bei „einfachen“ Lügen nun anerkennen.⁵²⁰ Doch auch wenn damit einfache Lügen nach heute h. A. nicht vom Anwendungsbereich des Art. 1439 Abs. 1 c.c. ausgeschlossen werden, so zeigen die einschlägigen Urteile doch, dass im Fall von einfachen Lügen die weiteren Voraussetzungen oftmals strenger geprüft werden.⁵²¹ Die Öffnung für einfache Lügen korrespondiert somit regelmäßig mit „Einschränkungen“ bei den anderen Tatbestandsmerkmalen. Konkret bedeutet dies, dass vor allem an den Nachweis der

⁵¹⁷ Für einfache Lügen werden unterschiedliche Begriffe verwendet: *Semplice menzogna* (Cassazione civile 11.07.2014, n. 16004; Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 369; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 542); *il mendacio* (*Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 6; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 332; *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 162); *allegatio falsi* (*Trabucchi*, Il dolo, 1937, S. 522).

⁵¹⁸ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 766.

⁵¹⁹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761 f.; *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 523 f.; *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), Codice Civile, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 370 ff.; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 542; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 328; *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 461 f. Zur italienischen Diskussion auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 766 (der ebenfalls davon ausgeht, dass auch die Annullierung wegen einfacher Lügen heute anerkannt ist).

⁵²⁰ Cassazione civile 11.07.2014, n. 16004: „anche le semplici menzogne che abbiano avuto un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte possono essere causa di annullamento del contratto.“; Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955: „Ne consegue che non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma si richiedono artifici o raggiri, od anche semplici menzogne“; Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955: „ma si richiedono artifici o raggiri, od anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultimo.“; Cassazione civile, 06.11.1982, n. 5858, Il Foro Italiano 1982, 1162: „Gli estremi essenziali del dolo, ai fini dell'annullamento del contratto, si concretano [...] in raggiri o artifici, o anche semplici menzogne, che riguardino circostanze determinative della volontà del contraente medesimo.“; Cassazione civile 24.03.1968, n. 1573: „va rilevato che anche la semplice menzogna o la sola reticenza possono costituire comportamento doloso quando siano servite ad occultare un fatto che, se conosciuto dall'attore contraente, ne avrebbe determinato diversamente la volizione.“.

⁵²¹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 762 spricht im Rahmen von einfachen Lügen allgemein von einer „strengen Überprüfung der Voraussetzungen“ („la possibilità che la semplice menzogna rilevi come dolo, salvo precisare subito dopo che si esige a tal fine la rigorosa verifica di requisiti stringenti“); ebenso *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 541, der aufzeigt, dass die Rechtsprechung bei einfachen Lügen höhere Anforderungen an die anderen Voraussetzungen stellt („ma poi, in casi siffatti, richiama con maggiore energia gli ulteriori requisiti della intenzionalità, della idoneità della condotta a ingenerare l'inganno, nonché il nesso causale fra la falsa rappresentazione e la determinazione volitiva del contraente ingannato.“).

Kausalität in solchen Fällen oftmals höhere Anforderungen gestellt werden.⁵²² *Roppo* kommt daher beispielsweise zu dem Schluss, dass die Annullierung wegen einfacher Lügen trotz der Ausdehnung des Art. 1439 Abs. 1 c.c. eher die Ausnahme bleibt.⁵²³ Bereits diese Debatte zeigt, dass in Italien viel stärker als in Deutschland um die Abgrenzung zwischen solchen Täuschungen, die zur Nichtigkeit des Vertrags führen können, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, gerungen wird.

Die einschränkende Handhabung von *dolo* wird auch dadurch ersichtlich, dass Lügen insbesondere dann als Täuschung i.S.d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. angesehen werden können sollen, je mehr Vertrauen in solche Aussagen bzw. Handlungen gewöhnlich gesetzt wird.⁵²⁴ So wird z.B. ein besonderes Vertrauen hervorgerufen, wenn es um buchhalterische Angaben geht. Gleiches gilt für Angaben, die die Finanz- und Wirtschaftssituation eines Unternehmens darstellen.⁵²⁵ Es kann an dieser Stelle nur vermutet werden, dass bei einigen der hier im Vordergrund stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (z.B. „Freundschaftspreis“, Rückflugtermine, die Vorrätigkeit eines Produkts auf Lager etc.) in Italien wohl davon ausgegangen werden würde, dass in solche Aussagen grundsätzlich kein besonderes Vertrauen gesetzt wird.⁵²⁶ Bei anderen Angaben (z.B. sehr konkrete Konkurrenzangebote) erscheint es hingegen nicht ausgeschlossen, dass auf sie besonders vertraut wird.

Vereinzelt lassen sich Aussagen dazu finden, dass psychologische Beeinflussungen für *dolo* nicht genügen sollen.⁵²⁷ Für die hier betrachteten Täuschungstaktiken, die auf Effekten der *behavioral economics* beruhen, könnte dies bedeuten, dass sie auch aus diesem Grund vom Anwendungsbereich des Art. 1439 Abs. 1 c.c. ausgenommen sein könnten. Wie unter 2. Teil, A.VI.2. erläutert, beruht z.B. die Tak-

⁵²² So auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S.766; *Galgano*, Trattato diritto civile, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, S.416; vgl. auch *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 371 f. *Gaudino* sieht in den Urteilen, die noch an der alten Sichtweise festhielten, ein Vorgehen, was der heutigen Ansicht im Prinzip entspricht. Seiner Analyse nach scheiterte *dolo* letztlich nicht wegen des Fehlens von Manövern. Die Autorin dieses Werkes geht davon aus, dass durch das Aufstellen des zusätzlichen Erfordernisses eines zur Lüge hinzutretenden „Mehrers“ vor allem die Notwendigkeit des Kausalzusammenhangs zwischen Täuschung und Vertragsschluss beschrieben wurde.

⁵²³ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S.762 („e così far capire che l'eventualità è contemplata come rara eccezione più che come regola.“).

⁵²⁴ Cassazione civile 11.07.2014, n. 16004; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 6.

⁵²⁵ Cassazione civile 11.07.2014, n. 16004: „il dolo che è causa di annullamento del contratto [...] può consistere anche in dichiarazioni menzognere (c.d. mendacio), in quanto tali potenzialmente idonee ad integrare raggiri, tanto più rilevanti quanto maggiore è l'affidabilità intrinseca degli atti utilizzati (come quelli contabili destinati a rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria di una società)“.

⁵²⁶ Die Autorin konnte keine expliziten Aussagen zu den genannten Taktiken finden.

⁵²⁷ Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955: „Ne consegue che non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente“; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 1.

tik der kleinen Menge auf dem *scarcity effect* und dem *bandwagon effect*.⁵²⁸ Die Similar-to-me-Taktik basiert wiederum auf dem Similar-to-me-Effekt (siehe bereits unter 2. Teil, A.VI.1.).⁵²⁹ Andere Taktiken, wie z.B. die Better-offer-Taktik und das Vorbringen einer falschen Rechtsansicht, stützen sich hingegen nicht auf psychologische Beeinflussungen.

Daneben wird zudem vertreten, dass sich *dolo* und Betrug ihrer Struktur nach sowie im Hinblick auf die Intensität der jeweiligen Handlung nicht unterscheiden,⁵³⁰ was ebenfalls dafür spricht, dass einige Täuschungen im Rahmen von Art. 1439 Abs. 1 c.c. als zulässig angesehen würden. Generell soll einer Ansicht im Schrifttum nach die Annullierung ausgeschlossen sein, wenn das eingesetzte Mittel nicht dazu geeignet ist, einen vernünftigen Vertragspartner zu täuschen.⁵³¹ Dieser Aspekt wird oft mit einer Diskussion um die Eigenverantwortung des Getäuschten und der Debatte um *dolus bonus* und *dolus malus* verknüpft. Denn verlangt wird regelmäßig, dass das Verhalten objektiv dazu geeignet ist, einen Menschen von normalem Verstand zu täuschen.⁵³² Diese beiden Aspekte werden hier gesondert unter 3. Teil, B.III.7. und 3. Teil, B.III.8. diskutiert.

3. Vorsatz

Nach (noch) h.M. bzw. traditioneller Ansicht findet Art. 1439 Abs. 1 c.c. nur dann Anwendung, wenn dem Täuschenden *animus decipiendi*,⁵³³ also Vorsatz,⁵³⁴ nach-

⁵²⁸ Siehe zu den Effekten von *scarcity* auf Verbraucher Teubner/Graul, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.; vgl. auch Martini/Kramme/Seeliger, *VuR* 2022, 123, 123 f. Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend Leibenstein, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183 ff. Zu *popularity cues* und ihren Effekten Teubner/Graul, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.

⁵²⁹ Zur Similar-to-me-Taktik siehe Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 349.

⁵³⁰ *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt III. Rn. 1. Generell dazu, dass *dolo* dem Betrug entspricht *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1. Vgl. Auch *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 762.

⁵³¹ Die Geeignetheit nennend und die unterschiedlichen Ansichten präsentierend *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1 und insbesondere 4 m. w. N.

⁵³² *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767.

⁵³³ Cassazione civile, 11.07.2014, n. 16004; Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 5; *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 324; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2; *Gaudino*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 368 spricht insofern von der „traditionellen Ansicht“.

⁵³⁴ *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 4 („l'elemento della specifica intenzione“); *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 766 („raggiro intenzionale“); *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2; *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 150, 153; vgl. auch *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 781; *Antoniolli*, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005, Art. 1439 Rn. 3 (bezeichnet dies als „traditionelle Ansicht“).

gewiesen werden kann. Es muss dem Lügner somit zum einen das Bewusstsein, den Vertragspartner zu täuschen, nachgewiesen werden können. Das heißt, der Lügner muss wissen, dass seine Aussage falsch ist. Zum anderen muss dem Täuschenden bewusst sein, dass der Bluff einen Irrtum beim Verhandlungspartner hervorrufen und dadurch den Vertragsschluss beeinflussen kann.⁵³⁵ Eine – wenn auch grob fahrlässige – Täuschung reicht danach hingegen nicht aus, um eine Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. zu rechtfertigen.⁵³⁶ *Dolus eventualis* genügt jedoch für eine Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c.⁵³⁷ Generell wird diese Voraussetzung von der italienischen Rechtsprechung allerdings recht großzügig gehandhabt.⁵³⁸

Eine im Vordringen befindliche Ansicht⁵³⁹ in der Literatur vertritt zudem die Ansicht, dass eine fahrlässige Täuschung für die Annullierung des Vertrags gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. ebenfalls genügen sollte.⁵⁴⁰ Insofern wird von *dolo colposo* gesprochen.⁵⁴¹ Begründet wird dies einerseits mit den Interessen- und Risikosphären der Parteien. Danach soll die Partei, die fahrlässig täuscht, die damit verbunde-

⁵³⁵ Cassazione civile 04.07.1981, n. 4383; Cassazione civile 12.02.2003, n. 2104 („è necessaria la conoscenza da parte dell'agente delle false rappresentazioni che si producono nella vittima ed il convincimento che sia possibile determinare con artifici, menzogne o raggiri, inducendola specificamente in inganno“); Cassazione civile 04.07.1981, n. 4383. Siehe auch C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 5; *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 352; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1 f.

⁵³⁶ *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2. Nach dieser Ansicht kommt dann lediglich ein Schadensersatzanspruch gem. Art. 2043 bzw. Art. 1337 c.c. in Betracht, vgl. *Lambrini*, *Dolo generale e regole di correttezza*, 2010, S. 119. Kritisch in Bezug auf die Notwendigkeit des Vorsatzes auf die Beeinflussung des Vertragsschlusses: *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 537 ff.

⁵³⁷ *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 781; *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 150. Vgl. auch *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 461 f. (der dies allerdings daraus schließt, dass unsichere, zweifelnde Aussagen nicht von der Vorschrift erfasst sind).

⁵³⁸ So *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 781. Mit Blick auf Werbung siehe auch *Criscuoli* in: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto – Diritto civile*, Bd. 1, 1970, S. 301, 355 („quanto meno, con la speranza che l'inganno non si verifichi: altrimenti non ci sarebbe alcuna ragione logica e plausibile dell'uso della stessa réclame.“).

⁵³⁹ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 766 („Ma guadagna consensi l'opinione contraria.“).

⁵⁴⁰ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 766 f.; *Corsaro*, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, 1979, S. 151 f.; ausführlich zu den Ursachen des Meinungsstreits *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 537 ff. Die Autoren vertreten die Ansicht, dass die Vorschrift offen formuliert ist und damit dem Rechtsanwender die Freiheit lässt, auch fahrlässige Täuschungen genügen zu lassen. Den Meinungsstand auf Deutsch aufbereitend *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 781 f.; vgl. auch *Sacco* in: *Vasalli* (Hrsg.), *Trattato di diritto civile*, Vol. 6, Bd. 2, 1975, S. 326.

⁵⁴¹ *Colombo*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 384; *Lambrini*, *Dolo generale e regole di correttezza*, 2010, S. 117 ff.; *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 537 und *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 351 sprechen von *raggiro colposo*.

nen Konsequenzen tragen und nicht die schuldlos getäuschte Partei.⁵⁴² Andererseits werden auch ansonsten bestehende Systemunstimmigkeiten angeführt. Denn andere Rechtsnormen (wie beispielsweise Art. 1892 Abs. 1 c.c.) erfordern keinen Vorsatz, sondern lediglich ein grob fahrlässiges Verhalten.⁵⁴³ Dem wird wiederum entgegengehalten, dass es sich bei Art. 1892 Abs. 1 c.c. um eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmebestimmung handelt⁵⁴⁴ und eine Erweiterung zudem umgekehrt zu Systemunstimmigkeiten mit dem Irrtumsrecht führen würde.⁵⁴⁵

Die Erfassung fahrlässiger Täuschungen im Rahmen von Artt. 1439, 1440 c.c. würde den praktischen Anwendungsbereich der Vorschriften erweitern, da die meisten Täuschungen im Rahmen von Vertragsverhandlungen zwar wohl vorsätzlich erfolgen,⁵⁴⁶ aber der getäuschten Seite im konkreten Fall dennoch der Nachweis des Vorsatzes teilweise schwerfallen mag.⁵⁴⁷ Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Artt. 1439, 1440 c.c. auf fahrlässige bzw. grob fahrlässige Täuschungen wurde von der Rechtsprechung jedoch bislang nicht verstärkt aufgegriffen.⁵⁴⁸ Zu bedenken ist allerdings, dass das Vorsatzerfordernis von der italienischen Rechtsprechung bereits wohl jetzt schon recht großzügig gehandhabt wird.⁵⁴⁹ Obwohl diese Interpretation den Anwendungsbereich der Vorschriften im Ergebnis erweitern würde, wirkt sie sich nicht direkt auf die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen bezogen auf den Täuschungsgegenstand aus. In diesem Werk geht es zudem ausschließlich um Täuschungen, die vorsätzlich begangen werden.

⁵⁴² *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 538.

⁵⁴³ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 766; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 541.

⁵⁴⁴ Zur Diskussion *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 782; *Roppo* und *Sacco/De Nova* sehen das Bestehen von Ausnahmeregelungen hingegen wiederum als einen wertvollen Hinweis dafür an, dass die Bejahung der Annullierung wegen fahrlässiger Täuschung der gesetzgeberischen Richtung entspricht, vgl. *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 541 bzw. diese zumindest nicht systemwidrig ist, vgl. *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 766.

⁵⁴⁵ *Colombo*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1993, 347, 386 („Si tenga poi presente che, ove venisse accolta la nozione di dolo colposo, si potrebbe verificare una sovrapposizione inutile fra le norme in tema di dolo e quelle detatte per l'errore.“); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 782.

⁵⁴⁶ Siehe dazu, dass Lügen in unternehmerischen Verhandlungen generell zum eigenen Vorteil eingesetzt werden auch unter 2. Teil, A.IV.

⁵⁴⁷ Zu den Problemen des Nachweises *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 541, die dies als Argument für diese Ansicht anführen.

⁵⁴⁸ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 782; laut *Lambrini* wird der *dolo colposo* von der Rechtsprechung (und der h.M.) immer noch als zu „revolutionär“ (*rivoluzionaria*) empfunden, vgl. *Lambrini*, Dolo generale e regole di correttezza, 2010, S. 118.

⁵⁴⁹ So *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 781. Mit Blick auf Werbung siehe auch *Criscuoli* in: Studi in onore di Gioacchino Scaduto – Diritto civile, Bd. 1, 1970, S. 301, 355 („quanto meno, con la speranza che l'inganno non si verifichi: altrimenti non ci sarebbe alcuna ragione logica e plausibile dell'uso della stessa réclame.“).

4. Schaden und Schädigungsabsicht

Im Rahmen von Art. 1439 Abs. 1 c.c. wird von der h.M. weder ein Schaden auf Seiten des Getäuschten,⁵⁵⁰ noch Schädigungsabsicht (*animus nocendi*) auf Seiten des Täuschenden gefordert.⁵⁵¹ Gleichzeitig bedarf es keines besonderen Vorteils, den der Täuschende aus der Lüge zieht,⁵⁵² da das Gesetz auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Getäuschten ausgerichtet ist.⁵⁵³ Das bedeutet im Ergebnis, dass das Gesetz nicht verlangt, dass ein finanzieller Schaden vorliegen oder dass der Täuschende einen finanziellen Vorteil im Auge gehabt haben muss. Zur Diskussion um den Vorteil im Fall der Täuschung durch einen Dritten siehe näher unter 3. Teil, B.III.10. Wie in Deutschland kann damit theoretisch auch dann eine Annullierung verlangt werden, wenn die Lüge nur „zum Besten“ des Getäuschten erfolgte.⁵⁵⁴ Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland wird die Annullierung dann allerdings wohl regelmäßig an einer der anderen Voraussetzungen scheitern (z. B. am Erfordernis des *dolus causam dans*). Daher ist dies eher eine theoretische als eine praktisch relevante Frage. Außerdem wird teilweise vertreten, dass das Vorliegen eines Schadens den Vorsatz offenbart.⁵⁵⁵ Nach hier vertretener Ansicht werden auf diese Weise Vorsatz und Schaden verknüpft, was tendenziell zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm führen würde.

5. Irrtum des Getäuschten

Mit der Täuschungshandlung durch den Täuschenden auf der einen Seite muss auf der anderen Seite ein Irrtum des Getäuschten korrespondieren.⁵⁵⁶ Wird durch die Lüge kein Irrtum erzeugt, da z. B. die andere Seite die wahre Sachlage kennt oder

⁵⁵⁰ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 328; *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; vgl. auch *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151, welcher zudem meint, dass ein „moralischer Schaden“ („un danno morale“) genügt und insofern historische Gegenstimmen nennt.

⁵⁵¹ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 150; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 781.

⁵⁵² Der Vorteil wird in Italien im Rahmen der Täuschung durch einen Dritten diskutiert, siehe z. B. *Colombo*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni 1993, 347, 376 f.

⁵⁵³ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 8; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 619, 625; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151.

⁵⁵⁴ *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 150; *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2.

⁵⁵⁵ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 324 („Ancora, la presenza di un danno potrà essere valutato come elemento rivelatore della volontà di raggirare.“).

⁵⁵⁶ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 7; *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 440 f.; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 536.

die Lüge nicht glaubt, kommt eine Annullierung des Vertrags bereits aus diesem Grund nicht in Frage (und nicht aufgrund mangelnder Kausalität, dazu gleich unter 3. Teil, B.III.6.).⁵⁵⁷

Nicht unproblematisch ist die Frage, ob jeder Irrtum zur Anfechtung genügt. Nach heute h. M. in der Literatur rechtfertigt jeder Irrtum eine Annullierung des Vertrags.⁵⁵⁸ Der Irrtum muss sich nach Ansicht der Literatur also nicht auf wesentliche Tatsachen i. S. d. Art. 1429 c.c. beziehen. Ein Irrtum über Motive, Gründe, Bedingungen, Elemente und Wirkungen reicht danach ebenfalls aus. Dies ist ein großer Unterschied zum Irrtumsrecht, bei dem eine Annullierung nur bei bestimmten Irrtümern in Frage kommt.⁵⁵⁹ Die Arglistanfechtung reicht nach h. M. in der Literatur somit generell weiter als die Irrtumsanfechtung.⁵⁶⁰ Die Rechtsprechung zu diesem Aspekt ist hingegen nicht so eindeutig. So wird teilweise entschieden, dass sich der Irrtum bei *dolo* ebenfalls auf wesentliche Tatsachen i. S. d. Art. 1429 c.c. erstrecken muss.⁵⁶¹ Nach dieser Rechtsprechung ist somit eine An-

⁵⁵⁷ *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 557 hält allgemein fest: „Non c'è raggiro so non c'è errore della vittima.“

⁵⁵⁸ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441; *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 620; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 7; *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 581; *Ferrara*, *Teoria dei contratti*, 1940, S. 162; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 760; *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1; vgl. auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3; *Antoniolli*, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005, Art. 1439 Rn. 1; *Corsaro*, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, 1979, S. 146, 149f. Vgl. auch *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441 sowie *Galgano*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 379f., welcher seine Meinung änderte, denn in einer vorherigen Auflage ging er noch von der Voraussetzung eines wesentlichen Irrtums aus, vgl. *Galgano*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2, Bd. 1, 1990, S. 300; *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 557 verweist darauf, dass es „unerklärlicherweise“ („inspiegabilmente“) dennoch Rechtsprechung gibt, die nur wesentliche Irrtümer genügen lässt.

⁵⁵⁹ Cassazione civile 01.05.1925, n. 1732. Vgl. auch *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 760; *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441; *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 151 („il dolo manifesta i suoi effetti come un allargamento dell'errore“). Ähnlich auch *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 557; siehe für die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung statt vieler *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 574 ff.

⁵⁶⁰ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441.

⁵⁶¹ Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955: „Gli artifici o raggiri, infatti, determinando la volontà del contraente, in quanto ingenerano nel deceptus una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore essenziale, ai sensi dell'art. 1429 c.c.“; Cassazione civile 25.05.2006, n. 12424; Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; Cassazione civile 23.06.2015, n. 12892: „il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, [...] abbiano ingenerato nel deceptus una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.“. *Santoro-Passarelli*, *Dottrine generali del diritto civile*, 9. Aufl. 1971, S. 160; so auch früher in der Literatur *Galgano*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2, Bd. 1, 1990, S. 300.

nullierung des Vertrags gem. Art. 1439 Abs. 1. c.c. bei Irrtümern über unwesentliche Tatsachen nicht zulässig. Dieses Verständnis schränkt den Anwendungsbereich der Vorschrift noch weiter ein. Es lassen sich jedoch umgekehrt auch Urteile finden, die mit der h.M. in der Literatur übereinstimmen und daher Irrtümer bezüglich unwesentlicher Aspekte genügen lassen.⁵⁶²

Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern ist allerdings auch dann von Bedeutung, wenn man annimmt, dass Art. 1439 Abs. 1. c.c. beide Aspekte umfasst. Denn im Fall von unwesentlichen Irrtümern ist dann der Nachweis erforderlich, dass der Irrtum kausal für den Vertragsschluss war (zur Kausalität sogleich unter 3. Teil, B.III.6.).⁵⁶³ Bei wesentlichen Irrtümern wird der Kausalzusammenhang hingegen vermutet (siehe zur Beweislast und dieser Thematik näher auch unter 3. Teil, B.III.11.).⁵⁶⁴ Die Annullierung wegen arglistiger Täuschung hat damit nach h.M. zwar einen weiteren Anwendungsbereich als die normale Annullierung wegen Irrtums. Gerade bei kleineren Täuschungen (sowohl bezogen auf den Vertragsgegenstand als auch außerhalb des Vertragsgegenstands) mag es der getäuschten Seite allerdings schwerfallen, den Kausalitätsnachweis zu führen, sodass eine Annullierung dann leicht ausscheiden kann, sofern es sich um einen unwesentlichen Irrtum handelt.

Ein Beispielfall mag die Problematik verdeutlichen: Mitte Juni 1992 erwarb ein Fußballfan von der Torino Calcio s.p.a. eine Dauerkarte für die Fußballsaison 1992–93 zum Preis von 550.000 Lire. Der Fußballfan gab an, die Dauerkarte erworben zu haben, da der Präsident des Fußballclubs zuvor angekündigt hatte, dass ein zentraler Spieler des Teams (*Giancarlo Lentini*) nicht an einen anderen Verein verkauft werden würde und daher mit Sicherheit auch in der Saison 1992–93 in Turin spielen werde. Ende Juni stellte sich jedoch heraus, dass besagter Spieler bereits im April 1992 an Milano Calcio verkauft worden war. Im konkreten Fall ist der Irrtum über den Verkauf eines Spielers als Motivirrtum und damit als unwesentlicher Irrtum i.S.d. italienischen Rechts zu bewerten. Die vom Fußballfan ver-

⁵⁶² Cassazione civile 20.02.2014, n. 4065: „sono sufficienti a dimostrare l’esistenza del principio secondo cui il dolo è un vizio che conduce all’annullamento del negozio quale che ne sia l’oggetto“; bzgl. Motiven auch Cassazione civile 26.01.1995, n. 975: „potendo questo (ove determinante del consenso) anche incidere sui motivi“; vgl. Insofern auch Cassazione civile 01.05.1925, n. 1732: „il dolo, quale volontaria provocazione di un errore, ha importanza in quanto dà conseguenze ad un errore che di per sè non ne porterebbe; sotto questo aspetto, anche se l’errore è di quelli che sono, come tali giuridicamente irrilevanti (come nella specie errore sui motivi), acquista efficacia in quanto prodotto da dolo“. *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 557 verweist darauf, dass es „unerklärlicher Weise“ („inspiegabilmente“) dennoch Rechtsprechung gibt, die nur wesentliche Irrtümer genügen lässt.

⁵⁶³ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441.

⁵⁶⁴ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1; *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 379.

langte Annullierung gem. Art. 1439 c.c. wurde in erster Instanz zunächst abgelehnt. Der Kassationsgerichtshof hob das Urteil jedoch auf und verwies es zur erneuten Prüfung zurück. Der Kassationsgerichtshof führte in diesem Zusammenhang aus, dass ein Irrtum über Motive ebenfalls zur Annullierung des Vertrags gem. Art. 1439 c.c. berechtigt.⁵⁶⁵ Das Beispiel verdeutlicht die Unsicherheiten, die mit der Annullierung bei unwesentlichen Irrtümern verbunden sind.

6. Kausalität

Wie soeben angeklungen ist, verlangt Art. 1439 Abs. 1 c.c. – ebenso wie das deutsche Recht – doppelte Kausalität. Eine Vertragsseite muss damit aufgrund der Täuschung einem Irrtum unterliegen.⁵⁶⁶ Dieser Irrtum muss sich dann wiederum auf den Vertragsschluss auswirken.⁵⁶⁷ Da sich die Fehlvorstellung auf den Vertragsschluss ausgewirkt haben muss, können nur solche Täuschungen Relevanz entfalten, die vor Vertragsschluss vorgenommen wurden. Nach Vertragsschluss vorgenommene Irreführungen scheiden hingegen von vornherein aus.⁵⁶⁸ Die bloße Kenntnis, dass die andere Partei einem Irrtum unterliegt, genügt ebenfalls nicht, um eine Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. zu erreichen.⁵⁶⁹ Hat die belogene Seite die Täuschung erkannt oder kannte sie die wahren Tatsachen, so hat die Täuschung bereits keinen Irrtum hervorgerufen.⁵⁷⁰

Art. 1439 Abs. 1 c.c. sieht eine Annullierung des Vertrags nur dann vor, wenn der Vertragspartner den Vertrag ohne die Täuschung „nicht abgeschlossen hätte“ (*non avrebbe contrattato*) und erfasst damit lediglich Fälle des *dolus causam dans*.⁵⁷¹ Die Vorschrift greift somit nur, wenn der Getäuschte dem Vertragsschluss überhaupt nicht zugestimmt hätte, sofern ihm die wahre Sachlage bekannt gewesen wäre.⁵⁷² Dabei ist allein der Einfluss auf die Willensentschließung zum Vertragsschluss und

⁵⁶⁵ Cassazione civile 26.01.1995, n. 975: „potendo questo (ove determinante del consenso) anche incidere sui motivi“.

⁵⁶⁶ Franzoni in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 342; Sacco/De Nova, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 536; Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3.

⁵⁶⁷ Franzoni in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 342; Sacco/De Nova, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 557; Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3.

⁵⁶⁸ Cc 25.5.2006, n. 12424 („Per dare luogo all’annullamento del contratto, il dolo deve incidere sulla fase formativa del medesimo, rimanendo irrilevante ogni condotta successiva alla stipula.“). Vgl. auch Campolo in: Rescigno (Hrsg.), Codice Civile, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1 und Alpa/Mariconda, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 6.

⁵⁶⁹ Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 2.

⁵⁷⁰ Vgl. auch Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3 („la controparte era a conoscenza dei fatti addebitati alla sua condotta maliziosa“).

⁵⁷¹ Vgl. Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1; Antonioli, Principles of European Contract Law and Italian Law, 2005, Art. 1439 Rn. 1. Vgl. auch Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 255.

⁵⁷² Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1.

nicht etwa das Ausmaß des Irrtums maßgeblich.⁵⁷³ Wenn der Vertragspartner den Vertrag hingegen lediglich zu anderen Bedingungen eingegangen wäre (*dolus incidens*), findet Art. 1439 Abs. 1 c.c. keine Anwendung.⁵⁷⁴ Das italienische Recht spricht in Bezug auf *dolus causam dans* von *dolo determinante*. Für *dolus incidens* wird die Bezeichnung *dolo incidentale*⁵⁷⁵ oder *dolo incidente*⁵⁷⁶ verwendet. Im Fall von *dolus incidens* kann der Getäuschte gem. Art. 1440 2. Hs. c.c. lediglich Schadensersatzansprüche geltend machen (siehe unter 3. Teil, B.III.12.).

Für Art. 1439 c.c. ist damit die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* relevant. In der Literatur wird auf die damit verbundenen Schwierigkeiten hingewiesen.⁵⁷⁷ Im Ergebnis kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.⁵⁷⁸ Insofern wird darauf verwiesen, dass die Intensität der Täuschung beim *dolus incidens* geringer ist als beim *dolus causam dans*.⁵⁷⁹ Ob *dolo determinante* oder *dolo incidentale* vorliegt, soll jedoch nicht allein anhand der Intensität der Täuschung oder der Bedeutung des Nachteils (*pregiudizio*) beurteilt werden.⁵⁸⁰ Es soll vielmehr konkret darauf ankommen, ob der Vertrag ohne Täuschung gar nicht zustande gekommen wäre.⁵⁸¹ Übertragen auf die Verhandlungswissenschaft ließe sich daher vertreten, dass die getäuschte Seite in jedem Fall dann Nichtigkeit des Vertrags verlangen kann, wenn die Einigung aufgrund der Täuschung außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*)⁵⁸² liegt. Denn ein rationaler Verhandler hätte dann ohne die Täuschung seine beste Alternative zum Vertragsschluss (d. h. sein BATNA⁵⁸³) gewählt. Liegt die Einigung weiterhin innerhalb des ZOPA, so ist der Vertragsschluss trotz Lüge rational zu begründen. Regelmäßig dürfte die getäuschte Seite dann nur den ihr entstandenen Schaden geltend machen können (dazu auch unter 3. Teil, B.III.12.),⁵⁸⁴ da sie wohl nur schwer nachweisen können

⁵⁷³ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Aufl. 1994, S. 445 („Per la rilevanza giuridica del dolo è decisiva da sola l’influenza spiegata di fatto in concreto sulla motivazione del volere e non importa l’entità dell’errore provocato.“).

⁵⁷⁴ Vgl. auch Bonilini/Confortini/Graneli, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1.

⁵⁷⁵ Dies wird mit „unerheblicher Arglist“ übersetzt. Vgl. https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁵⁷⁶ Diese Bezeichnung verwendet Art. 1440 c.c.

⁵⁷⁷ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 770: „Distinguere fra dolo determinante e dolo incidente e operazione delicata e difficile“.

⁵⁷⁸ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 770.

⁵⁷⁹ Vgl. auch Campolo in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1440 Rn. 1.

⁵⁸⁰ Sacco/De Nova, *Il contratto*, S. 558, 559.

⁵⁸¹ Sacco/De Nova, *Il contratto*, S. 558, 559; vgl. dazu auch Trabucchi, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 151.

⁵⁸² Siehe zum ZOPA näher unter 2. Teil, A.V.1.

⁵⁸³ Siehe zum BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) näher unter 2. Teil, A.V.1.

⁵⁸⁴ So ließe sich Sacco/De Nova, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 558, 559 deuten, auch wenn der Autor den Begriff ZOPA nicht verwendet: „Il dolo è determinante quando induce la vittima a procurarsi un bene o un servizio di cui non ha bisogno (o a privarsi di un bene che gli è necessario).“

wird, dass sie den Vertrag dennoch gar nicht abgeschlossen hätte. Im Ergebnis kommt es wohl in der Praxis darauf an, ob die getäuschte Seite glaubhaft belegen kann, dass sie aufgrund der vorsätzlichen Irreführung kein Interesse am Vertragsabschluss hat. Das italienische Recht möchte somit nicht, dass die getäuschte Seite die Annullierung als eine Art „Reuerecht“ benutzen kann, um sich von im Nachhinein unliebsamen Verträgen zu lösen.⁵⁸⁵

Für die in dieser Arbeit im Fokus stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands ist die Unterscheidung zwischen *dolus incidens* und *dolus causam dans* fundamental. Denn eine entsprechende Differenzierung bedeutet, dass viele praxisrelevante Lügen den Getäuschten wohl nicht zur Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. berechtigen. Denn die meisten Bluffs führen lediglich zu einer anderen Verteilung innerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*, siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.). Rationale Vertragspartner hätten den Vertrag daher unabhängig vom Bluff abgeschlossen. Ohne die Lüge wäre der Vertrag dann aber eventuell zu anderen Bedingungen abgeschlossen worden. Zu einer Differenzierung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Bluffs führt dies jedoch nicht, da im Fall von *dolus incidens* grundsätzlich Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden können. Aber die Unterscheidung schränkt die einschneidende Rechtsfolge der Anfechtung für Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands ein. Die Problematik der „harmlosen“ Täuschungen wird somit entschärft, bleibt allerdings im Rahmen der Anpassung weiterhin existent.

7. Eigenverantwortung des Getäuschten

Fällt eine Partei leichtgläubig auf eine Täuschung herein, so ist fraglich, ob sie die Annullierung des Vertrags gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. erreichen kann. Generell wird dies meist im Zusammenhang mit *dolus bonus* und *dolus malus*⁵⁸⁶ (dazu sogleich im Folgenden unter 3. Teil, B.III.8.) und der Geeignetheit des Täuschungsmittels⁵⁸⁷ diskutiert. Hier werden die Aspekte getrennt behandelt. Die italienische Rechtsprechung und Literatur sind insofern geteilter Ansicht.

Il dolo è incidentale se induce la vittima a promettere, in vista della controprestazione, più di quanto convenisse. Il primo incide sull'oggetto della stipulazione o della promessa, il secondo sulla misura della prestazione promessa o stipulata. Questa è la ragione per cui il dolo determinante conduce all'annullamento, e il dolo incidentale conduce ad un risarcimento che ha tutti i caratteri della rettifica.“

⁵⁸⁵ So *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 766 unter Bezugnahme auf *Galgano* in: Cicu/Messineo/Mengoni (Hrsg.), Trattato di diritto civile e commerciale, Vol. 3, Bd. 1, 2. Aufl. 2002, S. 332 (Fn. 128). Vgl. auch *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 398 (Fn. 92) und *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 370.

⁵⁸⁶ So z. B. *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff.; *Carresi* in: Cicu/Messineo/Mengoni (Hrsg.), Trattato di diritto civile e commerciale, Bd. 21, Bd. 1, 1987, S. 470 f.; *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 446.

⁵⁸⁷ In der italienischen Literatur wird insofern der Begriff *l' idoneità del dolo* verwendet. Zum

Auf der einen Seite wird von Teilen der Literatur vertreten, dass der Getäuschte grundsätzlich selbst dann die Nichtigkeit verlangen kann, wenn er mit normaler Sorgfalt den durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtum hätte vermeiden können.⁵⁸⁸ Dieser Ansicht nach wiegt das „verwerfliche“ Verhalten des Täuschenden somit schwerer als die mangelnde Sorgfalt des Getäuschten. Dadurch soll verhindert werden, dass die Schwäche bestimmter Verkehrsteilnehmer ausgenutzt wird.⁵⁸⁹

Andererseits fordern vor allem die Rechtsprechung⁵⁹⁰ sowie ein Teil der Lehre,⁵⁹¹ dass neben dem Vorsatz und dem Kausalzusammenhang dargelegt werden muss, dass das Mittel zur Täuschung einer eigenverantwortlich handelnden Person geeignet ist. Die Ansicht geht davon aus, dass der Getäuschte nicht schutzwürdig ist, wenn er leichtgläubig auf eine Täuschung hereinfällt.⁵⁹² Maßstab ist insofern, ob sich eine Person mit normaler Sorgfalt und gesundem Menschenverstand von einem entsprechenden Bluff täuschen lassen würde.⁵⁹³ Ist ein solcher Fall gegeben, wird davon ausgegangen, dass das eingesetzte Mittel objektiv nicht dazu geeignet war, eine Täuschung herbeizuführen.⁵⁹⁴ Nach dieser Ansicht wird dem Getäuschten ein gewisses Maß an Eigenverantwortung zugewiesen. Geschäftspartner sollen

Meinungsstreit siehe *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4.

⁵⁸⁸ So wohl *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 622 („Chi è stato vittima dell’azione dolosa può invocare il vizio del consenso anche se una persona normalmente accorta avrebbe evitato l’inganno.“). Vgl. auch *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767f. Vgl. auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4 (diese Argumentation anführend, ohne sie sich zu eigen zu machen).

⁵⁸⁹ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4. Vgl. generell zum höheren Schutzbedürfnis im Fall struktureller Ungleichgewichtslagen *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767f.

⁵⁹⁰ Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; vgl. auch Cassazione civile 11.03.1996, n. 1995.

⁵⁹¹ *Funaioli* in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13, 1964, S. 739, 746; *Carresi* in: *Cicu/Messineo/Mengoni* (Hrsg.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. 21, Bd. 1, 1987, S. 470; *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato*, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Campolo* in: *Rescigno* (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1. Vgl. auch *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 341 f.; *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 581; *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4 beschreibt diese Ansicht als herrschend.

⁵⁹² Cassazione civile 11.03.1996, n. 1995; *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato*, 20. Aufl. 2021, S. 975; dies ebenfalls konstatierend *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3; *Funaioli* in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13, 1964, S. 739, 746.

⁵⁹³ Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 2; *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato*, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Funaioli* in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13, 1964, S. 739, 746; vgl. zur Argumentation auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4.

⁵⁹⁴ *Gazzoni*, *Manuale di diritto privato*, 20. Aufl. 2021, S. 975 (der eine objektive Beurteilung fordert und umgekehrt die subjektive Bewertung ablehnt); vgl. auch *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767 (der diese Argumentation anführt, sie sich allerdings nicht zu eigen macht).

nicht völlig naiv und ohne jegliche Sorgfalt in einer Verhandlung agieren. Begründet wird die Einschränkung des Art. 1439 Abs. 1 c.c. damit, dass in diesem Fall der Sicherheit und einem reibungslosen Ablauf des Geschäftsverkehrs der Vorzug gegenüber dem Schutz eines unaufmerksamen Akteurs einzuräumen sei.⁵⁹⁵ Außerdem soll die Lüge des anderen nicht als Vorwand genutzt werden können, um sich aus einem Vertrag zu befreien, den der Vertragspartner nachträglich als ungünstig einstuft.⁵⁹⁶

Folgt man dieser Ansicht, stellt dies einen weiteren wesentlichen Unterschied zur Rechtslage in Deutschland dar und könnte sich – je nach Interpretation – ebenfalls auf die hier im Fokus stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands auswirken. Denn manche Bluffs (z.B. über Budgetlimits) könnten in der unternehmerischen Praxis als so üblich angesehen werden, dass sich argumentieren ließe, dass sich Personen davon gewöhnlich nicht täuschen lassen. Andererseits ist zu bedenken, dass ein Großteil der Taktiken nur deshalb wirkt, weil dem Aspekt – wenn er wahr wäre – Bedeutung für die Verhandlung zukäme (so z.B. bei der Better-offer-Taktik) und die andere Seite aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrien nur schwer zwischen Wahrheit und Täuschung unterscheiden kann. Es könnte daher vertreten werden, dass durch diese Vorgabe nicht generell bestimmte Täuschungen (wie Bluffs über Budgetlimits) vom Anwendungsbereich des Art. 1439 Abs. 1 c.c. ausgenommen werden können. Es könnte vielmehr immer eine Prüfung im Einzelfall verlangt werden. Bei der Beurteilung könnte es dann vor allem darauf ankommen, ob im konkreten Fall Hinweise auf eine Täuschung vorlagen. In jedem Fall würde der höhere Grad an Eigenverantwortung aber zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 1439 Abs. 1 c.c. führen.

Mit Blick auf die Eigenverantwortung wird in Italien außerdem diskutiert, ob an Unternehmer und Verbraucher bzw. an Laien und Experten unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind.⁵⁹⁷ Teils wird dies befürwortet.⁵⁹⁸ Daneben wird erörtert, ob die Anfechtung wegen Arglist möglich bleibt, wenn die getäuschte Seite durch eine Überprüfung bzw. Kontrolle die Täuschung hätte aufdecken können. Dies wird zumindest dann bejaht, wenn die Überprüfungstätigkeit über die normale Sorgfalt hinausreichen würde.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 377 („La posizione degli sprovveduti e degli avventati, seppur effettivamente tratti in inganno, deve essere sacrificata a favore della sicurezza e della velocità dei traffici.“).

⁵⁹⁶ *Galgano*, Trattato diritto civile, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, S. 417 (Fn. 92); siehe auch *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 370, der den Wortlaut von *Galgano* wiedergibt und sich zu eigen macht.

⁵⁹⁷ Vgl. *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767f.; *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 582; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 3; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 379.

⁵⁹⁸ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767f.; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 342; so wohl auch *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 582.

⁵⁹⁹ Cassazione civile 29.08.1991, n. 9227 („non cessano di essere causa sufficiente di invalidazi-

8. *Dolus bonus* und *dolus malus*

Obwohl Art. 1439 c.c. dies nicht explizit erwähnt, wird in der italienischen Lehre und in der Rechtsprechung nach römisch-rechtlichem Vorbild auch heute noch die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* diskutiert.⁶⁰⁰ Im Ergebnis ist die Debatte an dieser Stelle für die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen allerdings weniger relevant als es zunächst erscheinen mag. Denn das italienische Recht erfasst einige Bluffs bereits aufgrund anderer Erwägungen nicht (z. B. Beschränkung der Annullierung auf Fälle des *dolus causam dans* [siehe bereits unter 3. Teil, B.III.6.]). Auch wenn daher festgestellt wird, dass sich die Rechtsprechung relativ wenig mit *dolus bonus* befasst und, wenn doch, sein Vorliegen häufig ablehnt,⁶⁰¹ bedeutet dies somit nicht, dass das italienische Recht sich nicht intensiv mit der Abgrenzung von „listigen“ und arglistigen Täuschungen beschäftigt.

Im Folgenden werden die Eckpfeiler der Diskussion um *dolus bonus* und *dolus malus* dargestellt. Im Ergebnis wird die Debatte um die Figur des *dolus bonus* äußerst kontrovers geführt.⁶⁰² Übergeordnet lässt sich wohl lediglich eindeutig festhalten, dass unter *dolus bonus* traditionell Bluffs verstanden werden, die keinen Grund für eine Annullierung des Vertrags darstellen.⁶⁰³ Über die Einzelheiten bestehen hingegen unterschiedliche Ansichten.

Tendenziell zeigt die Entwicklung um die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*, dass Italien früher dem Geschäftsverkehr einen größeren „Täuschungsspielraum“ ließ, also im Ergebnis einen größeren Anwendungsbereich von *dolus bonus* sah.⁶⁰⁴ Traditioneller Ansicht nach waren unter *dolus bonus* im Ergebnis wohl gerade solche Täuschungen zu verstehen, die als übliche Geschäftspraxis bewertet wurden.⁶⁰⁵ Dazu zählten z. B. gewisse Übertreibungen, insbesondere

one per dolo del negozio, solo perché il ‚deceptus‘ avrebbe potuto espletare una certa attività di verifica e di controllo per sventare l'errore, che, peraltro, nel caso di specie [...] non avrebbe potuto essere neutralizzato da una avvedutezza normale“).

⁶⁰⁰ Vgl. *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f.; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 377 (die Autoren beziehen sich auf den Grundsatz mit dem *Ulpianus Pomponius* zitiert: „in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire“, vgl. hierzu unter 3. Teil, A.III.).

⁶⁰¹ So *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 379.

⁶⁰² *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5 („I caratteri propri della figura del *dolus bonus* non sono, tuttavia, pacificamente individuati dalla dottrina.“). Vgl. auch *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151 („Lo stesso criterio di distinzione tra il *dolus malus* e il *dolus bonus* è tutt'altro che pacifico.“).

⁶⁰³ *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 524.; *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5; *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 401 f.; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; vgl. auch *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f. und *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff.; zur Irrelevanz entsprechender Täuschungen für die Rechtsordnung.

⁶⁰⁴ *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f.

⁶⁰⁵ *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 377 („Da sempre – si ricorda – esistono nel costume dei commercianti comportamenti non perfettamente limpidi, e

Prahlereien und übertriebene Anpreisungen der eigenen Produkte oder Dienstleistungen.⁶⁰⁶ Im Laufe der Zeit wurde dieser Täuschungsbereich jedoch nach und nach verringert.⁶⁰⁷ Insofern wird teilweise auch von einer „Aushöhlung“ des *dolus bonus* gesprochen.⁶⁰⁸ Noch weitergehend wird von einigen Autoren sogar eine Reduzierung des Anwendungsbereichs des *dolus bonus* gegen Null befürwortet.⁶⁰⁹ Begründet wird dies damit, dass der *dolus bonus* im Hinblick auf kleinere Märkte mit offensichtlichen Anpreisungen entwickelt wurde, die Entwicklung der Märkte jedoch immer weiter voranschreitet und *dolus bonus* deshalb nicht mehr gerechtfertigt erscheint.⁶¹⁰ In diesem Zusammenhang steht vor allem ein höherer Schutz mit Blick auf strukturelle Ungleichgewichtslagen im Vordergrund. Es wird diesbezüglich ein höherer Schutzstandard für unerfahrene Parteien, die in Verhandlungen einer erfahrenen Partei gegenüberstehen, diskutiert.⁶¹¹ Insofern geht es insbesondere um die Einschränkung des *dolus bonus* im B2C-Bereich sowie in der Werbung.⁶¹² Dies spiegelt sich zugleich in der italienischen Gesetzgebung außerhalb des Art. 1439 c.c. wider.⁶¹³ Mit Blick auf täuschende Werbung ist der An-

tuttavia generalmente accettati“); *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5 („accorgimenti ingannatori tollerati nella pratica degli affari“); ebenso *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 446.

⁶⁰⁶ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 1 („generiche vanterie, iperbolica esaltazione dei propri prodotti e/o servizi“); *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f. („dolo bono, che consiste in ogni lode o magnificazione della cosa o della merce, nel decantarne le doti e simili [...] in materia di contratti è tollerata una certa vanteria o reticenza od anche bugia“); *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 524; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 622; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 bezeichnet dies als frühere/alte Meinung („Un'antica opinione“). Für die Zulässigkeit solcher Bluffs *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 447 („Alla sua stregua sono da qualificare lecite quelle fuberie, malizie e lusinghe, che la comune opinione tollera siccome innocue e naturali nel traffico, perché ognuno in eguali condizioni suole adoperarle nel genere di contrattazioni in questione“).

⁶⁰⁷ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 766; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 378; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 2; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 f.; *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 458.

⁶⁰⁸ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 2.

⁶⁰⁹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 768.

⁶¹⁰ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 458; *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 378.

⁶¹¹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 f.; *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 582.

⁶¹² Vgl. *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 582 (zum B2C-Bereich); *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 3.

⁶¹³ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5 nennt die Regelung Art. 1 Abs. 2 Ziff. c des Gesetzes n. 281 vom 30.07.1998 („disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti“), die das Recht von Verbrauchern und Nutzern auf angemessene

wendungsbereich von *dolus bonus* zudem bereits durch die europäischen Vorgaben begrenzt.⁶¹⁴ Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings, dass die Diskussion um *dolus bonus* und *dolus malus* gerade für die in dieser Arbeit betrachteten unternehmerischen Verhandlungen relevant bleiben könnte.

Die inhaltliche Begründung oder Ablehnung des *dolus bonus* fällt in der Literatur unterschiedlich aus. Auffällig ist, dass meist nicht darauf abgestellt wird, *dolus bonus* allein in Bezug auf die Schwere der Lüge festzustellen.⁶¹⁵ Vielmehr wird die Debatte um *dolus bonus* – wie im Folgenden gezeigt wird – regelmäßig in Verbindung mit den weiteren Anforderungen des Art. 1439 Abs. 1 c.c. geführt. So wird *dolus bonus* im Ergebnis in Bezug zum Irrtum, zur Eigenverantwortung des Täuschten, zur Geeignetheit des Täuschungsmittels zur Täuschung, zum Vorsatz und zur Kausalität diskutiert. Die einzelnen Aspekte werden dabei teilweise verbunden.⁶¹⁶

Begründet wird *dolus bonus* z. B. mit der fehlenden Zuverlässigkeit entsprechender Aussagen.⁶¹⁷ Nach dieser Ansicht kann eine Annullierung des Vertrags bereits deshalb ausscheiden, da solche Bluffs keine Täuschung i. S. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. darstellen.⁶¹⁸ Häufig wird auch darauf abgestellt, dass entsprechende Bluffs nicht geeignet sind, einen Irrtum hervorzurufen.⁶¹⁹ Zur Beurteilung des *dolus bonus* wird regelmäßig die übliche Verkehrspraxis und vorherrschende Ansichten in der Gesellschaft herangezogen.⁶²⁰ Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 1337 c.c.) und der Grundsatz der Redlichkeit (Art. 1175 c.c.) werden in diesem Zusam-

Information und korrekte Werbung regelt; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 4 nennt Art. 129 des codice del consumo, der Werbeaussagen beim Verkauf von Verbrauchsgütern einen verbindlichen Charakter zuschreibt.

⁶¹⁴ UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG) und Werberichtlinie (Richtlinie 84/450/EWG in der Fassung der Änderungen durch Richtlinie 97/55/EG) umgesetzt in Italien mit Hilfe des *discreto legislativo* vom 25.01.1992, n. 74 (mit den Modifikationen vom 25.02.2000, n. 67 sowie vom 06.04.2005, n. 49), vgl. *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 3.

⁶¹⁵ So stellt z. B. C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 666f. beispielsweise auf die Ungeeignetheit entsprechender Praktiken zur Täuschung ab. *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 343 zieht das Prinzip der Eigenverantwortung als Begründung heran.

⁶¹⁶ Siehe jeweils die einzelnen, im Folgenden angeführten Nachweise.

⁶¹⁷ Cassazione civile 01.04.1996, n. 3001; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439, Abschnitt IV. Rn. 1.

⁶¹⁸ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439, Abschnitt IV. Rn. 1.

⁶¹⁹ C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff.; C. Bianca/M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, 3. Aufl. 2022, S. 524; so auch *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 554 über die traditionelle Ansicht zum *dolus bonus* (ohne sich diese Ansicht zu eigen zu machen). Cassazione civile 10.09.2009, n. 19559 führt an, dass die andere Partei bestimmten Aussagen kein besonderes Gewicht beimessen wird. Ebenso Cassazione civile 01.04.1996, n. 3001.

⁶²⁰ Cassazione civile 01.04.1996, n. 3001; vgl. auch *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 151 („costume commerciale“); *Betti*, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Aufl. 1994, S. 446 („vedute dominanti in una società l’odierna, nella pratica comune del traffico.“). So im Rahmen ihrer Ausführungen zur traditionellen Ansicht auch *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 554 ff.

menhang ebenfalls angeführt.⁶²¹ Der Verweis auf die fehlende Zuverlässigkeit entsprechender Aussagen führt vor allem zu Schwierigkeiten, wenn eine konkrete Person dennoch einer Täuschung unterliegt. Teils wird *dolus bonus* dann wohl abgelehnt,⁶²² wodurch die Figur ihren Anwendungsbereich verlieren würde. Dann käme es ausschließlich darauf an, ob Kausalität nachgewiesen werden kann. Teils wird zudem vertreten, dass in solchen Fällen vermutet wird, dass die Täuschung nicht zu einem Irrtum führt.⁶²³ Dann müsste es allerdings auch möglich sein, diese Vermutung zu widerlegen.⁶²⁴ Hier würde *dolus bonus* also vor allem prozessuale Folgen nach sich ziehen.

Andere Stimmen stellen daher nicht darauf ab, ob ein Bluff tatsächlich zu einem Irrtum beim Getäuschten geführt hat, sondern vielmehr darauf, ob der Irrtum vermeidbar war.⁶²⁵ Diese Argumentation greift daher die Eigenverantwortung des Belogenen auf.⁶²⁶ Dieser Aspekt wurde bereits ausführlich unter 3. Teil, B.III.7. erörtert. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass diese Ansicht auf eine Person mit normaler Sorgfalt und gesundem Menschenverstand abstellt.⁶²⁷ Wird insofern festgestellt, dass eine Person mit durchschnittlicher Verstandeskraft erkannt hätte, dass der Verhandler blufft, so wird die Anwendung des Art. 1439 Abs. 1 c.c. abgelehnt. Der Schutz des unaufmerksamen Akteurs soll in diesem Fall gegenüber dem Interesse an einem sicheren und reibungslosen Ablauf des Geschäftsverkehrs zurückstehen.⁶²⁸ Andere Autoren sprechen sich allerdings gegen eine Eigenverantwortung des Getäuschten aus.⁶²⁹ Ferner wird die Ablehnung der Nichtigerklä-

⁶²¹ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 1; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 446.

⁶²² In diese Richtung wohl *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 556.

⁶²³ *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 f.

⁶²⁴ Vgl. insofern *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5.

⁶²⁵ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 341 ff.; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; vgl. auch *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 402.

⁶²⁶ Cassazione civile, 23.06.2009, n. 14628; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 343.

⁶²⁷ Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 2; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Funaioli* in: Enciclopedia del diritto, Bd. 13, 1964, S. 739, 746; vgl. zur Argumentation auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 4 stellt im Zusammenhang mit *dolus bonus* auf eine Person mit durchschnittlicher Verstandeskraft ab („Una persona di media avvedutezza“). Ebenso *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 402 („una persona di media avvedutezza“/„uomo di media avvedutezza“).

⁶²⁸ *Gaudio*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 377 („La posizione degli sprovveduti e degli avventati, seppur effettivamente tratti in inganno, deve essere sacrificata a favore della sicurezza e della velocità dei traffici.“).

⁶²⁹ So wohl *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 f.; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 f. (siehe dazu bereits oben unter 3. Teil, B.III.7.).

rung zudem mit der durch die Geschäftspraxis anerkannte gegenseitige Duldung entsprechender Bluffs im Rechtsverkehr begründet.⁶³⁰

Wird hingegen auf das Vorsatzerfordernis abgestellt, so soll nach einer Meinung bei im Geschäftsverkehr üblichen Anpreisungen *dolus bonus* anzunehmen sein; es sei denn, dem Täuschenden kann Vorsatz bzw. das bewusste Ausnutzen der Situation nachgewiesen werden.⁶³¹ In diesem Fall würde *dolus bonus* lediglich eine Bezeichnung für nicht-vorsätzliche Täuschungen darstellen und bei der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Bluffs i. S. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. nicht weiterhelfen. In der Literatur wird gegen diese Ansicht angeführt, dass entsprechende Bluffs in Verhandlungen (insb. im Rahmen der Werbung) regelmäßig vorsätzlich eingesetzt werden.⁶³²

9. Täuschung durch Verschweigen

Da bereits aktive Bluffs in ihren Einzelheiten stark umstritten sind, überrascht es nicht, dass über Täuschungen durch Verschweigen ebenfalls keine Einigkeit herrschte und bis heute immer noch nicht herrscht. Diskutiert wird die Problematik unter der Bezeichnung *dolo omissivo* bzw. *reticenza*⁶³³ oder *dolo negativo*.⁶³⁴ Wie angekündigt soll hier lediglich ein kurzer Überblick zur Thematik gegeben werden, da Täuschungen durch Verschweigen nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.

Früher wurde die Täuschung durch Verschweigen dem Anwendungsbereich des Art. 1439 Abs. 1 c.c. vollständig entzogen.⁶³⁵ Mittlerweile ist hingegen anerkannt, dass die Vorschrift prinzipiell auch solche Bluffs erfasst.⁶³⁶ Aber die genauen Voraussetzungen sind bis heute umstritten. Die h. M. nimmt an, dass das bloße Verschweigen bzw. die bloße Zurückhaltung von Informationen für die Bejahung des *dolo omissivo* nicht genügt.⁶³⁷ Das Verschweigen muss vielmehr so ausgestaltet

⁶³⁰ *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 151 („e che nel nostro costume sono reciprocamente [in vicem] tollerati“). Vgl. auch *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 342 („socialmente accettato“). Ähnlich auch *Betti*, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Aufl. 1994, S. 447.

⁶³¹ In diese Richtung ließe sich wohl *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff. verstehen.

⁶³² *Criscuoli* in: *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, *Diritto civile*, Bd. 1, 1970, S. 301, 355.

⁶³³ *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582 f.

⁶³⁴ *Trabucchi*, *Il dolo*, 1937, S. 526 ff.; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 764.

⁶³⁵ *Santoro-Passarelli*, *Dottrine generali del diritto civile*, 9. Aufl. 1971, S. 171; *Trabucchi*, *Il dolo*, 1937, S. 530 ff.; *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 153; ebenso grundsätzlich *Funaioli* in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13, 1964, S. 739, 745, der zusätzlich für den Fall, dass eine gesetzliche Mitteilungspflicht besteht, eine Ausnahme vorsieht, wenn die Kenntnis der verschwiegenen Information den Vertragsschluss ausgeschlossen hätte. Auf Deutsch auch ausführlich zu dieser Ansicht *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 767.

⁶³⁶ Ausführlich zu Täuschungen durch Unterlassen *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 768 ff. Vgl. auch *Antoniolli*, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005, Art. 1439 Rn. 2.

⁶³⁷ *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582 f.; *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 153.

sein, dass es die den Parteien durch Art. 1337 c.c. auferlegten Pflichten verletzt.⁶³⁸ Durch das Verschweigen muss daher entweder eine explizite Informationspflicht verletzt werden oder es muss eine Verletzung von *buona fede* vorliegen.⁶³⁹ Mit Bezug auf Letzteres kommt es darauf an, ob der Grundsatz von *buona fede* eine Aufklärungs- bzw. Informationspflicht stipuliert, die durch das Verschweigen verletzt wird.⁶⁴⁰ Im Detail sind die Voraussetzungen der Täuschung durch Unterlassen aber umstritten. So bereitet der Grundsatz, dass eine Partei, die sich fahrlässig täuschen lässt, nicht die Annullierung verlangen kann, insbesondere bei Täuschungen durch Verschweigen Probleme.⁶⁴¹ Gerade in der Rechtsprechung wird teils auch immer noch verlangt, dass das Verschweigen Teil eines trügerischen Gesamtzusammenhangs sein müsse.⁶⁴² Außerdem wird im Rahmen der arglistigen Täu-

⁶³⁸ *Campolo* in: *Rescigno* (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 2; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 765 sieht darin eher eine Verschiebung als eine Lösung des Abgrenzungsproblems auf die Ebene der Bestimmung von Informationspflichten („La formula corrente per cui la reticenza è dolo quando costituisce violazione di un dovere d’informare non chiude il problema, ma lo rinvia: perché costringe a domandarsi quando sussista dovere d’informare.“).

⁶³⁹ Zu *buona fede* siehe *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582 f.

⁶⁴⁰ *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 583.

⁶⁴¹ *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 583 bezeichnet dies als heikles Thema („Il tema è indubbiamente delicato“); *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 765 zählt viele im Einzelfall einbeziehungswürdige Faktoren für die Bewertung der Fahrlässigkeit auf.

⁶⁴² Cassazione civile 08.05.2018, n. 11009: „Affinché possa configurarsi dolo omissivo e possa giungersi all’annullamento del contratto, è necessario che l’inerzia o il silenzio di uno dei contraenti s’inserisca in un comportamento complesso, preordinato, con malizia ed astuzia, ad ingannare la controparte. Il semplice silenzio o reticenza, viceversa, anche se afferenti a situazioni che risultino d’interesse per la controparte, non sono di per sé sufficienti a costituire il dolo omissivo e ad invalidare il contratto.“; Cassazione civile 17.05.2012, n. 7751: „Deve poi considerarsi che questa Corte ha più volte affermato che il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell’art. 1439 cod. civ., solo quando l’inerzia della parte (deceptor) si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l’inganno perseguito, determinando l’errore del ‚deceptus‘. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l’altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto.“; Tribunale Salerno 07.09.2007, n. 2041; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 4; *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 665; so wohl auch *Antoniolli*, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005, Art. 1439 Rn. 2. Das gilt allerdings gem. Art. 1892 Abs. 1 c.c. nicht für den Versicherungsvertrag. Beim Versicherungsvertrag wird bereits das vorsätzliche oder grob fahrlässige Verschweigen von Tatsachen *ex se* (d.h. ohne Vorwissen eines trügerischen Gesamtzusammenhangs) als entscheidend für den Vertagsabschluss von Seiten des Versicherers angesehen (Art. 1892 Abs. 1 c.c.: „Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave.“). Vgl. hierzu auch *Gaudino*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 370 unter Bezugnahme auf Cassazione civile, 13.11.1987, n. 8352, *Il Foro Italiano* 1987, S. 219 sowie *Galgano*, *Trattato diritto civile*, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, S. 417 f.; *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 583.

sung durch Dritte die Möglichkeit einer arglistigen Täuschung durch *dolo omisivo* teilweise ausgeschlossen.⁶⁴³

10. Täuschungen durch Dritte

Neben der Lüge durch den zukünftigen Vertragspartner regelt das italienische Recht die vorsätzliche Irreführung durch einen Dritten (*dolo del terzo*) aber zugleich in Kenntnis des zukünftigen Vertragspartners (Art. 1439 Abs. 2 c.c.). Konkret besagt die Vorschrift, dass die getäuschte Seite die Annullierung des Vertrags gegenüber dem Vertragspartner verlangen kann, wenn dieser von der Täuschung⁶⁴⁴ durch den Dritten wusste.⁶⁴⁵ Die bloße Erkennbarkeit bzw. Möglichkeit der Kenntnis genügt im Rahmen des Art. 1439 Abs. 2. c.c. nicht.⁶⁴⁶ Erfährt der Vertragspartner nach Vertragsabschluss von der Täuschung des Dritten, ändert dies ebenfalls nichts.⁶⁴⁷

Hat der Vertragspartner einen Dritten dazu angestiftet, für ihn zu täuschen, so kann die getäuschte Seite in jedem Fall die Nichtigkeit des Vertrags verlangen.⁶⁴⁸ Dann soll sogar direkter *dolo* des Vertragspartners vorliegen (und nicht lediglich *dolo del terzo*), sodass die getäuschte Seite auch dann die Annullierung des Ver-

⁶⁴³ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 4 („In senso contrario si è però osservato che l’art. 1337 non può trovare applicazione con riguardo all’attività del terzo, sicché in tale ambito non è operativo l’obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede, dalla cui violazione dipende il carattere illecito dell’omissione.“); *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), Codice Civile, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 2.

⁶⁴⁴ Auch insofern ist die Täuschung durch Verschweigen erfasst. Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.9.

⁶⁴⁵ Italienischer Wortlaut: „Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio.“; Deutscher Wortlaut: „Sind die Täuschungshandlungen von einem Dritten vorgenommen worden, kann der Vertrag für nichtig erklärt werden, wenn sie der Vertragspartei, die daraus Vorteil gezogen hat, bekannt waren.“ (Übersetzung nach https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf [zuletzt abgerufen am: 19.12.2023]); deshalb wird auch von der „relativen und bedingten Relevanz der Arglist des Dritten“ („rilevanza relativa e condizionata del dolo del terzo“) gesprochen, vgl. *Morelli*, Il dolo e la violenza del terzo, 2019, S. 227.

⁶⁴⁶ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 2; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 769; *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 348f.; *Santoro-Passarelli*, Dottrine generali del diritto civile, 9. Aufl. 1971, S. 169f.; *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 6; *Morelli*, Il dolo e la violenza del terzo, 2019, S. 227.

⁶⁴⁷ *Gaudino*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 383 („Benintenso è del tutto irrilevante la conoscenza che, in un momento successivo alla conclusione del contratto, sia sopraggiunta nel contraente circa i raggiri a suo favore posti in essere dal terzo“); es kommt vielmehr lediglich auf die Kenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, vgl. *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 349 („la conoscenza sussista al momento della conclusione del contratto, rilevante essendo quella che sopravvenga a quella data“); *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 2.

⁶⁴⁸ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 768.

trags fordern kann, wenn der Vertragspartner nicht genau weiß, wie und wann konkret gelogen wurde.⁶⁴⁹

Der Wortlaut der Vorschrift scheint zudem zu verlangen, dass der Vertragspartner aus der Täuschung des Dritten einen Vorteil gezogen hat („che ne ha tratto vantaggio“). Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass der Vertragspartner tatsächlich einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen muss, damit die getäuschte Seite Nichtigkeit verlangen kann.⁶⁵⁰ Die h.M. geht hingegen davon aus, dass sich aus der Formulierung keine zusätzliche Voraussetzung für die Annullierung wegen Arglist durch einen Dritten ergebe.⁶⁵¹ Dies wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift begründet. Denn Art. 1439 c.c. ist – wie bereits erwähnt – nicht auf den Schutz des Vermögens, sondern vielmehr der Entscheidungsfreiheit ausgerichtet.⁶⁵² Die Formulierung soll lediglich zeigen, dass der Vertragspartner Interesse am Vertragsabschluss hat, der ohne die Täuschung nicht zustande gekommen wäre.⁶⁵³ Der Vorteil für den Vertragspartner wird also bereits im Vertragsabschluss gesehen.⁶⁵⁴ Eine Annullierung eines Vertrags kommt somit im Ergebnis im Fall der Täuschung durch einen Dritten nur in Betracht, wenn dem Vertragspartner der Bluff bekannt war. In allen anderen Fällen berechtigen Lügen durch Dritte die getäuschte Partei nicht zur Annullierung (*argumentum e contrario*). Hinter dieser Einschränkung steht der Gedanke, dass sich zwar aus Sicht des Getäuschten keine Änderung gegenüber einer Lüge durch den Vertragspartner ergibt,⁶⁵⁵ aber in diesem Fall der Vertragspartner ebenfalls schutzwürdig ist, da er gutgläubig war.⁶⁵⁶ Zudem kann die erforderliche soziale Verwerflichkeit der Arglist nur bei demjenigen festgestellt werden, der bewusst die Durchführung der Täuschung eines anderen ermöglicht. Beim Vertragspartner, der von der Täuschung durch den Dritten nichts weiß, auch

⁶⁴⁹ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768.

⁶⁵⁰ Lucarelli, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, 1964, S. 68 f.

⁶⁵¹ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 769; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 3; *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 349; *Gaudino*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 383; *Colombo*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 376 f. (bezeichnet die Einfügung des Gesetzgebers als unpassend [„inopportuno inciso inserito dal legislatore“]).

⁶⁵² *Colombo*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 376 f.

⁶⁵³ *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 3; *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 349.

⁶⁵⁴ *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 6; *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 624 f.; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 769; *Morelli*, *Il dolo e la violenza del terzo*, 2019, S. 227.

⁶⁵⁵ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 769 weist darauf hin, dass das Opfer der Täuschung durch den Dritten auf den ersten Blick weniger geschützt erscheint, als eine Person, die einem normalen Irrtum unterliegt.

⁶⁵⁶ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 769 erklärt die Regelung damit, dass beim Irrtum nur wesentliche Irrtümer erfasst sind, die einen stärkeren Schutz der sich irrenden Person erfordern. Vom *dolo del terzo* sind auch unwesentliche Irrtümer erfasst, was nach Ansicht des Autors einen stärkeren Schutz des Vertragspartners rechtfertigt.

wenn er tatsächlich davon profitiert, liegt diese Voraussetzung, auf der die Annullierung gründet, nicht vor.⁶⁵⁷

Zentral für die Auslegung des Art. 1439 Abs. 2 c.c. ist somit, wer „Dritter“ im Sinn der Vorschrift ist.⁶⁵⁸ Denn je mehr Personen unter diesen Begriff gefasst werden, desto öfter wäre eine Annullierung ausgeschlossen. Dieser Aspekt ist vor allem für unternehmerische Verhandlungen, in denen grundsätzlich eine Prinzipal-Agenten-Situation⁶⁵⁹ vorliegt, relevant. Eben dieser Aspekt ist in Italien allerdings umstritten.⁶⁶⁰ Einigkeit besteht zumindest darüber, dass Vertreter mit Vertretungsmacht nicht als Dritte einzuordnen sind.⁶⁶¹ Daher sind auch Geschäftsführer von juristischen Personen keine Dritten i. S. d. Vorschrift.⁶⁶² Täuschen sie für die Gesellschaft, kann die getäuschte Seite somit unproblematisch anfechten.

Insbesondere die Rechtsprechung vertritt bis heute eine formale Ansicht⁶⁶³ bzw. ein weites Verständnis des Begriffs des Dritten. Dritter i. S. d. Art. 1439 Abs. 2 c.c. sind danach alle Personen, die weder im materiellen noch im formellen Sinne als Teil des Vertrages bzw. der Vertragsverhandlung anzusehen sind.⁶⁶⁴ Danach sind z. B. Vertreter ohne Vertretungsmacht als Dritte einzustufen.⁶⁶⁵ Aus deutscher Sicht überraschend sollen zudem Angestellte, Beauftragte und Agenten als Dritte einzuordnen sein.⁶⁶⁶ Begründet wird dies damit, dass diese nur potenzielle Vertragspartner ausfindig machen, Kontakt mit ihnen aufnehmen und zudem ggf. (beginnen zu) verhandeln, jedoch beim konkreten Vertragsschluss keine formale Rolle spielen.⁶⁶⁷ Das würde die Annullierung gegenüber einem Unternehmen in

⁶⁵⁷ C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 619, 625.

⁶⁵⁸ Morelli, *Il dolo e la violenza del terzo*, 2019, S. 228f.

⁶⁵⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.

⁶⁶⁰ Colombo, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 376 bezeichnet diesen Aspekt als einzige offene Frage im Rahmen der Vorschrift („l'unica questione aperta concerne il riconoscimento della qualità di terzo“); vgl. auch Gaudino, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 381 („Esiste, a questo proposito, un divario non trascurabile tra le indicazioni offerte dalla dottrina [...] e le scelte compiute dalla giurisprudenza.“).

⁶⁶¹ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768.

⁶⁶² Dazu Gaudino, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 381 f.

⁶⁶³ Gaudino, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 381 („attaccamento al dato formale“), S. 382 („orientamento formalistico“); Colombo, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, 347, 376 („visuali formalistiche“); Morelli, *Il dolo e la violenza del terzo*, 2019, S. 229.

⁶⁶⁴ Cassazione civile 25.02.1960, n. 332; Cassazione civile 29.06.1981, n. 4222; Cassazione civile 17.03.1981, n. 1552; C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 624.

⁶⁶⁵ Cassazione civile 25.02.1960, n. 332 („procacciatore d'affari senza rappresentanza“); Cassazione civile 29.06.1981, n. 4222 („L'agente che non abbia la rappresentanza del preponente“); Cassazione civile 17.03.1981, n. 1552 („Il mandatario senza rappresentanza [...] [come il procacciatore di affari]“).

⁶⁶⁶ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768 („dipendente, mandatario, agente“).

⁶⁶⁷ Cassazione civile 29.06.1981, n. 4222: „L'agente che non abbia la rappresentanza del preponente limita la propria attività alla ricerca dei compratori, alla presa di contatto con gli stessi ed all'inizio delle trattative restando estraneo alla conclusione del contratto, che si verifica esclusivamente tra il preponente ed il cliente al momento in cui s'incontrano i rispettivi consensi.“

vielen Fällen *de facto* nochmal eindeutig erschweren. Denn Unternehmen lassen ihre Verträge oftmals durch Angestellte oder Beauftragte (z.B. Anwälte) jeweils ohne Vertretungsmacht verhandeln. Die getäuschte Seite müsste in diesem Fall nicht nur die arglistige Täuschung nachweisen, sondern zudem noch die Kenntnis des Vertragspartners (also der juristischen Person) (Art. 1439 Abs. 2 c.c.).⁶⁶⁸

In der Literatur stößt diese weite Interpretation des Begriffs des Dritten daher auf Kritik.⁶⁶⁹ Teile der Literatur vertreten entsprechend eine etwas engere Ansicht.⁶⁷⁰ Danach werden auch solche Personen nicht als Dritte angesehen, die zwar ohne Vertretungsmacht, aber im Interesse der Vertragspartei oder dessen Auftrag agieren, wodurch die getäuschte Seite leichter anfechten könnte.⁶⁷¹

Der Meinungsstreit verdeutlicht allerdings auch an dieser Stelle noch einmal, dass das italienische Recht viel stärker die Abgrenzung zwischen Täuschungen, die zur Nichtigkeit des Vertrags führen können, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, diskutiert.

11. Beweislast und Beweisführung

Die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 1439 Abs. 1 c.c. trägt die Partei, die die Annullierung geltend macht.⁶⁷² Dieser Grundsatz gilt auch in Italien und ist in Art. 2697 c.c. kodifiziert.⁶⁷³ Das bedeutet zunächst, dass die getäuschte Seite nachweisen muss, dass sie arglistig getäuscht wurde.⁶⁷⁴ Insbesondere der Nachweis der Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum sowie Irrtum und Vertragsschluss (*dolus causam dans*) kann in der Praxis Schwierigkeiten bereiten.⁶⁷⁵ In Italien ist bezüglich der Hürden des Kausalitätsnachweises daher – wie bereits angesprochen – danach zu unterscheiden, ob über einen wesentlichen oder einen unwesentlichen Aspekt getäuscht wurde.⁶⁷⁶ Bei Täuschungen über wesentliche Aspekte i.S.d. Art. 1429 c.c., aus denen ein Irrtum über die Vertragsart, den „Gegenstand

⁶⁶⁸ Siehe zur Beweislast und Beweisführung näher unter 3. Teil, B.III.11.

⁶⁶⁹ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768 bezeichnet die Auffassung als „ungerechtfertigt starre Position“ („posizione ingiustamente rigida“); kritisch hierzu auch *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 1, die daher in bestimmten Fällen ein engeres Verständnis als sachgerecht erachten.

⁶⁷⁰ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 1; *Morelli*, *Il dolo e la violenza del terzo*, 2019, S. 231.

⁶⁷¹ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 768; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt V. Rn. 1.

⁶⁷² *Trabucchi*, *Novissimo digesto italiano*, 1960, 149, 153 („Anche il dolo deve essere provato da chi vanta pretese di annullamento“); *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 355; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 11.

⁶⁷³ Art. 2697 Abs. 1 c.c.: „Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.“

⁶⁷⁴ *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 355 f.

⁶⁷⁵ *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 356.

⁶⁷⁶ Zur Diskussion, ob Täuschungen über unwesentliche Aspekte von Art. 1439 c.c. überhaupt erfasst sind, siehe näher unter 3. Teil, B.III.5.

des Vertrages⁶⁷⁷ oder die Identität des Leistungsgegenstands resultiert, genügt der Beweis der Täuschung. Die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum sowie zwischen Irrtum und der Auswirkung auf den Vertragsschluss wird dann widerlegbar vermutet.⁶⁷⁸ Begründet wird dies damit, dass die getäuschte Seiten andernfalls schlechter gestellt würde als im Fall des „einfachen“ Irrtums.⁶⁷⁹

Bei der Täuschung über unwesentliche Umstände wird die Kausalität und das Vorliegen eines für den Vertragsabschluss ausschlaggebenden Irrtums hingegen nicht vermutet.⁶⁸⁰ Bei einem unwesentlichen Irrtum muss der Getäuschte daher beweisen, dass der Irrtum kausal auf der Lüge beruht und dieser für die Einigung ausschlaggebend (*dolo determinante*) war.⁶⁸¹ Da sich der psychologische Kausalzusammenhang nicht direkt beobachten lässt, kann die Kausalität somit mittelbar nachgewiesen werden. Es ist insofern generell auf Hinweise abzustellen, die sich aus den konkreten Umständen des Falls und dem Verhalten der Parteien ergeben.⁶⁸² Es können beispielsweise auch Wahrscheinlichkeitsprognosen, die auf die Kausalität hindeuten, angeführt werden.⁶⁸³ So soll etwa der Nachweis, dass der Getäuschte einen Schaden erlitt – ohne dass der Schaden ein Tatbestandsmerkmal des Art. 1439 c.c. darstellt (siehe hierzu oben unter 3. Teil, B.III.4.) –, dafür sprechen, dass der Täuschende vorsätzlich handelte und der Irrtum kausal für den Vertragsschluss war.⁶⁸⁴ Nach hier vertretener Ansicht kann daraus allein jedoch noch nicht auf einen *dolus causam dans* geschlossen werden.

Sowohl Vermutungen als auch geführte Nachweise sind durch den Gegner widerlegbar. Der anderen Seite steht somit die Möglichkeit offen, das Gegenteil zu beweisen (Art. 2697 Abs. 2 c.c.).⁶⁸⁵ Das bedeutet, dass der Täuschende z. B. die Option besitzt, zu beweisen, dass die andere Partei von dem Bluff wusste bzw. hätte wissen können, um die Annullierung abzuwenden.

⁶⁷⁷ „oggetto del contratto“, Art. 1429 Abs. 1 c.c.

⁶⁷⁸ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761 („E la prova del carattere determinante dell’inganno incombe alla vittima. Tuttavia non sembra che tale prova debba esigersi, quando l’inganno determina uno di quegli errori che, a norma dell’art. 1429, rilevano ex se“); *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1; *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 379.

⁶⁷⁹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761.

⁶⁸⁰ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1 (wenn der Irrtum die Qualität des Gegenstandes oder die Identität oder Qualität der anderen Vertragspartei betrifft).

⁶⁸¹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 761; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1.

⁶⁸² *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 3.

⁶⁸³ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 356.

⁶⁸⁴ So *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 356.

⁶⁸⁵ Art. 2697 Abs. 2 c.c.: „Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda.“

Eine etwaige strafrechtliche Verurteilung wegen Betrugs hat keine Auswirkung auf die Annahme der Arglist.⁶⁸⁶ Allerdings können die Beweise, die im Strafverfahren wegen Betrugs gesammelt wurden, auch im Zivilprozess eingebracht werden.⁶⁸⁷

12. Rechtsfolge

Art. 1439 Abs. 1 c.c. gibt vor, dass die Arglist einen Grund für die Annullierung (*annullamento*) des aufgrund dessen geschlossenen Vertrags ist. Eine Annullierung des Vertrags kann generell nur von der getäuschten Seite geltend gemacht werden (Art. 1441 Abs. 1 c.c.),⁶⁸⁸ sofern alle soeben genannten Voraussetzungen vorliegen. Im Fall gegenseitiger Arglist kann die Annullierung des Vertrags von beiden Seiten verlangt werden.⁶⁸⁹ Die Frist für die Annullierung beträgt fünf Jahre (Art. 1442 Abs. 1 c.c.) und beginnt mit der Entdeckung arglistigen Täuschung zu laufen (Art. 1442 Abs. 2 c.c.).⁶⁹⁰ Die Frist ist damit im Vergleich zur Jahresfrist in Deutschland⁶⁹¹ außergewöhnlich lang ausgestaltet. Im Ergebnis mag dies eventuell u.a. damit erklärt werden, dass die Voraussetzungen des *dolo* restriktiv ausgestaltet sind und interpretiert werden.

Bereits vor Ablauf der Frist kann die getäuschte Seite den aufgrund der Arglist zustande gekommenen Vertrag allerdings mittels „Bestätigung“ (*la convalida*) heilen (Art. 1444 c.c.).⁶⁹² Die getäuschte Seite muss dafür eine Erklärung abgeben, in der der Wille, den Vertrag zu heilen, zum Ausdruck kommt (Art. 1444 Abs. 1 c.c.). Die Erklärung muss die Bezeichnung des Vertrages sowie den Nichtigkeitsgrund enthalten (Art. 1444 Abs. 1 c.c.).⁶⁹³ Eine Heilung des Vertrags tritt auch dann ein, wenn die getäuschte Seite den Vertrag in Kenntnis der arglistigen Täuschung freiwillig erfüllt (Art. 1444 Abs. 2 c.c.).⁶⁹⁴ Eine zehnjährige Ausschlussfrist, wie § 124 Abs. 1 BGB sie für Deutschland festlegt,⁶⁹⁵ kennt das italienische Recht allerdings

⁶⁸⁶ *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt III. Rn. 3.

⁶⁸⁷ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 356.

⁶⁸⁸ *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 625; *Franzoni*, Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza, Bd. 1, 2018, Art. 1441.

⁶⁸⁹ *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3, 1998, S. 315, 345 f. („il dolo reciproco“); *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 2012 Art. 1439 Pkt. 8; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 14.

⁶⁹⁰ *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 153; *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 524 f.

⁶⁹¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.14.

⁶⁹² *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 525; *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 700.

⁶⁹³ *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 525 („la convalida è espressa“); *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 701.

⁶⁹⁴ *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 525 fff. („la convalida è tacita“); *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 701.

⁶⁹⁵ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.14.

nicht. Eine Annullierung ist damit im Extremfall noch Jahrzehnte nach Vertragsschluss möglich.⁶⁹⁶

Ficht eine Vertragspartei den Vertrag erfolgreich gem. Art. 1439 c.c. an, so ist die Nichtigkeit *ex tunc* die Folge,⁶⁹⁷ was dazu führt, dass die Sach- und Rechtslage, wie sie vor Vertragsschluss bestand, wiederherzustellen ist.⁶⁹⁸

Neben der Annullierung oder anstatt dieser kann die getäuschte Seite nach dem Grundsatz der *culpa in contrahendo* auch Schadensersatzansprüche geltend machen.⁶⁹⁹ Anknüpfungspunkt dafür ist Art. 1337 c.c.⁷⁰⁰ Der Schaden besteht im Fall eines *dolo determinante* (*dolo incidens* ist nicht von Art. 1439 c.c. umfasst) in der Eingehung des Vertrags. Ersetzt wird der getäuschten Seite daher das negative Interesse gem. Art. 1338 c.c., d.h. sie wird so gestellt, wie sie stünde, wenn sie nicht getäuscht worden wäre und den Vertrag daher nicht abgeschlossen hätte.⁷⁰¹ Bei der Täuschung durch einen Dritten (*dolo del terzo*; dazu oben unter 3. Teil, B.III.10.) kann gegen den Dritten ein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch gem. Art. 2043 c.c. geltend gemacht werden.⁷⁰² Wusste der Vertragspartner von der Täuschung, haftet dieser gem. Art. 1337 c.c. neben dem Dritten als Gesamtschuldner.⁷⁰³ Außerhalb des *dolo* bleibt immer noch zu prüfen, ob ein wesentlicher Irrtum i. S. d. Art. 1429 c.c. vorliegt. Denn in diesem Fall kann die Annullierung zwar

⁶⁹⁶ Vgl. Sacco, *Novissimo digesto italiano*, 1965, 455, 464.

⁶⁹⁷ Campolo in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1441 Rn. 4; *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 699.

⁶⁹⁸ Campolo in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1441 Rn. 4.

⁶⁹⁹ Siehe *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 759f.; vgl. auch Sacco/*De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 536; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 9; *Franzoni*, *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Bd. 1, 2018, Art. 1439 Rn. 1.

⁷⁰⁰ Art. 1337 c.c. (italienischer Wortlaut): „Trattative e responsabilità precontrattuale – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.“. Deutscher Wortlaut: „Verhandlungen und vorvertragliche Haftung – Bei der Führung von Verhandlungen und bei der Errichtung des Vertrages haben sich die Parteien nach Treu und Glauben zu verhalten.“. Übersetzung nach https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023). Die vorvertragliche Haftung gem. Art. 1337 c.c. ist seit 1942 im codice civile kodifiziert. Die Rechtsnatur des Art. 1337 c.c. ist nach wie vor umstritten. Zur Diskussion, ob die Vorschrift eher dem schuldrechtlichen oder deliktsrechtlichen System zuzuordnen ist, siehe *Meruzzi*, *La trattativa maliziosa*, 2002, S. 53 ff. und S. 78 ff.; rechtsvergleichend zur Rechtsnatur der *culpa in contrahendo* (Vergleich des italienischen mit dem französischen sowie dem deutschen Regelungssystem [vor der Schuldrechtsreform von 2002]) siehe *Meruzzi*, *La trattativa maliziosa*, 2002, S. 64 ff.

⁷⁰¹ *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1441 Abschnitt III. Rn. 4; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 9; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 770; *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 623.

⁷⁰² *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 9, Art. 1440 Pkt. 1; *Ferrara*, *Teoria dei contratti*, 1940, S. 165.

⁷⁰³ *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 9; *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 354.

nicht wegen Arglist, aber wegen des wesentlichen Irrtums gem. Artt. 1428, 1429 c.c. erfolgen.⁷⁰⁴

Gesondert geregelt sind die Fälle des *dolus incidens* (dazu bereits unter 3. Teil, B.III.6.). Diese sind gem. Art. 1440 c.c. nicht von Art. 1439 c.c. erfasst. In diesem Fall kann die getäuschte Seite lediglich Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung nach Art. 2043 c.c. geltend machen, jedoch keine Annullierung verlangen (siehe dazu bereits unter 3. Teil, B.III.6.).⁷⁰⁵ Der Schadensersatzanspruch richtet sich in Fällen des *dolus incidens* gem. Art. 2058 c.c. auf die Wiederherstellung des früheren Zustands, der bestünde, wenn die schädigende Handlung nicht erfolgt wäre.⁷⁰⁶ Der Schaden wird in diesen Fällen in der geringeren Geeignetheit des Geschäfts, d. h. in dem geringeren Vorteil oder in der größeren wirtschaftlichen Belastung, gesehen, die sich aus der Abweichung des Vertrags aufgrund der Wirkung der arglistigen Täuschung ergibt.⁷⁰⁷ Praktisch wird von der Rechtsprechung der Schaden dann allerdings in Bezug auf den Marktpreis bestimmt.⁷⁰⁸ Das heißt, es wird ermittelt, ob die getäuschte Partei den Gegenstand aufgrund der Täuschung beispielsweise zu einem übersteuerten Preis gekauft hat.⁷⁰⁹ Gerade Bluffs außerhalb des Leistungsgegenstands müssen jedoch nicht zwangsläufig zu einem Vertragsabschluss ober- bzw. unterhalb des Marktpreises führen. Denn bezüglich vieler Produkte besteht eine Marktpreisspanne und die Täuschung berührt lediglich die Einigung innerhalb dieser Spanne. Bluffs über die Verfügbarkeit eines Produkts oder Deadlines können z. B. auch lediglich dazu führen, dass die getäuschte Seite den Vertrag zu einem anderen Zeitpunkt abschließt, als dies ohne Täuschung der Fall gewesen wäre. Es soll zwar auch bei der Täuschung über andere Elemente, welche Vorteile des Getäuschten verhindern oder ihm Verluste zufügen, ein Schadensersatz berechnet werden.⁷¹⁰ Dennoch bleibt fraglich, ob es der getäuschten Seite überhaupt gelingt, nach italienischem Verständnis einen ersatzfähigen Schaden nachzuweisen. Zudem ist zu beachten, dass auch bei Schadensersatzansprüchen wegen *dolus incidens* für die Bejahung der Pflichtverletzung des Täuschenden ein Verhalten vorliegen muss, dass geeignet ist, einen Menschen mit normaler Sorg-

⁷⁰⁴ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 770.

⁷⁰⁵ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 1 (zur Einordnung als unerlaubte Handlung); *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 559; *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 581.

⁷⁰⁶ *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 559. *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 770 betont den Unterschied zum negativen Interesse.

⁷⁰⁷ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 2; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 623.

⁷⁰⁸ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 2.

⁷⁰⁹ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 2; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 623; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 770.

⁷¹⁰ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 770.

falt zu täuschen.⁷¹¹ Zur einschränkenden Wirkung dieser Voraussetzung im Rahmen der Annullierung siehe bereits unter 3. Teil, B.III.7. und 8.

13. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen

In Italien sind Lügen über den Leistungsgegenstand (d. h. z. B. das zu verkaufende Auto) wohl grundsätzlich von Art. 1439 c.c. erfasst, da insbesondere solche Täuschungen die hohen Anforderungen des Tatbestands erfüllen können. Zu bedenken sind in diesem Zusammenhang auch die Beweiserleichterungen bezüglich des Leistungsgegenstands. Im Ergebnis können gerade solche Lügen – teils unzweifelhaft – einen Fall des *dolus causam dans* darstellen. Ein Blick in die Literatur und Rechtsprechung zeigt entsprechend, dass z. B. das Vorlegen einer falschen Baugenehmigung, um über die Bebaubarkeit eines Grundstücks irrezuführen, eine Täuschungshandlung i. S. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. darstellt und zur Annullierung berechtigen kann.⁷¹² Bietet ein Anbieter eine dauerhafte Haarentfernung an, welche jedoch im Ergebnis nicht dauerhaft ist, so liegt ebenfalls eine relevante Täuschung vor.⁷¹³ Auch Bluffs über den Kilometerstand eines Autos oder den wahren Vorbesitzer können die getäuschte Seite zur Annullierung des Vertrag berechtigen.⁷¹⁴ Bei Aktiengeschäften können zudem falsche bilanzielle Angaben, die die Eigenkapital- und Finanzlage eines Unternehmens nicht wahrheitsgemäß darstellen, den Tatbestand des Art. 1439 c.c. erfüllen.⁷¹⁵ In einer Entscheidung des Tribunale Salerno stellte die Beraterin eines Instituts für einen Lehrgang zum Sozialhilfebetreuer dem Auszubildenden in Aussicht, dass er durch diesen Lehrgang einen gesetzlich anerkannten Abschluss und einen sicheren Arbeitsplatz erhalte, was aber nicht der Wahrheit entsprach. In diesem Fall konnte sich der Getäuschte ebenfalls auf die arglistige Täuschung berufen.⁷¹⁶

Bei kleineren Bluffs über den Leistungsgegenstand kann die Annullierung jedoch beispielsweise mangels Vorliegen eines *dolus causam dans* oder aufgrund der Annahme von *dolus bonus* scheitern. So wurde in einem Fall z. B. über die künftigen Mieteinnahmen eines Objekts getäuscht, indem die beabsichtigte Kündigung eines Mieters verschwiegen wurde. Im konkreten Fall lehnte das Gericht die Annullierung beispielsweise mangels *dolus causam dans* ab.⁷¹⁷ In der Literatur werden

⁷¹¹ *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1440 Pkt. 1.

⁷¹² Dieses Beispiel anführend: *Torrente/Schlesinger*, Manuale di diritto privato, 26. Aufl. 2023, S. 580 f.

⁷¹³ Tribunale di Bologna 28.9.2009; dieses Beispiel anführend: *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 5.

⁷¹⁴ Cassazione civile 02.02.2012, n. 1480 (wobei es in dem Urteil teilweise sogar auch um Täuschung durch Verschweigen ging. Bei einer aktiven Täuschung wäre die Annullierung dann erst recht ebenfalls möglich).

⁷¹⁵ Cassazione civile 11.07.2014, n. 16004; ähnlich gelegen, allerdings bezogen auf die Vorlage eines informellen Jahresabschlussdokuments: Cassazione civile 29.08.1991, n. 9227.

⁷¹⁶ Tribunale di Salerno 20.01.2020, n. 259.

⁷¹⁷ Cassazione civile 08.05.2018, n. 11009.

vereinzelt weitergehende Einschränkungen befürwortet. Verspricht ein Verkäufer beispielsweise, dass bei einem automatisierten Produktionsprozess ein neues Programm das Produktionsvolumen erhöhen könnte, so wird teilweise ein *dolus bonus* befürwortet (begründet mit der Eigenverantwortung des Getäuschten).⁷¹⁸

Lügen des Vertragspartners über sich selbst werden wohl in vielen Fällen ebenfalls zur Annullierung gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. berechtigen. Entsprechende Bluffs sollen beispielsweise als arglistig zu qualifizieren sein, wenn ein Verkäufer sich als Verwandter einer bekannten Persönlichkeit und Verantwortlicher der Regierung ausgibt.⁷¹⁹ Täuschungen über die Bereitschaft, den Vertrag zu erfüllen, sollen ebenfalls zur Annullierung berechtigen.⁷²⁰

Die in dieser Arbeit beleuchteten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstand (z. B. über unternehmensinterne Vorgaben, Konkurrenzangebote und Deadlines) werden – wie auch in den meisten anderen Rechtsordnungen – in der italienischen Literatur und Rechtsprechung hingegen selten bzw. überhaupt nicht behandelt.⁷²¹ Da Art. 1439 Abs. 1 c.c. im Gegensatz zum deutschen Recht nach hier vertretener Ansicht im Ergebnis einen engeren Anwendungsbereich hat (z. B. beschränkt auf *dolus causam dans*) und zudem einen nicht unerheblichen Interpretationsspielraum⁷²² lässt, dürften viele Täuschungstaktiken außerhalb des Vertragsgegenstands im Ergebnis nach hier vertretener Ansicht nicht erfasst sein. Dies könnte die fehlende Rechtsprechung und Auseinandersetzung der Literatur mit diesen Bluffs erklären. Eine Ausnahme dazu stellen die Ausführungen von *Roppo* und *Sacco/De Nova* dar, die sich detailliert mit Abgrenzungsfragen in Bezug auf *dolo* befassen.⁷²³ Insofern bleibt allerdings anzumerken, dass die beiden Autoren für italienische Verhältnisse äußerst „annullierungsfreundlich“ argumentieren.

Roppo und *Sacco/De Nova* nutzen zur Abgrenzung zwischen Täuschungen, die von Art. 1439 c.c. erfasst und solchen, die es nicht sind, das Kriterium der Sphäre.⁷²⁴ Lügt eine Partei über Aspekte, die allein in ihrer Sphäre liegen, so soll eine Annullierung ausgeschlossen sein.⁷²⁵ Dahinter steht der Gedanke, dass die getäuschte Seite dann nicht berechtigt ist, diese Information zu erhalten.⁷²⁶ Beide Autoren folgern daraus, dass eine Partei z. B. darüber täuschen darf, warum sie den Gegenstand kaufen möchte, wie sie einen gekauften Gegenstand verwenden möch-

⁷¹⁸ Siehe *Galgano*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 402.

⁷¹⁹ Dieses Beispiel anführend: *Gaudino*, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, 366, 379.

⁷²⁰ *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 620; *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3.

⁷²¹ Die Autorin konnte zu einigen Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands und des Vertragspartners praktisch keine Rechtsprechung ausfindig machen.

⁷²² *Betti*, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Aufl. 1994, S. 446f. spricht mit Blick auf die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Täuschungen vom „criterio discrezionale“.

⁷²³ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 762f.; *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543.

⁷²⁴ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 762 („il criterio della sfera“).

⁷²⁵ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 762f.; *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543.

⁷²⁶ *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543.

te oder über die Gewinne, die sie sich vom erworbenen Gegenstand verspricht.⁷²⁷ *Roppo* führt insofern das Beispiel an, dass der Käufer angeben darf, dass er noch keine Ahnung hätte, was er mit dem Gegenstand tun werde, obwohl er schon weiß, dass er ihn mit hohem Gewinn an einen Dritten verkaufen wird.⁷²⁸ Vor dem Hintergrund dass Art. 1439 c.c. allein Fälle des *dolus causam dans* erfasst, wirkt diese Auffassung stimmig. Weitergedacht würden durch diesen Ansatz beispielsweise auch Lügen über persönliche Präferenzen (z.B. den Lieblingsfußballklub etc.) die getäuschte Seite nicht zur Annullierung des Vertrags berechtigen.

Wirkt sich die Lüge hingegen auf die Sphäre der anderen Partei aus, so kommt nach *Roppo* und *Sacco/De Nova* eine Anwendung des Art. 1439 c.c. grundsätzlich in Betracht. So darf der Verkäufer den Käufer nach *Roppo* nicht fälschlich über seine Weiterverkaufschancen täuschen.⁷²⁹ Er darf ihm also nicht mitteilen, dass es zwei konkrete Interessenten gibt, die den Gegenstand später zu einem höheren Preis vom Käufer erwerben werden, sofern dies nicht der Wahrheit entspricht.⁷³⁰ Lügen über Kosten oder den Wert der Ware sowie über Marktbedingungen fallen sowohl nach *Roppo* als auch *Sacco/De Nova* ebenfalls grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Vorschrift.⁷³¹ In den genannten Fällen ist zudem durchaus denkbar, dass tatsächlich Fälle des *dolus causam dans* vorliegen und eine Annullierung im Ergebnis möglich ist.

Sacco/De Nova vertreten darüber hinaus allerdings die Auffassung, dass Täuschungen des Verkäufers über seine Gewinnmargen bzw. den Selbstkostenpreis nicht zulässig sind („So mache ich keinen Gewinn mit dem vorliegenden Geschäft!“⁷³²). Dies verwundert aus zwei verschiedenen Gründen. Zum einen könnte wohl argumentiert werden, dass Gewinnmargen und Selbstkostenpreise allein die Sphäre des Verkäufers betreffen und nach der Sphärentheorie daher nicht zur

⁷²⁷ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 762; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 543 („L'agente ha diritto di occultare fatti che concernono escusivamente la propria sfera; ad esempio, può occultare il motivo per cui contrae, l'uso che farà dell'oggetto acquistato, nonché l'utile che ricaverà dall'affare, e così via.“). So auch bezüglich des Kaufmotivs Cassazione civile 16.04.2012, n. 5965, Il Foro Italiano 2012, 2692, 2695: „ma l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al contraente di manifestare motivi [...] per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e dalle altrui risorse.“.

⁷²⁸ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 762.

⁷²⁹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 763.

⁷³⁰ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 763.

⁷³¹ *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 763; *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 543 führt aus, dass Lügen über die Marktlage erfasst sind, und zwar selbst dann, wenn sie so dargestellt werden, als ob sie nur die Sphäre des Täuschenden betreffen. Für die Erfassung des Werts auch *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441. Anders (zumindest früher) *Galgano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 1990, S. 300f. („l'induzione in errore sarà irrilevante, se l'errore indotto è in sé irrilevante, come l'errore sul valore dell'oggetto del contratto o come l'errore su fatti inaccertabili.“).

⁷³² *Sacco/De Nova*, Il contratto, 4. Aufl. 2016, S. 543 („Così, ad esempio, non è lecito dire: „non guadagno nulla nella presente operazione.““).

Annullierung berechtigen sollten. Zum anderen dürften solche Bluffs in rationalen Verhandlungen gerade nicht zu einer Einigung außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) führen. Sie stellen somit generell keine Fälle des *dolus causam dans* dar, weshalb eine Annullierung ebenfalls ausscheiden dürfte.

Fraglich ist, wie Lügen über die Rechtslage mit Blick auf Art. 1439 Abs. 1 c.c. zu bewerten sind.⁷³³ Sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, dürften sie nach hier vertretener Ansicht wohl grundsätzlich zur Annullierung des Vertrags berechtigen, da sie ebenfalls einen Fall des *dolus causam dans* darstellen können.⁷³⁴ Fraglich erscheint vor allem, ob die Gerichte der getäuschten Seite vorwerfen würden, leichtfertig auf bestimmte Aussagen vertraut zu haben.⁷³⁵ Denn die Rechtslage kann grundsätzlich von jeder Partei ermittelt werden. Zudem können Täuschungen über rechtliche Aspekte oftmals leicht als Meinung verpackt werden, wodurch die Annullierung ebenfalls ausgeschlossen sein kann.⁷³⁶

Die in der Praxis relevanten Bluffs über die eigenen Alternativen zum Vertragsabschluss (andere Angebote, bessere Angebote) würden die getäuschte Seite wohl nicht zur Annullierung berechtigen, da sie grundsätzlich nur zu einer anderen Verteilung des Verhandlungsgewinns führen und nicht dazu, dass der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre. *Sacco/De Nova* vertreten jedoch die Ansicht, dass auch falsche Aussagen wie „gestern wurden mir für diese Waren hundert geboten“ zur Annullierung des Vertrags gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. berechtigen können.⁷³⁷ Allerdings beziehen die Autoren ihre Aussage nicht auf die unter 2. Teil, A.VI.3. erläuterte Better-offer-Taktik, sondern werten die Angabe als Zeichen dafür, dass dem Käufer ein falscher möglicher Wiederverkaufspreis vorgetäuscht wird. Nach hier vorgegebenen Verständnis bleibt es im Ergebnis dabei, dass in Italien wegen Bluffs im Rahmen der Better-offer-Taktik wohl nicht angefochten werden kann.

Sacco/De Nova gehen zudem davon aus, dass der Verkäufer den Käufer nicht über seine Alternativen täuschen darf. So sollen nach *Sacco/De Nova* Aussagen wie „meine Konkurrenten verlangen einen höheren Preis als ich“ die getäuschte Seite ebenfalls zur Annullierung des Vertrags berechtigen.⁷³⁸ Wird in diesem Fall der

⁷³³ Vgl. auch *C. Bianca*, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 619 f. zu vertraglichen Rechten („Il dolo può consistere [...] gli effetti del contratto, inducendo il soggetto a credere, ad es., che in base al contratto le spettino diritti diversi da quelli realmente spettantigli.“). Das italienische Recht regelt darüber hinaus den Irrtum über die Rechtslage in Art. 1429 Nr. 4 c.c. An dieser Stelle geht es jedoch um die Täuschung über die Rechtslage, weshalb auf die Vorschrift nicht näher eingegangen wird. Siehe dazu z. B. *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 743 ff.

⁷³⁴ Die Diskussion um wesentliche und unwesentliche Irrtümer soll an dieser Stelle nicht erneut ausgeführt werden. Siehe dazu unter 3. Teil, B.III.5.

⁷³⁵ Allgemein zur Eigenverantwortung der getäuschten Seite näher unter 3. Teil, B.III.7.

⁷³⁶ Wie bereits unter 3. Teil, B.III.2. ausgeführt, steht in Italien die Unterscheidung zwischen Meinung und Fakten jedoch nicht im Zentrum der Diskussion.

⁷³⁷ *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543: „ieri mi hanno offerto cento per tale merce, se con ciò si fa intendere al compratore che sarà agevole rivendere a cento.“.

⁷³⁸ *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543: „Non è lecito dire ‚i miei concorrenti chiedono un prezzo più elevato del mio‘.“.

Käufer erfolgreich über seine Alternativen getäuscht, kann es tatsächlich zu einer Einigung außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) kommen und damit auch ein Fall des *dolus causam dans* vorliegen. Dies ist daher eine mögliche Interpretation des italienischen Rechts. Allerdings ist zu bedenken, dass Gerichte in diesem Fall unter Umständen die Eigenverantwortung des Getäuschten betonen könnten. Es könnte davon ausgegangen werden, dass eine Person mit normaler Sorgfalt und gesundem Menschenverstand sich bezüglich ihrer Alternativen selbst informiert hätte. Nach hier vertretener Ansicht ist daher im Ergebnis nicht sicher, wie die Gerichte in einem entsprechenden Fall entscheiden würden. Eine Annullierung des Vertrags wegen Bluffs über einzuhaltende Fristen, eigene Präferenzen und Interessen sowie die Verfügbarkeit von Produkten wird wohl ausscheiden. Denn solche Täuschungen führen grundsätzlich nicht dazu, dass der Vertrag gar nicht abgeschlossen worden wäre.

Sacco/De Nova vertreten die Ansicht, dass ein falsches Erregen von Mitleid oder umgekehrt ein Vortäuschen von Freigiebigkeit den getäuschten Vertragspartner jeweils zur Annullierung des Vertrags berechtigen können.⁷³⁹ *Franzoni* führt hingegen aus, dass der Urlauber eine Buchung nicht anfechten kann, wenn der Badeort (fälschlicherweise) damit geworben hat, dass es dort immer gutes Wetter gibt. Etwas anderes würde nur gelten, wenn falsche meteorologische Daten vorgelegt würden.⁷⁴⁰

Abschließend lässt sich somit festhalten, dass viele Täuschungstaktiken außerhalb des Vertragsgegenstands die getäuschte Seite in Italien wohl nicht zur Annullierung des Vertrags berechtigen. Wo genau die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu ziehen ist, ist von der italienischen Rechtsprechung bislang jedoch noch nicht ausgelotet worden. Allerdings finden sich interessante Ansätze und Überlegungen in der italienischen Literatur zu dieser Thematik.

14. Zwischenergebnis

Die italienische Rechtsordnung erscheint im Ergebnis bzgl. der Annullierung wegen arglistiger Täuschungen eindeutig differenzierungsfreundlicher als die deutsche Rechtsordnung, obwohl viele Details der Regelungen im Schrifttum kontrovers diskutiert werden. Dies beginnt bereits damit, dass lange Zeit umstritten war, ob einfache Lügen von Art. 1439 c.c. erfasst sind. Obwohl dies heute von der ganz h. M. bejaht wird, wird weiterhin erörtert, ob dann eine strengere Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale notwendig ist.⁷⁴¹ Nicht gänzlich unumstritten ist zu-

⁷³⁹ *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543: „Ulteriormente, non è lecito ingannare per suscitare, attraverso la compassione, la pietà, ecc, lo spirito di liberalità del contraente ingannato; come non è lecito, reciprocamente, far credere di essere mosso alla contrattazione da animo di liberalità.“

⁷⁴⁰ *Franzoni* in: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Bd. 3, 1998, S. 315, 326.

⁷⁴¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.2.

dem, ob Art. 1439 c.c. neben Irrtümern über wesentliche Aspekte auch solche über unwesentliche Aspekte erfasst sind, d.h. Irrtümer über Motive, Gründe, Bedingungen, Elemente und Wirkungen. Die h.M. in der Literatur und ein Teil der Rechtsprechung bejahen dies im Ergebnis. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu bedenken, dass dann im Fall von unwesentlichen Irrtümern der Nachweis erforderlich ist, dass der Irrtum kausal für den Vertragsschluss war.⁷⁴²

Das italienische Recht unterscheidet zudem zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens*. Nur wenn ein Fall von *dolus causam dans* vorliegt, kann der Getäuschte eine Annullierung des Vertrags verlangen.⁷⁴³ Bereits aus diesem Grund berechnen viele der Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über Deadlines, bessere Konkurrenzangebote) den Getäuschten nicht zur Annullierung. Die getäuschte Seite kann im Fall von *dolus incidens* jedoch unter Umständen Schadensersatzforderungen geltend machen, auf die hier nicht näher eingegangen wurde.

Außerdem wird in Italien die Eigenverantwortung der getäuschten Seite intensiv debattiert. Von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre wird diesbezüglich gefordert, dass neben dem Vorsatz auch dargelegt werden muss, dass das Mittel zur Täuschung geeignet ist. Im Ergebnis werden danach Personen, die leichtgläubig auf eine Täuschung hereinfliegen, nicht geschützt. Abgestellt wird insofern auf die normale Sorgfalt und den gesunden Menschenverstand.⁷⁴⁴

Daneben wird in Italien die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* bis heute diskutiert.⁷⁴⁵ Unter *dolus bonus* werden traditionell Bluffs verstanden, die keinen Grund für eine Annullierung des Vertrags darstellen.⁷⁴⁶ Die Einzelheiten sind dabei höchst umstritten. Tendenziell ließ der *dolus bonus* in Italien früher dem Geschäftsverkehr einen größeren „Täuschungsspielraum“. Im Laufe der Zeit wurde dieser Täuschungsbereich jedoch nach und nach verringert.⁷⁴⁷ Es lässt sich insgesamt eine Entwicklung hin zu einer Absenkung der Anforderungen an die Annullierung feststellen. So gibt es z. B. Tendenzen, den Anwendungsbereich des Art. 1439 c.c. zu erweitern, indem gefordert wird, auch fahrlässige Täuschungen zu erfassen.⁷⁴⁸

⁷⁴² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.5.

⁷⁴³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.6.

⁷⁴⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.7.

⁷⁴⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.8.

⁷⁴⁶ C. Bianca/M. Bianca, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 524; Bonilini/Confortini/Granelli, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5; Galgano, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1, 4. Aufl. 2004, S. 401 f.; Trabucchi, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151. Vgl. auch Ferrara, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f. und C. Bianca, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff. zur Irrelevanz entsprechender Täuschungen für die Rechtsordnung.

⁷⁴⁷ Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 766; Gaudino, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 1990, 366, 378; Alpa/Mariconda, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 2; Trabucchi, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151. Roppo, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 f.; Cavallo Borgia in: Galgano (Hrsg.), Commentario del codice civile – Scialoja-Branca, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 458.

⁷⁴⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.3.

Mit Blick auf Täuschungen durch andere Personen als den Vertragspartner herrscht ebenfalls Uneinigkeit darüber, wer als Dritter anzusehen ist.⁷⁴⁹ Folgt man der Auffassung, die viele Personen als Dritte qualifiziert, wird die Möglichkeit der Annullierung des Vertrags gerade im unternehmerischen Bereich noch weiter eingeschränkt.

Im Ergebnis kann jedoch nach hier vertretener Ansicht wohl auch heute noch ein beachtlicher Teil der Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen über die genannten Spielräume vom Anwendungsbereich des *dolo* ausgenommen werden. Gerade die in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (wie z. B. über Präferenzen, Deadlines und unternehmensinterne Vorgaben) berechtigen die getäuschte Seite daher im Ergebnis wohl oftmals gerade nicht zur Annullierung.⁷⁵⁰ Die italienische Rechtsordnung kann insofern wertvolle Impulse für die Debatte in Deutschland liefern. Da das italienische Recht jedoch nicht nach dem Gegenstand der Täuschung unterscheidet, werden durch die genannten Anforderungen allerdings zudem auch heute noch kleinere Bluffs über den Leistungsgegenstand und den Preis vom Anwendungsbereich des Art. 1439 c.c. ausgenommen.⁷⁵¹ Wie noch zu zeigen sein wird,⁷⁵² ist dies aus wertungsmäßiger Sicht durchaus nicht unproblematisch. Bereits aus diesem Grund kann die Lösung des italienischen Rechts nicht eins-zu-eins ins deutsche Recht übernommen werden. Die Vorzüge und Schwierigkeiten der einzelnen Regelungsinstrumente werden zudem im Folgenden (siehe unter 3. Teil, C.) näher erörtert.

IV. Frankreich

1. Einführung

Die arglistige Täuschung⁷⁵³ wird in Frankreich unter der Bezeichnung *dol* diskutiert und ist insbesondere in den Art. 1137 bis 1139 Code civil (im Folgenden mit C. civ. abgekürzt) geregelt. Daneben ist *dol* auch von Art. 1130 und Art. 1131 C. civ. erfasst, die allgemein für *dol*, Drohung (*violence*) und Irrtum (*erreur*) gelten.⁷⁵⁴ Vor

⁷⁴⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.10.

⁷⁵⁰ Wie unter 3. Teil, B.III.2. gezeigt, wird allerdings im Schrifttum vereinzelt vertreten, dass auch solche harmlosen Bluffs zur Annullierung berechtigen könnten. Siehe *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 543.

⁷⁵¹ A. A. wohl *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 782, der im Zusammenhang mit *dolus bonus* ausführt: „Trotz dieser verbalen Vorbehalte ist der rechtsgeschäftliche Schutz vor wahrheitswidrigen Tatsachenbehauptungen in Italien aber heute wohl ähnlich weit entwickelt wie in den anderen Rechtsordnungen Kontinentaleuropas“.

⁷⁵² Eine ausführliche wertungsmäßige Betrachtung erfolgt im 4. Teil dieser Arbeit.

⁷⁵³ *Dumouchel* in: Gerschlager (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 53, 61 weist darauf hin, dass der französische Begriff „*déception*“ ursprünglich nicht nur Enttäuschung bedeutete, sondern auch Täuschung. Der Autor führt aus, dass es in beiden Fällen um unerfüllte Erwartungen geht.

⁷⁵⁴ Neben Art. 1137 bis 1139 C. civ. gibt es noch weitere Vorschriften, die sich ebenfalls mit Täuschungen befassen. So enthält z. B. Art. L. 213-1 Code de la consommation spezielle Vor-

der Schuldrechtsreform vom 1. Oktober 2016⁷⁵⁵ war *dol* noch in Art. 1116 ff. C. civ. geregelt. Die Gesetzesänderung hat nicht nur zu einer Verschiebung in der Nummerierung geführt, sondern vor allem die ständige Rechtsprechung kodifiziert.⁷⁵⁶ Es wurden jedoch so gut wie keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen.⁷⁵⁷

Vergleichbar der Situation in Deutschland ist *dol* eingebettet in die Gesamtregelung der Einigungsmängel (*vices du consentement*). Das französische Recht hat sich für diese Einordnung entschieden, da durch die Täuschung ein Einigungsmangel – konkret ein Irrtum – hervorgerufen wird.⁷⁵⁸ *Dol* regelt damit den Grund für einen Einigungsmangel.⁷⁵⁹ Das Regelungsgebiet steht im Spannungsverhältnis zwischen Willensfreiheit (*autonomie de la volonté*) und der Rechtssicherheit sowie dem Vertrauen auf den Bestand von Verträgen (*stabilité contractuelle*).⁷⁶⁰ Im Fall von *dol* geht es bei der Willensfreiheit vor allem um den besonderen Schutz des Getäuschten.⁷⁶¹ Der Schutz der Willensfreiheit des Getäuschten ist insofern nicht auf Prävention ausgerichtet, sondern auf eine anschließende Heilung.⁷⁶² Idee hinter der französischen Regelung von *dol* ist hingegen nicht, dass der Lügner zu bestrafen ist.⁷⁶³ Ebenso wie die deutsche Vorschrift (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) besitzen die französischen Regelungen somit keinen Sanktionscharakter. Das ergibt sich aus Art. 1130 Abs. 1 C. civ. Die Vorschrift verdeutlicht, dass durch *dol* nur solche Täuschungen erfasst werden, die die Willensbildung und damit die Willenserklärung, d. h. die Zustimmung zum Vertragsschluss, beeinflussen. Der Getäuschte soll somit vor einem Vertrag geschützt werden, der auf einem Willensmangel beruht. Der

schriften. Dazu überblicksartig *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1081 f. (Rn. 1300). Im Strafrecht gibt es eine Reihe von Straftatbeständen, die im Falle einer Täuschung einschlägig sein können, darunter allgemeinere wie Betrug (*escroquerie*), der in Art. 313-1 Code pénal geregelt ist und speziellere wie *filouteries* (etwa Erschleichen von Leistungen bei fehlender Zahlungsbereitschaft oder -fähigkeit, geregelt in Art. 313-5 Code pénal). Dazu statt vieler *Lepage/Matsopoulos*, Droit pénal spécial, 2015, S. 489 ff. (Rn. 702 ff.); Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.06.1960 zeigt den Unterschied zwischen *dol* und *escroquerie*. Es stellt fest, dass trotz des Freispruchs des Vertragspartners vom Vorwurf des Betrugs durch die Straferichte eine zivilrechtliche arglistige Täuschung vorliegen kann (die im Ergebnis auch angenommen wird). Zwar stellt jeder strafrechtliche Betrug eine arglistige Täuschung dar, doch nicht jede arglistige Täuschung ist als Betrug zu bewerten (*Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1097 (Rn. 1317)).

⁷⁵⁵ Art. 1137 C. civ. wurde zudem durch das Gesetz n° 2018-287 vom 20.04.2018 geändert.

⁷⁵⁶ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 303 f. (Rn. 273); *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 276 (Rn. 321); *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations, 18. Aufl. 2022, S. 369 und 371 f. (Rn. 1101 und 1111).

⁷⁵⁷ *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations, 18. Aufl. 2022, S. 371 f. (Rn. 1111).

⁷⁵⁸ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 331 f. (Rn. 296). Vgl. auch *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1083 (Rn. 1301).

⁷⁵⁹ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 428 (Rn. 553).

⁷⁶⁰ *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations, 18. Aufl. 2022, S. 372 (Rn. 1115); siehe auch *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 303 (Rn. 273).

⁷⁶¹ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 401 (Rn. 515).

⁷⁶² *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations, 18. Aufl. 2022, S. 371 (Rn. 1108).

⁷⁶³ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 690; *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 296 f. (Rn. 315).

Täuschende wird hingegen nicht per se sanktioniert. Entgegen diesen Ausführungen scheint aber in der Literatur durchaus durch, dass *dol de facto* auch als Sanktion für den Täuschenden angesehen wird.⁷⁶⁴

Generell war der Anwendungsbereich von *dol* früher enger und wurde erst im Laufe der Zeit Schritt für Schritt erweitert (dazu näher im Folgenden, 3. Teil, B.IV.2.).⁷⁶⁵ Dass der Anwendungsbereich im Verhältnis zur Irrtumsanfechtung weiter gefasst ist, wird auch in Frankreich mit der vorsätzlichen Täuschung der Gegenseite begründet, die den Irrtum beim Getäuschten hervorruft.⁷⁶⁶

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf aktive Täuschungen, die in dieser Arbeit im Fokus stehen. Täuschungen durch Verschweigen werden kurz separat unter 3. Teil, B.IV.2. angesprochen. Zudem liegt der Schwerpunkt der folgenden Erörterungen auf unternehmerischen Verhandlungen. Das bedeutet, dass grundsätzlich auf beiden Seiten juristische Personen Vertragspartner sind (Prinzipale) und die für sie handelnden natürlichen Personen (Agenten) täuschen bzw. getäuscht werden.⁷⁶⁷ Der Irrtum des Vertreters sowie die Täuschung des Vertreters werden der Gesellschaft zugerechnet (Art. 1138 Abs. 1 C. civ.; zu Täuschungen durch Dritte näher unter 3. Teil, B.IV.8.). In der Rechtsprechung werden die Täuschungen aber – wohl der Einfachheit halber – zumeist aus Sicht des Unternehmens untersucht.⁷⁶⁸

2. *Dol*

Art. 1137 Abs. 1 C. civ. erläutert, was unter *dol* zu verstehen ist:

„Le dol est le fait pour un contractant⁷⁶⁹ d’obtenir le consentement de l’autre par des manœuvres ou des mensonges.“⁷⁷⁰

⁷⁶⁴ So z. B. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 438 (Rn. 566) („L’annulation pour dol est en effet non seulement un moyen de réparer un vice du consentement mais encore une façon de sanctionner un comportement répréhensible.“ – im Zusammenhang mit dem Anschluss der Anfechtung im Fall der Täuschung durch Dritte). Siehe auch *Bénabent*, Droit des obligations, 20. Aufl. 2023, S. 101 (Rn. 102) („on entend sanctionner la partie qui a provoqué l’erreur“); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1093 (Rn. 1310) („Un tel élargissement du domaine de la nullité pour erreur n’a d’autre justification que la faute intentionnelle de l’autre partie qu’il s’agit de sanctionner.“); *Fages*, Droit des obligations, 13. Aufl. 2023, S. 118 (Rn. 116). Cour de cassation, Chambre commerciale, 09.02.2016, 14-23.210 („le dol [...] sanctionne le consentement obtenu par tromperie, manoeuvre ou réticence“).

⁷⁶⁵ Vgl. *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations, 18. Aufl. 2022, S. 373 (Rn. 1116).

⁷⁶⁶ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1083 (Rn. 1301); vgl. auch *Bert*, Cours de droit des obligations, 5. Aufl. 2022, S. 108.

⁷⁶⁷ Zur Prinzipal-Agenten-Problematik siehe näher unter 2. Teil, A.III.

⁷⁶⁸ *Fages*, Droit des obligations, 13. Aufl. 2023, S. 112f. (Rn. 106).

⁷⁶⁹ Kritisch zu diesem Begriff, da im Zeitpunkt der Lüge der Vertrag noch nicht geschlossen ist: *Guerlin*, L’ESSENTIEL Droit des contrats n°3 2016, 4, 4.

⁷⁷⁰ Frei übersetzen ließe sich dies mit „*Dol* liegt vor, wenn ein Vertragspartner die Zustimmung des anderen durch Manöver oder Lügen erlangt.“

Erfasst sind neben „Manövern“ (*manœuvres*⁷⁷¹) explizit auch Lügen (*mensonges*)⁷⁷² sowie in Art. 1137 Abs. 2 C. civ. Täuschungen durch „absichtliche Verschleierungen“ (*dissimulation intentionnelle*, zu Täuschungen durch Verschweigen siehe unter 3. Teil, B.IV.2.). Früher bezog sich die Vorschrift explizit nur auf *manœuvres*. Lügen sind erst seit 2016 ausdrücklich im Gesetz genannt, wobei die Rechtsprechung allerdings bereits seit 1970 einfache Lügen im Rahmen von *dol* anerkennt.⁷⁷³ Die Erfassung von *manœuvres* und Lügen führt im Zusammenspiel mit den Täuschungen durch Verschweigen zu einem weiten Anwendungsbereich der Vorschrift.⁷⁷⁴ Denn die Vorschrift ist dadurch flexibel und kann alle derzeit und zukünftig praktizierten Täuschungen erfassen.⁷⁷⁵

Der Unterschied zwischen Lügen und Manövern ist im Ergebnis unerheblich, da beide Formen der Täuschung gleichbehandelt werden. Generell werden unter Manövern nicht falsche Aussagen gefasst, sondern vielmehr Machenschaften, die einen falschen Eindruck vermitteln. In der französischen Literatur wird insofern von Täuschungshandlungen, Tricks und Inszenierungen gesprochen.⁷⁷⁶ Bittet der Ver-

⁷⁷¹ Zur Verwendung des Begriffs *manœuvre* im Strafrecht im Vergleich zum Zivilrecht *Le Moulec*, *Revue juridique de l'Ouest* 2016, 39, 44 f.

⁷⁷² Der ehemalige Art. 1116 C. civ., der *dol* zuvor regelte, enthielt den Begriff *mensonges* noch nicht. In der Literatur wird vertreten, dass sich durch die Ergänzung des Begriffs „Lügen“ inhaltlich keine größeren Änderungen ergeben, da auch zuvor schon Lügen von der Rechtsprechung erfasst wurden. Das Gesetz spiegelt damit nun lediglich explizit die ständige Rechtsprechung wieder. *Le Moulec*, *Revue juridique de l'Ouest* 2016, 39, 43.

⁷⁷³ Mit der ursprünglichen Fassung, die nur *manœuvres* umfasste, wurde der Anwendungsbereich eng verstanden. Nur Täuschungsmanöver („l'emploi de certains artifices ou l'organisation d'une certaine mise en scène“ [*Flour/Aubert/Savaux*, *Les obligations*, Bd. 1, 17. Aufl. 2022, S. 478 (Rn. 340)]) erfüllten die Voraussetzungen des *dol* i. S. d. ex-Art. 1116 C. civ. (heute Art. 1137 C. civ.), einfache Lügen jedoch nicht (vgl. z. B. Cour d'appel de Douai, 19.05.1964 [Originaltexte in Großschreibung werden im Folgenden in Groß- und Kleinschreibung dargestellt]: „La société Olivier aurait commis plus qu'une réticence ou un simple mensonge, mais bien une dissimulation frauduleuse aggravée par la manœuvre résultant de la production de mémoires volontairement majorée et entretenue dans la procédure d'appel où elle avait précisément invoqué les résultats de l'expertise“). Diese Einschränkung wurde von der Rechtsprechung jedoch als nicht sachgerecht empfunden und aufgegeben. In Cour de cassation, *Chambre civile* 3, 06.11.1970, 69-11.665 wurde erstmals angenommen, dass auch eine einfache Lüge ohne weitere Begleitakte *dol* darstellen kann („mais attendu, d'abord, qu'un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol“). Nachdem sich diese Auffassung als ständige Rechtsprechung durchsetzte, wurden „Lügen“ 2016 dann auch explizit in die neue Gesetzesfassung aufgenommen. Dennoch finden sich bis heute Formulierungen, die den Wortlaut des Urteils von 1970 nahezu wörtlich übernehmen: Siehe z. B. Cour de cassation, *Chambre civile* 3, 15.03.2018, 17-11.850 („Alors qu'un simple mensonge sur une qualité de la chose vendue, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol“).

⁷⁷⁴ Vgl. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 72.

⁷⁷⁵ *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 333 (Rn. 300) führt insofern aus: „Aussi diverses que l'esprit de l'homme est inventif, ces manœuvres s'adaptent aux changements des données économiques et sociales.“

⁷⁷⁶ *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 430 (Rn. 556) („Les manœuvres stricto sensu sont des actes positifs de tromperie, des artifices ou des mises en scène.“); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1095 (Rn. 1314) („comprenant

käufer einer Wohnung den Barbesitzer darunter, während des Besuchs potenzieller Käufer die Musik leiser als gewöhnlich zu spielen, so handelt es sich beispielsweise um ein Manöver i. S. d. französischen Rechts.⁷⁷⁷ Auch ein manipulierter Kilometerstand beim Gebrauchtwagenkauf⁷⁷⁸ oder kleinere Verschönerungsarbeiten, die den schlechten Zustand einer Immobilie verschleiern sollen,⁷⁷⁹ stellen Manöver i. S. d. französischen Vorschrift dar.

Die Bezeichnung *mensonges* wird eher in Bezug auf falsche Aussagen verwendet⁷⁸⁰ und stellt klar, dass nicht nur Täuschungsmanöver in Form von täuschenden Handlungen, sondern auch einfache Lügen erfasst sind. Getäuscht werden kann insofern auf alle erdenklichen Weisen, wobei insbesondere mündliche und schriftliche Bluffs relevant sind.⁷⁸¹ Die Rechtsprechung zeigt zudem, dass in Frankreich nicht nur wegen Täuschungen über Vergangenes und Gegenwärtiges, sondern auch wegen Lügen über Zukünftiges angefochten kann. Insbesondere falsche Prognosen können in diesem Zusammenhang gegebenenfalls eine Anfechtung rechtfertigen. So erscheint es beispielsweise nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass Lügen über die Rentabilität eines Geschäftsbetriebs zur Anfechtung berechtigen.⁷⁸² Lügen über die Rentabilität einer Immobilie in Verbindung mit einer versprochenen Steu-

normalement un ensemble d'actes combinés en vue de tromper“) und S. 1094 (Rn. 1314) („Elles désignent toute espèce d'agissements tendant à créer une fausse apparence“).

⁷⁷⁷ Dieses Beispiel gebend *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 430 (Rn. 556).

⁷⁷⁸ Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.04.1982 (das Urteil spricht lediglich von einem „ungenauen“ Kilometerstand, es präzisiert zudem nicht, welche Form von *dol* vorliegt). In der Literatur *Bert*, Cours de droit des obligations, 5. Aufl. 2022, S. 106.

⁷⁷⁹ Cour d'appel de Bordeaux, 08.07.2008, 08/00613: Gegenstand des Urteils war eine Immobilie, die auf sandigem Untergrund unsachgemäß errichtet wurde. Durch die Instabilität des Fundaments entstanden Risse in der Bausubstanz, die der Verkäufer durch kleinere Tapezier-, Putz- und Malerarbeiten kaschiert haben soll. Umfangreiche Sanierungsarbeiten wurden hingegen nicht durchgeführt. Jedoch scheiterte die auf deliktischen Schadensersatz gerichtete Klage der Käuferin am fehlenden Beweis gleich mehrerer Tatsachen.

⁷⁸⁰ Siehe z. B. *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 430 (Rn. 557).

⁷⁸¹ Cour de cassation, Chambre civile 3, 06.11.1970, 69-11.665; *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 333 (Rn. 300). Vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 691.

⁷⁸² Urteile liegen dazu allerdings kaum vor. Es ist insofern auch oft nicht eindeutig, ob es um aktuelle Umsätze oder die zukünftige Rendite des Geschäfts geht. Vgl. z. B. Cour de cassation, Chambre commerciale, 14.02.2018, 16-24.555 (Bei dem Fall ging es um den Verkauf einer Apotheke. Die Käuferin beschwert sich anschließend über die Rentabilität, da diese hinter den Versprechungen zurückbliebe. Dies läge v. a. an den ungenauen Informationen zum Verkaufsumfang eines bestimmten gewinnbringenden Medikaments. Das Gericht stellte fest, dass die kaufende Apothekerin als Expertin anhand der Buchhaltung die Informationen hätte überprüfen können. Sie gab sogar die Erklärung ab, dass die Buchhaltung nicht zu beanstanden war. Daher wurde im Ergebnis kein *dol* angenommen); vgl. auch Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.12.2013, 12-15.865 (Beim Verkauf einer Bäckerei hat der Verkäufer nicht offengelegt, dass gleich mehrere Brot-Lieferverträge u. a. mit einer anderen Bäckerei und einem Restaurant bestehen, woraus ein großer Teil des Umsatzes der Bäckerei generiert wurde. Die Umsatzstruktur ist jedoch ein erheblicher Faktor für die Bestimmung der Rentabilität der Bäckerei gewesen. Das Berufungsgericht hat diese Überlegungen nicht angestellt und daher gegen Art. 1116 C. civ. verstoßen).

erbefreiung können ebenfalls einen Anfechtungsgrund darstellen.⁷⁸³ Insofern sind vor allem falsche Angaben über die Mietnachfrage relevant.⁷⁸⁴ Diesbezüglich wird allerdings wohl zwischen B2C- und B2B-Verträgen unterschieden. In B2B-Verträgen scheint die Eigenverantwortung⁷⁸⁵ der Parteien stärker hervorgehoben zu werden. So wurde bei einer Verhandlung zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer *dol* beispielsweise abgelehnt. Im konkreten Fall wollte der Franchisegeber seinen (erfahrenen) Franchisenehmer mit unrealistischen Geschäftsplänen zu einer Verlängerung des Franchisevertrags bewegen. Der Franchisenehmer täuschte dabei eine Rentabilität vor, die keinesfalls zu erreichen war.⁷⁸⁶ Zu bedenken ist allerdings, dass der Sachverhalt vor Erlass des *Doubin*-Gesetzes⁷⁸⁷ spielte, sodass nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob er heute noch genauso entschieden würde. Die Rechtsprechung zeigt insofern aber zumindest, dass trotz des *Doubin*-Gesetzes auch heute noch ein gewisser Grad an Eigenverantwortung vom Franchisenehmer erwartet wird.⁷⁸⁸ Interessant ist allerdings, dass das Problem der

⁷⁸³ *Dol* wurde häufig in Fällen angenommen, in denen dem Käufer einer Immobilie versprochen wurde, dass er von einer Steuerbefreiung aufgrund des *Girardin* Gesetzes (n° 2003-660 vom 21.07.2003) profitieren könnte. Mangels tatsächlicher Vermietbarkeit war dies allerdings ausgeschlossen: Cour de cassation, Chambre civile 3, 21.11.2019, 18-21.959; in diesem Fall warb der Verkäufer neben der Steuerbefreiung mit einem Förderprogramm. Bestätigt werden sollte die Rentabilität durch einen nicht realistischen Investitionsplan und angebliche Studien des Bauträgers, der Bank, des Verwalters und der Immobilienabteilung. Tatsächlich kamen dem Käufer mangels Nachfrage nach Mietwohnungen weder die Steuerbefreiung noch das Förderprogramm zugute. Siehe auch Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.09.2020, 18-24.722; zwar konnte die im Juni 2005 gekaufte Wohnung ab Dezember 2007 vermietet werden, doch erfolgten Mietzahlungen nur unregelmäßig und weit unter der vom Verkäufer versprochenen Miete. Zudem hätte der Mietvertrag für die Steuerbefreiung noch im Jahr 2006 abgeschlossen werden müssen. Verneint wurde *dol* hingegen, wenn die Rentabilität zwar nicht so hoch war wie erwartet, von der Steuerbefreiung aber profitiert wurde, Cour d'appel de Paris, 03.03.2017, 14/15134.

⁷⁸⁴ Cour de cassation, Chambre civile 3, 07.04.2016, 14-24.164 14-25.446 beschäftigt sich mit einem Mietobjekt, das als risikofreies Produkt präsentiert wurde. In der Verkaufsbroschüre wurde die Immobilie und die zu erwartende Rendite vom Verkäufer deutlich zu optimistisch eingeschätzt. Insbesondere wurde mit einer sehr hohen Mietnachfrage geworben, die in keiner Weise der Realität entsprach.

⁷⁸⁵ Dazu auch näher unter 3. Teil, B.IV.7.

⁷⁸⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 10.01.1995, 92-17.892 (zumindest bei 22 Jahren Berufserfahrung).

⁷⁸⁷ Das *Doubin* Gesetz (n° 89-1008 vom 31.12.1989) fügte Art. L. 330-3 C. com. und das zugehörige Dekret (n° 91-337 vom 04.04.1991) Art. R. 330-1 C. com. in den Code de commerce ein, welche die Verpflichtung des Franchisegebers enthalten, dem potenziellen Franchisenehmer vorvertraglich bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen.

⁷⁸⁸ So Cour de cassation, Chambre commerciale, 21.10.2014, 13-11.186 („la loi Doubin oblige le franchiseur à communiquer des informations préalables sérieuses et réalistes mais ceci n'a nullement pour conséquence de supprimer toute responsabilité financière au franchisé qui doit demeurer un commerçant indépendant, responsable de son exploitation“): Neben unrealistischen Gewinnchancen wurde dem Franchisenehmer ein Manager versprochen, der „Franchise-Spezialist“ war und als „Manager eines anderen nationalen Franchise-Netzwerks, das 17 Jahre lang führend in seinem Sektor war“ gearbeitet hat. Tatsächlich war der Manager nur sechs Jahre lang für dieses Netzwerk in einem anderen Industriezweig tätig, musste Insolvenz anmelden und wurde zu einem Geschäftsführungsverbot verurteilt. Der Cour d'appel hat keinen *dol* angenommen und

Abgrenzung von Täuschungen über Tatsachen und Bluffs über Meinungen und Intentionen in Frankreich praktisch nicht explizit thematisiert wird.

Die Täuschung durch Verschweigen (*réticence dolosive*) war lange Zeit nicht anerkannt, wurde dann aber 1958 durch die französische Rechtsprechung etabliert.⁷⁸⁹ Mittlerweile ist sie sogar gesetzlich in Art. 1137 Abs. 2 C. civ. geregelt und der aktiven arglistigen Täuschung gleichgestellt.⁷⁹⁰ Gebraucht wird zwar der Begriff „absichtliche Verschleierungen“ (*dissimulation intentionnelle*), aber diskutiert werden darunter vor allem Täuschungen durch Verschweigen.⁷⁹¹ Es wird insofern bereits gesetzlich geregelt, dass das Verschweigen der eigenen Schätzung des Wertes des Gegenstands in jedem Fall keine arglistige Irreführung darstellt (Art. 1137 Abs. 3 C. civ.).⁷⁹² Interessant ist, dass im Rahmen von Bluffs durch Verschweigen diskutiert wird, wie die Situation zu bewerten ist, in der ein potenzieller Käufer im Gegensatz zum Verkäufer wertvolle Informationen über den Kaufgegenstand be-

die Revision war in diesem Punkt nicht zulässig.); ähnlich Cour de cassation, Chambre commerciale, 15.05.2012, 11-15.573 (Der Franchisenehmer behauptete über die Erfolgsaussichten des Franchises getäuscht worden zu sein, indem der Franchisegeber eine selbst erstellte Gewinn- und Verlustrechnung präsentierte, die auf Basis der Daten der vorherigen Franchisenehmer erstellt wurde. Doch verkauften die vorherigen Franchisenehmer auch andere Waren und gaben das Geschäft vier Jahre zuvor auf, sodass die Zahlen nicht vergleichbar gewesen seien. Das Gericht ging nicht von einer Täuschung aus. Zwar sei der Franchisegeber verpflichtet, den Franchisenehmer zu informieren. Doch müsse ein Franchisenehmer in der Lage sein, die ihm vorgelegten Informationen einzuschätzen und zu überprüfen. Es gäbe gerade keine Erfolgsgarantie von Seiten des Franchisegebers.): „qu’il est de jurisprudence constante que l’esprit et l’essence du contrat de franchise est l’autonomie des franchisés et nullement l’obligation de leur fournir un tuteur permanent et polyvalent“; Cour de cassation, Chambre commerciale, 24.10.2018, 17-16.185 (Ein Franchisenehmer eröffnet eine Pizzeria und kann die vom Franchisegeber prognostizierten Umsätze nicht erreichen. Es stellte sich heraus, dass der frühere Franchisenehmer selbst Insolvenz anmelden musste und mit einem fünfjährigen Geschäftsführungsverbot belegt wurde. Der Cour d’appel wies die Nichtigkeitklage wegen mangelnden Verstoßes gegen die Informationspflichten des Franchisegebers ab. Der Cour de cassation war der Auffassung, dass ein Verstoß gegen die Informationspflichten vorlag und verwies die Sache an den Cour d’appel zurück.).

⁷⁸⁹ Cour de cassation, 19.05.1958, Bull. civ. I, n° 251; *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1101 (Rn. 1323). Ausführlich zur *réticence dolosive*: *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1101 ff. (Rn. 1322 ff.).

⁷⁹⁰ Art. 1137 Abs. 2 C. civ.: „Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l’un des contractants d’une information dont il sait le caractère déterminant pour l’autre partie.“. Siehe dazu *Le Moulec*, *Revue juridique de l’Ouest* 2016, 39, 46 f.

⁷⁹¹ Siehe dazu z. B. *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 337 f. (Rn. 302); *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 432 ff. (Rn. 559 ff.).

⁷⁹² Schon vor Einführung des Art. 1137 Abs. 3 C. civ. ging die Rechtsprechung von dieser Ausnahme aus, *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1151 (Rn. 1393 f.); so bestand auch beim Käufer, der professionell handelt, keine Pflicht, den Verkäufer über den Wert der Kaufsache aufzuklären, Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.01.2007, 06-10.442 (In dem Fall schloss ein Immobilienhändler mit einem Arbeiter und seiner arbeitsunfähigen Frau einen Vorvertrag über den Kauf von deren Wohnhaus zu einem Preis, der weit unter dem tatsächlichen Wert lag. Er klärte die beiden auch nicht über den Wert der Immobilie auf. Während der Cour d’appel de Paris eine Verletzung der Treuepflicht des Käufers annahm, lehnte der Cour de cassation eine solche Pflicht ab.).

sitzt.⁷⁹³ Darf er diese Informationen verschweigen oder stellt dies eine Täuschung (*dol*) im Sinne des französischen Rechts dar?⁷⁹⁴ Diese Konstellation spielt in dieser Arbeit beim Recht auf Lüge eine Rolle. Denn die Argumentation baut insofern teilweise auf der Diskussion um das Recht zu schweigen auf.⁷⁹⁵ Für den Fall des Verschweigens wichtiger Tatsachen durch den Käufer nimmt eine Ansicht an, dass eine Nichtigkeit ausgeschlossen ist.⁷⁹⁶ Anderer Ansicht nach kann auf die allgemeinen Grundsätze verwiesen werden und die Annahme von *dol* kommt durchaus in Betracht.⁷⁹⁷ Auf Täuschungen durch Verschweigen soll hier jedoch ansonsten nicht näher eingegangen werden, da in dieser Arbeit Täuschungen durch positives Tun im Vordergrund stehen.

3. *Dolus bonus* und *dolus malus*

Auch wenn es Art. 1137 C. civ. nicht zum Ausdruck bringt, so unterscheiden die französische Lehre und die Rechtsprechung nach römischen Vorbild zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*.⁷⁹⁸ Damit erkennt das französische Recht an, dass es

⁷⁹³ Zu den ökonomischen Hintergründen dieser Situation siehe näher unter 4. Teil, G.V.6.

⁷⁹⁴ Cour de cassation, Chambre civile 3, 15.11.2000, 99-11.203 (Eine Gesellschaft, die sich auf den Abbau von Gestein spezialisiert hat, kaufte ein Grundstück, weil dieses für einen Steinbruch geeignet war. Dem Verkäufer war dieser Umstand jedoch nicht bekannt. Der Cour de cassation lehnte *dol* jedoch mangels Aufklärungspflicht des Käufers ab); vgl. auch sogenannte *l'affaire Baldus* in Cour de cassation, Chambre civile 1, 03.05.2000, 98-11.381 (Eine Frau versteigerte zunächst 50 Fotografien eines bestimmten Künstlers zu einem Preis von 1000 Francs das Stück. Drei Jahre später fand sie einen Käufer, der zunächst 35 und später 50 weitere Fotografien eben dieses Künstlers zum gleichen, von der Verkäuferin vorgeschlagenen Preis kaufte. Dieser Käufer wusste jedoch, dass es sich bei dem Künstler um den sehr renommierten Fotografen *Baldus* handelte und die Fotografien ein Vielfaches des Kaufpreises wert waren. Das Gericht nahm mangels Aufklärungspflicht des Käufers auch hier keinen *dol* an.); vgl. auch ausführlich dazu die Entscheidungsbesprechung zu Cour de cassation, Chambre civile 3, 17.01.2007, 06-10.442 in: *Capitant et al.*, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Bd. 2, 13. Aufl. 2015, S. 64, 64 ff.; zur simplen Annahme eines Angebots, das der Anbietende allein unter Zugrundelegung seiner (falschen) Vorstellungen festgelegt hat und entsprechenden Entscheidungen siehe *Fabre-Magnan*, De l'obligation d'information dans les contrats, 2014, S. 167 (Rn. 210 ff.); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1151 (Rn. 1393 ff.).

⁷⁹⁵ Siehe zu Lügen zum Schutz des Rechts zu schweigen i. R. d. ökonomischen Analyse unter 4. Teil, G.V.6.

⁷⁹⁶ *Fabre-Magnan*, De l'obligation d'information dans les contrats, 2014, S. 167 (Rn. 210 ff.).

⁷⁹⁷ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 343 (Rn. 306) zugleich auch zu den Schwierigkeiten in der Praxis.

⁷⁹⁸ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300). Zu *dolus bonus* (auch zur geschichtlichen Entwicklung) ausführlich *Casimir*, Revue de contrats 2017, 153, 153 ff. Beispiele in der Rechtsprechung: Keinen *dolus bonus* annehmend Cour de cassation, Chambre civile 1, 01.02.1960, 67 (Kauf dreier alter Gemälde bei einem Galeristen für 250.000 Francs das Stück. Ein Gutachten hat danach ergeben, dass die Gemälde nur 40.000, 45.000 und 35.000 Francs Wert waren. Der Kaufvertrag wurde vom Cour d'appel für nichtig erklärt. Der Cour de cassation bestätigte diese Entscheidung, da der Verkäufer – ohne über Erfahrung im Kunstbereich zu besitzen – sich als staatlich anerkannter Sachverständiger und als „arbitre près de Tribunal de commerce“, der häufig zur Beurteilung falscher Gutachten herangezogen werde, darstellte. Das Ge-

auch rechtmäßige Täuschungen (*dolus bonus*) gibt. *Fabre-Magnan* führt in diesem Zusammenhang aus:

„Le droit permet que l'on puisse, par des ‚petits‘ mensonges (ou même des ‚petites‘ manœuvres), essayer d'inciter l'autre à contracter, en particulier à acheter“.⁷⁹⁹

Frei übersetzen ließe sich die Aussage folgendermaßen:

„Das Gesetz erlaubt es, dass man durch ‚kleine‘ Lügen (oder sogar ‚kleine‘ Manöver) versuchen kann, den anderen zum Vertragsabschluss zu bewegen, insbesondere zum Kauf“.

Das Zitat verdeutlicht die Tendenz in Frankreich insbesondere kleinere Bluffs des Verkäufers mit Hilfe des *dolus bonus* aus dem Anwendungsbereich des Art. 1137 C. civ. auszunehmen. Täuschungen durch den Käufer stehen dagegen nicht im Zentrum der Diskussion. Im Detail bestehen zudem bezüglich der Anwendung des *dolus bonus* nicht zu unterschätzende Unsicherheiten.⁸⁰⁰ Das gilt bereits bezüglich der Definition des Terminus.⁸⁰¹ Teilweise wird *dolus bonus* als *dol licite*, d. h. als zulässige Täuschung, bezeichnet.⁸⁰² Freilich trägt diese Definition nicht konkret dazu bei, zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen zu unterscheiden. Im Ergebnis wird die Grenze zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* durch die Kasuistik bestimmt.⁸⁰³ Unter *dolus bonus* sind danach wohl gerade solche Täuschungen zu verstehen, die als übliche Geschäftspraxis angesehen werden.⁸⁰⁴ Dazu

richt stellte fest, dass der Verkäufer mit seinem Verhalten weit über die Übertreibungen und Kniffe hinausging, die jedem Verkäufer erlaubt sind („a nettement dépassé l'exagération et l'habileté permise à tout vendeur“); Cour de cassation, Chambre sociale, 26.10.1957, 1011 (Der Verpächter eines Grundstücks kann sich nicht auf eine angebliche Lüge seines Pächters berufen, wenn es sich um eine zu große und offensichtliche Übertreibung handelt, die der Verpächter ohne Weiteres hätte aufdecken können); Cour d'appel de Paris, 16.12.1924, Recueil hebdomadaire de jurisprudence 1925, 125f. (Ein Kunde schließt bei einem Banker einen Vertrag über laufende Geschäfte im Direkthandel. Der Banker berät den Kunden und sendet ihm ein Fachmagazin mit Finanztipps zu. Als sich die spekulativen Geschäfte als nachteilig erweisen, möchte der Kunde den Vertrag für nichtig erklären lassen. Das Gericht stellt fest, dass das Zusenden eines Finanzmagazins offensichtlich kein *manœuvre* darstellen kann. Andere Handlungen, die eine Täuschung begründen können, wurden weder dargelegt noch bewiesen.)

⁷⁹⁹ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558).

⁸⁰⁰ *Casimir*, Revue des contrats 2017, 153, 153.

⁸⁰¹ Zu den verschiedenen Definitionsversuchen *Casimir*, Revue des contrats 2017, 153, 155 ff.; vgl. auch Cour de cassation, Chambre civile 1, 28.01.2010, 08-21.310 das von einem *dolus malus* ausgeht und insofern kurz ausführt: „*dolus malus* par opposition au *bonus dolus toléré* par la morale des affaires“ (Der Käufer wurde nicht vom Verkäufer darüber aufgeklärt, dass das gegenständliche Grundstück kontaminiert war und eine Gesundheitsgefahr für Mensch und Umwelt bestand. Zudem verschwieg der Verkäufer, dass er wegen eben dieses Mangels einen Rechtsstreit mit der Person führte, die ihm das Grundstück verkauft hat.)

⁸⁰² *Casimir*, Revue des contrats 2017, 153, 156.

⁸⁰³ *Casimir*, Revue des contrats 2017, 153, 164.

⁸⁰⁴ Auf die Unterscheidung hinweisend Cour de cassation, Chambre civile 1, 28.01.2010, 08-21.310 („un *dolus malus* par opposition au *bonus dolus toléré* par la morale des affaires“). Beispiel für *dolus bonus*: Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.12.1994, 92-20.806 (Fotolabor) („l'exagération commise dans la description publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales“). Vgl. dazu auch *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 334

zählen z.B. gewisse „Prahlerien“ (*vantardises*) und Übertreibungen.⁸⁰⁵ Hauptanwendungsfall ist dabei Werbung bzw. werbende Aussagen.⁸⁰⁶ Begründet wird dies damit, dass es bei solchen Übertreibungen und Prahlerien nicht sehr wahrscheinlich ist, dass sie Auswirkungen auf den Vertragsschluss haben (zur Eigenverantwortung näher unter 3. Teil, B.IV.7).⁸⁰⁷ Es wird nicht näher erörtert, wie damit umzugehen ist, falls eine solche marktschreierische Anpreisung dennoch kausal geworden ist. Die weiteren Tatbestandsmerkmale, wie z.B. Anforderung einer substanziellen Auswirkung der Täuschung (siehe näher unter 3. Teil, B.IV.6.), zeigen jedoch, dass selbst wohl dann noch *dolus bonus* vorliegen kann. Im Ergebnis eröffnet der *dolus bonus* den Gerichten damit einen Spielraum, bestimmte Täuschungen als zulässig anzusehen.⁸⁰⁸ Die Idee der Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* zeigt, dass das französische Recht im Gegensatz zum deutschen Recht ein gewisses (geringes) Maß an Eigenverantwortung der getäuschten Seite voraussetzt. Geschäftspartner sollen nicht völlig naiv und ohne jegliche Sorgfalt in einer Verhandlung agieren.⁸⁰⁹ In der Rechtsprechung⁸¹⁰ und Lite-

(Rn. 300); siehe auch *Porchy-Simon*, *Droit des obligations* 2024, 16. Aufl. 2023, S. 101 (Rn. 175) und in der deutschsprachigen Literatur *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 691.

⁸⁰⁵ Eine hinzunehmende Übertreibung lag z.B. bei folgenden Urteilen vor: Cour d'appel de Paris, 03.03.2017, 14/15134 (Im Fall ging es um Werbeunterlagen, die eine zum Verkauf stehende Immobilie als besonders [übertrieben] attraktiv darstellten); Tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, 05.02.1964, *Gazette du Palais* 1964, 421 (Durch Bombardierung während des Ersten Weltkriegs beschädigtes Holz darf gegenüber Holzhändlern als „bois de belle qualité“ bezeichnet werden. Ob dieser Schulfall Jahrzehnte nach den Kriegen noch so entschieden werden würde, scheint ungewiss.). Die Grenzen solcher Übertreibungen werden überschritten, wenn Immobilien mit realitätsferner Einschätzung der zu erzielenden Rendite beworben werden: Cour de cassation, *Chambre civile* 3, 17.09.2020, 18-24.722 (Der Verkäufer hat mit einer hohen Nachfrage nach Mietwohnungen und einer zukünftigen Miete geworben, die weit über dem lag, was der Käufer tatsächlich erzielen konnte), *Chambre civile* 3, 07.04.2016, 14-24.164 14-25.446 (Dem Käufer wurde die Möglichkeit einer idealen, kurzfristig sicheren und rentablen Investition zugesichert, die ein effizientes Maß an Steuerbefreiung garantiert und gleichzeitig langfristig ein sicheres Immobilienportfolio aufbaut. Das Gegenteil war der Fall.). Vgl. auch *Casimir*, *Revue de contrats* 2017, 153, 159; *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300); *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558); *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 691.

⁸⁰⁶ *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558) mit Beispielen. Vgl. auch *Casimir*, *Revue de contrats* 2017, 153, 159 (Waschmittel, das weißer als weiß wäscht [„lave plus blanc que blanc“]).

⁸⁰⁷ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1099 (Rn. 1320). Die Eigenverantwortung betonend Cour d'appel de Versailles, 16.04.1999, 1997-3060. Im konkreten Fall wurde ein Gebrauchtwagen mit den Worten „parfait état“ („perfekter Zustand“) beschrieben.

⁸⁰⁸ Vgl. auch *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1099 (Rn. 1320) („Le *dolus bonus* représenterait une large d'appréciation des tribunaux peut-être nécessaire.“).

⁸⁰⁹ *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300).

⁸¹⁰ Tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, 05.02.1964, *Gazette du Palais* 1964, 421

ratur⁸¹¹ wird vertreten, dass insofern auf die konkreten Personen abzustellen ist, um zu ermitteln, ob es sich um einen „tolerierten“ Bluff handelt. Es soll sowohl auf die konkrete Person des Täuschenden als auch des Getäuschten ankommen. Berücksichtigt werden können beispielsweise das Alter sowie die Kenntnisse und die Erfahrungen.⁸¹² Zwischen den unterschiedlichen Branchen werden ebenfalls Unterschiede gemacht.⁸¹³ Es deutet sich daher auch bezüglich *dolus bonus* und *dolus malus* eine Unterscheidung zwischen B2C- und B2B-Verträgen an, wobei Unternehmern ein höherer Grad an Eigenverantwortung zugewiesen wird.⁸¹⁴ Insofern lässt sich beispielsweise auf die Urteile zu Lügen von Franchisegebern gegenüber Franchisenehmern verweisen.⁸¹⁵ Das Verhältnis der Parteien zueinander spielt bei

(„Les allégations mensongères doivent s’apprécier selon la qualité de celui de qui elles émanent et de celui à qui elles s’adressent“), wobei das Urteil nicht explizit auf *dolus bonus* eingeht.

⁸¹¹ Terré et al., *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300); *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 12. Aufl. 2022, S. 297 (Rn. 316).

⁸¹² Terré et al., *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300).

⁸¹³ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, 12. Aufl. 2022, S. 297 (Rn. 316): „la mesure de la vantardise acceptable varie selon la profession. Elle est plus grande pour un Camelot que pour un commerçant ordinaire; elle est particulièrement restreinte pour un commerçant qui figure sur une liste d’experts.“

⁸¹⁴ Tribunal de grande instance d’Avesnes-sur-Helpe, 05.02.1964, *Gazette du Palais* 1964, 421 (begründet die Anforderung damit, dass es sich um ein B2B-Geschäft [„vente commerciale“] handelt).

⁸¹⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 21.10.2014, 13-11.186 („la loi Doubin oblige le franchiseur à communiquer des informations préalables sérieuses et réalistes mais ceci n’a nullement pour conséquence de supprimer toute responsabilité financière au franchisé qui doit demeurer un commerçant indépendant, responsable de son exploitation“): Neben unrealistischen Gewinnchancen wurde dem Franchisenehmer im konkreten Fall ein Manager versprochen, der „Franchise-Spezialist“ war und als „Manager eines anderen nationalen Franchise-Netzwerks, das 17 Jahre lang führend in seinem Sektor war“ gearbeitet hat. Tatsächlich war der Manager nur sechs Jahre lang für dieses Netzwerk in einem anderen Industriezweig tätig, musste Insolvenz anmelden und wurde zu einem Geschäftsführungsverbot verurteilt. Der Cour d’appel hat keinen *dol* angenommen und die Revision war in diesem Punkt nicht zulässig.); ähnlich Cour de cassation, Chambre commerciale, 15.05.2012, 11-15.573 („qu’il est de jurisprudence constante que l’esprit et l’essence du contrat de franchise est l’autonomie des franchisés et nullement l’obligation de leur fournir un tuteur permanent et polyvalent“): Der Franchisenehmer behauptete, über die Erfolgsaussichten des Franchise getäuscht worden zu sein, indem der Franchisegeber eine selbst erstellte Gewinn- und Verlustrechnung präsentierte, die auf Basis der Daten der vorherigen Franchisenehmer erstellt wurde. Er führte an, dass die vorherigen Franchisenehmer auch andere Waren verkauften und das Geschäft vier Jahre zuvor aufgaben, sodass die Zahlen nicht vergleichbar gewesen seien. Das Gericht ging nicht von einer Täuschung aus. Zwar sei der Franchisegeber verpflichtet, den Franchisenehmer zu informieren. Doch müsse ein Franchisenehmer in der Lage sein, die ihm vorgelegten Informationen einzuschätzen und zu überprüfen. Es gäbe gerade keine Erfolgsgarantie von Seiten des Franchisegebers.); vgl. allerdings auch Cour de cassation, Chambre commerciale, 24.10.2018, 17-16.185 (Ein Franchisenehmer eröffnete eine Pizzeria und konnte die vom Franchisegeber prognostizierten Umsätze nicht erreichen. Es stellte sich heraus, dass der frühere Franchisenehmer selbst Insolvenz anmelden musste und mit einem fünfjährigen Geschäftsführungsverbot belegt wurde. Der Cour d’appel wies die Nichtigkeitsklage wegen mangelnden Verstoßes gegen die Informationspflichten des Franchisegebers ab. Der Cour de cassation war jedoch der Auffassung, dass ein Verstoß gegen die Informationspflichten vorlag und verwies die Sache an den Cour d’appel zurück.).

der Bewertung wohl ebenfalls eine Rolle (z. B. ein besonderes Vertrauensverhältnis).⁸¹⁶ Zudem lässt sich vermuten, dass *dolus bonus* gerade auch dann angenommen wird, wenn dem Getäuschten dadurch kein bzw. praktisch kein Schaden entsteht.⁸¹⁷

Die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* wird heute jedoch immer häufiger in der Literatur abgelehnt.⁸¹⁸ Entsprechend scheint auch die Rechtsprechung seltener explizit darauf Bezug zu nehmen.⁸¹⁹ Mit Blick auf täuschende Werbung ist der Anwendungsbereich von *dolus bonus* bereits seit 1973 stark eingeschränkt worden.⁸²⁰ Später kamen noch die europäischen Vorgaben hinzu⁸²¹ und setzten diese Tendenz fort. Aber sogar darüber hinaus wird der Anwendungsbereich des *dolus bonus* im B2C-Bereich stetig kleiner.⁸²² Gerade in den in dieser Arbeit betrachteten unternehmerischen Verhandlungen könnte er allerdings weiterhin zum Tragen kommen. In der französischen Literatur wird jedoch – wie auch in der deutschen Debatte – nicht diskutiert, wie die vielen praxisrelevanten Täuschungen, z. B. die Better-offer-Taktik, die Taktik der kleinen Menge, die Similar-to-me-Taktik etc. zu beurteilen wären.

Im Rahmen von *dolus bonus* und *dolus malus* werden auch die in Deutschland viel thematisierten Lügen auf eine unzulässige Frage diskutiert. In Frankreich werden entsprechende Bluffs im Ergebnis ebenfalls gestattet.⁸²³ Paradebeispiel ist die Frage nach der Schwangerschaft, auch wenn die Rechtsprechung insofern eher auf ein Verschweigen eben dieser Tatsache abstellt.⁸²⁴ Daneben darf z. B. die Frage

⁸¹⁶ In diese Richtung könnte Cour d'appel de Paris, 15.12.2017, 16/107767 gedeutet werden.

⁸¹⁷ In diese Richtung könnte Cour d'appel de Montpellier, 09.12.2014, 12/05951 gedeutet werden.

⁸¹⁸ *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, S. 283 (Rn. 328): („Le bonus dolus s'en trouve sans doute condamné.“); *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300) („Ce temperament traditionnel semble néanmoins aujourd'hui en net recul.“).

⁸¹⁹ Eines der wenigen Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung, das diesen Aspekt ausdrücklich thematisiert, auch wenn er im Ergebnis abgelehnt wurde: Cour de cassation, Chambre civile 1, 28.01.2010, 08-21.310; ohne explizit von *dolus malus* zu sprechen: Cour de cassation, Chambre civile 3, 12.10.2017, 16-23.362 16-23.501 „que ces affirmations mensongères dépassaient la nécessité admise de flatter le produit proposé à la vente“; *Porchy-Simon*, *Droit des obligations* 2024, 16. Aufl. 2023, S. 101 (Rn. 175); *Casimir*, *Revue de contrats* 2017, 153, 153: „Il faudrait donc chercher à la loupe pour trouver trace dans notre jurisprudence contemporaine de quelques illustrations du dolus bonus“.

⁸²⁰ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1099 (Rn. 1320); *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 692.

⁸²¹ In Bezug auf das Lauterkeitsrecht sind insofern die Vorgaben der Richtlinie 2005/29 EG (UGP-RL) sowie der Richtlinie 2006/14/EG (Werbe-RL) relevant.

⁸²² *Terré et al.*, *Les obligations*, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300). Vgl. auch allgemein *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1100 (Rn. 1320).

⁸²³ *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558).

⁸²⁴ Vgl. *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558). Siehe Cour de cassation, Chambre sociale, 02.02.1994, 89-42.778 (zum Verschweigen der Schwangerschaft): Eine Chemikerin verschwieг beim Bewerbungsgespräch ihre Schwangerschaft und wurde befristet für ein Jahr als Vertretung für einen Mitarbeiter im Fortbildungsurlaub eingestellt. Kurz nach der Einstellung musste die Frau versetzt werden, weil sie offenbarte, dass sie schwanger war und

nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit wahrheitswidrig beantwortet werden.⁸²⁵ Aber die französische Rechtsprechung geht bzgl. anderer Aspekte durchaus über den Status quo in Deutschland hinaus. So hatten Kandidaten z. B. falsche (übertriebene) Angaben im Lebenslauf bezüglich der Arbeitserfahrung bzw. eines Diploms gemacht.⁸²⁶ Es handelte sich also nicht um eine Lüge auf eine unzulässige Frage, sondern vielmehr um eine aktive Lüge. Außerdem ging es nicht um Aspekte, die gewöhnlich der Privatsphäre zugordnet werden oder bzgl. derer eine unzulässige Diskriminierungsgefahr besteht. Doch auch in diesen Fällen ging das Gericht von *dolus bonus* aus.⁸²⁷ Gerade in Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnissen werden zudem hohe Anforderungen an das Kausalitätserfordernis gestellt, wenn der Arbeitnehmer täuscht. Dies geschieht, um den Arbeitnehmer zu schützen.⁸²⁸ Dies zeigt bereits, dass die Übertragbarkeit von arbeitsrechtlichen Entscheidungen auf den unternehmerischen Bereich wohl nicht bzw. nur sehr eingeschränkt möglich ist. Im Ergebnis können bestimmte „harmlose“ Bluffs bei unternehmerischen Vertragsverhandlungen aber wohl über die genannten Spielräume i. R. v. *dolus bonus* und *dolus malus* vom Anwendungsbereich der *dol* ausgenommen werden.

nicht in Kontakt mit den giftigen Chemikalien kommen durfte. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber ihr. Der Cour de cassation stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis wirksam war, da eine Bewerberin gem. Art. L.-122-25 Code du travail das Recht hat, eine Schwangerschaft zu verheimlichen. Mit der Kündigung lag ein Verstoß gegen die Mutterschutzvorschriften vor.

⁸²⁵ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558).

⁸²⁶ Cour de cassation, Chambre sociale, 16.02.1999, 96-45565 (Arbeitserfahrung); Cour de cassation, Chambre sociale, 30.03.1999, 96-42912 (Diplom). In einem anderen Fall ließ ein Bewerber seine handgeschriebenen Bewerbungsunterlagen von seiner Ehefrau anfertigen. Der Cour d'appel nahm ausgehend von einer Analyse der Handschrift, die auf eine Reihe positiver Charaktereigenschaften schließen ließ, die für die ausgeschriebene Stelle relevant gewesen seien, *dol* an. Doch mangelte es dem Cour de cassation am Nachweis, dass der Vertrag nicht oder nicht so geschlossen worden wäre, ohne auf die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise einzugehen (heutzutage käme der Graphologie dieser Stellenwert wohl ohnehin nicht mehr zu), Cour de cassation, Chambre sociale, 05.10.1994, 93-43.615.

⁸²⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 16.02.1999, 96-45565 (Arbeitserfahrung) spricht nicht explizit von *dolus bonus*, sondern formuliert: „Qu'en statuant ainsi, alors que la mention litigieuse, si elle était imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé“. Cour de cassation, Chambre sociale, 30.03.1999, 96-42912 (Diplom) spricht nicht ausdrücklich von *dolus bonus*, sondern verlangt einen Zusammenhang zwischen der Täuschung und der notwendigen Kompetenz für die Stelle: „si elle constitue un dol; qu'elle ne constitue une faute susceptible de justifier le licenciement que s'il est avéré que le salarié n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté“.

⁸²⁸ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1090 (Rn. 1308) („En droit du travail, la Cour de cassation se montre particulièrement exigeante pour admettre l'influence déterminante exercée sur le consentement de l'employeur par les agissements du salarié, afin de protéger ce dernier.“).

4. Vorsatz des Täuschenden

Dem Täuschenden muss Vorsatz bzgl. der Täuschung nachgewiesen werden können,⁸²⁹ auch wenn Art. 1137 Abs. 1 C. civ. dies nicht explizit fordert.⁸³⁰ Es wird aber angenommen, dass die Voraussetzung des Vorsatzes im Begriff *mensonges* (Lügen) bereits implizit enthalten ist.⁸³¹ Mit Blick auf Manöver ist dies jedoch nicht der Fall.⁸³² Bezogen auf Täuschungen durch Verschweigen ist die Voraussetzung hingegen ausdrücklich aufgenommen,⁸³³ da sie sich nicht direkt aus dem Begriff *dissimulation* ergibt. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass der Täuschende den Willen gehabt haben muss zu täuschen⁸³⁴ und sich bewusst gewesen sein muss, dass die Lüge den anderen zum Abschluss des Vertrags (in der konkreten Form) veranlassen mag.⁸³⁵ Eine Schädigungsabsicht ist hingegen nicht erforderlich.⁸³⁶ Das Vorliegen einfacher Fahrlässigkeit genügt im Umkehrschluss jedoch in jedem Fall nicht für die Nichtigkeit wegen *dol*.⁸³⁷ Geht es um eine grob fahrlässige Täuschung wird gerade bei professionellen Verhandlern allerdings erörtert, ob dies nicht der arglistigen Täuschung gleichzusetzen ist.⁸³⁸ An dieser Stelle zeigt sich wiederum die Tendenz in Frankreich stärker zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen zu unterscheiden.⁸³⁹

⁸²⁹ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 437 (Rn. 564); *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 282 (Rn. 328); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296); *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38; *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296); dies war jedoch beispielsweise hier nicht der Fall: Cour de Cassation, Chambre civile 1, 19.02.2002, 99-13.034 (Der Käufer eines Gebrauchtwagens konnte dem Verkäufer nicht nachweisen, dass er wusste, dass es sich bei dem Fahrzeug um einen Unfallwagen handelte).

⁸³⁰ *Porchy-Simon*, Droit des obligations 2024, 16. Aufl. 2023, S. 103 (Rn. 177); kritisch dazu, dass diese Anforderung während der Reform nicht explizit aufgenommen wurde *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 282 (Rn. 328).

⁸³¹ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 282 (Rn. 328); vgl. auch *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 437 (Rn. 564).

⁸³² *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 282f. (Rn. 328f.) denkt an, den Vorsatz aus Art. 1139 C. civ. herzuleiten.

⁸³³ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 437 (Rn. 564).

⁸³⁴ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1076 (Rn. 1296).

⁸³⁵ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 437 (Rn. 564).

⁸³⁶ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1076 (Rn. 1296).

⁸³⁷ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296); *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38.

⁸³⁸ Cour de cassation, Chambre civile 3, 03.02.1981, 79-13.774 (Im konkreten Fall hatte ein Immobilienhändler für die in Immobilienfragen unkundigen Käufer nicht näher geprüft, ob das angebliche Bauland tatsächlich bebaubar war. Im Ergebnis war es nicht bebaubar, weil keine Erschließung erfolgt war und das Grundstück ohne behördliche Genehmigung geteilt wurde); vgl. *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296). Die Tendenz besteht gerade auch bei Täuschungen durch Verschweigen, die hier jedoch weitgehend ausgeblendet werden (*Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1076 ff. (Rn. 1297 ff.)).

⁸³⁹ Cour d'appel de Paris, 08.09.1995, Juris-Classeur Périodique 1996, IV, S. 13 (Nr. 114) (Ver-

In der Literatur wird die Voraussetzung des Vorsatzes mit Blick auf Lügen und Manöver oft nicht vertieft diskutiert, da generell davon ausgegangen wird, dass Lügen und Manöver vorsätzlich in Verhandlungen eingesetzt werden, weshalb die Anforderungen an den Beweis niedrig sind.⁸⁴⁰ Die Hauptausnahme davon ist die Situation, in der unrichtige Angaben gemacht werden, da sich der Äußernde selbst irrt.⁸⁴¹

5. Irrtum des Getäuschten

Die vorsätzliche Täuschung muss dann beim Getäuschten eine Fehlvorstellung hervorrufen (*erreur*)⁸⁴² und diese Fehlvorstellung muss sich entscheidend auf den Vertragsschluss auswirken (*erreur déterminante*).⁸⁴³ Blufft eine Seite, aber der Verhandlungspartner durchschaut dies, so kann er z.B. nicht anfechten, da er in diesem Fall keiner Fehlvorstellung unterliegt.⁸⁴⁴ Es kommt allerdings nicht darauf an, worauf sich der Irrtum bezieht.⁸⁴⁵ Vielmehr berechtigen alle Irrtümer berechnen die getäuschte Partei dazu, Nichtigkeit geltend zu machen (Art. 1139 C. civ.).⁸⁴⁶ Als Beispiele werden in der Literatur aber vor allem Irrtümer über den Leistungsgegenstand und den Vertragspartner genannt.⁸⁴⁷ Daneben werden Irrtümer über den Wert des Leistungsgegenstands und Motivirrtümer, die durch eine arglistige Täuschung hervorgerufen wurden, aufgelistet.⁸⁴⁸ Die Erfassung jeglicher Irrtümer stellt einen großen Unterschied zum Irrtumsrecht dar, wo eine An-

kauf ein Verkäufer ein gebrauchtes Auto zu einem Preis, der dreimal höher als der Argus-Wert ist und gibt einen nicht garantierten Kilometerstand an, der in Wahrheit zehnmal höher ist, so liegt Vorsatz vor. Denn dies soll einem durchschnittlich informierten Fachmann nicht verborgen bleiben können. Im konkreten Urteil wurde allerdings eine Täuschung durch Verschweigen bejaht.)

⁸⁴⁰ *Porchy-Simon*, Droit des obligations 2024, 16. Aufl. 2023, S. 103 (Rn. 177) („La preuve de l'élément intentionnel est aisée dans les hypothèses de manœuvres au sens strict, ou de mensonge“); *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 337 (Rn. 302) („Cette exigence sera assez aisément établie en cas de manœuvres ou de mensonge, car on concevrait mal que de tels comportements puissent s'expliquer autrement que par la volonté d'induire le partenaire en erreur.“).

⁸⁴¹ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 337 (Rn. 302).

⁸⁴² *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 440 (Rn. 570); *Malauriel/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 300 (Rn. 318); vgl. *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38.

⁸⁴³ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1083 (Rn. 1302).

⁸⁴⁴ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 440 (Rn. 570).

⁸⁴⁵ Vgl. Cour de cassation, Chambre civile 3, 02.10.1974, 73-11.901 („que, dès lors qu'elle a déterminé le consentement du cocontractant, l'erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat“); *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 340 (Rn. 305); *Fages*, Droit des obligations, 13. Aufl. 2023, S. 118 (Rn. 116) (begründet dies mit dem Sanktionscharakter der Vorschrift für die täuschende Seite).

⁸⁴⁶ Vgl. *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 39; *Fages*, Droit des obligations, 13. Aufl. 2023, S. 118 (Rn. 116).

⁸⁴⁷ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 340 (Rn. 305).

⁸⁴⁸ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 340 (Rn. 305); *Fabre-Magnan*, Droit des ob-

fechtung nur bei bestimmten Irrtümern in Frage kommt.⁸⁴⁹ Da die Fehlvorstellung sich auf den Vertragsschluss ausgewirkt haben muss (dazu im Folgenden), können allerdings nur solche Täuschungen Relevanz entfalten, die vor Vertragsschluss vorgenommen wurden und auch vor Vertragsschluss zu einem Irrtum geführt haben.⁸⁵⁰

Das französische Recht ist im Ergebnis bzgl. des Irrtums somit umfassend ausgestaltet, weshalb über diese Voraussetzung keine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen erzielt werden kann. Die große Reichweite von *dol* wird damit gerechtfertigt, dass das Fehlverhalten des Täuschenden in jedem Fall schwerer wiegt als das Verhalten des Getäuschten.⁸⁵¹ Diskutiert wird in der Literatur zudem, ob Art. 1137 C. civ. auch auf Fälle angewandt werden kann, in denen gar kein Irrtum gegeben ist. Insofern geht es um Situationen, in denen eine Partei die Unterlegenheit oder Willensschwäche der anderen Partei durch unfaire Mittel ausnutzt, um dadurch einen überzogenen Vorteil aus dem Vertragsschluss zu ziehen (*abus de situation*). Im Ergebnis wird dies jedoch grundsätzlich abgelehnt.⁸⁵² Diese Konstellation steht hier allerdings nicht im Fokus, da es in dieser Arbeit um (vorsätzliche) Täuschungen geht.

6. Kausalität

Auch das französische Recht verlangt Kausalität. Zunächst muss die Täuschung eine Fehlvorstellung herbeiführen.⁸⁵³ Darüber hinaus muss ein *erreur déterminante* vorliegen.⁸⁵⁴ *Erreur déterminante* bedeutet, dass sich die Fehlvorstellung entscheidend auf den Vertragsschluss auswirken muss.⁸⁵⁵ *Dol* erfasst somit sowohl *dolus causam dans*, als auch *dolus incidens* (Art. 1130 Abs. 1 C. civ.). *Dolus causam*

ligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 440f. (Rn. 570); Bert, Cours de droit des obligations, 5. Aufl. 2022, S. 108.

⁸⁴⁹ Fabre-Magnan, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 440 (Rn. 570); vgl. auch Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 300 (Rn. 318).

⁸⁵⁰ Terré et al., Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 344 (Rn. 306).

⁸⁵¹ Chantepie/Latina, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 283 (Rn. 329).

⁸⁵² Vgl. zum *abus de situation*: Magnin, Juris-Classeur Périodique édition générale 1976, 2780, 2780f. In einem Fall des Cour d’appel de Colmar beschloss eine 75-jährige Frau, die eine Hälfte ihre Anteile an einem Familienunternehmen ihrer Tochter und die andere Hälfte ihrem Sohn zu übertragen. Doch den für den Sohn vorgesehenen Anteil verkaufte sie schließlich zu einem extrem niedrigen Preis an ihren Schwiegersohn. Dieser hatte sie so lange und massiv bedrängt bis sie schließlich zustimmte. Aufgrund dieser Umstände weigerte sich der zuerst aufgesuchte Notar den Verkauf zu beurkunden, sodass ein zweiter gesucht werden musste, der die Beurkundung schließlich mitten in der Nacht durchführte. Das Gericht verneinte *dol* jedoch mangels Irrtum der Frau (Cour d’appel de Colmar, 30.01.1970). Auch wenn die eingesetzten Mittel unfair erscheinen, soll an dem Merkmal des Irrtums festgehalten werden, da der Begriff des *dol* sonst konturenlos werden und jeder Verstoß gegen Treu und Glauben sanktioniert werden könnte (Ghestin/Loiseau/Serinet, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1085 (Rn. 1303)).

⁸⁵³ Fabre-Magnan, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 440 (Rn. 570).

⁸⁵⁴ Ghestin/Loiseau/Serinet, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1083 (Rn. 1302).

⁸⁵⁵ Fabre-Magnan, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 442 (Rn. 573).

dans wird im französischen Recht unter der Bezeichnung *dol principal* diskutiert, während *dolus incidens* ganz ähnlich dem lateinischen Begriff als *dol incident* bezeichnet wird.⁸⁵⁶ Bei *dol principal* muss der Irrtum dazu führen, dass der Getäuschte den Vertrag ohne die Täuschung nicht abgeschlossen hätte. *Dol incident* ist gegeben, wenn der Irrtum dazu beiträgt, dass der Vertrag mit substantiell anderem Inhalt abgeschlossen wird als dies ohne die Lüge der Fall gewesen wäre.

Traditionell waren in Frankreich unterschiedliche Rechtsfolgen für *dol principal* und *dol incident* vorgesehen. Bei *dol principal* konnte Nichtigkeit verlangt werden, bei *dol incident* hingegen lediglich Schadensersatz.⁸⁵⁷ Diese Unterscheidung stieß jedoch später auf Kritik und schließlich gab auch die Rechtsprechung sie auf.⁸⁵⁸ Mittlerweile ist in Art. 1130 Abs. 1 C. civ. eindeutig geregelt, dass Nichtigkeit sowohl wegen *dol principal* als auch *dol incident* verlangt werden kann. Es ist somit unerheblich, ob der Getäuschte ohne die Täuschung gar keinen Vertragsschluss angestrebt hätte oder ob er lediglich einen Vertrag mit substantiell anderem Inhalt abgeschlossen hätte.⁸⁵⁹ Im Unterschied zum deutschen Recht wird an Fälle des *dolus incidens* allerdings eine Anforderung gestellt: Es reicht gem. Art. 1130 Abs. 1 C. civ. nicht aus, wenn durch die Täuschung lediglich ein Vertrag mit leicht anderem Inhalt abgeschlossen wird. Die Vorschrift fordert vielmehr eine Täuschung, die zu einem substantiell anderen Vertragsinhalt führt. Interessanterweise wird die Voraussetzung „substantiell anderer Inhalt“ (*conditions substantiellement différentes*) in der Literatur nicht näher diskutiert. Das französische Recht hat durch diese Formulierung aber zumindest die Möglichkeit, kein Anfechtungsrecht zu gewähren, wenn es sich um relativ harmlose Lügen handelt, die entsprechend nur zu kleineren inhaltlichen Änderungen führen. Die Anforderung schränkt den Anwendungsbereich der Regelung somit ein.⁸⁶⁰ In der Literatur wird zudem davon

⁸⁵⁶ Vgl. *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38f.; Cour de cassation, Chambre civile 3, 22.06.2005, 04-10.415.

⁸⁵⁷ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 343 (Rn. 306); *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 255 (Rn. 296).

⁸⁵⁸ Siehe näher zu diesem Wandel *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 343 (Rn. 306); vgl. auch *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 255 (Rn. 296); unterschieden wird allerdings noch in Cour de cassation, Chambre civile 3, 22.06.2005, 04-10.415 („la cour d’appel, qui justifie de l’existence d’un dol incident là où elle devait justifier de l’existence d’un dol principal, a violé l’article 1116 du Code civil“); Cour de cassation, Chambre civile 3, 05.04.1968 („alors, d’autre part qu’il appartenait aux juges d’appel de dire qu’il s’agissait de dol principal ou de dol incident et non a Savignac de choisir entre ces deux hypothèses“).

⁸⁵⁹ Zu *dol principal* und *dol incident* generell: *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 443 (Rn. 574); *Fages*, Droit des obligations, 13. Aufl. 2023, S. 122 (Rn. 119); *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 300f. (Rn. 319).

⁸⁶⁰ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 288f. (Rn. 303): „Une altération de la volonté ne permet de provoquer l’anéantissement du contrat que si elle est la cause de sa conclusion ou de son économie, ce qui permet d’exclure les altérations réelles mais sans conséquence majeure.“; vgl. auch *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 255 (Rn. 296): „Certes, la distinction dol principal/dol incident pourrait survivre dans les interstices laissés libres par le texte. En effet, le dol ne vicie le consentement que si la victime aurait

ausgegangen, dass es bei der Beurteilung einer Täuschung stärker auf deren Bedeutung für den Vertrag ankommt, als darauf, ob tatsächlich Kausalität nachgewiesen werden kann.⁸⁶¹

Die genannten Anforderungen können sich vor allem bei den in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands (z.B. über Präferenzen, Deadlines und Alternativangebote) auswirken. Täuschungen über persönliche Präferenzen führen beispielsweise regelmäßig nicht zu bedeutenden Änderungen am Vertragsinhalt. Das gleiche gilt z.B. für Bluffs über Rückflüge, um Zeitdruck aufzubauen. Die Regelung lässt insofern zumindest Interpretationsspielraum. Das französische Recht kann somit in gewissem Umfang eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen erzielen. Gleichzeitig führen die Anforderungen wohl aber auch dazu, dass wegen kleiner Bluffs über den Leistungsgegenstand selbst ggf. nicht angefochten werden kann. Denn die Vorschrift unterscheidet nur zwischen Lügen, die sich substantiell und solchen, die sich nicht substantiell auswirken. Eine Differenzierung nach dem Gegenstand der Täuschung ist hingegen nicht ersichtlich. Wie noch zu zeigen sein wird,⁸⁶² ist dies aus wertungsmäßiger Sicht durchaus nicht unproblematisch.

7. Nachweis der Kausalität und Eigenverantwortung des Getäuschten

Kann ein Manöver dargelegt und bewiesen werden, so wird vertreten, dass dann leichter nachgewiesen können soll, dass die getäuschte Seite deswegen einer Fehlvorstellung unterlag.⁸⁶³ Fällt eine Partei jedoch leichtgläubig auf eine Täuschung herein, so ist fraglich, wie die Gerichte den Fall entscheiden würden. Auf der einen Seite wird vertreten, dass der Getäuschte grundsätzlich auch dann die Nichtigkeit verlangen kann, wenn er nicht die Sorgfalt beachtet hat, die im Geschäftsverkehr notwendig ist,⁸⁶⁴ d.h. wenn er die Täuschung (grob) fahrlässig nicht erkannt hat. Diese Ansicht stützt sich wohl gerade auf die Tatsache, dass das Verhalten des Täuschenden schwerer wiegt. Auf der anderen Seite finden sich in der Rechtsprechung durchaus Aussagen, die ein gewisses Maß an Eigenverantwortung des Getäuschten fordern. So wird z.B. verlangt, dass die Täuschung nicht zu leicht von der getäuschten Seite aufgedeckt werden kann und dass gerade der Käufer nicht zu schnell auf Äußerungen des Verkäufers hereinfliegen darf.⁸⁶⁵

contracté à des ‚conditions substantiellement différentes‘. *Quid si la différence n'est pas substantielle?*“.

⁸⁶¹ *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Droit des obligations, 12. Aufl. 2022, S. 289 (Rn. 303): „ils apprécient en général l'importance dans le contrat de l'élément sur lequel porte le vice, plutôt que le caractère déterminant de ce dernier, difficile à apprécier directement“.

⁸⁶² Eine ausführliche wertungsmäßige Betrachtung erfolgt im 4. Teil dieser Arbeit.

⁸⁶³ *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38.

⁸⁶⁴ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 441 (Rn. 571); a. A. *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1088 (Rn. 1306).

⁸⁶⁵ Die Eigenverantwortung betonend Cour d'appel de Versailles, 16.04.1999, 1997-3060. Das

Richter berücksichtigen in der Praxis bei der Beurteilung, ob die Kausalkette von Täuschung, Irrtum und Auswirkung auf den Vertragsschluss gegeben ist, zudem die konkreten Umstände der getäuschten Seite.⁸⁶⁶ Sie stellen somit auf die konkreten Personen ab, wodurch beispielsweise das Alter, die Kenntnisse und die Erfahrungen des Getäuschten berücksichtigt werden können (vgl. Art. 1130 Abs. 2 C. civ.).⁸⁶⁷ Die Kausalkette muss *in concreto* vorliegen.⁸⁶⁸ Es wird nicht auf eine „verständige Person“ abgestellt. Vielmehr werden auch naive und leichtgläubige Personen geschützt, da es allein darauf ankommt, dass bei ihnen die Kausalkette gegeben ist.⁸⁶⁹ Die Vorschrift schützt daher gerade schwächere Parteien.⁸⁷⁰ Umgekehrt werden allerdings höhere Anforderungen an starke oder erfahrene Parteien, wie z. B. Unternehmer, gestellt.⁸⁷¹ Es wird zwar auf die konkrete Person abge-

Urteil stellt auf den fähigen Vertragspartner ab: „que certes, le simple mensonge peut constituer un dol, à la condition cependant qu’il ne soit pas aisément décelable, car dans une vente notamment, il appartient à tout contractant capable de discernement, de ne pas être la dupe trop facile des déclarations exaltant la qualité de la chose à vendre“. Im konkreten Fall betont das Urteil, dass der Käufer nur den Bericht der Inspektion des Fahrzeugs hätte lesen müssen. Cour de cassation, Chambre sociale, 26.10.1957, 1011 (Der Verpächter eines Grundstücks kann sich nicht auf eine angebliche Lüge seines Pächters berufen, wenn es sich um eine zu große und offensichtliche Übertreibung handelt, die der Verpächter ohne Weiteres hätte aufdecken können).

⁸⁶⁶ Zusammenfassung der Entscheidung Cour d’appel de Paris, 26.06.1996, Recueil Dalloz 1997, 88, 88 (Im konkreten Fall schloss eine Finanzierungsgesellschaft einen Koproduktionsvertrag mit einer Produktionsfirma für die Umsetzung eines Filmprojekts. Der Finanzierungsgesellschaft wurden Gewinne versprochen, die jedoch tatsächlich nicht realisierbar waren, woraufhin diese den Vertrag für nichtig erklären lassen wollte. Sie berief sich darauf, dass sie nicht auf die Filmbranche spezialisiert und daher im Nachteil gewesen sei. Das Gericht stellte allerdings fest, dass die Gesellschaft kundig im Finanzsektor war und sich über die Gegebenheiten der Filmbranche hätte informieren müssen. Die Finanzgesellschaft bedurfte daher keines Schutzes.); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1088 (Rn. 1306).

⁸⁶⁷ Vgl. *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 344 (Rn. 306); *Tranchant/Egée*, Droit des obligations 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38; *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1088 (Rn. 1306). In der Rechtsprechung spiegelt sich dies beispielsweise in folgendem Urteil wider: Cour d’appel d’Agen, Chambre civile 1, 19.02.2008, 07/00757.

⁸⁶⁸ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 256 (Rn. 297).

⁸⁶⁹ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 256 (Rn. 297); Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.11.2012, 11-18.351; Cour d’appel de Paris, 22.01.1953, Recueil hebdomadaire de jurisprudence 1953, 163 f. (Ein Laie im Kunstbereich kaufte Gemälde bei einem Händler, der ihn durch seinen angeblichen Expertenstatus dazu verleitete, einen unangemessen hohen Preis zu zahlen [siehe dazu näher Fn. 798 im 2. Teil]; Cour de cassation, Chambre civile 1, 01.02.1960, 67).

⁸⁷⁰ *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 344 (Rn. 306) („La solution est éminemment protectrice des faibles et des naïfs, victimes désignées des manœuvres dolosives.“).

⁸⁷¹ So kann von einem ehemaligen Betreiber einer Pizzeria, der ein *hôtel-restaurant* kaufen möchte, selbst wenn er kein Hotelier ist, erwartet werden, dass er sich auch ohne zusätzliche Hinweise vom Verkäufer der beim Hotelbetrieb einzuhaltenden Verwaltungsnormen (u. a. zur Hotelklassifikation) bewusst ist oder sich zumindest darüber informiert. So Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.05.1997, 94-19.614. Ein Franchisenehmer ist ein selbstständiger Kaufmann und handelt auf eigenes Risiko, sodass auch unrealistische Geschäftspläne, die ihm vom Franchisegeber vorgelegt werden und ihn zu einer Vertragsverlängerung motivieren sollen, die für ihn wirtschaftlich ruinös ist, keinen *dol* darstellen. Siehe Cour de cassation, Chambre com-

stellt, aber von professionellen Verhandlern wird erwartet, dass sie sich auch professionell verhalten und aufmerksam sind. Es bleibt insofern unklar, ob das französische Recht dann lediglich höhere Anforderungen an den Nachweis stellt oder bereits auf materieller Ebene der getäuschten Seite Eigenverantwortung zuweist. In jedem Fall zeigt sich hier erneut die Tendenz des französischen Rechts, zwischen unternehmerischen Verhandlungen und B2C-Verhandlungen zu unterscheiden. Im B2B-Bereich wird der Spielraum für zulässige Täuschungen dadurch erweitert.

Obwohl somit in gewisser Weise das Verhalten der getäuschten Seite eine Rolle spielt, bleibt eine Anfechtung allerdings auch dann grundsätzlich möglich, wenn der Getäuschte sich selbst verwerflich verhalten möchte.⁸⁷²

8. Täuschungen durch Dritte

Neben der Täuschung durch den zukünftigen Vertragspartner regelt das französische Recht auch die Irreführung durch Geschäftsführer, Vertreter und Angestellte (Art. 1138 Abs. 1 C. civ.) sowie die Irreführung durch einen Dritten in Absprache mit dem zukünftigen Vertragspartner (Art. 1138 Abs. 2 C. civ.). Lügt eine dieser Personen, so kann die getäuschte Seite den Vertrag gegenüber dem Vertragspartner anfechten. In allen anderen Fällen berechtigen Täuschungen durch Dritte die getäuschte Partei nicht zur Anfechtung (*argumentum e contrario*).⁸⁷³ Die Nichtigkeit kann dann nur durch die allgemeinen Irrtumsregeln erreicht werden.

9. Rechtsfolge

Dol stellt einen Nichtigkeitsgrund (*une cause de nullité*, Art. 1139 C. civ.) dar. Das französische Recht differenziert zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit einer Rechtshandlung oder eines Rechtsgeschäfts. Im Fall einer absoluten Nichtigkeit kann jede Person, die ein berechtigtes Interesse hat, die Nichtigkeit geltend machen (Art. 1180 C. civ.). Im Fall einer relativen Nichtigkeit kann diese nur von denjenigen Personen geltend gemacht werden, deren Schutz die Vorschrift bezweckt (Art. 1181 C. civ.). Mit Blick auf *dol* ist – wie für alle Einigungsmängel – *nullité*

merciale, 10.01.1995, 92-17.892. Der Betreiber eines professionellen Fotolabors muss in der Lage sein, übertriebene, im Rahmen der Handelspraxis liegende Produktbeschreibungen von Maschinen zur automatischen Entwicklung von Fotos zu erkennen. Vgl. Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.12.1994, 92-20.806. Ein Holzhändler musste (zur damaligen Zeit) wissen, dass es sich auch bei „bois de belle qualité“ um während des Ersten Weltkriegs beschädigtes Holz handeln kann. Siehe Tribunal de grande instance d’Avesnes-sur-Helpe, 05.02.1964, Gazette du Palais 1964, 421 (siehe Fn. 805 im 2. Teil). Vgl. auch *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1088 (Rn. 1306).

⁸⁷² Siehe dazu *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 446 (Rn. 577).

⁸⁷³ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 277 ff. (Rn. 323 ff.).

relative vorgesehen,⁸⁷⁴ also die relative Nichtigkeit. Das heißt, nur die getäuschte Person kann die Nichtigkeit geltend machen.⁸⁷⁵ Die Frist zur Geltendmachung beträgt fünf Jahre (Art. 2224 C. civ.) und beginnt im Fall der arglistigen Täuschung mit deren Entdeckung zu laufen (Art. 1144 C. civ.) bzw. mit dem Zeitpunkt, ab dem der Getäuschte den Bluff hätte erkennen können.⁸⁷⁶ Möchte die andere Partei einen Fristablauf geltend machen, so muss sie dies nachweisen können.⁸⁷⁷ In der Praxis bedeutet das, dass es für die täuschende Seite oftmals schwierig sein wird, den Fristablauf darzulegen. Eine Ausschlussfrist kennt das französische Recht im Vergleich zum deutschen Recht nicht. Daher können Anfechtungen auch noch lange nach Vertragsschluss ausgesprochen werden. Dies ist insbesondere bei Täuschungen über die Rentabilität denkbar.⁸⁷⁸

Die französische Vorschrift gewährt somit nach deutschem Verständnis ein Anfechtungsrecht. Die Wahl zwischen Anfechtung und Anpassung des Vertrags (wie das österreichische Recht sie kennt, siehe dazu unter 3. Teil, B.V.10.) ist hingegen im Rahmen von *dol* nicht vorgesehen. Insofern stimmt das französische Recht eher mit dem deutschen Recht überein. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, den Richtern eine solche Eingriffsmöglichkeit in den Vertrag zu gewähren.⁸⁷⁹ Nur wenn ein versteckter Mangel der Kaufsache verschwiegen wird, hat der Käufer das Vorrecht der Minderung (Art. 1644 C. civ.) statt einer Anfechtung.⁸⁸⁰

⁸⁷⁴ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 690.

⁸⁷⁵ *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 428 (Rn. 553).

⁸⁷⁶ Cour de cassation, Chambre civile 2, 04.10.2012, 11-15.073: Der Kläger schloss mit der Beklagten 1996 einen Lebensversicherungsvertrag. Im Januar 1998 änderte die Beklagte rechtswidrig die Anlagemöglichkeiten, sodass nur noch solche Instrumente ohne spekulativen Charakter übrigblieben. Der Kläger war aufgrund einer Täuschung in dem Glauben, von diesen Anlagemöglichkeiten nur durch den Abschluss eines für ihn nachteiligen Nachtrags profitieren zu können, weshalb er den Nachtrag im November 1998 abschloss. Erst 2006 ging der Kläger gegen diese Täuschung vor. Das Gericht war der Meinung, dass die Verjährungsfrist mit Unterzeichnung des Nachtrags zu laufen begann, weil dem Kläger dabei hätte ersichtlich werden müssen, dass er getäuscht wurde.

⁸⁷⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 23.03.2010, 08-21.373 08-21.466 (Die Finanzgesellschaft Crédit Logement bürgte in den 80er Jahren für mehrere Kreditnehmer, die ihre Mietwohnung bei der Wohnungsbaugesellschaft Domicil kaufen wollten. Als die Kreditnehmer ihrer Zahlungspflicht nicht nachkamen und eine Nichtigkeitsklage wegen verschwiegener gravierender Baumängel erhoben, verweigerte auch Crédit Logement die Zahlung. Crédit Logement wartete das zivilrechtliche Verfahren der Kreditnehmer ab und erhob erst 1996 selbst Nichtigkeitsklage. Der Cour d'appel de Paris wollte zunächst der Klägerin die Beweislast für die fehlende Verjährung auferlegen. Der Cour de cassation stellte hingegen klar, dass die Beklagte die Voraussetzungen einer Verjährung beweisen müsse [„il appartient à celui qui conteste la recevabilité de l'action engagée contre lui de rapporter la preuve qu'elle a été engagée hors délai“]).

⁸⁷⁸ Cour de cassation, Chambre civile 3, 21.11.2019, 18-21.959 (Täuschung über die Rentabilität einer Immobilie): Zehn Jahre nach der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags fiel die Entscheidung des Cour de cassation: „M. et Mme I... n'ont pris conscience du dol dont ils avaient été victimes qu'après avoir été confrontés aux difficultés de louer l'appartement vendu“.

⁸⁷⁹ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 257f. (Rn. 299).

⁸⁸⁰ Cour de cassation, Chambre civile 3, 06.06.2012, 11-15.973; zum Verhältnis von Anfechtung

Ansonsten regelt Art. 1178 Abs. 4 C. civ., dass die geschädigte Partei nach den Maßgaben der außervertraglichen Haftung Schadensersatz verlangen kann.⁸⁸¹ Art. 1240 C. civ. regelt den deliktischen Schadensersatzanspruch. Ein deliktischer Schadensersatz neben der Anfechtung, also kumulativ, ist möglich, wenn durch die Nichtigkeit der entstandene Schaden nicht vollständig ausgeglichen wird.⁸⁸² Dadurch kann die getäuschte Seite beispielsweise neben der Nichtigkeit die Kosten für den Vertragsschluss erstattet bekommen.⁸⁸³

Alternativ kann die getäuschte Seite allerdings statt einer Anfechtung auch allein deliktische Schadensersatzansprüche (Art. 1240 C. civ.⁸⁸⁴) gegenüber dem Täuschenden geltend machen,⁸⁸⁵ wenn ihr dies z. B. vorteilhafter erscheint.⁸⁸⁶ Außerdem mag die getäuschte Seite allein einen Schadensersatz anstreben, falls es ihr schwerfallen sollte, der anderen Partei Vorsatz nachzuweisen.⁸⁸⁷ Denn stützt die getäuschte Partei ihren Anspruch allein auf Art. 1240 C. civ., bedarf es keines Vorsatznachweises.⁸⁸⁸ Dadurch kann der Getäuschte am Vertrag festhalten und lediglich den ihm entstandenen Schaden ausgeglichen bekommen.⁸⁸⁹ Dabei wird auch der sog. *perte d'une chance* ersetzt. Unter dem Begriff *perte d'une chance* wird in Frankreich der Verlust der Möglichkeit verstanden, das Geschäft ohne die Fehlvorstellung zu beurteilen und vorteilhaftere Bedingungen auszuhandeln.⁸⁹⁰ Als ent-

tung wegen arglistiger Täuschung und Mangelgewährleistungsrechten wegen versteckten Mängeln siehe *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1070 (Rn. 1290); das bloße Vorliegen eines versteckten Mangels ist ohne Täuschungsabsicht nicht ausreichend für *dol*, so Cour de cassation, *Chambre civile 3*, 15.02.2000, 98-20.129.

⁸⁸¹ Eine Besonderheit bei der arglistigen Täuschung liegt darin, dass diese den Schadensersatz beschränkende Klauseln verdrängt. Vgl. *Deshayes*, *Revue des contrats* 2017, 599, 599 ff.

⁸⁸² *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 443 f. (Rn. 575); *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, S. 258 (Rn. 301); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1174 (Rn. 1437); Cour de cassation, *Chambre civile 3*, 16.03.2011, 10-10.503; Cour de cassation, *Chambre civile 1*, 04.02.1975, 72-13.217; Cour de cassation, *Chambre commerciale*, 18.10.1994, 92-19.390.

⁸⁸³ Vgl. *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1174 (Rn. 1437), der weitere erstattungsfähige Schäden auflistet.

⁸⁸⁴ Ausführlich zur Generalklausel der deliktischen Haftung: *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 2, 4. Aufl. 2019 S. 97 ff. (Rn. 77 ff.).

⁸⁸⁵ Vgl. *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, S. 258 (Rn. 301); *Tranchant/Eg a*, *Droit des obligations* 2024, 27. Aufl. 2023, S. 39; Cour de cassation, *Chambre commerciale*, 15.01.2020, 18-12.115; Cour de cassation, *Chambre commerciale*, 24.09.2013, 12-19.640. Zur Berechnung des Schadens in diesem Fall: *Deshayes*, *Revue des contrats* 2014, 30, 30 f.

⁸⁸⁶ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1175 (Rn. 1439).

⁸⁸⁷ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1175 (Rn. 1439).

⁸⁸⁸ *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 444 (Rn. 575).

⁸⁸⁹ *Fages*, *Droit des obligations*, 13. Aufl. 2023, S. 122 f. (Rn. 120); *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, S. 258 (Rn. 301).

⁸⁹⁰ Cour de cassation, *Chambre civile 1*, 25.03.2010, 09-12.895 („Qu'en statuant ainsi, alors que le préjudice ne pouvait, en l'espèce, résulter que de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses que celles qu'a acceptées la société Parsys“); Cour de cassation, *Chambre civile 3*, 15.11.2011, 10-22.940 („Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que le préjudice certain résultant directement du dol commis par les vendeurs consistait pour

standener Schaden kommt insofern vor allem der zu viel gezahlte Preis in Betracht.⁸⁹¹ Es erscheint aber auch möglich, andere Schäden durch die beeinflussten Verhandlungen auszugleichen.

Kann der Getäuschte keinen Schaden nachweisen, so entfällt der Schadensersatzspruch grundsätzlich.⁸⁹² Dies wird im Rahmen von *dol* jedoch regelmäßig nicht thematisiert. Denn liegt *dol* vor, wird wohl regelmäßig auch ein Schaden nachgewiesen werden können. Denn für *dol* muss bereits dargelegt werden können, dass der Vertrag aufgrund der Lüge zumindest mit substantiell anderem Inhalt abgeschlossen wurde. Regelmäßig wird die getäuschte Seite aufgrund der Täuschung damit einen weniger vorteilhaften Vertrag abgeschlossen haben. Allerdings mag es in einigen Fällen schwerfallen, den Nachteil monetär zu bemessen.

10. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen

Ein Blick in die Rechtsprechung verdeutlicht, dass falsche Angaben über den Leistungsgegenstand – wie zu erwarten – regelmäßig als arglistige Täuschungen i. S. d. Art. 1137 C. civ. angesehen werden.⁸⁹³ Das französische Recht schützt die getäuschte Seite jedoch mit Blick auf Täuschungen über den Leistungsgegenstand nicht vollumfänglich. Denn die oben genannten Entscheidungsspielräume, die sich z. B. durch die Unterscheidung von *dolus bonus* und *dolus malus* sowie aus der Eigenverantwortung im unternehmerischen Bereich ergeben, führen auch zu einer gewissen Einschränkung mit Blick auf Bluffs über den Leistungsgegenstand.⁸⁹⁴ Gleiches gilt für die Erheblichkeitsschwelle, wonach zumindest ein Vertrag mit substantiell anderem Inhalt verlangt wird. Häufig scheidet es zudem am Nachweis

les acquéreurs en la perte d'une chance d'avoir pu demander une réduction du prix, d'avoir pu apprécier l'état exact de l'immeuble, et d'avoir pu évaluer le coût des travaux à entreprendre ou les recours à exercer“); ausführlich zu *perte d'une chance*: *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1185 (Rn. 1450 ff.).

⁸⁹¹ *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1180 (Rn. 1444).

⁸⁹² Cour de cassation, Chambre commerciale, 15.11.2011, 10-26.511 („Mais attendu que la victime du dol ne peut se voir attribuer des dommages-intérêts qu'à la condition de rapporter la preuve du préjudice que les manoeuvres dolosives lui ont fait subir“).

⁸⁹³ Siehe z. B. Cour de cassation, Chambre civile 3, 15.03.2018, 17-11.850 (Ein Grundstück mit einem Schwarzbau wird als legal bebaut dargestellt); Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.04.1982 (Ein Gebrauchtwagen wird als „aus erster Hand“ beschrieben, obwohl der Verkäufer ihn zwischenzeitlich an eine Autovermietung verkauft und später wieder zurückgekauft hatte); Cour de cassation, Chambre civile 1, 15.05.1974, 72-11.594 (Ein Gebrauchtwagen stellt sich als Unfallwagen mit einem früheren Fabrikationsdatum als angegeben heraus).

⁸⁹⁴ *Dolus bonus*: Tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, 05.02.1964, Gazette du Palais 1964, 421 (Qualität von Holz); Eigenverantwortung: Cour d'appel de Versailles, 16.04.1999, 1997-3060 (Der Verkäufer gab an, dass sich das Fahrzeug in perfektem Zustand befand, was aber nicht dem Ergebnis der technischen Prüfung entsprach. *Dol* wurde verneint, weil der Käufer dem Prüfbericht den wahren Zustand des Fahrzeugs hätte entnehmen können.).

des Vorsatzes der Täuschung⁸⁹⁵ oder dem Nachweis der Kausalität⁸⁹⁶. Daher fallen z.B. Urteile über Fahrzeuge, die fälschlicherweise als unfallfrei beschrieben werden, unterschiedlich aus.⁸⁹⁷ Ein Auto, welches nicht in Betrieb genommen wurde, aber bereits vor über einem Jahr beim Hersteller gekauft und danach beim Händler ausgestellt war, darf z.B. noch als Neufahrzeug bezeichnet werden.⁸⁹⁸

Neben Täuschungen über den Leistungsgegenstand ist vor allem an Bluffs über den Preis zu denken. Ein Preis mag z.B. fälschlicherweise als Sonderpreis oder Freundschaftspreis dargestellt werden. Die falsche Deklaration als „Bestpreis“ kommt ebenfalls in Betracht. Hinzu kommen Täuschungen über Selbstkosten, Einkaufspreise, Gewinnmargen etc. (die jedoch nicht Grundlage der Preisberechnung werden). Es finden sich in Frankreich aber nur wenige Urteile zu diesen verschiedenen Aspekten. Vor allem lassen sich einzelne Entscheidungen zu Referenzpreisen (wie in Deutschland z.B. der Schwacke-Liste) finden. In einem der wenigen Fälle ging es z.B. um zwei Automobilhändler, die eine längere Geschäftsbeziehung mit regelmäßigen Fahrzeugkäufen verband. Einige der Fahrzeuge sollten zu Preisen oberhalb des Argus-Preises⁸⁹⁹ veräußert werden, dafür sollten für andere Fahrzeuge, die in größeren Mengen vorrätig sind, niedrigere Preise gezahlt werden. Tatsächlich soll der Verkäufer dieses Versprechen mehrmals nicht eingehalten haben. Im Ergebnis sah das Gericht den Sachverhalt als nicht ausreichend bewiesen an und verneinte einen Anspruch des Verkäufers auf Zahlung einer Vertragsstrafe.⁹⁰⁰ In einem anderen Fall machte der Käufer eines Fahrzeugs dem Verkäufer deutlich, dass der Argus-Preis des Fahrzeugs für ihn ein entscheidender Faktor für die Kaufentscheidung war. Daraufhin gab der Verkäufer auf einem handschriftlichen Vermerk an, dass der Argus-Preis zum Zeitpunkt eines möglichen Weiterverkaufs nach 24-monatiger Nutzung 24.000 EUR betragen werde, was jedoch

⁸⁹⁵ Siehe z.B. Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.02.2002, 99-13.034 (Ein Gebrauchtwagen wird im Vertrag fälschlicherweise als unfallfrei beschrieben. Doch kann der Käufer dem Verkäufer nicht nachweisen, dass er die Unfalleigenschaft bewusst verschwiegen hat, weshalb die Anfechtung abgelehnt wurde.).

⁸⁹⁶ Cour d'appel de Versailles, 16.04.1999, 1997-3060 (Der Verkäufer gab an, dass sich das Fahrzeug in perfektem Zustand befand. Das Urteil führt jedoch aus: „il n'est pas démontré que le caractère outré et abusif de l'annonce publicitaire [...] ait déterminé Monsieur Y... à acquérir le véhicule litigieux“). Vgl. auch Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.10.2017, 16-24.594 (falsche Angabe befand sich erst auf der Rechnung).

⁸⁹⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 19.02.2002, 99-13.034; Cour d'appel de Versailles, 16.04.1999, 1997-3060; Cour d'appel de Lyon, 13.02.2003, 2001/05184 (Das Gericht nahm zumindest eine Täuschung durch Unterlassen an [„Qu'il est ainsi démontré que Pierre X... s'est rendu coupable, au moins par réticence, d'un dol qui a vicié le consentement de Florent Y... et sans lequel ce dernier n'aurait manifestement pas contracté dans les mêmes conditions“]).

⁸⁹⁸ Cour de cassation, Chambre civile 1, 11.10.2017, 16-24.594 (Es wurde zudem angegeben, dass das Modell aus dem Jahr 2009 und nicht 2008 stammte. Diese Information fand sich aber erst auf der Rechnung, die der Käufer nach dem Vertragsschluss erhielt. Daher fehlte es am Nachweis der Kausalität und die Anfechtung wurde abgelehnt.).

⁸⁹⁹ Französisches Pendant zur Schwacke-Liste.

⁹⁰⁰ Cour d'appel d'Orléans, 22.11.2018, 17/033751.

nicht den Tatsachen entsprach. Das Gericht sah hier den Nachweis der Täuschung ebenfalls als nicht erbracht an. Dabei geht das Urteil explizit darauf ein, dass der Käufer, der als Risikoberater in der Versicherungsbranche tätig war, hätte erkennen müssen, dass es sich nur um einen ungefähren Hinweis auf den zukünftigen Wert handeln konnte.⁹⁰¹

In einem anderen Fall wurde eine geerbte Immobilie mit einem Marktwert von 335.000 EUR zum Preis von 75.000 EUR verkauft. Der Käufer, der Immobilienfachmann war, agierte seit vielen Jahren als Berater der Verkäufer und genoss deren tiefes Vertrauen. Die Verkäufer waren besonders besorgt wegen möglicher Nachzahlungen der Erbschaftssteuer und wandten sich daher an ihren Berater. Statt die Verkäufer über die steuerrechtliche Situation angemessen aufzuklären, schürte er deren Ängste und nutzte diese dann, um die Immobilie selbst für einen extrem niedrigen Preis zu kaufen.⁹⁰² Das Gericht nahm insofern das Vorliegen von *dol* an. Das Urteil kann nicht nur als Beispiel für eine Täuschung über die Preisgestaltung, sondern auch als Beispiel für eine Täuschung über die Rechtslage dienen (dazu jetzt im Folgenden). Gleichzeitig ist dieses Urteil ein weiterer Beleg dafür, dass französische Gerichte Ungleichgewichtslagen zwischen den Parteien und das Verhältnis der Parteien, d. h. besondere Vertrauensbeziehungen, berücksichtigen.⁹⁰³

Generell lassen sich relativ viele Urteile zu Täuschungen über die Rechtslage bzw. die vertragliche Situation finden. In einem Fall wurde z. B. eine Fläche Land verpachtet, die nur zur Hälfte im Eigentum des Verpächters stand. Für die Verpachtung der anderen Hälfte erhielt der Verpächter die Genehmigung des Präfekten. Dem Pächter entstanden daraus keine Nachteile, da er über die gesamte Pachtzeit das gesamte Land ohne Einschränkungen nutzen konnte. Das Gericht lehnte daher die Nichtigkeit des Vertrags wegen *dol* ab.⁹⁰⁴ Das Urteil führt aus, dass *dol* auch dann nicht angenommen werden kann, wenn man davon ausgeht, dass der Verpächter tatsächlich gelogen hat. Nach Ansicht des Gerichts mangelt es am betrügerischen Charakter der Lüge (*caractère dolosif*). Außerdem scheint das Urteil damit zu argumentieren, dass die bloße Täuschung über die Eigentumsverhältnisse für den Pächter unerheblich war.⁹⁰⁵ Es führte in diesem Zusammenhang außerdem an, dass der Pächter wusste, dass der Verpächter nur für einen Teil der Fläche einen

⁹⁰¹ Cour d'appel d'Agen, Chambre civile 1, 19.02.2008, 07/00757.

⁹⁰² Cour d'appel de Paris, 15.12.2017, 16/107767.

⁹⁰³ Cour d'appel de Paris, 15.12.2017, 16/107767, siehe z. B. folgende Auszüge: „Cette lettre atteste de la confiance totale mise par Geneviève X... dans M. A... pour apprécier et défendre les intérêts de l'indivision et la conseiller, elle et sa sœur, au point de vouloir s'en remettre purement et simplement à son avis, s'agissant en particulier des évaluations foncières et des conséquences fiscales du niveau du prix de vente des éléments du patrimoine indivis“. In Bezug auf die Verkäufer spricht das Gericht auch von „Laien“ („profanes“).

⁹⁰⁴ Cour d'appel de Montpellier, 09.12.2014, 12/05951.

⁹⁰⁵ Cour d'appel de Montpellier, 09.12.2014, 12/05951: „ne démontre aucunement le caractère dolosif d'un tel mensonge, dès lors que le dol ne saurait résulter ni du seul fait de donner à bail commercial une parcelle de terrain n'appartenant pas pour partie à la bailleuse“.

schriftlichen Vertrag aufsetzen konnte. Das Urteil ist insofern bemerkenswert, als es eine einfache Lüge scheinbar nicht genügen lässt, sondern einen betrügerischen Charakter verlangt und scheinbar zugleich einen Schaden der getäuschten Seite. Außerdem wird mit der Eigenverantwortung gearbeitet.

In eine ähnliche Richtung weist ein Urteil, in dem eine Täuschung angenommen wurde, da der Verkäufer einer Immobilie die Vermietbarkeit des Objekts zu positiv dargestellt hatte. Durch die Nicht-Vermietbarkeit der Immobilie entfielen gleichzeitig beworbene Steuervorteile.⁹⁰⁶ In einem anderen Fall standen alle Aktien einer luxemburgischen *société anonyme* (SA) zum Verkauf.⁹⁰⁷ Während der Preisverhandlungen erweckte der Verkäufer den Eindruck, dass die SA Aktien der Gesellschaft *Marne Fret* halte. Tatsächlich gehörten der SA keine entsprechenden Aktien. Bei den weiteren Verhandlungen wurden die Aktien dann nicht mehr explizit erwähnt. Das Gericht erklärte die Nichtigkeitklage des Käufers insofern für unzulässig. Auch sprach es keinen Schadensersatz zu, weil der kaufenden Gesellschaft hätte auffallen können, dass keine Aktien an der Gesellschaft *Marne Fret* gehalten wurden.⁹⁰⁸ In einem anderen Fall wurde hingegen *dol* angenommen. In diesem Fall gab ein Verkäufer fälschlicherweise an, dass für das Fahrzeug eine Icare-Versicherungsgarantie bestehe. Das Gericht sah darin eine relevante Täuschung.⁹⁰⁹ Die Rechtsprechung bezüglich Täuschungen über die Rechtslage bzw. die vertragliche Situation ist damit nicht ganz eindeutig. In jedem Fall lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung *dol* insofern restriktiv handhabt.

Mit Blick auf die hier im Vordergrund stehenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstandes lassen sich neben Täuschungen über die Rechtslage fast keine Entscheidungen finden. Dies gilt z. B. für die in der Praxis relevanten Täuschungen über die eigenen Alternativen zum Vertragsschluss (d. h. andere bzw. bessere Angebote), einzuhaltende Fristen, unternehmensinterne Vorgaben, eigene Präferenzen und Interessen und die Verfügbarkeit von Produkten. Die Autorin konnte insofern praktisch keine Entscheidungen ausfindig machen.

Eine Ausnahme stellt ein Fall dar, bei dem der Direktor einer Agrarkooperative aus betrieblichen Gründen entlassen wurde. Er beklagte sich bei seinem Arbeitgeber, dass die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz und ein möglicher Umzug für ihn und seine Familie eine große Belastung wären. Der Arbeitgeber schloss daher aus Mitleid eine Vereinbarung mit ihm, sodass der ehemalige Direktor eine Geldzahlung und einen Geschäftswagen erhielt. Tatsächlich hatte der ehemalige Direktor allerdings bereits bei einem Konkurrenzunternehmen in der gleichen Region Arbeit gefunden. Der Cour de cassation hob ein Urteil des Cour d'appel de Poitiers auf, in welchem dieser keinen *dol* angenommen hat, ohne jedoch zu untersuchen, ob die Darstellungen des Arbeitnehmers die Entscheidung des Arbeitgebers beein-

⁹⁰⁶ Cour d'appel de Montpellier, 22.02.2015, 13/06974.

⁹⁰⁷ Cour de cassation, Chambre commerciale, 11.05.2017, 15-25.301.

⁹⁰⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 11.05.2017, 15-25.301.

⁹⁰⁹ Cour d'appel de Nîmes, 19.02.2008, 06/00988.

flussten. Der Cour d'appel musste daher erneut untersuchen, ob diese Lügen nicht doch kausal für die Zugeständnisse des Arbeitgebers waren.⁹¹⁰

11. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das französische Recht differenzierungsfreundlicher ist als die deutsche Rechtsordnung und einen gewissen „Täuschungsspielraum“ lässt. Denn das französische Recht unterscheidet zwischen Täuschungen, die sich substantiell und solchen, die sich nicht substantiell auf den Vertrag auswirken (siehe 3. Teil, B.IV.6.) und lässt darüber hinaus auch eine Differenzierung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen zu (siehe 3. Teil, B.IV.2., 3., 4. und 7.). Außerdem kennt das französische Recht die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* (siehe 3. Teil, B.IV.3.). Zudem wird die Nichtigkeit wegen Täuschung teilweise abgelehnt, wenn der Getäuschte den Bluff hätte erkennen können,⁹¹¹ was mit einem gewissen Grad an Eigenverantwortung einhergeht. Eine unterschiedliche Behandlung je nach Gegenstand der Täuschung nimmt das französische Recht jedoch nicht vor.

Im Ergebnis können „harmlose“ Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen somit über die genannten Spielräume vom Anwendungsbereich der *dol* ausgenommen werden. Insbesondere die in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (wie z.B. über Präferenzen, Deadlines und unternehmensinterne Vorgaben) könnten die getäuschte Seite daher gerade nicht zur Nichtigerklärung berechtigen. Da das französische Recht jedoch nicht nach dem Gegenstand der Täuschung unterscheidet, können kleinere Bluffs über den Leistungsgegenstand (z.B. in Form von Übertreibungen) und den Preis (auch i. e. S.⁹¹²) ebenfalls unter eine der genannten Einschränkungen fallen. Wie noch zu zeigen sein wird,⁹¹³ sollten Lügen über den Leistungsgegenstand aber aus wertungsmäßiger Sicht generell als arglistige Täuschungen angesehen werden. Bereits aus diesem Grund eignet sich auch das französische Recht nicht als „Blaupause“ für die deutsche Rechtsordnung. Die Diskussionen über die Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen könnten jedoch Denkanstöße für die deutsche Debatte darstellen.

⁹¹⁰ Cour de cassation, Chambre sociale, 12.02.1997, 93-44.042.

⁹¹¹ Siehe näher unter 3. Teil, B.IV.7.

⁹¹² Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

⁹¹³ Siehe zur wertungsmäßigen Betrachtung im 4. Teil dieser Arbeit.

V. Österreich⁹¹⁴

1. Einführung

Die arglistige Täuschung wird in Österreich unter der Bezeichnung „List“ diskutiert und ist in § 870 1. Alt. ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) geregelt. Sie gehört damit zum Regelungskomplex der §§ 869–877 ABGB, die unter der Überschrift „Wahre Einwilligung“ zusammengefasst sind. § 870 1. Alt. ABGB ist kurz und bündig formuliert:

„Wer von dem anderen Teile durch List [...] zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.“

Die österreichische Vorschrift ist ebenso abstrakt gefasst wie die deutsche Vorschrift und daher konkretisierungsbedürftig. Um entscheiden zu können, ob eine konkrete Täuschung zur Anfechtung berechtigt oder nicht, wird der Tatbestand im Folgenden somit näher erörtert.

Der Anwendungsbereich des § 870 1. Alt. ABGB umfasst Verträge und darüber hinaus gem. § 876 ABGB auch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen.⁹¹⁵ Im Gegensatz zur deutschen Regelung bezieht die österreichische Regelung die List auf den Vertragsschluss und nicht auf die Willenserklärung (ebenso wie das schweizerische Recht, siehe dazu unter 3. Teil, B.VI.1.). Daraus ergeben sich jedoch für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands keine Besonderheiten.

§ 870 1. Alt. ABGB verdeutlicht, dass der Vertrag trotz einer ggf. vorliegenden List zunächst wirksam zustande kommt.⁹¹⁶ Liegen aber die Voraussetzungen des § 870 1. Alt. ABGB vor, so kann die getäuschte Partei den Vertrag anfechten und damit die Nichtigkeit *ex tunc* erreichen.⁹¹⁷ Allerdings ist die Anfechtung nicht die einzige mögliche Rechtsfolge mit Blick auf relevante Täuschungen. Vielmehr besteht gem. § 872 ABGB analog auch die Möglichkeit der Vertragsanpassung (siehe zu den Rechtsfolgen näher unter 3. Teil, B.V.10.). Die einschneidenden Rechtsfolgen für die täuschende Seite werden mit der fehlenden Schutzwürdigkeit dieser Partei begründet.⁹¹⁸

⁹¹⁴ Dieser Abschnitt wurde auf Basis von S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118 ff. weiterentwickelt. Weite Teile wurden nahezu wortgleich übernommen. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

⁹¹⁵ Vgl. Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 1 (gilt auch für konstitutive Anerkenntnisse); Rummel in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 1 (gilt auch für den Vergleich).

⁹¹⁶ Vgl. Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 2; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 1.

⁹¹⁷ OGH, 7 Ob 354/97b, 13.07.1998; OGH, 1 Ob 551/94, 29.08.1994; Rummel in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 871 Rn. 33.

⁹¹⁸ Siehe beispielsweise P. Bydlinski, Bürgerliches Recht – AT, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 8 Rn. 32: „Tatsächlich ist sie [die fehlende Schutzwürdigkeit] beinahe mit Händen zu greifen, weshalb es keiner weiteren Begründung des Anfechtungsrechts bedarf.“

Die List ist ins Irrtumsrecht des ABGB eingegliedert und zielt darauf ab, die freie Willensbildung vor einer unzulässigen Beeinflussung zu schützen.⁹¹⁹ § 870 1. Alt. ABGB ist ebenso wie das gesamte Irrtumsrecht durch die Vertrauenstheorie geprägt.⁹²⁰ Das Gesetz stellt somit darauf ab, ob der Vertragspartner der Partei, die einem Irrtum unterliegt, auf den (endgültigen) Bestand des Vertrags vertrauen durfte oder nicht. Wird der Vertragspartner als nicht schutzwürdig erachtet,⁹²¹ so kann sich die getäuschte Seite vom Vertrag lösen bzw. Anpassung verlangen.⁹²² Der Vertragspartner wird insbesondere dann als nicht schutzwürdig angesehen, wenn er die andere Partei arglistig getäuscht (§ 870 1. Alt. ABGB) oder deren Irrtum anderweitig veranlasst hat (§ 871 ABGB). Traditionell wurde die Veranlassung in allen Fällen der adäquaten Verursachung bejaht.⁹²³ Diese Interpretation führte zu einer starken Ausdehnung der Vertrauenstheorie. Allerdings ist mittlerweile zunehmend die Ansicht im Vordringen begriffen, die besagt, dass es allein auf die adäquate Verursachung nicht ankommen kann. Sie fordert vielmehr ein „objektiv sorgloses“ bzw. „verkehrswidriges“ Verhalten.⁹²⁴

Das Irrtumsrecht misst der Vertrauenstheorie zudem gegenüber der Eigenverantwortung des Irrenden grundsätzlich den Vorrang zu. Das zeigt sich besonders gut in §§ 870 und 871 ABGB. Im Fall einer Täuschung, spielt die Eigenverantwortung des Irrenden überhaupt keine Rolle (siehe dazu auch noch einmal unter 3. Teil, B.V.6.). Auch in den Fällen des § 871 ABGB schadet ein Verschulden des Irrenden diesem nach h. M. nicht grundsätzlich.⁹²⁵ Aus der Rechtsprechung können jedoch Tendenzen herausgelesen werden, die Anfechtungsmöglichkeit i. R. d. § 871 ABGB in bestimmten Fällen einzuschränken. Das soll z. B. der Fall sein, wenn den Getäuschten „ein überwiegendes Verschulden“ vorzuwerfen ist und der anderen Seite

⁹¹⁹ Vgl. z. B. OGH, 5 Ob 524/79, 20.02.1979. Das Urteil zieht insofern auch einen Bogen zu den beiden möglichen Rechtsfolgen („das Gesetz mißbilligt zwar ein solches Verhalten eines Vertragspartners, berücksichtigt jedoch die dadurch beeinträchtigte Freiheit der Willensbestimmung des anderen Vertragspartners dadurch, daß es diesem die Entscheidung frei gibt, ob er – nach Entdeckung seiner Täuschung – das Geschäft weiterhin gelten lassen will oder nicht“); OGH, RS0014789, 20.02.1979 vgl. auch OGH, 2 Ob 361/48, 02.03.1949.

⁹²⁰ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 39 (Stand: 01.08.2019, rdb.at). Rechtsvergleichend zum Irrtumsrecht außerhalb der List *E. Kramer*, Der Irrtum bei Vertragsschluss, 1998, passim; sowie *F. Bydlinski* in: FS Stoll, 2001, S. 113, 122 und 126 (auch auf die „Komplexität der Wertungsprobleme“ aufmerksam machend). *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 123.

⁹²¹ Siehe bspw. *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht – AT, 9. Aufl. 2021, Bd. 1, § 8 Rn. 32: „Tatsächlich ist sie [die fehlende Schutzwürdigkeit] beinahe mit Händen zu greifen, weshalb es keiner weiteren Begründung des Anfechtungsrechts bedarf.“

⁹²² Vgl. auch Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 39 f.; *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 123 f.

⁹²³ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 44.

⁹²⁴ Zum Meinungsstand Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 44 ff.

⁹²⁵ OGH, 8 Ob 25/10z, 22.09.2010; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 40.

ein erheblicher Nachteil droht.⁹²⁶ Es soll insofern wohl im Ergebnis darauf ankommen, ob der sich irrenden Seite der Irrtum stärker zugerechnet werden kann als der veranlassenden Seite.⁹²⁷ So wird die Anfechtungsmöglichkeit teils abgelehnt, wenn sich der Irrtum geradezu aufdrängen müsste und eine Überprüfung leicht hätte vorgenommen werden können.⁹²⁸ Außerhalb des § 870 1. Alt. ABGB lässt sich daher ein gewisses Maß an Eigenverantwortung ablesen bzw. wird die Eigenverantwortung zumindest diskutiert.⁹²⁹

Insgesamt zeigt die Betrachtung, dass der Vertrauensschutz traditionell sehr weit gefasst und die Eigenverantwortung in Fällen der Täuschung praktisch negiert wurde. Dies spricht zunächst gegen eine Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen im österreichischen Recht. Die intensive Debatte dieses Aspekts in der Literatur unterstreicht jedoch, dass die Einschränkung der Vertrauenstheorie und die Ansprüche an die Eigenverantwortung des Irrenden durchaus mehr und mehr Unterstützung findet. In diesem Zusammenhang könnte dann auch eine entsprechende Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Bluffs erörtert werden. Dies gilt umso mehr, als auch das österreichische Recht § 870 1. Alt. ABGB keinen sanktionierenden Charakter zuspricht.⁹³⁰

Die folgenden Ausführungen beziehen sich ausschließlich auf aktive Täuschungen, die in dieser Arbeit im Fokus stehen. Täuschungen durch Verschweigen werden nicht angesprochen. Zudem liegt der Schwerpunkt auch an dieser Stelle auf unternehmerischen Verhandlungen. Der Irrtum des Vertreters sowie die Täuschung durch den Vertreter werden insofern der Gesellschaft zugerechnet (§ 875 ABGB, dazu näher unter 3. Teil, B.V.9.).⁹³¹

⁹²⁶ OGH, 8 Ob 25/10z, 22.09.2010, unter Verweis auf OGH, 1 Ob 606/88, 15.06.1988.

⁹²⁷ Vgl. *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 40. OGH, 4 Ob 65/10b, 31.08.2010 wohl grds. ablehnend zum überwiegenden Fehlverhalten der sich täuschenden Seite, gleichzeitig aber auch die offensichtliche Unrichtigkeit ablehnend.

⁹²⁸ OGH, 8 Ob 25/10z, 22.09.2010; OGH, 4 Ob 65/10b, 31.08.2010 („Im vorliegenden Fall kann keine Rede davon sein, dass die den festgestellten Irrtum des Klägers über die Risikogeneignetheit der von ihm erworbenen Beteiligungspapiere hervorrufenden Angaben offensichtlich unrichtig gewesen wären und für den Kläger eine Überprüfung leicht möglich gewesen, aber von ihm nicht vorgenommen worden wäre.“); OGH, 7 Ob 553/88, 16.06.1988 („Ganz offensichtlich unrichtige Angaben eines Vertragspartners, deren Überprüfung dem anderen Teil offenstand und leicht möglich war, können nicht als zur Täuschung geeignete Irreführungshandlungen angesehen werden“). Siehe auch *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 40. *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 871 Rn. 4 führt insofern aus: „Richtigerweise handelt es sich insofern nicht um ein Verschuldensproblem, da es nicht um Vorwerfbarkeit geht, sondern um ein solches richtiger Interpretation der getroffenen Vereinbarungen unter Bewertung der Aussagen des Irreführenden aus Sicht eines redl Erklärungsempfängers“.

⁹²⁹ Zur Diskussion *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 40; *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 871 Rn. 4; *Vonkilch*, ÖJZ 2010, 579, 589; *Krejci*, ÖJZ 2010, 58, 66ff.; *Thunhart*, ÖJZ 2000, 447, 451.

⁹³⁰ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 235.

⁹³¹ Für den Irrtum des Vertreters vgl. OGH, RS0114356, 23.11.2000. Für die Täuschung durch den Vertreter vgl. OGH, 5 Ob 573/80, 02.09.1980.

2. List

a) Überblick

§ 870 1. Alt. ABGB greift nur, wenn eine List vorliegt.⁹³² Allerdings definiert die Norm selbst nicht, was darunter zu verstehen ist.⁹³³ List ist jedoch gemäß der einhelligen Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung gegeben, sofern eine rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung bejaht werden kann.⁹³⁴ Einer „verwerflichen Gesinnung“ bedarf es hingegen nicht.⁹³⁵ Was eine Täuschung darstellt, erläutert die Vorschrift ebenfalls nicht.⁹³⁶ Die Bezeichnung „Täuschung“ wird von der Regelung selbst überhaupt nicht verwendet. Allerdings ist in der Literatur und der Rechtsprechung anerkannt, dass § 870 1. Alt. ABGB sowohl Täuschungen durch positives Tun als auch Täuschungen durch Unterlassen erfasst.⁹³⁷ Unter Täuschung durch positives Tun wird einerseits die Täuschung durch Vorspiegelung falscher sowie die Unterdrückung wahrer Tatsachen verstanden.⁹³⁸ Ferner erfasst § 870 1. Alt. ABGB Täuschung durch Verschweigen, wobei insofern zudem noch eine willentliche Verletzung einer Aufklärungspflicht vorliegen muss.⁹³⁹ Die Unterscheidung zwischen Täuschungen durch positives Tun und Unterlassen ist da-

⁹³² Im deutschen Recht wird der Begriff „Arglist“ verwendet. Bei dem Begriff „listig“ schwingt im Verhältnis zu „arglistig“ ein weniger negativer Unterton mit. Vgl. dazu *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 221. Das Wort „List“ ist aus etymologischer Sicht vielmehr mit Begriffen wie „Geschicklichkeit“ verbunden. Kluge, *Etymologisches Wörterbuch*, 25. Aufl. 2011, Stichwort: „List“ (S. 580). In § 870 ABGB steht dahinter allerdings das Konzept der rechtswidrigen und vorsätzlichen Täuschung.

⁹³³ *Lukas*, *ecolex* 2012, 548, 548; *S. Jung*, *ÖJZ* 2021, 117, 118; *Exner*, *RZ* 2015, 255, 255 („Aber was macht die List zur List? Das ABGB hält sich dazu sehr bedeckt.“).

⁹³⁴ Siehe u.a. OGH, 1 Ob 191/15t, 22.12.2015; OGH, 6 Ob 7/06g, 16.02.2006; OGH, 3 Ob 75/06k, 27.06.2006; OGH, 7 Ob 354/97b, 13.07.1998; *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON*^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkomentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1.

⁹³⁵ *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON*^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; *Lukas*, *ecolex* 2012, 548, 548.

⁹³⁶ HHB 78 BlgHH 21. Session 1912, S. 134f. zeigt vielmehr, dass der Gesetzgeber bewusst auf die Formulierung „Irreführung“ verzichtet.

⁹³⁷ OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 3 Ob 563/95, 31.08.1995; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkomentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; *S. Jung*, *ÖJZ* 2021, 117, 118. Siehe zur Täuschung durch Unterlassen in Österreich ausführlich *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 594 ff.

⁹³⁸ *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkomentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; *Gschnitzer* in: *Klang/Gschnitzer* (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB*, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 110.

⁹³⁹ OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 3 Ob 563/95, 31.08.1995; OGH, 6 Ob 7/06g, 16.02.2006; OGH, 3 Ob 75/06k, 27.06.2006. Siehe dazu ausführlich *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON*^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 11 ff.; *Riedler* in: *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 5 ff.; *F. Bydlinski*, *JBl* 102 (1980), 393, 393 ff.; vgl. auch *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkomentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; *S. Jung*, *ÖJZ* 2021, 117, 118. Keine List ist dagegen der erkannte oder durchschaute Irrtum: *Rummel*, *JBl* 110 (1988), 1, 1 ff.; *Schlemmer*, *JBl* 108 (1986), 149, 149 ff.

mit relevant, aber im Einzelfall äußerst schwierig.⁹⁴⁰ Da sich dieser Beitrag jedoch auf explizit geäußerte Lügen bezieht, soll darauf an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

b) Meinungsäußerungen

Fraglich ist, ob § 870 1. Alt. ABGB Täuschungen erfasst, die sich auf subjektive Meinungen beziehen, die objektiv weder als falsch noch als richtig bewertet werden können (z. B. persönlicher Geschmack). Im Ergebnis berechtigen subjektive Meinungsäußerungen, nicht zur Anfechtung wegen List.⁹⁴¹ Das gilt unabhängig davon, ob sie objektiv betrachtet als „falsch“ oder „richtig“ zu bewerten sind, solange der sich Äußernde diese Auffassung tatsächlich vertritt. Dies überrascht nicht, da insofern überhaupt keine Täuschung gegeben ist, sondern nur eine tatsächlich bestehende Meinung, die objektiv ggf. als unrichtig bewertet werden könnte. Die Rechtsprechung nimmt jedoch List an, wenn eine Person eine subjektive Meinung äußert, die objektiv gesehen unrichtig ist, und die Person diese Meinung in Wahrheit nicht vertritt.⁹⁴² In solchen Fällen liegt somit ein Bluff über die eigene Geisteshaltung vor. Nach hier vertretener Ansicht wird es wohl nicht zwingend notwendig sein, dass die Meinung zusätzlich objektiv „falsch“ ist. Ein Bluff über die Geisteshaltung allein dürfte mit Blick auf § 870 1. Alt. BGB wohl ausreichen, sodass das österreichische Recht auch Lügen über „innere Tatsachen“ erfasst.⁹⁴³ Darauf lässt auch ein Urteil schließen, in dem festgestellt wurde, dass eine Täuschung über Absichten – und damit eine innere Tatsache – die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigt.⁹⁴⁴ Im Ergebnis ist die Entscheidung an dieser Stelle für die Praxis der unternehmerischen Vertragsverhandlungen allerdings kaum erheblich. Denn unabhängig davon, welche Interpretation bevorzugt wird, wird das Ergebnis in der Praxis ähnlich ausfallen. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass sich solche Bluffs, z. B. über den persönlichen Geschmack, wohl in den allermeisten Fällen nicht beweisen (zur Beweislast unter 3. Teil, B.V.8.) lassen.⁹⁴⁵ Einfacher bewiesen werden können die Existenz bzw. Zustände (und Handlungen) von Gegenständen und Personen sowie rechtliche Umstände (Bestehen von Gesetzen etc.; zur Anfechtbarkeit bei Täuschungen über die Rechtslage siehe 3. Teil, B.V.11.a)). In jedem Fall sol-

⁹⁴⁰ Siehe dazu *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 9/1.

⁹⁴¹ OGH, 7 Ob 8/75, 23.01.1975; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118; *Gschnitzer* in: Klang/Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 110.

⁹⁴² OGH, 7 Ob 722/86, 09.07.1987.

⁹⁴³ In diese Richtung auch *Gschnitzer* in: Klang/Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 110.

⁹⁴⁴ OGH, 9 ObA 83/13s, 27.09.2013.

⁹⁴⁵ Siehe dazu bereits *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 268. Dass dies in Einzelfällen aber möglich bleibt, zeigt z. B. OGH, 9 ObA 83/13s, 27.09.2013.

len auch unwahre Aussagen über die Meinung Dritter (z. B. eines Sachverständigen) die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigen.⁹⁴⁶ Im Erst-Recht-Schluss müssen dann Meinungen ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 870 1. Alt. ABGB fallen, die einen Tatsachenkern enthalten, über den getäuscht wird.⁹⁴⁷ Ratsschläge sollen aber grundsätzlich nicht zur Anfechtung wegen List berechtigen können, selbst wenn sie „mit einem gewissen Nachdruck“ erteilt werden.⁹⁴⁸

c) Marktschreierische Anpreisungen

„Marktschreierische Anpreisungen“ fallen wohl nicht in den Anwendungsbereich des § 870 1. Alt. ABGB.⁹⁴⁹ Sie werden teilweise auch als „sozialadäquate Täuschungen“ bezeichnet.⁹⁵⁰ Dazu zählen nach österreichischem Verständnis wohl Aussagen wie: „Bei mir bekommen Sie alles geschenkt.“⁹⁵¹ Methodisch ist dies insofern durchaus problematisch, als dass solche Äußerungen nicht immer als Meinung formuliert sind. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist zu bedenken, dass § 870 1. Alt. ABGB Meinungsäußerungen zumindest in gewissem Umfang erfasst.⁹⁵² Außerdem enthalten viele marktschreierische Anpreisungen einen Tatsachenkern, der sogar der Beweisführung zugänglich sein könnte. Wie in Deutschland⁹⁵³ bleibt daher unklar, warum „marktschreierische“ Aussagen vom Anwendungsbereich des § 870 1. Alt. ABGB ausgenommen sein sollten und wie dies methodisch gerechtfertigt werden könnte. Eine Zulässigkeit entsprechender Bluffs lässt sich auf den ersten Blick nur erreichen, wenn man entsprechende Anpreisungen im konkreten Einzelfall z. B. am Kausalitätserfordernis oder der Rechtswidrigkeit scheitern ließe (zur möglichen Reduktion des Anwendungsbereichs über die Rechtswidrig-

⁹⁴⁶ *Gschmitzer* in: Klang/Gschmitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 111.

⁹⁴⁷ Vgl. auch OGH, 7 Ob 722/86, 09.07.1987 (in dem Urteil ging es um eine Meinung, die jedoch einen Tatsachekern aufwies). *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118.

⁹⁴⁸ OGH, RS0016026, 10.05.1955 („Wer einem anderen, wenn auch mit einem gewissen Nachdruck einen Rat erteilt und damit zum Abschluß eines Vertrages bewegt, gebraucht weder List noch ungerechte und begründete Furcht.“).

⁹⁴⁹ So ließe sich OGH, 3 Ob 577/92, 16.12.1992 interpretieren („handelt es sich doch nicht bloß um eine rein marktschreierische Ankündigung“); vgl. auch *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118. Zum Begriff der marktschreierischen Ankündigung allerdings in Bezug auf § 2 UWG (Österreich): OGH, RS0078301, 10.10.1961 („Für die marktschreierische Anpreisung ist wesentlich, dass sie sofort von niemandem wörtlich ernst genommen wird. Es muss sich um eine nicht wörtlich zu nehmende, bloß reklamehafte Übertreibung handeln, die jedermann den sogleich erkennbaren Eindruck vermittelt, es handle sich hier nur um eine ohne Anspruch auf Glaubwürdigkeit und Gültigkeit auftretende Anpreisung; im Zweifel, ob eine marktschreierische Anpreisung oder eine ernst gemeinte Behauptung vorliegt, ist immer das letztere anzunehmen.“).

⁹⁵⁰ Siehe *Schmid*, ÖJZ 2017, 633, 634 (Fn. 4); *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118 (Fn. 17).

⁹⁵¹ *Schmid*, ÖJZ 2017, 633, 634 (Fn. 4).

⁹⁵² So soeben unter 3. Teil, B.V.2.b).

⁹⁵³ Siehe zu marktschreierischen Anpreisungen im deutschen Recht näher unter 2. Teil, B.I.2.b) bb).

keit näher unter 3. Teil, B.V.7.). Alternativ könnte der getäuschten Seite ein gewisser Grad an Eigenverantwortung übertragen werden.

Unabhängig von methodischen Fragen dürften über die Ausnahme für markt-schreierische Anpreisungen jedoch allerhöchstens einzelne der hier im Vordergrund stehenden Täuschungstaktiken außerhalb des Vertragsgegenstands erfasst sein. Insofern kann auf die Ausführungen zur deutschen Rechtslage unter 2. Teil, B.I.2.b)bb) verwiesen werden. Generell bleibt anzumerken, dass dieser Ausnahme in der österreichischen Literatur kaum Beachtung geschenkt wird.⁹⁵⁴ „Marktschreierische Anpreisungen“ führen damit in der Zusammenschau in Österreich nicht zu einer generellen Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen mit Blick auf § 870 1. Alt. ABGB. Irreführungen durch werbende Aussagen werden eher im Bereich des UWG erörtert.⁹⁵⁵

d) Übertreibungen und Untertreibungen

Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass der Grad der Unwahrheit mit Blick auf die Täuschungshandlung keine Rolle spielt. Es muss sich somit im Ergebnis nicht um eine vollständig erfundene Tatsache handeln. Über- bzw. Untertreibungen fallen daher nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich ebenfalls in den Anwendungsbereich von § 870 1. Alt. BGB. Dieser Schluss wird auch durch einen Blick in die einschlägige Rechtsprechung bestätigt.⁹⁵⁶

e) Geschäfts- und Motivirrtümer

Im Ergebnis erfasst § 870 1. Alt. ABGB nach h.M. zudem nicht nur Geschäftsirrtümer, sondern auch Motivirrtümer.⁹⁵⁷ Unter Geschäftsirrtümern i. e. S. werden in

⁹⁵⁴ Z.B. keine konkreten Ausführungen in *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870; *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870.

⁹⁵⁵ Siehe dazu z.B. OGH, 4 Ob 159/09z, 20.04.2010 (Werbung mit Testergebnis ohne klarzustellen, dass das Testergebnis vor nahezu 5 Jahren ermittelt wurde); OGH, RS0118488, 20.01.2004 (Täuschung durch mehrdeutige Werbeaussagen mit nicht ausreichendem aufklärendem Hinweis). In der Literatur zur Thematik u. a. *Wiltschek/Horak*, UWG, 9. Aufl. 2023, § 2 (Irreführende Geschäftspraktiken).

⁹⁵⁶ Vgl. OGH, 4 Ob 114/19x, 05.07.2019 („Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass die in der Werbung der Klägerin abstrakt gehaltenen Aussagen zu einer ‚perfekten Qualität‘ der Glaselemente bei objektiver Betrachtung als reklamenartige Übertreibung zu verstehen waren und nach dem Werkvertrag eine hohe Qualität des Produkts, nicht aber eine 100%-ige Qualität [im Sinn einer garantierten Fehlerfreiheit] geschuldet war, hält sich im Rahmen der Rechtsprechung. [...] Mangels Zusage einer 100%-igen Qualität musste die Klägerin den Beklagten auch nicht darüber aufklären, dass sie eine solche Qualität nicht garantieren kann.“).

⁹⁵⁷ OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 7 Ob 630/89, 19.10.1989; OGH, 9 ObA 83/13s, 27.09.2013 (zu Beweggründen); *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24; *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommen-

Österreich Irrtümer verstanden, die sich auf den Inhalt des Geschäfts beziehen.⁹⁵⁸ Irrtümer über den Vertragsgegenstand und vertragswesentliche Eigenschaften sind daher als Geschäftsirrtümer i. e. S. zu qualifizieren.⁹⁵⁹ Ein Motivirrtum ist hingegen gegeben, wenn sich der Irrtum auf einen Aspekt außerhalb des Vertragsgegenstands bezieht.⁹⁶⁰ Insbesondere Irrtümer bzgl. des Beweggrunds sind als Motivirrtümer einzuordnen.⁹⁶¹ Zur möglichen bedeutenden Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern siehe näher unter 3. Teil, B.V.5.b). Begründet wird die weitgehende Erfassung der genannten Irrtümer mit der Verwerflichkeit der Täuschungshandlung und dem Eingriff in die freie Willensbildung sowie teilweise auch damit, dass § 870 1. Alt. ABGB seinem Wortlaut nach nicht auf eine Differenzierung hindeutet.⁹⁶² Die Art des Irrtums trägt somit ebenfalls grundsätzlich nicht zur Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen bei.

3. Irrtum des Getäuschten

Neben einer Täuschung durch die eine Seite bedarf es auf der anderen Seite eines Irrtums.⁹⁶³ Eine Seite muss somit bluffen; die getäuschte Seite muss wiederum einem Irrtum unterliegen. Diese Voraussetzung wird nicht explizit in § 870 1. Alt. ABGB genannt, aber im Rahmen der Kausalität und des Vorsatzes vorausgesetzt.⁹⁶⁴ Denn eingeschränkt wird die Relevanz von Irrtümern nur dadurch, dass es sich um Fehlvorstellungen handeln muss, die durch die andere Seite bewusst (zum Vorsatz im Folgenden unter 3. Teil, B.V.4.) hervorgerufen, belassen oder bestärkt wurden und die dann auch für den Vertragsschluss kausal geworden sind (zur Kausalität im Folgenden unter 3. Teil, B.V.5.). Eine Anfechtung scheidet somit aus, wenn eine Seite zwar belogen wurde, aber dadurch bei ihr kein Irrtum hervor-

tar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 4; *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530; *Gschnitzer* in: *Klang/Gschnitzer* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 109f. und 113; *Trapichler*, immolex 2014, 310, 311; *Geroldinger*, JBl 134 (2012), 29, 30.

⁹⁵⁸ Vgl. statt vieler *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 16; *Trapichler*, immolex 2014, 310, 311.

⁹⁵⁹ Vgl. statt vieler *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 16.

⁹⁶⁰ *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 17.

⁹⁶¹ *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 17.

⁹⁶² Diese Argumente auflistend *Geroldinger*, JBl 134 (2012), 29, 31.

⁹⁶³ OGH, 6 Ob 7/06g, 16.02.2006; OGH, 10 Ob 2066/96p, 11.02.1997; zur Definition des Irrtums vgl. auch OGH, 7 Ob 578/94, 12.10.1994 („Irrtum ist die unrichtige oder fehlende Vorstellung von der Wirklichkeit [Unwissenheit]“). Vgl. in der Literatur *Kolmasch* in: *Schwimann/Neumayr* (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 870 Rn. 2.

⁹⁶⁴ Vgl. beispielhaft die Darstellungen bei: *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 522f.; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870; *Rummel* in: *Rummel/Lukas* (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 3 ff.

gerufen wurde.⁹⁶⁵ Insofern gibt es mehrere Gründe dafür, warum ggf. keine Fehlvorstellung durch die Täuschung erzeugt wird. Eine mögliche Erklärung liegt darin, dass die Seite, die getäuscht werden sollte, die wahre Sachlage kennt.

Darüber hinaus kann eine Anfechtung auch dann ausgeschlossen sein, wenn eigentlich alle Voraussetzungen des § 870 1. Alt. ABGB vorliegen, insbesondere also eine Täuschung und ein damit korrespondierender Irrtum. Das ist der Fall, wenn die falsche Aussage und Realität nach Vertragsschluss in Übereinstimmung gelangen. Eine Anfechtung bzw. Anpassung scheidet insofern nach dem Gebot von Treu und Glaube aus.⁹⁶⁶

4. Vorsatz des Täuschenden

Der Vorsatz ist eine weitere zentrale Voraussetzung für die Anwendung des § 870 1. Alt. ABGB. Sie wird in Österreich aus dem Begriff „List“ abgeleitet.⁹⁶⁷ Die Details des Vorsatzerfordernisses sind komplex und teilweise umstritten.⁹⁶⁸ Darauf wird hier jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen, da sich die hiesige Untersuchung auf eindeutig vorsätzliche Täuschungen bezieht. Bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*) genügt im Rahmen des § 870 1. Alt. BGB jedenfalls ebenfalls.⁹⁶⁹ *Dolus eventualis* liegt vor, wenn „der Täuschende [...] den Irrtum des anderen Teils ernstlich für möglich hält und sich doch damit abfindet“⁹⁷⁰.

Der Vorsatz (auch *dolus eventualis*) muss sich auf alle Bewusstseinsgegenstände des Täuschenden beziehen.⁹⁷¹ Im Fall der aktiven Täuschung muss dem Täuschenden somit bewusst gewesen sein bzw. er muss es ernstlich für möglich gehalten haben, dass er dem Vertragspartner unrichtige Angaben mitteilt.⁹⁷² Angaben „ins

⁹⁶⁵ Gschnitzer in: Klang/Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 113.

⁹⁶⁶ Das könnte ebenfalls aus OGH, 1 Ob 27/97w, 15.05.1997 geschlossen werden, wo ausgeführt wird, dass die Anwendung des § 870 ABGB ausgeschlossen ist, „wenn deren nachteilige Wirkung in der Sphäre des Getäuschten später auf andere Weise wegfällt, also der vom Getäuschten angestrebte Geschäftserfolg schließlich dennoch eintritt“.

⁹⁶⁷ So Exner, RZ 2015, 255, 255. Vgl. auch S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118.

⁹⁶⁸ Zu den Nuancen in der Rechtsprechung bezüglich des Vorsatzes Exner, RZ 2015, 255, 255 f.; vgl. auch Schmid, ÖJZ 2017, 633, 633 ff. zum Unrechtsbewusstsein.

⁹⁶⁹ OGH, 20.05.2021, 7 Ob 80/12p; OGH, 2 Ob 161/17s, 24.10.2017. Bollenberger/P. Bydliński in: Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 3; Exner, RZ 2015, 255, 256; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118.

⁹⁷⁰ OGH, 10 Ob 74/05, 06.09.2005; OGH, 2 Ob 161/17s, 24.10.2017; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7. Eine ähnliche Definition findet sich in Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 3 („Dabei reicht aus, dass der Irrtum des anderen in Kauf genommen wurde“).

⁹⁷¹ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7.

⁹⁷² Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 3; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118.

Blaue hinein“ können daher ebenfalls eine Anfechtung rechtfertigen.⁹⁷³ Die Täuschung muss gleichzeitig darauf ausgerichtet sein bzw. es in Kauf nehmen, beim Getäuschten eine Fehlvorstellung hervorzurufen.⁹⁷⁴ Darüber hinaus muss der Täuschende damit beabsichtigen bzw. hinnehmen, dass sich dieser Irrtum auf die Willensbildung des Vertragspartners auswirkt.⁹⁷⁵ Eine grob fahrlässige Täuschung fällt hingegen nicht in den Anwendungsbereich des § 870 1. Alt. ABGB.⁹⁷⁶ Eine Anfechtung wegen einer grob fahrlässigen Täuschung und erst recht einer leicht fahrlässigen oder überhaupt nicht fahrlässigen Täuschung ist gem. § 870 1. Alt. ABGB daher nicht möglich.

Eine Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht verlangt die Vorschrift nicht.⁹⁷⁷ Das Vorliegen eines Schadens beim Getäuschten ist ebenfalls keine Voraussetzung für die Anwendung des § 870 1. Alt. ABGB.⁹⁷⁸ Wie in Deutschland kann somit der Vertrag auch dann angefochten bzw. angepasst werden, wenn die Lüge nur „zum Besten“ des Getäuschten in der Verhandlung eingesetzt wurde. Parallel zu den Ausführungen zum deutschen Recht besteht jedoch hier gleichfalls die Gefahr, dass dann der Nachweis der Kausalität schwerer fallen könnte.⁹⁷⁹

⁹⁷³ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118.

⁹⁷⁴ Lukas, ecolx 2012, 548, 548.

⁹⁷⁵ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 118f.

⁹⁷⁶ OGH, 3 Ob 563/95, 31.08.1995; OGH, 8 Ob 91/17s, 24.08.2017; OGH, 9 Ob 40/14v, 22.07.2014; OGH, 7 Ob 578/94, 12.10.1994. Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; Bollenberger/P. Bydliński in: Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 3; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119.

⁹⁷⁷ OGH, 4 Ob 11/13s, 19.03.2013; OGH, 6 Ob 83/68, 20.03.1968; OGH, RS0014800, 04.03.1975; (alle zur Schädigungsabsicht/-vorsatz). Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 3; Bollenberger/P. Bydliński in: Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1 (zum Schädigungsvorsatz); Gschnitzer in: Klang/Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 110 (zur Schädigungsabsicht); S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119.

⁹⁷⁸ OGH, 3 Ob 577/92, 16.12.1992; OGH, 7 Ob 70/12p, 30.05.2012; OGH, 7 Ob 122/63, 02.05.1963 in: RZ 1963, 154; vgl. auch OGH 1 Ob 37/08k, 16.09.2008 (das ausführt, dass es „keine Rolle spielt, ob die Nachteile tatsächlich eingetreten sind“); OGH, RS0014800, 04.03.1975 (das feststellt, dass auch angefochten werden kann, wenn „der Vertrag dem Irrenden zum Vorteil gereicht“); Bollenberger/P. Bydliński in: Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 4; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119. Vgl. allerdings auch OGH, 1 Ob 27/97w, 15.05.1997, wo ausgeführt wird, dass die Anwendung des § 870 ABGB ausgeschlossen ist, „wenn deren nachteilige Wirkung in der Sphäre des Getäuschten später auf andere Weise wegfällt, also der vom Getäuschten angestrebte Geschäftserfolg schließlich dennoch eintritt“. Siehe aber auch OGH, 7 Ob 80/12p, 20.05.2021 wonach es keine Rolle spielt, „ob die Nachteile tatsächlich eingetreten sind, denen sich der irreführte Vertragspartner mit dem Abschluss des Vertrags ausgesetzt hat“.

⁹⁷⁹ OGH 1 Ob 37/08k, 16.09.2008 zeigt allerdings, dass dies weiterhin möglich ist.

5. Kausalität

a) Allgemein

Neben den bereits genannten Tatbestandsmerkmalen setzt § 870 1. Alt. ABGB zudem Kausalität voraus.⁹⁸⁰ Die Täuschungshandlung muss beim Gegenüber einen Irrtum (siehe dazu 3. Teil, B.V.3.) entstehen lassen, aufrechterhalten oder ihn darin bestärken.⁹⁸¹ Dieser Irrtum muss wiederum zur Folge haben, dass der Getäuschte eine Willenserklärung mit entsprechendem Inhalt abgegeben hat.⁹⁸² § 870 1. Alt. ABGB verlangt somit doppelte Kausalität. Erzeugt die Lüge zwar einen Irrtum, aber der Getäuschte gibt in der Verhandlung dennoch nicht nach, liegt beispielsweise keine Kausalität vor.⁹⁸³ Das Erfordernis der Kausalität bedeutet gleichzeitig, dass der Irrtum im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehen muss.⁹⁸⁴ Wird der Irrtum vor Abschluss aufgeklärt oder entsteht er erst nach Vertragsabschluss, kann das Kausalitätserfordernis (bzw. die Anforderungen an den Irrtum) somit nicht erfüllt werden. Täuschungen im Rahmen der Erfüllung berechtigen daher nicht zur Anfechtung des Vertrags nach § 870 1. Alt. ABGB.⁹⁸⁵

b) Wesentliche und unwesentliche Irrtümer

Es ist allerdings nicht unumstritten, ob die Vorschrift neben wesentlichen Irrtümern auch uneingeschränkt unwesentliche Irrtümer erfasst. Als wesentliche sind Irrtümer dann zu qualifizieren, wenn ohne sie der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (*dolus causam dans*).⁹⁸⁶ Bei unwesentlichen Irrtümern hätte sich die getäuschte Partei bei Kenntnis trotzdem auf den Vertrag eingelassen, nur zu anderen Konditionen (*dolus incidens*).⁹⁸⁷ Die wohl (noch) h.M. wendet § 870 1. Alt.

⁹⁸⁰ Bollenberger/P. Bydlinski in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn.2; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn.2; Rummel in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn.4. Das Kausalitätserfordernis ergibt sich bereits aus der Vorschrift selbst, Exner, RZ 2015, 255, 255. Vgl. auch S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119.

⁹⁸¹ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn.9; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn.2; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119.

⁹⁸² Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn.2; S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119.

⁹⁸³ Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 531.

⁹⁸⁴ OGH, 2 Ob 78/15g, 21.10.2015. Bollenberger/P. Bydlinski in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn.2; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn.2.

⁹⁸⁵ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn.3.

⁹⁸⁶ OGH, 2 Ob 78/15g, 21.10.2015; OGH, 4 Ob 11/13s, 19.03.2013; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn.58; Koziol, RdW 2008, 4, 4.

⁹⁸⁷ OGH, 2 Ob 78/15g, 21.10.2015; OGH, 4 Ob 11/13s, 19.03.2013; OGH, 1 Ob 617/95, 23.10.1995; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871

ABGB nicht nur auf wesentliche, sondern auch auf unwesentliche Irrtümer an.⁹⁸⁸ Eine im Vordringen befindliche Meinung geht jedoch davon aus, dass unwesentliche Irrtümer, die durch Täuschungen hervorgerufen wurden, grds. nicht zur Anfechtung, sondern nur zur Anpassung berechtigen sollten. Etwas anderes soll nur gelten, sofern die Vertrauenserschütterung unzumutbar ist.⁹⁸⁹ Folgte man dieser Ansicht würde daraus ein erheblicher Unterschied zur Rechtslage in Deutschland resultieren. Die Thematik wird noch einmal im Rahmen der Rechtsfolgen aufgegriffen (siehe 3. Teil, B.V.10.). Teilweise wird dies auch im Zusammenhang mit Täuschungen durch Dritte angesprochen (siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.9.).⁹⁹⁰

Doch selbst nach dieser Ansicht verbleibt der getäuschten Seite zumindest das Anpassungsrecht. Entsprechende Bluffs werden somit weiterhin als unrechtmäßig i. S. d. § 870 1. Alt. ABGB angesehen,⁹⁹¹ auch wenn für sie andere Rechtsfolgen befürwortet werden. Beurteilt wird die Wesentlichkeit primär anhand des hypothetischen Parteiwillens und erst sekundär anhand objektiver Kriterien.⁹⁹² Übertragen auf die Verhandlungskategorien BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) und ZOPA (*zone of possible agreement*)⁹⁹³ würde dies – ungeachtet eines möglichen hypothetischen Parteiwillens – bedeuten, dass Täuschungen, die

Rn. 58; *Rummel* in: *Rummel/Lukas* (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 872 Rn. 1; *Koziol*, RdW 2008, 4, 4.

⁹⁸⁸ Für die Erfassung unwesentlicher Irrtümer OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 1 Ob 617/95, 23.10.1995; OGH, 1 Ob 233/70, 15.10.1970; OGH, 7 Ob 89/67, 14.06.1967. In der Literatur *Riedler* in: *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn.; *Gschntzer* in: *Klang/Gschntzer* (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 110 und 113. Die Ansicht als herrschend bezeichnend, jedoch zur Gegenansicht tendierend *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24. Anderer Ansicht *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234 f.; zustimmend *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7. Früher: v. *Stubenrauch*, Kommentar zum ABGB, Bd. 2, 6. Aufl. 1894, S. 30. Den Meinungsstand erläuternd *Koziol*, RdW 2008, 4, 4 ff. Der Autor stimmt *Iro* im Ergebnis zu. Zum Meinungsstand auch *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118 und 124 f.

⁹⁸⁹ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234 f.; dem zustimmend: *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24 spricht von „beachtlichen Argumenten“; vgl. auch *Koziol*, RdW 2008, 4, 5 der zudem erläutert, dass im Fall einer Vertrauenserschütterung im Grunde ein wesentlicher Irrtum über die Person des Vertragspartners vorliegt, wodurch seiner Auffassung nach ein Anfechtungsrecht gerechtfertigt ist. Siehe Nachweise in Fn. 1049 im 3. Teil zur anderen Ansicht.

⁹⁹⁰ *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24 und 28. Der historische Gesetzgeber formulierte es noch so: „hier wie überall wird der irrige Beweggrund auf die Gültigkeit des ganzen Geschäftes nur dann von Einfluß sein, wenn er der für den Willen entscheidende Beweggrund war [...] dann aber ist der Irrtum eben ein wesentlicher.“, HHB 78 BlgHH 21. Session 1912, S. 136.

⁹⁹¹ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234.

⁹⁹² OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 2; *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 2.

⁹⁹³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.

dazu führen, dass eine Einigung außerhalb des ZOPA erzielt wird, objektiv betrachtet wesentliche Irrtümer hervorrufen und die überlistete Seite daher anfechten kann. Bluffs, die „nur“ eine Verschiebung innerhalb des ZOPA bedingen, haben somit „nur“ zu einem unwesentlichen Irrtum beigetragen. Die getäuschte Seite kann nach der im Vordringen befindlichen Meinung dann generell lediglich Anpassung verlangen. Das würde dazu führen, dass Täuschungen über den Vertragsgegenstand, den Verhandlungspartner und die Rechtslage potenziell zur Anfechtung berechtigen würden, allerdings käme es insofern auf den Einzelfall an. Denn im Einzelfall kann auch eine Täuschung über den Vertragsgegenstand als unwesentlich angesehen werden. Umgekehrt würden viele „harmlose“ Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands nach dieser Ansicht keine Anfechtung rechtfertigen. Dies würde z. B. für Täuschungen über Deadlines, persönliche Präferenzen, bessere Angebote und die Verfügbarkeit von Produkten bei einem Händler gelten. Selbst wenn eine Anfechtung dann ausschiede, würden entsprechende Bluffs jedoch weiterhin zur Anpassung berechtigen, sofern die Voraussetzungen des § 870 1. Alt. ABGB vorliegen. Im Ergebnis führt die Interpretation dieser in der Literatur vertretenen Ansicht somit zwar nicht zu einem „Täuschungsspielraum“. Aber sie schränkt die einschneidende Rechtsfolge der Anfechtung für Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands ein. Die Problematik der „harmlosen“ Täuschungen wird somit durch diese Ansicht entschärft, bleibt allerdings im Rahmen der Anpassung weiterhin existent.

6. Grobe Fahrlässigkeit des Getäuschten

Kaum diskutiert wird im Rahmen des § 870 1. Alt. ABGB die Frage, ob der vorsätzlich und rechtswidrig getäuschten Seite eigene (grobe) Fahrlässigkeit schadet.⁹⁹⁴ Im Ergebnis dürfte insofern wie in Deutschland der Grundsatz: „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ gelten.⁹⁹⁵ In diese Richtung lassen sich zumindest zwei Urteile des OGH deuten:

„Dass die Käuferin sich mit einer nur oberflächlichen Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mietergesellschaft begnügte und auf die Richtigkeit der ihr ausdrücklich zugesagten Werthaltigkeit des Mietvertrags und damit die Angemessenheit des Kaufpreises vertraute, lässt allenfalls den Vorwurf der Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten und somit fahrlässigen Verhaltens zu. Nach den dargestellten Grundsätzen steht ihr jedoch dennoch gegenüber den vorsätzlich handelnden Beklagten der Anspruch auf vollen Ersatz des Vertrauensschadens zu“⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ Der Aspekt wird praktisch nur mit Blick auf § 871 ABGB erörtert.

⁹⁹⁵ S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 119. Gschnitzer in: Klang/Gschnitzer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 113 (bejaht ein Anfechtungsrecht auch bei einen „unentschuldbar“ Irrtum).

⁹⁹⁶ OGH, 5 Ob 34/13f, 06.06.2013.

„sodaß die listige Irreführung durch die Beklagte den von ihr behaupteten Verstoß gegen Nachforschungspflichten des Klägers dermaßen überwiegt, daß ein allfälliger Sorgfaltsverstoß bei der Verschuldensabwägung jedenfalls zu vernachlässigen ist.“⁹⁹⁷

Diese Interpretation des § 870 1. Alt. ABGB scheint zudem mit seinem Wortlaut übereinzustimmen, wonach der getäuschten Seite nicht explizit Eigenverantwortung zugeschrieben wird. Naivität, Einfältigkeit, Unachtsamkeit, Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit etc. dürften daher nicht prinzipiell schaden.⁹⁹⁸ Es dürfte somit auch nicht darauf ankommen, ob die getäuschte Seite zunächst am Wahrheitsgehalt der Aussage durch die Gegenseite zweifelt und ihr erst nach einigem Zögern Glauben schenkt. In der Praxis könnte die getäuschte Seite bei grober Fahrlässigkeit allerdings auch in Österreich Schwierigkeiten haben, die (doppelte) Kausalität nachzuweisen, denn diese erfolgt wie dargelegt, primär anhand des hypothetischen Parteiwillens und sekundär anhand objektiver Kriterien.

7. Rechtswidrigkeit

Wie § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB regelt § 870 1. Alt. ABGB die Rechtswidrigkeit der Täuschung nicht explizit. Die „List“ wird jedoch einhellig im Sinn einer rechtswidrigen, vorsätzliche Täuschung verstanden.⁹⁹⁹ Es soll an dieser Stelle nicht geklärt werden, ob sich das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit aus dem Begriff „List“ herleiten lässt oder ob es sich um Gewohnheitsrecht oder ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal handelt, was methodisch einer teleologischen Reduktion gleichkäme.¹⁰⁰⁰ Die Besonderheit besteht hier in jedem Fall darin, dass es sich bei der Rechtswidrigkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt und nicht um eine rechtsatzmäßig formulierte Ausnahme. Auffällig ist zudem, dass die Rechtswidrigkeit als eigenständiges Tatbestandsmerkmal in der Literatur selten erörtert wird.¹⁰⁰¹ Generell wird vergleichbar der Situation in Deutschland angenommen, dass listige Täuschungen „als vorsätzliche Behinderung der Privatautonomie per se rechtswidrig“¹⁰⁰² sind. Dies wurde auch entsprechend von der Recht-

⁹⁹⁷ Siehe OGH, 1 Ob 106/98i, 09.06.1998.

⁹⁹⁸ *Gschmützer* in: Klang/Gschmützer (Hrsg.), Kommentar zum ABGB, Bd. 4/1, 2. Aufl. 1968, S. 113 betont in Bezug auf die Kausalität bspw., dass es auf die subjektive Sicht des Getäuschten ankommt und nicht darauf, ob „auch objektiv im Hinblick auf die Vernunft und die Verkehrsauffassung“ Kausalität festgestellt werden kann.

⁹⁹⁹ OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001 (bewusste Täuschung); OGH, RS0014835, 05.06.1974 (rechtswidriges Verhalten). *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON¹⁻⁰³ (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 7; *Bollenberger/P. Bydliński* in: Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1.

¹⁰⁰⁰ Mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland wird dieser Aspekt i. R. d. Lösung *de lege lata* diskutiert. Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.

¹⁰⁰¹ *Schmid*, ÖJZ 2017, 633, 634: „üblicherweise nur bei der Drohung die Widerrechtlichkeit als gesondertes Tatbestandsmerkmal wahrgenommen wird“.

¹⁰⁰² *Wilhelm*, *ecolex* 2011, 497, 498.

sprechung aufgenommen.¹⁰⁰³ Eine vorsätzliche Täuschung indiziert somit regelmäßig die Rechtswidrigkeit.¹⁰⁰⁴

Wie in Deutschland werden aber Ausnahmen mit Blick auf Lügen im Einstellungsgespräch als Antwort auf eine unzulässige Frage diskutiert. Das Paradebeispiel ist insofern ebenfalls die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft. Die Literatur wägt diesbezüglich die unterschiedlichen Interessen gegeneinander ab.¹⁰⁰⁵ Auch wenn dies nicht immer explizit erwähnt wird, wird damit wohl eine entsprechende Interpretation über die Rechtswidrigkeit angestrebt. Weitere Ausnahmen werden jedoch nicht diskutiert. Die bisher diskutierten Ausnahmen sind für den unternehmerischen Geschäftsverkehr allerdings von vergleichsweise geringer Bedeutung.

Dennoch ist die „Rechtswidrigkeit“ ein unbestimmter Rechtsbegriff, der Auslegungsspielräume lässt. Eine neue Interpretation, die zu einer stärkeren Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen führen würde, ist damit zumindest theoretisch denkbar.¹⁰⁰⁶ Grundsätzlich erscheint eine entsprechende Interpretation *de lege lata* auch nicht ausgeschlossen, da sie nicht zwingend mit dem gesetzgeberischen Willen kollidiert. Denn ein Blick in die Entwicklung der Vorschrift vom westgalizischen Gesetzbuch 1797, über die ursprüngliche Vorschrift des ABGB 1811 bis hin zur heutigen Vorschrift¹⁰⁰⁷ zeigt, dass der Gesetzgeber sich zu keinem Zeitpunkt erkennbar mit den hier im Vordergrund stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (und der Person) befasst hat. Eine bewusste Entscheidung, „harmlose“ Bluffs ebenfalls zu erfassen, liegt damit nicht vor. Auch unter verschiedenen Wertungsgesichtspunkten ließe sich diese Ansicht vertreten.¹⁰⁰⁸ Gängige Praxis ist die Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen über die Rechtswidrigkeit bisher jedoch (noch) nicht. Dies gilt sowohl für das Schrifttum als auch die Rechtsprechung.

8. Beweislast und Frist der Anfechtung

Der Getäuschte trägt i. R. d. § 870 1. Alt. ABGB die Beweislast für die List und die Kausalität.¹⁰⁰⁹ Dies ist aus denselben Gründen wie in Deutschland nicht ganz un-

¹⁰⁰³ OGH, 3 Ob 75/06k, 27.06.2006: „Im vorvertraglichen Schuldverhältnis ist geradezu selbstverständlich ein irreführendes Verhalten rechtswidrig.“

¹⁰⁰⁴ Schmid, ÖJZ 2017, 633, 634: „Zwar wird die vorsätzliche Täuschung durch aktives Tun, also das Anlügen, iaR rechtswidrig sein.“

¹⁰⁰⁵ Einen Überblick über den Diskussionsstand gebend E. Gruber, DRdA 1981, 252, 252 ff. Vgl. auch OGH, 4 Ob 57/68, 05.11.1968.

¹⁰⁰⁶ So S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 125 f.

¹⁰⁰⁷ Erst 1916 erlangte § 870 ABGB mit der III. TeilNov seinen heutigen Wortlaut.

¹⁰⁰⁸ S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 125 f.

¹⁰⁰⁹ Bollenberger/P. Bydlinski in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 3; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 5; Rummel in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 3 und 5.

problematisch. Denn so lässt sich zwar die Unrichtigkeit von Tatsachen oftmals noch relativ unproblematisch nachweisen. Beim Vorsatz wird dies jedoch meist schon schwieriger.¹⁰¹⁰ Insofern muss aus den „objektiv feststellbaren Umständen des Einzelfalles auf das Wissen und Wollen des Täuschenden“¹⁰¹¹ geschlossen werden. Gerade bei kleineren Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands mag es der getäuschten Seite auch schwerfallen, die Kausalität zu beweisen. Eine Herausforderung kann es zudem darstellen, die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung zu beweisen (siehe zur Vertragsanpassung näher unter 3. Teil, B.V.10.).

Wer seine Willenserklärung wegen einer vorsätzlichen Irreführung anfechten oder den Vertrag deswegen anpassen möchte, muss die Anfechtung innerhalb von 30 Jahren nach Vertragsschluss erklären bzw. innerhalb von 30 Jahren die Anpassung verlangen (vgl. § 1478 ABGB).¹⁰¹² Dies ist eine äußerst lange Frist,¹⁰¹³ die teils damit begründet wird, dass der Getäuschte die Irreführung u. U. erst viel später erkennt.¹⁰¹⁴ Das Gesetz stellt somit scheinbar ganz die Interessen der getäuschten Seite in den Vordergrund. Eine Regelung, die § 124 Abs. 1 BGB vergleichbar wäre, kennt das österreichische Recht nicht. In der Literatur wird festgestellt, dass insbesondere eine „unverzügliche Geltendmachung nach Erkennung“ nicht geboten ist.¹⁰¹⁵

§ 870 1. Alt. ABGB ist zudem grds. nicht dispositiv. Eine im Voraus getroffene vertragliche Abrede, die die Vorschrift abbedingt, ist daher unwirksam.¹⁰¹⁶ Nach Erlangung der Kenntnis von der Täuschung kann die getäuschte Partei hingegen auf das Anfechtungsrecht verzichten.¹⁰¹⁷

9. Täuschungen durch Dritte

Im österreichischen Recht setzt § 875 ABGB der Anfechtbarkeit Grenzen, wenn die Täuschung von einem „Dritten“ vorgenommen wurde. Eine Anfechtung oder

¹⁰¹⁰ Dazu *Lukas*, *ecolex* 2012, 548, 548.

¹⁰¹¹ *Exner*, *RZ* 2015, 255, 256.

¹⁰¹² OGH, 1 Ob 184/13k, 17.10.2013 (m.w.N.); OGH, 4 Ob 136/05m, 12.07.2005 (m.w.N.); OGH, 7 Ob 722/86, 09.07.1987; *Riedler* in: *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 22 (*argumentum e contrario* aus § 1487 ABGB); vgl. auch *Kolmasch* in: *Schwimann/Neumayr* (Hrsg.), *ABGB Taschenkommentar*, 5. Aufl. 2020, § 870 Rn. 14; *Welser/Kletečka*, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530.

¹⁰¹³ *Geroldinger*, *JBl* 134 (2012), 29, 31 spricht insofern von einer „drastische(n) Verschärfung“ im Verhältnis zur Irrtumsanfechtung.

¹⁰¹⁴ *Welser/Kletečka*, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530.

¹⁰¹⁵ *Riedler* in: *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 22.

¹⁰¹⁶ OGH, 1 Ob 19/54, 04.02.1954 in: *EvBl* 1954/131; OGH, 6 Ob 83/68, 20.03.1968; OGH, 7 Ob 501/68, 10.07.1986; *Rummel* in: *Rummel/Lukas* (Hrsg.), *ABGB*⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 11; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), *ABGB Kurzkommentar*, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 9; vgl. auch *Kolmasch* in: *Schwimann/Neumayr* (Hrsg.), *ABGB Taschenkommentar*, 5. Aufl. 2020, § 870 Rn. 15.

¹⁰¹⁷ *Rummel* in: *Rummel/Lukas* (Hrsg.), *ABGB*⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 11.

Anpassung durch den Getäuschten ist in einer solchen Situation grundsätzlich nicht möglich (§ 875 ABGB).¹⁰¹⁸ § 870 1. Alt. ABGB greift dann nur ausnahmsweise, sofern der Vertragspartner an der Täuschung durch den Dritten „teilnahm“¹⁰¹⁹ oder davon „offenbar wissen musste“ (§ 875 ABGB). § 870 1. Alt. ABGB kommt somit im Fall der Täuschung durch einen Dritten zur Anwendung, wenn der Vertragspartner und der Dritte die Täuschung vorsätzlich gemeinsam durchgeführt haben¹⁰²⁰ oder der Vertragspartner von der Täuschung¹⁰²¹ wusste bzw. davon hätte wissen müssen.¹⁰²² Das Erfordernis bezieht sich auf die Täuschungshandlung und nicht auf den Willensmangel.¹⁰²³ Offenbar wissen muss der Vertragspartner von einer Lüge, wenn „sie einem durchschnittl(ichen) Partner bei verkehr(s)üb(licher) Sorgfalt hätte auffallen müssen“¹⁰²⁴. Auch wenn der Willensmangel, der auf der Täuschung des Dritten basiert, gegenüber dem Vertragspartner rechtzeitig aufgeklärt wurde, kann der Getäuschte sich auf § 870 1. Alt. ABGB stützen.¹⁰²⁵ Außer in den genannten Ausnahmefällen wird der Vertragspartner somit als gutgläubig und damit als schutzwürdig angesehen.¹⁰²⁶ § 875 ABGB basiert folglich ebenfalls auf der Vertrauenslehre.¹⁰²⁷ Die Interessen des Vertragspartners werden in diesem Fall daher höher gewertet als die des Getäuschten. Die Diskussion, ob sich die genannte Abgrenzung aus § 870, 871 oder 875 ABGB ergibt, ist für die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen im Ergebnis unerheblich und wird hier daher nicht näher betrachtet.¹⁰²⁸ Es soll zudem nicht diskutiert werden,

¹⁰¹⁸ *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 1; *Geroldinger*, JBl 134 (2012), 29, 30.

¹⁰¹⁹ § 875 ABGB.

¹⁰²⁰ Dazu, dass dann eigentlich § 870 ABGB direkt greift und es eines Rückgriffs auf § 875 ABGB nicht bedarf *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 4/2.

¹⁰²¹ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 227 plädiert hingegen für das Abstellen auf die Erkennbarkeit des Irrtums.

¹⁰²² *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 1.

¹⁰²³ Dies klarstellend *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 535.

¹⁰²⁴ *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 5. Der Anforderungen decken sich insofern mit § 871 2. Fall ABGB. Der Maßstab ist insofern nicht ganz unumstritten. Darauf soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu statt vieler *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 871 Rn. 50.

¹⁰²⁵ *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 4/2. *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 1.

¹⁰²⁶ Zur Schutzwürdigkeit auch *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 1; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 3.

¹⁰²⁷ *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 1; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 3.

¹⁰²⁸ Siehe dazu z.B. *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 4/2. Zum Verhältnis von §§ 871, 872, 875 ABGB siehe *Iro*, JBl 104 (1982), 225, 225 ff.

ob es sich auf die Verjährungsfrist oder die Beachtlichkeit von unwesentlichen Irrtümern auswirkt, wenn ein Dritter getäuscht hat und der Vertragspartner dies fahrlässig nicht bemerkt hat.¹⁰²⁹

Wie in Deutschland ist damit die Konkretisierung des „Dritten“ entscheidend. Geschäfts- und Verhandlungshelfen gelten nach der Rechtsprechung und Lehre nicht als Dritte.¹⁰³⁰ Organvertreter und Stellvertreter sind daher beispielsweise keine Dritten i. S. d. § 875 ABGB.¹⁰³¹ Auch eine Person, die „im Auftrag des Gegners handelt und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat“¹⁰³² ist nicht Dritter i. S. d. Vorschrift. Alle Vertrauenspersonen, die der Geschäftsherr zur Verfolgung seiner Interessen einsetzt, gelten somit nicht als Dritte.¹⁰³³ Das gilt unabhängig davon, ob die Personen Vertretungsmacht besitzen oder nicht.¹⁰³⁴ Personen, die den zukünftigen Vertragspartner im Auftrag des Geschäftsherrn lediglich informieren, sind daher ebenfalls keine Dritten.¹⁰³⁵ Früher wurde teilweise noch vertreten, dass es bei Gehilfen darauf ankäme, ob sich das typische Gehilfenrisiko der Irreführung verwirklicht hat.¹⁰³⁶ Danach sollte dem Geschäftsherrn die Täuschung nicht zugerechnet werden, sofern der Bluff nichts mit der dem Gehilfen übertragenen Aufgabe zu tun hatte.¹⁰³⁷ Dies wird heute scheinbar nicht mehr vertreten. Solange nicht eine dem Vertrag gänzlich fernstehende Person lügt, ist die getäuschte Seite somit weitreichend durch § 870 1. Alt. ABGB geschützt.

¹⁰²⁹ Siehe dazu u. a. *Geroldinger*, JBl 134 (2012), 29, 38 f.

¹⁰³⁰ OGH, 6 Ob 13/12y, 15.03.2012; OGH, 1 Ob 114/71, 29.04.1971; OGH, 6 Ob 109/09m, 02.07.2009; OGH, 1 Ob 64/04z, 16.04.2004; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2; *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 534; vgl. auch im Rahmen der Diskussion des Irrtumsrechts *F. Bydlinski* in: FS Stoll, 2001, S. 113, 121.

¹⁰³¹ *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴, (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 2; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2.

¹⁰³² OGH, 6 Ob 13/12y, 15.03.2012. Vgl. auch: OGH, 6 Ob 109/09m, 02.07.2009; OGH, 1 Ob 64/04z, 16.04.2004; OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 8 Ob 617/86, 23.10.1986; OGH, 7 Ob 639/85, 21.11.1985; OGH, 1 Ob 114/71, 29.04.1971. *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 2; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2. Dazu auch schon *Iro*, JBl 104 (1982), 470, 471.

¹⁰³³ OGH, 6 Ob 617/88, 14.07.1988; OGH, 3 Ob 509/80, 17.12.1980 in: HS 11.149; OGH, 7 Ob 661/76, 07.10.1976; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2; *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 2 weist darauf hin, dass bereits der fahrlässig verursachte Anschein genügt.

¹⁰³⁴ OGH, 4 Ob 44/11s, 05.07.2011; OGH, 6 Ob 109/09m, 02.07.2009; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2. So auch schon *Iro*, JBl 104 (1982), 470, 472.

¹⁰³⁵ Vgl. OGH, 1 Ob 183/00v, 24.10.2000; vgl. OGH, 3 Ob 630/85 in: MietSlg 38.070; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2.

¹⁰³⁶ OGH, 1 Ob 551/94, 29.08.1994 (nennt zumindest den Begriff); OGH, 7 Ob 639/85, 21.11.1985 greift den Begriff zwar auf, hält ihn aber im entschiedenen Fall aber nicht für relevant. *Iro*, JBl 104 (1982), 510, 516.

¹⁰³⁷ OGH, 1 Ob 551/94, 29.08.1994 („bei Gelegenheit“, lag im konkreten Fall nicht vor); *Iro*, JBl 104 (1982), 510, 516.

Wurde die Täuschung von einem Dritten durchgeführt und hätte der Vertragspartner davon jedoch offenbar wissen müssen, so greift – wie eben dargelegt – eigentlich § 870 1. Alt. ABGB. Parallel zur Diskussion um wesentliche und unwesentliche Irrtümer (siehe unter 3. Teil, B.V.5.b) und 10.) wird in diesem Fall teils diskutiert, ob ggf. eine Einschränkung auf eine Vertragsanpassung erfolgen sollte, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne die Lüge abgeschlossen hätte, nur eben zu anderen Konditionen.¹⁰³⁸

10. Rechtsfolge

Liegen alle Voraussetzungen des § 870 1. Alt. ABGB vor, kommt für den Getäuschten anders als in Deutschland prinzipiell nicht nur eine Anfechtung (§ 870 1. Alt. ABGB¹⁰³⁹), sondern stattdessen auch eine Anpassung des Vertrags in Betracht (analog § 872 ABGB).¹⁰⁴⁰ Die Einzelheiten von Anfechtung und Anpassung sind dann allerdings nicht unumstritten.

Festgestellt werden kann zunächst, dass die Anfechtung ein Gestaltungsrecht ist,¹⁰⁴¹ welches ausschließlich der getäuschten Seite zusteht¹⁰⁴² und gegenüber dem täuschenden Vertragspartner auszuüben ist.¹⁰⁴³ Die Anfechtung bewirkt grundsätzlich eine Auflösung des Vertrages *ex tunc*¹⁰⁴⁴ mit dinglicher Wirkung.¹⁰⁴⁵ Durch die dingliche Wirkung der Anfechtung wird z. B. im Fall eines Kaufvertrages der Veräußerer wieder Eigentümer der Sache.¹⁰⁴⁶ Bei Dauerschuldverhältnissen ist umstritten, ob nach Invollzugsetzung lediglich eine Auflösung *ex nunc* oder dennoch *ex tunc* in Betracht kommen sollte.¹⁰⁴⁷

¹⁰³⁸ Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 875 Rn. 6.

¹⁰³⁹ § 870 ABGB: „[...] ist ihn zu halten nicht verbunden.“.

¹⁰⁴⁰ OGH, 5 Ob 573/80, 02.09.1980; OGH, 1 Ob 538/77, 02.03.1977; Bollenberger/P. Bydlinski in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; Welsch/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530; Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28 (m. w. N.).

¹⁰⁴¹ Kolmasch in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 870 Rn. 12; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 14.

¹⁰⁴² OGH, 4 Ob 515/69, 18.03.1969; Welsch/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 14.

¹⁰⁴³ OGH, 10 Ob 8 08m, 10.03.2008; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 14.

¹⁰⁴⁴ OGH, 7 Ob 354/97b, 13.07.1998; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 17; Rummel in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 871 Rn. 33 (allg. zur Anfechtung).

¹⁰⁴⁵ OGH, 7 Ob 354/97b, 13.07.1998; OGH, 1Ob551/94, 29.08.1994; Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 17.

¹⁰⁴⁶ Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 17. Zur Problematik der Weiterveräußerung vor Anfechtung siehe u. a. Lind/Reinfeld, ecocex 2015, 784, 784 ff.

¹⁰⁴⁷ P. Bydlinski/Ibler, JBl 138 (2016), 2, 3 und 19 für die Wirkung *ex tunc* (keine Differenzie-

Der Täuschende kann die Anfechtung und damit die Auflösung des Vertrages nicht dadurch verhindern, dass er die Vereinbarung so gelten lässt, wie der Getäuschte sie ohne den Irrtum abgeschlossen hätte.¹⁰⁴⁸ Wie bereits unter B.V.5.b) angeführt, ist jedoch umstritten, ob auch bei unwesentlichen Irrtümern stets angefochten werden kann. Einer Ansicht nach führt der Einwand, dass die Täuschung und dadurch zugleich der Irrtum unwesentlich waren, nicht zur Beschneidung des Gestaltungsrechts.¹⁰⁴⁹ Anderer Ansicht nach kann bei unwesentlichen Irrtümern hingegen grds. nicht angefochten werden.¹⁰⁵⁰ Anders soll dies nur zu bewerten sein, sofern eine Vertrauenserschütterung festgestellt werden kann.¹⁰⁵¹

Statt den Vertrag anzufechten, kann der Getäuschte analog § 872 ABGB eine Anpassung des Vertrages verlangen.¹⁰⁵² Diese Möglichkeit ist für die belogene Seite in der Praxis besonders interessant, wenn sie den Vertrag ohne die Irreführung zu anderen Konditionen geschlossen hätte, also im Fall des Vorliegens von *dolus incidens*. Anpassungen sind somit vor allem bei unwesentlichen Irrtümern relevant und sind insofern auch anerkannt.¹⁰⁵³ Hier stellt sich umgekehrt zur Situation i.R.d. Anfechtung die Frage, ob eine Anpassung auch dann gefordert werden kann, wenn die getäuschte Seite den Vertrag ohne den Bluff ursprünglich gar nicht abgeschlossen hätte,¹⁰⁵⁴ d.h. wenn ein wesentlicher Irrtum gegeben ist. Aus der Literatur ergibt sich nicht eindeutig, ob in diesen Fällen eine Anpassung gefordert werden kann. Eine Ansicht scheint dies eher abzulehnen.¹⁰⁵⁵ Anderer Ansicht nach

rung geboten); *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 18 fordert eine differenzierte Behandlung.

¹⁰⁴⁸ OGH, 4 Ob 11/13s, 19.03.2013; OGH, 1 Ob 27/97w, 15.05.1997; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28.

¹⁰⁴⁹ Für die Erfassung unwesentlicher Irrtümer OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 1 Ob 617/95, 23.10.1995; OGH, 1 Ob 233/70, 15.10.1970; OGH, 7 Ob 89/67, 14.06.1967. In der Literatur *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 4. Die Ansicht als herrschend bezeichnend, jedoch zur Gegenansicht tendierend *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24.

¹⁰⁵⁰ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234f.; dem zustimmend *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Koziol*, RdW 2008, 4, 4f.; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24 spricht von „beachtlichen Argumenten“ für *Iros* Ansicht.

¹⁰⁵¹ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234f.; dem zustimmend *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Koziol*, RdW 2008, 4, 5 erläutert, dass im Fall einer Vertrauenserschütterung im Grunde ein wesentlicher Irrtum über die Person des Vertragspartners vorliegt, wodurch seiner Auffassung nach ein Anfechtungsrecht gerechtfertigt ist.

¹⁰⁵² OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991.

¹⁰⁵³ OGH, 5 Ob 573/80, 02.09.1980; OGH, 1 Ob 538/77, 02.03.1977; *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15. Aufl. 2018, Rn. 530; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28 (m. w. N.).

¹⁰⁵⁴ *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 20.

¹⁰⁵⁵ *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28 spricht bspw. lediglich davon, dass bei unwesentlichen Irrtümern Anpassung verlangt

soll eine Anfechtung bei *dolus causam dans* möglich sein, sofern der betroffene Aspekt zumindest für den anderen Teil unwesentlich war oder er den Vertrag auch so abgeschlossen hätte bzw. redlicher Weise so hätte abschließen müssen.¹⁰⁵⁶ Dieser Einschränkung bedarf es, da es für eine Anpassung grundsätzlich erforderlich ist, dass der Lügner den Vertrag so abgeschlossen hätte.¹⁰⁵⁷ Der Listige kann dem Anpassungsverlangen insofern nicht generell entgegenhalten, dass er den Vertrag mit dem angepassten Inhalt nicht abgeschlossen hätte.¹⁰⁵⁸ Dieser Einwand ist ihm nur zum Schutz „eigener (begründeter) wesentlicher Interessen“¹⁰⁵⁹ gestattet. Nicht ganz eindeutig ist, wie entsprechende wesentliche Interessen definiert werden.¹⁰⁶⁰ Es kann daher an dieser Stelle nur vermutet werden, dass eine Vertragsanpassung, die zu einem Vertrag außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*)¹⁰⁶¹ führen würde, regelmäßig nicht in Frage käme. Die Anpassung soll in jedem Fall gerade dazu führen, dass der Listige den durch die Täuschung erlangten Vorteil nicht behalten kann.¹⁰⁶² Dieser Vorteil soll vielmehr auf den Getäuschten übergehen. Beides spricht für eine Anpassung innerhalb des ZOPA. Geht es um eine Anpassung aufgrund einer Lüge über den Vertragsgegenstand, die einem Mangel ähnlich ist, wird die Anpassung laut Rechtsprechung folgendermaßen vorgenommen: „Der vereinbarte Preis muß sich zum geänderten Preis so verhalten wie der Wert der Sache ohne Mangel zum Wert der Sache mit Mangel“¹⁰⁶³.

In der Praxis wird es allerdings bei vielen Täuschungen schwer sein, den genauen Vorteil zu ermitteln, den der Listige durch die Irreführung erlangt hat bzw. festzustellen, wie der Vertrag ohne Täuschung ausgesehen hätte. Denn ein Großteil der Bluffs bezieht sich nicht auf den Vertragsgegenstand. Entsprechende Täuschungen ähneln daher dem Mangel nicht. Setzt ein Verkäufer z.B. die Taktik der kleinen Menge¹⁰⁶⁴ ein, d. h. behauptet er beispielsweise fälschlicherweise, dass er aufgrund

werden kann. In diese Richtung ließe sich wohl auch *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7 verstehen.

¹⁰⁵⁶ OGH, 9 ObA 37/06s, 02.03.2007; *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 20.

¹⁰⁵⁷ *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28; *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 20.

¹⁰⁵⁸ OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991. Diesen Einwand hingegen scheinbar in etwas stärkerem Ausmaß zulassend OGH, 9 Ob 15/17x, 20.07.2014.

¹⁰⁵⁹ OGH, 1 Ob 27/97w, 15.05.1997; OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991; ähnlich auch OGH, 9 ObA 37/06s, 02.03.2007; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 28; vgl. auch *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 870 Rn. 10; *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 20.

¹⁰⁶⁰ Aus OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991 und OGH, 1 Ob 27/97w, 15.05.1997; OGH, 9 ObA 37/06s, 02.03.2007 lässt sich dies beispielsweise nicht konkret entnehmen.

¹⁰⁶¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.

¹⁰⁶² Vgl. OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991.

¹⁰⁶³ OGH, 6 Ob 600/90, 21.03.1991.

¹⁰⁶⁴ Siehe zur Funktionsweise der Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

eines Lieferengpasses seines Zulieferers nur noch eine Maschine auf Lager hat, kann dies einen potenziellen Käufer u.U. dazu verleiten, die Maschine sofort zu erwerben, und zwar ggf. ohne ein weiteres Konkurrenzangebot einzuholen. So kann es dazu kommen, dass der Käufer nicht erkennt, dass andere Händler die Maschine etwas günstiger anbieten. Mit Blick auf eine solche Verhandlungssituation lässt sich der konkrete Vorteil, den der Händler aus dem Bluff gezogen hat, nicht exakt ermitteln. Denn es kann bereits nicht eindeutig festgestellt werden, ob der Käufer ohne die Täuschung ein Konkurrenzangebot eingeholt hätte.¹⁰⁶⁵ Selbst wenn der Käufer dies getan hätte, bleibt unklar, ob und, wenn ja, wieviel, Rabatt er verlangt hätte. Die Reaktion des Händlers hätte ebenfalls anders ausfallen können. Er hätte einerseits einen Rabatt gewähren können. Andererseits hätte er stattdessen aber auch eine kostenlose Lieferung anbieten¹⁰⁶⁶ oder darauf hoffen können, dass ihm ein anderer Kunde die Maschine für den genannten Preis abkauft. Ähnliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Vorteils ergeben sich z.B. auch dann wenn ein Verkäufer den Wunsch des potenziellen Käufers nach bestimmten Vertragsklauseln kategorisch mit der unwahren Begründung ablehnt, dass er solche Vereinbarungen nach Vorgaben der Geschäftsleitung nicht in den Vertrag aufnehmen dürfe. So eine Lüge kann im Erfolgsfall dazu führen, dass bereits eine Verhandlung über die Ausgestaltung der entsprechenden Klauseln unterbleibt.¹⁰⁶⁷ Insofern kann bereits nicht eindeutig festgestellt werden, ob der Käufer ohne die Lüge auf die konkrete Vertragsklausel bestanden oder seine Forderung aufgrund der Gegenargumente aufgegeben hätte. Selbst im Fall der Annahme eines Kompromisses, bleibt die Schwierigkeit bestehen, zu ermitteln, wie die Lösung ausgesehen hätte. Verhandlungsdynamiken sind im Ergebnis äußerst komplex, weshalb sich oftmals kaum bestimmen lässt, wie eine Verhandlung verlaufen wäre, wenn nicht getäuscht worden wäre. Aus praktischer Sicht ist daher nicht unproblematisch, dass der Getäuschte auch mit Blick auf § 872 ABGB darlegungs- und beweispflichtig ist.¹⁰⁶⁸ Der Listige müsste aber ggf. die eigenen begründeten wesentlichen Interessen darlegen und beweisen, um die Anpassung abzuwenden.¹⁰⁶⁹

Im Ergebnis könnten die Gerichte dazu tendieren, an die Beweisführung durch die getäuschte Seite nur geringe Anforderungen zu stellen. Dann bestünde jedoch die Gefahr, dass § 870 1. Alt. ABGB *de facto* einen sanktionierenden Charakter

¹⁰⁶⁵ Dies ist zwar generell empfehlenswert und wird regelmäßig auch gemacht. Aber gerade wenn es sich um einen Gegenstand von relativ geringem Wert handelt, mag darauf auch verzichtet werden.

¹⁰⁶⁶ Das könnte für ihn ggf. kostengünstiger sein.

¹⁰⁶⁷ Siehe zu dieser Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.4.

¹⁰⁶⁸ OGH, 3 Ob 23/13y, 17.07.2013; OGH, RS0014792, 10.07.1986; vgl. auch Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 20.

¹⁰⁶⁹ Vgl. OGH, RS0014792, 10.07.1986 („Es ist aber Sache des Täuschenden, Tatsachen zu behaupten und erforderlichenfalls auch zu beweisen, aus denen sich ein zuverlässiger Schluss dafür ableiten lässt, dass er bei Aufklärung des Irrtums den Vertrag nicht gegen ein angemessenes statt das vereinbarte Entgelt geschlossen hätte.“).

erhielte, den die Vorschrift jedoch gerade nicht haben soll.¹⁰⁷⁰ Denn es könnte naheliegender sein, dem Getäuschten immer das zu geben, was er aufgrund der Irreführung beispielsweise nicht verlangt hat. In den oben genannten Beispielen wäre z. B. eine Anpassung in dem Sinne denkbar, dass die abgelehnten Klauseln – wie vom Getäuschten gewünscht – aufgenommen werden oder das angenommen wird, dass ein (nicht verlangter) Rabatt vollständig gewährt worden wäre. Aus verhandlungstaktischer Sicht ist es aber nicht wahrscheinlich, dass die Parteien sich wirklich darauf geeinigt hätten. Denn Verhandlungen zeichnen sich gerade durch eine schwierige Kompromissfindung aus. Die Annahme würde damit die täuschende Seite in vielen Fällen *de facto* sanktionieren.

Umgekehrt gibt es allerdings auch eine Entscheidung, die eher darauf hindeutet, dass die Anforderungen restriktiv gehandhabt werden.¹⁰⁷¹ Dies würde es wiederum der getäuschten Partei erheblich erschweren, eine Vertragsanpassung durchzusetzen.

11. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen

a) Ausgewählte Beispiele

Die Rechtslage, wie sie soeben erörtert wurde, gewährt der getäuschten Seite scheinbar ein sehr weitreichendes Anfechtungs- bzw. Anpassungsrecht. Die in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden taktisch eingesetzten Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen müssten die beschriebenen Tatbestandsmerkmale oftmals erfüllen. Insbesondere lügen Verhandler in Vertragsverhandlungen vorsätzlich, weshalb dies eine Prämisse dieser Arbeit darstellt. Sie zielen mit ihren Bluffs gerade auf die Irreführung der anderen Seite ab. Die getäuschte Seite soll dadurch zum Nachgeben bewegt werden oder von der Stellung von Forderungen abgehalten werden. Verhandler lügen damit regelmäßig zum eigenen Vorteil. Ferner werden die Taktiken eingesetzt, weil sie grundsätzlich erfolgreich sind. Es kommt somit zwar auf den Einzelfall an, aber die beschriebenen Taktiken besitzen somit das Potenzial kausal für den Vertragsschluss zu werden. Zwar wird nicht nur über Tatsachen getäuscht, sondern auch über Meinungen. Gerade diese Meinungen enthalten jedoch häufig einen Tatsachenkern und sind damit ebenfalls erfasst. Auf den ersten Blick erscheint es daher möglich, gem. § 870 1. Alt. ABGB z. B. wegen eines vorgetäuschten besseren Angebots oder Fehlinformationen über die tatsächlichen Lagerbestände anzufechten. Denn solche Lügen lassen sich grundsätzlich auch nicht als marktschreierische Anpreisungen abstempeln. Im Folgenden soll

¹⁰⁷⁰ Darauf aufmerksam machend, dass § 870 ABGB kein sanktionierender Charakter zukommt *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 235.

¹⁰⁷¹ OGH, 17.07.2013, 3 Ob 23/13y („nur dann möglich, wenn der Gegner im Zeitpunkt des Kontrahierens hypothetisch den Willen gehabt hätte, gegebenenfalls auch zu den Bedingungen, die der andere Teil nunmehr durchzusetzen bestrebt ist, abzuschließen.“).

untersucht werden, inwiefern sich die scheinbar eindeutige Rechtslage in der Rechtsprechung widerspiegelt.

Ein Blick in die Rechtsprechung verdeutlicht, dass falsche Angaben über den Leistungsgegenstand – wie zu erwarten – generell als listige Täuschungen i. S. d. § 870 1. Alt. ABGB angesehen werden und solche Fälle auch entsprechend häufig vorkommen.¹⁰⁷² So kann beispielsweise eine Täuschung über das wahre Baujahr eines Gegenstands zur Anfechtung bzw. Vertragsanpassung berechtigen.¹⁰⁷³ Gleiches gilt für Lügen über (Unfall-)Schäden oder falsche Angaben über den Kilometerstand bei einem Pkw.¹⁰⁷⁴ Der Verkäufer darf auch nach erfolgtem Austausch der elektrischen durch manuelle Fensterheber nicht fälschlicherweise behaupten, dass dies der Standard einer bestimmten Automarke sei.¹⁰⁷⁵ Eine relevante Lüge i. S. d. § 870 1. Alt. ABGB liegt zudem vor, wenn der Versicherungsnehmer fälschlicherweise angibt, dass das zu versichernde Fahrzeug privat anstatt gewerblich genutzt wird.¹⁰⁷⁶ Falsche Angaben über die Höhe von Mietzinseinkünften wurden ebenfalls als arglistige Täuschung in Bezug auf einen Kaufvertrag gewertet.¹⁰⁷⁷ Zudem kann eine fälschliche Bezeichnung eines Grundstücks als „Seegrundstück“ eine relevante Täuschung darstellen.¹⁰⁷⁸

Urteile zu Lügen über den Preis im engeren Sinn (z. B., wenn über die Preiskalkulation getäuscht wird) finden sich in der österreichischen Rechtsprechung relativ selten.¹⁰⁷⁹ Bluffs über den Preis im weiteren Sinn lassen sich ebenfalls nur schwer ermitteln. Die Autorin konnte lediglich ein Urteil ausfindig machen, wonach die Ankündigung eines Verkaufs bis zu 50 % unter dem Listenpreis (obwohl dieser in Wahrheit nicht ernsthaft über längere Zeit verlangt wurde) nach der Entscheidung

¹⁰⁷² Vgl. beispielhaft OGH, 2 Ob 78/15g, 21.10.2015; OGH, 5 Ob 34/13f, 06.06.2013; OGH, 4 Ob 11/13s, 19.3.2013; OGH, 5 Ob 551/83, 26.02.1985; OGH, 6 Ob 100/75, 09.10.1975; OGH, 8 Ob 175/64, 26.05.1964; OGH, 7 Ob 70/12p, 30.05.2012.

¹⁰⁷³ OGH, 2 Ob 78/15g, 21.10.2015. Im konkreten Fall ging es um das Baujahr eines Luftentfeuchters. Über das wahre Baujahr wurde ein Aufkleber geklebt, um das Alter des Luftentfeuchters zu verschleiern und dann ein jüngeres Baujahr angegeben. Siehe auch OGH, 5 Ob 551/83, 26.02.1985, in dem es um das Baujahr eines Gebrauchtwagens ging.

¹⁰⁷⁴ OGH, 6 Ob 100/75, 09.10.1975. Da im konkreten Fall der Nachweis des Vorsatzes schwerfiel, stützt sich das Urteil auf § 871 ABGB.

¹⁰⁷⁵ OGH, 4 Ob 11/13s, 19.3.2013 (Der Verkäufer sicherte Verkehrstauglichkeit eines Fahrzeugs zu, dessen Zentralverriegelung nicht funktionierte. Eine Anfechtung gem. § 871 ABGB war mangels Wesentlichkeit jedoch nicht möglich. Daneben hatte der Verkäufer die elektrischen Fensterheber allerdings durch manuelle Fensterheber ausgetauscht und behauptete, dass dies „bei Audi halt so sei“. Daher konnte der Käufer schließlich gem. § 870 ABGB anfechten.).

¹⁰⁷⁶ OGH, 7 Ob 70/12p, 30.05.2012.

¹⁰⁷⁷ OGH, 5 Ob 34/13f, 06.06.2013 (die Täuschung liegt insofern wohl auf der Grenze zwischen einer Täuschung über den Leistungsgegenstand und den Preis).

¹⁰⁷⁸ OGH, 8 Ob 175/64, 26.05.1964 im konkreten Fall ging es allerdings um eine Täuschung durch Verschweigen, da nicht darüber aufgeklärt wurde, dass es nicht möglich sein würde, einen Zugang zum See zu erhalten.

¹⁰⁷⁹ Vgl. aber OGH, 7 Ob 578/94, 12.10.1994 (Preis eines Grundstücks wird nach falsch angegebener Fläche berechnet).

des OGH zur Anfechtung berechnete.¹⁰⁸⁰ Entscheidungen mit Blick auf Bluffs über Freundschaftspreise etc. konnten nicht gefunden werden.¹⁰⁸¹ Gleiches gilt für Täuschungen über Selbstkosten, Einkaufspreise, Gewinnmargen o.ä. (die nicht Grundlage der Preisberechnung werden). In Bezug auf § 2 UWG (Österreich) werden allerdings Bestpreisklauseln diskutiert. Insofern wird eine irreführende Werbung bejaht, wenn die Bestpreisklausel fälschlich genutzt wird.¹⁰⁸² Die Regelungen des österreichischen UWG schlagen jedoch zumindest nicht unmittelbar auf das Kernzivilrecht durch.¹⁰⁸³ Die Frage, ob eine Wertungsübertragung möglich ist, ist damit aber noch nicht beantwortet. Allein die Forderung eines überhöhten Preises stellt dagegen keine List i. S. d. § 870 1. Alt. ABGB dar.¹⁰⁸⁴

Mit Blick auf die hier im Vordergrund stehenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstandes lassen sich insgesamt – wenn überhaupt – nur einzelne Entscheidungen finden. Dies gilt z. B. für die in der Praxis relevanten Täuschungen über die eigenen Alternativen zum Vertragsschluss (andere Angebote, bessere Angebote), einzuhaltende Fristen, unternehmensinterne Vorgaben, eigene Präferenzen und Interessen und die Verfügbarkeit von Produkten. Die Autorin konnte insofern keine Entscheidungen ausfindig machen.

Eine Ausnahme stellen Täuschungen über die Rechtslage dar. So wurde beispielsweise ein Anfechtungsrecht für eine falsche Darstellung der Rechtslage zur Erwirkung einer Pfandbestellung¹⁰⁸⁵ gewährt. Auch bezüglich einer bewussten Inkaufnahme eines Rechtsirrtums mit Blick auf die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen des MRG auf Flächenmietverträge¹⁰⁸⁶ wurde ein Anfechtungsrecht gewährt. Außerdem konnte ein Vermieter wegen List anfechten, da ihn der Mieter über die Unwirksamkeit einer Befristungsklausel im Unklaren ließ.¹⁰⁸⁷

b) Gründe für die fehlende Rechtsprechung

Die Gründe für das Fehlen von Rechtsprechung zu Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands und Täuschungen über die Rechtslage sind wohl mannigfaltig.¹⁰⁸⁸ Insofern kann auch auf die Ausführungen im Rahmen des § 123 Abs. 1,

¹⁰⁸⁰ OGH, 3 Ob 577/92, 16.12.1992.

¹⁰⁸¹ In Deutschland gibt es dazu vereinzelte Urteile. Siehe AG Düsseldorf BeckRS 5960, 2009. Siehe auch OLG Hamm NJW-RR 1993, 628; OLG Jena BeckRS 18097, 2011 (die Kausalität ablehnend); OLG Frankfurt DAR 1982, 294.

¹⁰⁸² OGH, 4 Ob 76/11x, 05.07.2011. Vgl. auch OGH, 4 Ob 203/06s, 21.11.2006. OGH, 4 Ob 368/79, 15.01.1980 in: ÖBl 1980, 42, 42; siehe dazu auch *Woller*, *ecolex* 2017, 622, 622ff.

¹⁰⁸³ Zu diesem Aspekt mit Blick auf die deutsche Rechtslage näher unter 4. Teil, H.VI.

¹⁰⁸⁴ OGH, 6 Ob 19/72, 10.02.1972.

¹⁰⁸⁵ OGH, 1 Ob 64/04z, 16.04.2004.

¹⁰⁸⁶ OGH, 5 Ob 70/16d, 11.07.2016.

¹⁰⁸⁷ OGH, 7 Ob 625/91, 12.12.1991.

¹⁰⁸⁸ Siehe dazu ausführlich S. *Jung*, *ÖJZ* 2021, 117, 120f.

1. Alt. BGB verwiesen werden.¹⁰⁸⁹ Die fehlende Rechtsprechung kann jedoch nicht allein damit begründet werden, dass es zu bestimmten Aspekten generell relativ wenig Rechtsprechung gibt. Denn allgemein lässt sich zu § 870 ABGB eine erhebliche Anzahl an höchstrichterlicher Rechtsprechung ausfindig machen.¹⁰⁹⁰ Denn sucht man bei RIS nach „ABGB § 870“ (Eingabefeld „Norm“) und schränkt die Suche auf OGH-Entscheidungen (Rechtssätze und Entscheidungstexte) ein, so werden 283 Urteile angezeigt. Sucht man bei rdb.at nach „§ 870 ABGB AND/OGH“, so werden immerhin 135 Urteile angezeigt. Die Ergebnisse enthalten dann allerdings noch Urteile, die sich auf die Drohung beziehen (§ 870 2. Alt. ABGB).¹⁰⁹¹

12. Zwischenergebnis

Die Unterscheidung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen ist dem § 870 1. Alt. ABGB bislang nicht immanent. Im Verhältnis zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB werden z. B. auch marktschreierische Anpassungen nur wenig diskutiert. Dafür wird allerdings von einer im Vordringen befindlichen Ansicht eine Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen bei wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern (siehe dazu 3. Teil, B.V.5.b) und 10.) befürwortet. Diese Diskussion ist äußerst interessant, setzt jedoch voraus, dass für unwesentliche Täuschungen überhaupt Rechtsfolgen (konkret Schadensersatzansprüche) befürwortet werden. Nimmt man hingegen an, dass einige Bluffs keinerlei Rechtsfolgen hervorrufen sollten, so kann auch diese Unterscheidung nicht weiterhelfen. Einen Ansatzpunkt für einen sog. „Täuschungsspielraum“ könnte im Ergebnis jedoch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit darstellen.¹⁰⁹² Praktiziert wird eine entsprechende Differenzierung bislang allerdings (noch) nicht. Eine klare und überzeugende Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen erzielt im Ergebnis somit auch das österreichische Recht nicht, so dass die Lösung des § 870 1. Alt. ABGB nicht einfach auf das deutsche Recht übertragen werden kann. Eine Lösung der hier diskutierten Problematik durch ein schlichtes *legal transplant* ist insofern nicht möglich.

¹⁰⁸⁹ Siehe dazu unter 2. Teil, B.II.3.

¹⁰⁹⁰ Sucht man bei RIS nach „ABGB § 870“ (Eingabefeld „Norm“) und schränkt die Suche auf OGH-Entscheidungen (Rechtssätze und Entscheidungstexte) ein, so werden 283 Urteile angezeigt. Sucht man bei rdb.at nach „§ 870 ABGB AND/OGH“, so werden 135 Urteile angezeigt. Die Ergebnisse enthalten dann allerdings noch Urteile, die sich auf die Drohung beziehen (§ 870 2. Alt. ABGB) (Stand: 22.03.2022).

¹⁰⁹¹ Stand der Auswertung: 22.03.2022.

¹⁰⁹² S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 125 f.

VI. Schweiz¹⁰⁹³

1. Einführung

In der Schweiz wird die arglistige Täuschung, wie sie in Deutschland genannt wird, als „absichtliche Täuschung“¹⁰⁹⁴ bezeichnet. Sie ist in Art. 28 Abs. 1 OR (Obligationenrecht¹⁰⁹⁵) geregelt.¹⁰⁹⁶

„Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.“

Art. 28 Abs. 2 OR erfasst die Situation, in der die Täuschung von einem Dritten verübt wird.¹⁰⁹⁷ Die Regelung der absichtlichen Täuschung weist im Ergebnis Gemeinsamkeiten mit der deutschen und der österreichischen Vorschrift auf,¹⁰⁹⁸ wobei sich allerdings auch interessante Unterschiede finden. Beide Aspekte werden im Folgenden herausgearbeitet. Insofern wird vor allem erörtert, ob das schweizerische Recht eine Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen gestattet.

Die Diskussion um die absichtliche Täuschung wird im schweizerischen Recht im Kontext der Willensmängel diskutiert.¹⁰⁹⁹ Im Vergleich zur deutschen und zur österreichischen Regel fällt insofern zunächst auf, dass Art. 28 OR allein die absichtliche Täuschung, nicht jedoch die Drohung¹¹⁰⁰ regelt. Die Drohung wird vielmehr getrennt von der Täuschung in den Artt. 28, 29 OR erfasst. Ziel des Art. 28 OR ist es, die freie Willensbildung zu schützen,¹¹⁰¹ und zwar vor einer unzulässi-

¹⁰⁹³ Dieser Abschnitt wurde auf Basis von S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 962 ff. weiterentwickelt. Weite Teile wurden nahezu wortgleich übernommen. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

¹⁰⁹⁴ Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (vom 14.06.1881) verwendete noch die Bezeichnung „betrügerische Handlung“ bzw. „Betrug“. Dazu, dass dies jedoch zu keiner inhaltlichen Änderung geführt hat, *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 8.

¹⁰⁹⁵ Das Obligationenrecht (abgekürzt mit OR) stellt den fünften Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches dar.

¹⁰⁹⁶ Weitere zivilrechtliche Normen auflistend, die Täuschungen regeln, *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1395 f. Allgemein zur Verschleierung siehe *Pedrazzini*, La dissimulation des défauts, 1992, Rn. 623 ff.

¹⁰⁹⁷ Siehe dazu A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.122 ff.; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546 ff.); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 261 ff.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217 Rn. 22 ff.; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 109 ff.; *Piotet*, Journal des Tribunaux 131 (1983), 379, 379–384.

¹⁰⁹⁸ Die Ähnlichkeit zwischen den drei Rechtsordnungen betonend *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 28. Zu Ähnlichkeiten des deutschen und des schweizerischen Rechts *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 7.

¹⁰⁹⁹ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 3; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.01; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 147 ff. (Rn. 464 ff.), die darauf aufmerksam macht, dass der Begriff nicht vom Gesetz selbst verwendet wird; vgl. auch *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 261.

¹¹⁰⁰ Das schweizerische Recht spricht insofern von „Furchterregung“.

¹¹⁰¹ HGer ZH HG150067-O vom 09.02.2017 E. 3.2.2. (freier Wille); HGer ZH HG140166-O

gen Beeinflussung.¹¹⁰² Denn das schweizerische Privatrecht ist durch das Willensprinzip gekennzeichnet.¹¹⁰³ Wie im deutschen Recht, geht die h.M. davon aus, dass Art. 28 OR keinen sanktionierenden Charakter besitzt.¹¹⁰⁴ Dies erleichtert grundsätzlich eine mögliche Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen.

Anwendung findet die Vorschrift nicht nur auf Schuldverträge, sondern auch auf Verfügungsverträge und einseitige Rechtsgeschäfte.¹¹⁰⁵ Das schweizerische Recht bezieht den Mangel grundsätzlich auf den Vertragsschluss (ebenso wie das österreichische Recht, siehe dazu unter 3. Teil, B.V.1.) und nicht wie das deutsche Recht auf die Willenserklärung.¹¹⁰⁶ Daraus ergeben sich jedoch für die hier im Vordergrund stehenden aktiven Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands keine Besonderheiten.

Eine Definition der absichtlichen Täuschung kennt das schweizerische Recht nicht.¹¹⁰⁷ Vergleichbar mit der Rechtslage in Deutschland sind im Ergebnis eine Täuschung, eine Täuschungshandlung, Absicht (d.h. Vorsatz), Rechtswidrigkeit, ein Irrtum und Kausalität bezogen auf die abgegebene Willenserklärung Voraussetzungen für die Anfechtung gem. Art. 28 Abs. 1 OR.¹¹⁰⁸

2. Täuschungshandlung und Täuschung

In Bezug auf die Täuschung wird – ebenso wie in Deutschland – eine Vorspiegelung falscher Tatsachen, d.h. die Erregung eines Irrtums, verlangt.¹¹⁰⁹ Erfasst sind

vom 16.02.2017 E. 2.3.1. (freier Wille); *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 2; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 211; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 1; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 1; *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 261; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 632; *Popp*, ZStrR 1996, 111, 111.

¹¹⁰² *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 6.

¹¹⁰³ *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 112 zur inneren Systematik.

¹¹⁰⁴ So indirekt *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 1; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 3; anders jedoch BGE 64 II 142 E. 3.c) (franz.) („c'est en vue de mettre en garde le trompeur, de réprimer les agissements frauduleux et d'augmenter l'honnêteté et la sécurité dans les affaires.“).

¹¹⁰⁵ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 2; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.02. Vgl. zu einseitigen Rechtsgeschäften auch *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, vor Art. 23-31 Rn. 4.

¹¹⁰⁶ *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.03f. unter vergleichendem Verweis auf deutsches Recht.

¹¹⁰⁷ *Mokri*, Les conditions de l'invalidité des actes juridiques pour cause de dol en droit français et en droit suisse, 1956, S. 13; vgl. auch *Béguelin*, Contrat – IV. Vices du consentement: Dol, Fiches Juridiques Suisses N. 277, 1998.

¹¹⁰⁸ Beispielhaft HGER ZH HG160066-O vom 05.04.2018 E. 4.3.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 8f.; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 3; sowie *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 166 (Rn. 535); *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964.

¹¹⁰⁹ Vgl. BGER 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.1.; HGER ZH HG140166-O vom 16.02.2017

die Vorspiegelung, die Unterdrückung sowie das Verschweigen von Tatsachen.¹¹¹⁰ Letzteres ist relevant, wenn eine Aufklärungspflicht besteht.¹¹¹¹ Dann genügt die Nichtbeseitigung des Irrtums.¹¹¹² Art. 28 Abs. 1 OR erfasst somit sowohl aktive als auch passive Täuschungen.¹¹¹³ Bei der aktiven Täuschung sind zude konkludente Irreführungen erfasst.¹¹¹⁴ Wie mit Blick auf die anderen Rechtsordnungen werden Täuschungen durch Verschweigen in dieser Arbeit ausgeklammert.¹¹¹⁵

Eine Parallele zur deutschen Diskussion findet sich in Bezug auf reine Meinungsäußerungen: Diese fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 Abs. 1 OR, da die Vorschrift auf Täuschungen über Tatsachen abstellt.¹¹¹⁶ Meinungen, die tatsächlich vertreten werden, können nicht als „richtig“ oder „falsch“ bezeichnet werden. Innere Tatsachen sind neben äußeren Tatsachen allerdings von Art. 28 Abs. 1 OR grundsätzlich erfasst.¹¹¹⁷ Daher kann z.B. bei Bluffs über die Leistungsbereitschaft angefochten werden,¹¹¹⁸ auch wenn die Anfechtung in der Praxis dann wohl häufig an Beweisschwierigkeiten scheitern wird.¹¹¹⁹ Um eine zu starke Ausdehnung des Art. 28 Abs. 1 OR durch die Erfassung innerer Tatsachen zu vermeiden, wird in der Literatur jedoch einerseits eine Einschränkung gefordert:

E. 2.3.1. Siehe auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 7 und 12; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.106; *Gauch et al.*, OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 858; *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 261 f. (Vorspiegelung und Verschweigen).

¹¹¹⁰ Vgl. HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.; siehe auch *Schmidlin*, Berner Kommentar – OR, 2013, Art. 28 Rn. 7 und 12; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 (Rn. 538); *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1397.

¹¹¹¹ BGer 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.1.; HGer ZH HG140166-O vom 16.2.2017 E. 2.3.1.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 28 ff.; *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1397; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 (Rn. 538); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 262.

¹¹¹² *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.106; *Gauch et al.*, OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 861.

¹¹¹³ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 12; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964.

¹¹¹⁴ HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1. *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964. Viele Beispiele für konkludente Täuschungen aufführend *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 52 ff.

¹¹¹⁵ Siehe dazu ausführlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 634 ff.

¹¹¹⁶ BGer 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.1.; BGer 4A_23/2016 vom 19.7.2016 E. 4.; OGer ZH LB160041-O/U vom 11.1.2017 E. 3.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 f. (Rn. 537 ff.); *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 4; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 15; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 4 (Werturteil).

¹¹¹⁷ BGer 4A_23/2016 vom 19.07.2016 E. 4.; *Furrer/Müller-Chen*, Obligationenrecht – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 5. Vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 19 f.; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 4; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 (Rn. 537).

¹¹¹⁸ *Furrer/Müller-Chen*, Obligationenrecht – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; vgl. auch *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 (Rn. 537).

¹¹¹⁹ So bereits *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964.

„Rein seelenkundlich betrachtet, müssten eigentlich alle seelisch-geistigen Vorgänge als Tatsachen betrachtet werden [...] Das Rechtsleben verlangt aber eine Einschränkung. So fallen rechtlich die unbestimmten, verschwommenen seelischen Gebilde (Gegenstände des Hoffens, Fühlens, Glaubens) ausser Betracht; nur solche seelische[n] Vorgänge finden Berücksichtigung, die durch ihre Bestimmtheit hervortreten“¹¹²⁰.

Andererseits wird aber auch eine Anfechtung im Fall von Meinungen befürwortet, sofern dadurch impliziert wird, dass der sich Äußernde nicht über Informationen verfügt, die mit dieser Ansicht unvereinbar sind. Behauptet ein Händler, es würde sich um eine „gute“ Aktie handeln, obwohl sich die Firma bereits in der Insolvenz befindet, so soll die Grenze zur relevanten Täuschung beispielsweise überschritten sein.¹¹²¹ Bei Schätzungen stellen sich ähnlich Probleme bezüglich der Abgrenzung von Meinungen und Tatsachen. Eine Anfechtung kommt dann in Frage, wenn eine Schätzung erheblich von der Realität abweicht, der sich Äußernde aber gleichzeitig eine relativ genaue Schätzung vorspiegelt.¹¹²² Die Ausführungen zeigen im Ergebnis, dass die Abgrenzung zwischen Tatsachen und Meinungen auch im schweizerischen Recht Probleme bereitet. Obwohl wegen innerer Tatsachen im Prinzip angefochten werden können soll, werden insofern bestimmte Grenzen befürwortet, um den Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR einzuschränken. Eine für den unternehmerischen Rechtsverkehr relevante Unterscheidung zwischen sanktionslosen und sanktionierten Täuschungen ergibt sich aus dieser Diskussion allerdings nicht.¹¹²³

Falsche Tatsachenbehauptungen können sich nach schweizerischem Verständnis zudem nicht nur auf Gegenwärtiges und Vergangenes, sondern auch auf Zukünftiges beziehen, „soweit sie als vorweggenommenes Faktum dargestellt werden“¹¹²⁴. Bluffs über ungewisse Tatsachen sollen hingegen nicht zur Anfechtung berechtigen.¹¹²⁵ Gerade bei spekulativen und sehr risikoreichen Geschäften wird daher eine Irreführung über Risiken und Erwartungen oftmals abgelehnt.¹¹²⁶ Unter gewissen Umständen kann jedoch die verfälschende Darstellung von Risiken zur Anfecht-

¹¹²⁰ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 20.

¹¹²¹ Siehe dazu *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 15f. Insofern wäre es allerdings auch denkbar, dass konkludent über eine Tatsache (hier die Nichtinsolvenz) gelogen wurde und der Fall daher erfasst ist. Siehe zur konkludenten Täuschung näher unter 3. Teil, B.VI.2.

¹¹²² BGE 40 II 534 E. 5.; vgl. dazu *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 56f.; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964.

¹¹²³ *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 964.

¹¹²⁴ HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 4; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 60; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 5; vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 21.

¹¹²⁵ HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.; OGer ZH LB160041-O/U vom 11.1.2017 E. 3. Vgl. zu Prognosen *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 4.

¹¹²⁶ Siehe OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017 E. 3. Siehe dazu weiter *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b). 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 64f.

tung berechtigen.¹¹²⁷ Lügen über rechtliche Aspekte können ebenfalls eine Täuschung im Sinn der Vorschrift darstellen.¹¹²⁸

Darüber hinaus wird in der Literatur vereinzelt vertreten, dass Art. 28 Abs. 1 OR nur Lügen erfasst, die sich auf den Vertrag beziehen („zur Sache gehören“):

„Niemand ist gehalten, auf Fragen zu antworten, die mit dem Vertrag nichts zu tun haben [...]. Selbst wenn jemand solche Fragen wahrheitswidrig beantwortet, kann man dem Befragten allenfalls einen moralischen, jedoch keinen rechtlichen Vorwurf machen.“¹¹²⁹

Auf diese Argumentation gestützt könnten wohl zumindest Täuschungen im Rahmen der Similar-to-me-Taktik (z. B. über persönliche Präferenzen) vom Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR ausgenommen werden. Weiter reicht die Ausnahme aber nicht. Es wird insofern gleichzeitig betont, dass auch Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands eine Anfechtung gem. Art. 28 Abs. 1 OR rechtfertigen können. Denn im Fall einer absichtlichen Täuschung kommt es nicht darauf an, worüber getäuscht wird. „Es genügt, dass sie vertragsrelevant sind“¹¹³⁰. Es kann daher grundsätzlich bei jedem beliebigen, vertragsrelevanten Irrtum, z. B. auch im Fall von Motivirrtümern, angefochten werden.¹¹³¹ Die in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Bluffs zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie vertragsrelevant sind und sich auf das verhandelte Ergebnis auswirken können. Selbst wenn man somit die dargelegte Ausnahme bejahen würde, ist der dadurch begründete „Täuschungsspielraum“ in unternehmerischen Vertragsverhandlungen als marginal anzusehen.¹¹³²

Schwierig ist im schweizerischen Recht – ebenso wie in anderen Rechtsordnungen – die Abgrenzung zwischen unspezifischen, übertriebenen Anpreisungen und relevanten absichtlichen Täuschungen.¹¹³³ So wurde beispielsweise die Angabe „konkurrenzlose Gärtnerei“ als zu unspezifische, übertriebene Anpreisung gewertet, während die Aussage „existenzsichernde Grundlage“ im konkreten Fall eine relevante Irreführung darstellte.¹¹³⁴ Vereinfachend lässt sich festhalten, dass im schweizerischen Recht marktschreierische Anpreisungen grundsätzlich nicht

¹¹²⁷ Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 62.

¹¹²⁸ BGE 53 II 143 E. 3.; Furrer/Müller-Chen, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; zum gesamten Absatz S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 964f.

¹¹²⁹ Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 17.

¹¹³⁰ Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 18. Vgl. auch Klausberger, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, 1989, S. 31 f.; Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, 1977, S. 147 („über irgendwelche Tatsachen, die für die Bildung des Geschäftswillens einer Partei Bedeutung haben können“).

¹¹³¹ KGer GR ZF 05 6 vom 24.05.2005 E. 5.b) (danach führt die Täuschung zum Motivirrtum, welcher dann erfasst ist); A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.112.

¹¹³² Zum gesamten Absatz S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 965.

¹¹³³ Schwenzler/Fountoulakis in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 4; Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 81 ff.; Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 633f.

¹¹³⁴ BGE 42 II 494 E. 3.a).

zur Anfechtung berechtigen.¹¹³⁵ Vor allem werbende Aussagen sollen teilweise vom Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR ausgenommen werden.¹¹³⁶ Das gilt insbesondere dann, wenn die Aussagen „nicht wörtlich zu nehmen und leicht nachprüfbar sind“ oder die Aussage zu unkonkret ist.¹¹³⁷ Anpreisungen wie „unvergleichbare Qualität“ oder „konkurrenzlose Preise“ oder „une excellente affaire“ führen daher nicht zur Anfechtbarkeit des Vertrags.¹¹³⁸ Insofern wird ein gewisses Maß an Eigenverantwortung und Aufmerksamkeit vom Vertragspartner gefordert. Es wird dabei auf die „normal verständige/intelligente Person“ Bezug genommen.¹¹³⁹ Dies führt zu einer gewissen Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs, da auch in unternehmerischen Vertragsverhandlungen mit unspezifischen (falschen) Aussagen gearbeitet wird.¹¹⁴⁰

3. Absichtliche Täuschung

Art. 28 Abs. 1 OR kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich um eine absichtliche Täuschung handelt. Der im schweizerischen Recht gewählte Begriff der Absicht ist mit dem Vorsatz in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vergleichbar.¹¹⁴¹ Es genügt insofern *dolus eventualis*.¹¹⁴² Absicht bedeutet, dass der Täuschende wissen muss, dass seine Aussage falsch ist. Außerdem muss der Täuschende die Absicht haben bzw. es in Kauf nehmen, dass ein Irrtum beim Gegenüber erregt wird.¹¹⁴³ Zusätzlich muss er den Vorsatz besitzen, dass dieser erzeugte Irrtum für den Vertrags-

¹¹³⁵ OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017 E. 3. Siehe auch BGE 53 II 127 E. 4.c); so auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 18f. (Beispiele wie „unübertrefflich“ und „der Beste ... der Welt“ nennend).

¹¹³⁶ Dazu auch *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1399f.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 81 ff.

¹¹³⁷ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 87; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 4 („Bei Werbung kommt es darauf an, ob ihr ein verständiger Betrachter einen sachlichen Gehalt beimessen oder sie als marktschreierische Anpreisung angesehen würde“).

¹¹³⁸ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 90 und 94.

¹¹³⁹ Siehe z. B. BGE 85 II 402 E. 5.b); OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017 E. 3.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 90.

¹¹⁴⁰ Zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 965.

¹¹⁴¹ Mit Zitierung der deutschen Rechtsprechung des BGH und der deutschen Literatur *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.118f.; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 67 ff.

¹¹⁴² BGER 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.2.; BGE 136 III 528 E. 3.4.2.; OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017 E. 3.; BGER 4A_533/2013 vom 27.03.2014 E. 3.1.; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.118; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 11; *Klausberger*, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht, 1989, S. 34; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 97f.; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 168 (Rn. 540); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 262.

¹¹⁴³ BGER 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.2.; HGER ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 216, *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 11; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 96.

schluss kausal wird.¹¹⁴⁴ Angaben „ins Blaue hinein“ sind ebenfalls erfasst.¹¹⁴⁵ Eine – wenn auch grob fahrlässige – Täuschung genügt hingegen nicht, um eine Anfechtung gem. Art. 28 Abs. 1 OR zu rechtfertigen.¹¹⁴⁶

4. Irrtum des Getäuschten

Neben einer Täuschung bedarf es auf der anderen Seite eines Irrtums.¹¹⁴⁷ Eine Seite muss somit bluffen; die andere Seite muss daraufhin einem Irrtum unterliegen. Art. 28 Abs. 1 OR geht insofern auf den Irrtum ein, als die Vorschrift erwähnt, dass der Irrtum kein wesentlicher sein muss (Art. 28 Abs. 1 OR a. E.). Wird durch die Lüge somit kein Irrtum erzeugt, z. B. da die andere Seite die wahre Sachlage kennt, so scheidet eine Anfechtung bereits aus diesem Grund aus (und nicht aufgrund mangelnder Kausalität, siehe dazu im Folgenden unter 3. Teil, B.VI.5.).¹¹⁴⁸ Ein Irrtum entsteht auch nicht, wenn die Lüge nicht geglaubt¹¹⁴⁹ oder gar nicht wahrgenommen wird. Letzteres ist z. B. denkbar, wenn der Verhandlungspartner geistig abwesend war und dem Lügner gar nicht zugehört hat.¹¹⁵⁰ Möglich ist zudem, dass zunächst zwar ein Irrtum durch den Bluff entsteht, dieser jedoch noch vor Vertragsschluss aufgeklärt wird. In diesem Fall besteht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ebenfalls kein Irrtum¹¹⁵¹ mehr und eine Anfechtung scheidet aus.

Art. 28 Abs. 1 OR a. E. gibt zudem klar vor, dass wegen unwesentlicher Irrtümer ebenfalls angefochten werden kann. Was ein wesentlicher bzw. unwesentlicher Irrtum ist, ergibt sich wiederum aus Art. 24 OR. Unwesentlich sind beispielsweise

¹¹⁴⁴ BGer 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.2.; HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.118; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 216; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 168 (Rn. 540); *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 96.

¹¹⁴⁵ BGE 53 II 150; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 11.

¹¹⁴⁶ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 216; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 103; vgl. auch bereits *Oser* in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 8. Siehe auch *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 168 (Rn. 540); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 262 f.; zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 966.

¹¹⁴⁷ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 13; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.106; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 12; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 966; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 8. Art. 28 Abs. 1 OR verlangt indirekt einen Irrtum („auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war“).

¹¹⁴⁸ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 14; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.111; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 966.

¹¹⁴⁹ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 22.

¹¹⁵⁰ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 14.

¹¹⁵¹ Vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 11 zum behobenen Irrtum.

Motivirrtümer (Art. 24 Abs. 2 OR). Nach Art. 28 Abs. 1 OR kann damit u. a. auch dann angefochten werden, wenn ein Motivirrtum vorliegt.¹¹⁵²

5. Kausalität

Art. 28 Abs. 1 OR bestimmt, dass nur eine Person, die durch eine absichtliche Täuschung zum Vertragsschluss „verleitet“¹¹⁵³ wurde, anfechten kann. Die absichtliche Täuschung muss daher zu einem Irrtum beim Verhandlungspartner führen. Dieser Irrtum muss sich dann wiederum auf den Vertragsschluss auswirken. Das heißt es muss vergleichbar zur Rechtslage in Deutschland (doppelte) Kausalität vorliegen.¹¹⁵⁴ Kausalität ist z. B. zu verneinen, wenn der Vertragspartner den Vertrag in Kenntnis der wahren Sachlage nicht anders geschlossen hätte.¹¹⁵⁵

Art. 28 Abs. 1 OR erfasst im Ergebnis sowohl Fälle von *dolus causam dans* als auch von *dolus incidens*.¹¹⁵⁶ Die Vorschrift gilt somit sowohl für Fälle, in denen der Getäuschte den Vertrag gar nicht abgeschlossen hätte, wenn ihm die wahre Sachlage bekannt gewesen wäre (*dolus causam dans*), als auch für Fälle, in denen die getäuschte Seite den Vertrag aufgrund des Irrtums nur zu anderen Bedingungen abgeschlossen hat (*dolus incidens*).¹¹⁵⁷ Der Getäuschte muss zudem nicht nachweisen, dass er den Vertrag mit wesentlich anderem Inhalt abgeschlossen hätte. Es genügt vielmehr, dass er dem Vertrag mit leicht anderem Inhalt zugestimmt hätte.¹¹⁵⁸ Auf

¹¹⁵² KGer GR ZF 05 6 vom 24.05.2005 E. 5.b); A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.112; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 13 geht sogar davon aus, dass regelmäßig ein Motivirrtum vorliegen wird; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 166 (Rn. 533) und S. 169 (Rn. 543) sieht darin einen besonderen Anwendungsfall des Motivirrtums; vgl. außerdem *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 11.

¹¹⁵³ Siehe *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 24 dazu, dass der Begriff „verleitet“ bereits einen gewissen Vorwurf impliziert, während „veranlasst“ moralisch neutraler wäre.

¹¹⁵⁴ BGer 4_A 23/2016 vom 19.07.2016 E. 4.; vgl. auch *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 25; S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 966.

¹¹⁵⁵ BGer 4A_533/2013 vom 27.03.2014 E. 3.1.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 14; vgl. auch *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 8; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 169 (Rn. 545); S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 966.

¹¹⁵⁶ In BGE 64 II 142 E. 3. wurde die Unterscheidung endgültig aufgegeben. Siehe auch KGer GR ZF 05 6 vom 24.05.2005 E. 5.b); vgl. in der Literatur: *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 14; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.117; *Cornioley*, Contrat – IV. Vices du consentement: Dol, Fiches Juridiques Suisses N. 277a, 1967; *Oser* in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 11.

¹¹⁵⁷ KGer GR ZF 05 6 vom 24.05.2005 E. 5.b). Zu *dolus incidens* siehe OGer ZH LB190010-O/U vom 26.11.2019 E. 4.2.; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.117; Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 856.

¹¹⁵⁸ A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.115: „Demzufolge berechtigen auch Irrtümer, die den Vertragsabschluss mehr oder weniger zufällig beeinflusst haben, zur Anfechtung.“ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 9 (hält den Zusatz des Gesetzes für überflüssig).

die Intensität der Auswirkung des Irrtums kommt es somit nicht an.¹¹⁵⁹ Eine Anfechtung kommt vielmehr auch bei kleineren Irrtümern in Betracht, die sich nur geringfügig auf den Vertrag auswirken. Das schweizerische Recht kennt somit keine Erheblichkeitsschwelle für die Anfechtung.¹¹⁶⁰

6. Arglist

Im Gegensatz zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verwendet Art. 28 Abs. 1 OR nicht die Formulierung „arglistig“, sondern allein „absichtlich“. Der Begriff „arglistig“ wird nur beim strafrechtlichen Betrug (§ 146 Abs. 1 StGB [Schweiz]) explizit benutzt.¹¹⁶¹ Im Strafrecht wird aus der Formulierung geschlossen, dass „der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit“¹¹⁶² täuschen muss. Es werden „betrügerische Machenschaften“ bzw. ein „Lügengebäude“ verlangt.¹¹⁶³ „Einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben“¹¹⁶⁴ sollen hingegen für einen strafrechtlichen Betrug grundsätzlich nicht ausreichen.¹¹⁶⁵ Nur unter bestimmten Voraussetzungen sollen solche einfachen Lügen ebenfalls einen strafrechtlichen Betrug darstellen können.¹¹⁶⁶ Das Schweizerische Bundesgericht formuliert insofern:

„Dem Merkmal der Arglist kommt mithin die Funktion zu, legitimes Gewinnstreben durch Ausnutzung von Informationsvorsprüngen von der strafrechtlich relevanten verbotenen Täuschung abzugrenzen und den Betrugstatbestand insoweit einzuschränken.“¹¹⁶⁷

Der Begriff „arglistig“ würde damit im deutschen und schweizerischen Recht unterschiedlich interpretiert. In der Schweiz wird darüber eine Eingrenzung von

¹¹⁵⁹ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 9.

¹¹⁶⁰ Zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 966.

¹¹⁶¹ *Popp*, ZStrR 1996, 111, 112 („Das Strafrecht setzt Arglist voraus, also eine besonders qualifizierte Art der Täuschung, wogegen sich das Schuldrecht mit jeder List begnügt“); zu § 146 StGB: *Cassani*, *Revue pénale suisse* 177 (1999), 152, 152–174; zu § 148 StGB a.F.: *Wismer*, *Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug*, 1988. Zur Abgrenzung von zivilrechtlicher absichtlicher Täuschung und strafrechtlichem Betrug: *Lutz*, SJZ 33 (1936/37), 67, 67f.

¹¹⁶² BGE 135 IV 76 E. 5.2.

¹¹⁶³ BGE 135 IV 76 E. 5.2.; *Sägesser*, *Opfermitverantwortung beim Betrug*, 2014, Rn. 26; *Härri*, *Plädoyer* 1998, 26, 26.

¹¹⁶⁴ BGE 135 IV 76 E. 5.2.

¹¹⁶⁵ So fühlte sich beispielsweise der russische Milliardär *Dmitri Rybolowlew* vom Kunsthändler *Yves Bowvier* (aus Genf) betrogen. Denn dieser sollte für ihn Kunstwerke erwerben und sie ihm nach einer (mündlichen) Vereinbarung mit 2 % Provision weiterveräußern. *Yves Bowvier* verlangte jedoch im Ergebnis viel höhere Preise und verdiente dadurch 800 Millionen Franken statt 40 Millionen Franken. Die Staatsanwaltschaft stellte den Fall jedoch ein, da sie die Voraussetzungen des Betrugs als nicht erfüllt ansah. Insbesondere ging sie nicht davon aus, dass die Täuschung „arglistig“ war. Vgl. *Reichen*, *Genfer Staatsanwaltschaft weist Milliardenklage eines Oligarchen ab*, *Der Bund*, 18.09.2021, <https://www.derbund.ch/genfer-staatsanwaltschaft-weist-milliardenklage-eines-oligarchen-ab-260436550563#as-oil-cpc-third-parties> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

¹¹⁶⁶ BGE 135 IV 76 E. 5.2. Vgl. auch *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1398.

¹¹⁶⁷ BGE 135 IV 76 E. 5.2.

§ 146 StGB erzielt, in Deutschland hingegen wird der Begriff i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anders verstanden.¹¹⁶⁸ Der Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR ist aufgrund des Fehlens des Begriffs „arglistig“ somit weiter als der des § 146 StGB (Schweiz).¹¹⁶⁹ Eine Täuschung kann daher zivilrechtlich relevant sein, ohne jedoch gleichzeitig den Tatbestand des strafrechtlichen Betrugs zu erfüllen. *Vischer/Galli* vertreten allerdings die Auffassung, dass ein arglistiges Verhalten i. S. d. schweizerischen Strafrechts auch mit Blick auf Art. 28 Abs. 1 OR zu fordern ist.¹¹⁷⁰ Dies würde zu einer nicht unerheblichen Einschränkung des Art. 28 Abs. 1 OR führen, und zwar insbesondere mit Blick auf Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands. In der Literatur wird diese Ansicht kontrovers diskutiert.¹¹⁷¹

7. Rechtswidrigkeit

Wie in Deutschland verlangt der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 OR keine Widerrechtlichkeit.¹¹⁷² Der schweizerische Gesetzgeber ging wohl wie der deutsche Gesetzgeber davon aus, dass absichtliche Täuschungen grundsätzlich widerrechtlich sind.¹¹⁷³ Diese Voraussetzung ist jedoch im Rahmen von Art. 28 Abs. 1 OR von der h. M. in der Literatur anerkannt.¹¹⁷⁴ Die Voraussetzung soll „indirekt“ beste-

¹¹⁶⁸ Siehe zum deutschen Verständnis näher unter 2. Teil, B.I.5.d).

¹¹⁶⁹ *Popp*, ZStrR 1996, 111, 112 der den engeren Anwendungsbereich des § 146 StGB (Schweiz) auch damit begründet, dass sich die strafrechtliche Vorschrift „weitgehend auf aktives Tun“ bezieht; vgl. auch *Härri*, Plädoyer 1998, 26, 32.

¹¹⁷⁰ *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1401.

¹¹⁷¹ Für ein Arglistigerfordernis im Rahmen des Art. 28 OR: *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1401. Sich dafür aussprechend, dass das Arglistigerfordernis einen Unterschied zwischen Art. 28 OR und § 146 Abs. 1 StGB darstellt: *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 49 („Die Irrtumserregung schlechthin genügt, besondere betrügerische Manöver sind nicht erforderlich“), S. 105 („Auf der andern Seite sei hervorgehoben, dass für den Tatbestand des zivilrechtlichen Betruges die einfache Täuschungsabsicht sicher ausreicht und dass nicht eine besondere Arglist erforderlich ist“) und S. 127. Nicht ganz eindeutig *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 139 („Die Differenzierung ist zwar von geringer Bedeutung“). Zum gesamten Abschnitt über die Arglist siehe auch *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 974f.

¹¹⁷² *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 12; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.120.

¹¹⁷³ KassGer ZH AC050076/U/mb vom 08.05.2006 E. 2.4.a): Art. 28 OR impliziert „eine Verhaltensnorm in dem Sinn, dass die absichtliche Täuschung eines Dritten im Hinblick auf den Abschluss eines Vertrags rechtlich verpönt ist.“ Die Täuschung wird daher als widerrechtliches Verhalten bezeichnet. Vgl. in der Literatur auch *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.120, *Huguenin*, Obligationenrecht – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 168f. (Rn. 541f.); *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 12; differenzierend *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 58f.; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 6. Zur Rechtslage in Deutschland siehe näher unter 2. Teil, B.I.7.a).

¹¹⁷⁴ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 215; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.120; vgl. auch *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 12; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 59 geht davon aus, dass Täuschungen gegen Treu und Glauben verstoßen und daher rechtswidrig sind. A. A. hingegen *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 168f. (Rn. 541f.). Die Autorin nimmt an, dass die Rechtswidrigkeit keine

hen.¹¹⁷⁵ Auch die Rechtsprechung verlangt Widerrechtlichkeit.¹¹⁷⁶ Die Widerrechtlichkeit der Täuschung wird in der Schweiz grundsätzlich angenommen und nur in Ausnahmefällen abgelehnt. Eine Lüge ist z.B. ausnahmsweise rechtmäßig, wenn auf eine unzulässige Frage hin geblufft wird.¹¹⁷⁷ Das Paradebeispiel ist auch im schweizerischen Recht die Lüge über eine bestehende Schwangerschaft während des Jobinterviews,¹¹⁷⁸ wobei insofern allerdings Einschränkungen vorgenommen werden. Wenn durch die Schwangerschaft die Durchführung des Arbeitsvertrags gefährdet ist, soll die Lüge unzulässig sein (als Beispiel werden eine Schauspielerin oder Tänzerin angeführt).¹¹⁷⁹ Die Zulässigkeit der Lüge auf solche unzulässigen Fragen dient nach schweizerischem Verständnis dem Schutz des Persönlichkeitsrechts.¹¹⁸⁰

In der älteren Literatur lassen sich noch Hinweise darauf finden, dass die Interpretation der Rechtswidrigkeit früher allerdings durchaus noch dazu genutzt wurde, bestimmte „harmlose Bluffs“ vom Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR auszunehmen. So wurde beispielsweise 1929 noch ausgeführt:

„Man ist von Rechts wegen nicht zu derselben Wahrhaftigkeit verpflichtet, wie sie die Moral verlangt.“¹¹⁸¹

Der Autor nimmt an, dass es zur Bejahung der Rechtswidrigkeit zwar keiner expliziten Vorschrift bedürfe, die wahrheitsgetreue Angaben verlangt. Aber er geht davon aus, dass nur solche Täuschungen rechtswidrig seien, die gegen Treu und Glauben verstoßen.¹¹⁸² Dabei nimmt der Verfasser auf die Verkehrssitte Rücksicht:

„Nun muß der Verkehr mit gewissen Tatsachen und Vorgängen rechnen, die sich einmal eingebürgert haben.“¹¹⁸³

zusätzliche Voraussetzung darstellt. Gleichzeitig geht sie jedoch davon aus, dass mit Blick auf Art. 28 OR Rechtfertigungsgründe vorliegen können, die die Widerrechtlichkeit entfallen lassen.

¹¹⁷⁵ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 215.

¹¹⁷⁶ BGer 1P.385/2006 vom 17.11.2006; BGer 6B_998/2010 vom 31.8.2011; BGer 4A 112/2013 vom 20.08.2013; BGer 5A 635/2010 vom 29.10.2010; BVGer A-5326/2015 vom 24.08.2016.

¹¹⁷⁷ *T. Koller*, ZBJV 144 (2008), 318, 328 ff.; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.120; *Gauch et al.*, OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 859; *Schwenzer/Fountoulakis* in: *Basler Kommentar – OR I*, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 12. A. A. hingegen wohl *Gilomen*, *Absichtliche Täuschung*, 1950, S. 60, der generell ein Recht zu lügen ablehnt.

¹¹⁷⁸ *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.121.

¹¹⁷⁹ Dazu auch BGE 132 II 161 E. 4.2.; KGer SG, SJZ 82 1986, 262 ff.; *Schmidlin*, *Berner Kommentar*, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 17; *T. Koller*, ZBJV 144 (2008), 318, 332. Vgl. zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 975.

¹¹⁸⁰ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 211; genereller in Bezug auf die Beschränkung des Fragerechts durch das Persönlichkeitsrecht *Gauch et al.*, OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 859.

¹¹⁸¹ *Oser* in: *Egger et al. (Hrsg.)*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR*, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 5.

¹¹⁸² *Oser* in: *Egger et al. (Hrsg.)*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR*, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 5.

¹¹⁸³ *Oser* in: *Egger et al. (Hrsg.)*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR*, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 5. *V. Büren*, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 1972, S. 36

Als Beispiel für zulässige Täuschungen führt der Autor die Verhandlungstaktik an, die Leistung der anderen Seite „schlecht zu reden“ (Hoch- und Geringschätzung).¹¹⁸⁴ Darüber hinaus sieht er sogar einen „Täuschungsspielraum“ in Bezug auf die „Erweckung zu hoher Erwartungen über die Leistungsfähigkeit einer Maschine“¹¹⁸⁵. Heute finden sich in der Literatur jedoch keine Stimmen mehr, die eine entsprechende Einschränkung über die Rechtswidrigkeit herbeiführen wollen. Dennoch bleibt die „Rechtswidrigkeit“ ein unbestimmter Rechtsbegriff, der Auslegungsspielräume eröffnet. Eine neue Interpretation, die zu einer stärkeren Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen führen würde, ist damit zumindest theoretisch denkbar. Gängige Praxis ist dies bisher jedoch (noch) nicht.¹¹⁸⁶

8. Opfermitverantwortung

Durchaus umstritten ist das Konzept der Opfermitverantwortung. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur hält es für unerheblich, ob der Getäuschte die wahre Sachlage fahrlässig (selbst grobfahrlässig¹¹⁸⁷) nicht kannte oder durch Nachforschungen hätte ermitteln können.¹¹⁸⁸ Dem Getäuschten wird dementsprechend keine Verantwortung übertragen, d. h. eine sog. „Opfermitverantwortung“ wird abgelehnt.¹¹⁸⁹ Diesen Stimmen zufolge gilt also auch in der Schweiz der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“.¹¹⁹⁰ Der Getäuschte darf danach ohne Überprüfung auf gemachte – „vertrauenserweckend vorgelegte“ – Angaben vertrauen.¹¹⁹¹

(Fn. 153) geht in Bezug auf die Mängelgewährleistung und den strafrechtlichen Betrug darauf ein, dass es auf die Verkehrsanschauung ankommt.

¹¹⁸⁴ Oser in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 5f.

¹¹⁸⁵ Oser in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 6.

¹¹⁸⁶ Vgl. zum gesamten Absatz bereits S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 975.

¹¹⁸⁷ So explizit BGE 32 II 337 E. 5. (franz.) („le dol d’une des parties vicie le contrat et excuse toute négligence, même grossière, de l’autre partie“); KassGer ZH AC050076/U/mb vom 08.05.2006 E. 2.4.b). Auf das mögliche Unterliegen im Prozess aufgrund von Beweisschwierigkeiten hinweisend *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 12.

¹¹⁸⁸ BGER 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.4.; vgl. auch KassGer ZH AC050076/U/mb vom 08.05.2006 E. 2.4.b) (es soll nicht darauf ankommen, „ob die Täuschung leicht zu vermeiden gewesen wäre.“). Siehe auch *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 14a; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 12 und 42f.

¹¹⁸⁹ Vgl. BGER 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.3., für eine Berücksichtigung der Opferselbstschutzmöglichkeiten hingegen die Vorinstanz HGER ZH HG150067-O vom 09.02.2017 E. 3.2.2. Für eine gewisse Opfermitverantwortung über Treu und Glauben im Zivilrecht auch *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1398f.

¹¹⁹⁰ Vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 12 (wenn auch nicht wörtlich, so doch sinngemäß). Ebenfalls sinngemäß Oser in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 10.

¹¹⁹¹ Siehe z. B. KassGer ZH AC050076/U/mb vom 08.05.2006 E. 2.4.b); vgl. zu diesem und weiteren Fällen auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 22ff.

Es deutet sich insofern allerdings sogleich die Frage an, wie zu verfahren ist, wenn die Informationen nicht in vertrauensersweckender Form gegeben wurden. Es kann vermutet werden, dass in Einzelfällen dann die Anfechtung aufgrund des mangelnden Kausalitätsbeweises abgelehnt werden würde.¹¹⁹²

In der Literatur wird zudem andererseits auch unabhängig davon eine gewisse „Opfermitverantwortung“ propagiert, wenn der Getäuschte den Bluff (ohne Überprüfung) hätte erkennen können.¹¹⁹³ Zudem wird der getäuschten Seite gerade im Bereich der werbenden Aussagen eine gewisse Eigenverantwortung zugesprochen (siehe dazu bereits unter 3. Teil, B.VI.2.).¹¹⁹⁴ Selbst wenn keine „Opfermitverantwortung“ befürwortet wird, wird darauf hingewiesen, dass es einer getäuschten Seite, die grob fahrlässig agiert hat, schwerfallen könnte, den Irrtum nachzuweisen.¹¹⁹⁵

9. Schaden und Schädigungsabsicht

Aus Art. 28 Abs. 1 OR ergibt sich zudem, dass weder ein Schaden noch Schädigungsabsicht auf Seiten des Täuschenden gefordert sind.¹¹⁹⁶ Ebenso wie in Deutschland kann selbst dann angefochten werden, wenn die Lüge nur „zum Besten“ des Getäuschten erfolgte.¹¹⁹⁷ Im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.6.) ist in der Schweiz allerdings umstritten, ob die Anfechtung wegen Treuwidrigkeit i. S. d. Art. 25 OR ausgeschlossen sein kann.¹¹⁹⁸ Das schweizerische Recht regelt für die Irrtumsanfechtung ansonsten allgemein und explizit, dass die Anfechtung den Grundsätzen von Treu und Glauben unterliegt (Art. 25 Abs. 1 OR).¹¹⁹⁹

¹¹⁹² In diese Richtung weisend BGE 53 II 143; dazu auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 26 und *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 12. Zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 966f.

¹¹⁹³ *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1399f.; *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 266 argumentiert mit der Opfermitverantwortung allerdings bezogen auf Art. 28 Abs. 2 OR.

¹¹⁹⁴ Vgl. *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1399.

¹¹⁹⁵ *Oser* in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 10. Zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 967.

¹¹⁹⁶ HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1. vom 16.02.2017; HGer ZH HG160066-O vom 05.04.2018 E. 4.3. (Vermögensschaden); *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 8; *Härri*, Plädoyer 1998, 26, 32; *Oser* in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 28 Rn. 11; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 633.

¹¹⁹⁷ Vgl. *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 1; vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 100 zu gutgemeinten Täuschungen.

¹¹⁹⁸ Dagegen HGer ZH HG160066-O vom 05.04.2018 E. 4.3. Dafür HGer ZH HG150067-O vom 09.02.2017 E. 3.2.2.

¹¹⁹⁹ Vgl. zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 967.

10. Beweislast und Beweisführung

Die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 OR trägt grundsätzlich die getäuschte Seite.¹²⁰⁰ Kann sie jedoch eine Täuschungshandlung nachweisen, so wird generell von einer Vermutung für den Kausalzusammenhang mit dem Irrtum gesprochen.¹²⁰¹ Dadurch wird der getäuschten Seite die Beweisführung erleichtert. Dabei handelt es sich um eine widerlegliche Vermutung, womit die täuschende Seite weiterhin die Möglichkeit besitzt, einen Gegenbeweis zu führen.¹²⁰² Früher wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, dass die Vermutung nur für wesentliche Täuschungshandlungen gilt. Für unwesentliche Bluffs sollten nach dieser Auffassung hingegen strenge Anforderungen an die Beweisführung des Getäuschten gestellt werden.¹²⁰³ Letztere Ansicht würde dazu führen, dass wegen harmloserer Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands und des Vertragspartners wohl öfter nicht angefochten werden könnte. In der heutigen Diskussion wird diese Einschränkung allerdings nicht mehr debattiert¹²⁰⁴ und die getäuschte Seite somit umfassender geschützt. Gleiches gilt für die aktuelle Rechtsprechung. Es wurde früher zudem sogar diskutiert, ob aus der Tatsache, dass eine bestimmte Aussage nicht durch eine schriftliche Klausel im Vertrag fixiert wurde, geschlossen werden kann, dass die Täuschung für den Vertragsschluss nicht kausal geworden ist.¹²⁰⁵ Dies scheint heutzutage ebenfalls nicht mehr Gegenstand der Diskussion zu sein.¹²⁰⁶

Schwierigkeiten können für den Getäuschten aber entstehen, wenn er zwar z. B. über die Leistungsfähigkeit einer Maschine belogen wurde, diese jedoch anschließend eingehend untersucht hat. In diesen Fällen mag es der getäuschten Seite durchaus schwerfallen, nachzuweisen, dass sie bei Vertragsabschluss einem Irrtum unterlag.¹²⁰⁷ Schwierigkeiten kann zugleich der Nachweis der Täuschungsabsicht

¹²⁰⁰ HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.1.

¹²⁰¹ BGer 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.3.; BGer 4A_527/2014 vom 04.03.2015 E. 3.2.2.; Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 162; Schwenzler/Fountoulakis in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 26.

¹²⁰² BGer 4A_141/2017 vom 04.09.2017 E. 3.1.3.

¹²⁰³ Vgl. *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 27 (ohne weitere Nachweise). Es lassen sich Urteile finden, die eine Beweiserleichterung in Bezug auf erhebliche Umstände zulassen, siehe z. B. BGE 27 II 558 E. 3.; BGE 40 II 534 E. 5. Es ist nicht ganz eindeutig, ob *Gilomen* aufgrund dieser Urteile darauf schließt, dass die Beweiserleichterung für unerhebliche Umstände nicht greifen würde.

¹²⁰⁴ Dies bspw. nicht thematisierend Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 162; Schwenzler/Fountoulakis in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 26; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 169 (Rn. 544). Auch in der Rechtsprechung wird generell von der Vermutung ausgegangen, ohne zwischen wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern zu unterscheiden. Siehe z. B. BGer 4A_533/2013 vom 27.03.2014 E. 3.1.

¹²⁰⁵ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 35 eine differenzierte Lösung je nach Vertragsumfang vorschlagend.

¹²⁰⁶ Vgl. zum gesamten Absatz S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 967 f.

¹²⁰⁷ BGE 53 II 127 E. 4.c). Vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 43; S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 968.

hervorrufen. Gerade bei offenbar unrichtigen Aussagen wird aus diesen jedoch auf eine Täuschungsabsicht geschlossen.¹²⁰⁸

Generell gilt im Ergebnis auch in der Schweiz, dass die Gefahr besteht, dass die Anforderungen an die Beweislast und Beweisführung instrumentalisiert werden, um die Reichweite des Täuschungsverbots faktisch einzuschränken. Gerade in Fällen, in denen es so aussieht, als habe der Getäuschte den Irrtum erkennen müssen, besteht dann das Risiko, dass die Anfechtung abgelehnt wird.¹²⁰⁹

11. Täuschungen durch Dritte

Im schweizerischen Recht beschränkt Art. 28 Abs. 2 OR die Anfechtbarkeit für Fälle, in denen die Täuschung von einem „Dritten“ vorgenommen wurde. Eine Anfechtung durch den Getäuschten wegen arglistiger Täuschung ist dann prinzipiell nicht möglich (Art. 28 Abs. 2 OR).¹²¹⁰ Begründet wird dies damit, dass der getäuschten Seite in diesem Fall das Risiko der absichtlichen Fehlinformation durch den Dritten obliegt. Denn ihr ist bewusst, dass die Information nicht vom Vertragspartner stammt, weshalb diesem eine ggf. bestehende Irreführung auch nicht vorgeworfen werden kann.¹²¹¹ Der Vertragspartner ist aufgrund seiner Gutgläubigkeit schützenswert.¹²¹² Die belogene Seite kann vielmehr nur anfechten, wenn die Täuschung durch den Vertragspartner selbst bzw. einer ihr zuzurechnenden Person (Art. 28 Abs. 1 OR) verübt wurde oder der Vertragspartner die Lüge durch den Dritten „gekannt hat“¹²¹³ bzw. „hätte kennen sollen“ (Art. 28 Abs. 2 OR).¹²¹⁴ Es wird insofern teilweise konkretisiert, dass sich das Kennen-Sollen auf die „Erregung der Täuschung, nicht auf das Kennen-Sollen der Unwahrheit der vorgespiegelten Tatsachen“¹²¹⁵ bezieht. Darüber hinaus ist die Interpretation der gesetzlichen Bezugnahme auf das Kennen-Sollen in der Schweiz allerdings umstritten. Einer Ansicht nach genügt Fahrlässigkeit des Vertragspartners bezüglich seiner Unkenntnis der Täuschung, um eine Anfechtung durch den Getäuschten zu

¹²⁰⁸ S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 968. Siehe dazu die Beispiele in *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 105 ff. Anders könnte hingegen noch BGE 23 I, 192 E. 4. verstanden werden („Die Thatsache allein, daß die Erwartungen, welche die Widerbeklagten beim Widerkläger über die Leistungsfähigkeit der Maschine erweckten, sich nicht erfüllt haben, genügt selbstverständlich nicht zu der Annahme einer absichtlichen Täuschung“).

¹²⁰⁹ Siehe z. B. Berner Appell- und Kassationshof, ZBJV 32 (1896), 153, 153 ff.; vgl. auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 23 f. (Ablehnung der Anfechtung wegen Beweisschwierigkeiten).

¹²¹⁰ Unter den Voraussetzungen der Artt. 23 OR ff. kann eine Anfechtbarkeit jedoch nach gewöhnlichem Irrtumsrecht möglich sein, vgl. z. B. *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 263.

¹²¹¹ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 110; siehe auch *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 263 (zum Risiko der Täuschung).

¹²¹² *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 121.

¹²¹³ Näher zur Kenntnis z. B. *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 263.

¹²¹⁴ Vgl. auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 96.

¹²¹⁵ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 98.

rechtfertigen. Anderer Ansicht nach würde dies zu Wertungswidersprüchen mit Art. 28 Abs. 1 OR führen, da bei einer direkten Lüge durch den Vertragspartner Absicht vorausgesetzt wird.¹²¹⁶ Dieser Ansicht nach bedarf es daher einer teleologischen Reduktion des Art. 28 Abs. 2 OR.¹²¹⁷ Eine Anfechtung soll demnach nur dann möglich sein, wenn der Vertragspartner positive Kenntnis von der Täuschung durch den Dritten besaß.¹²¹⁸ Der Bluff durch den Dritten muss allerdings in jedem Fall absichtlich erfolgt sein.¹²¹⁹

Wie sich an den folgenden Ausführungen zeigen wird, ist darüber hinaus nicht nur in Österreich¹²²⁰ und Deutschland¹²²¹, sondern auch in der Schweiz die Konkretisierung des Begriffs des „Dritten“ entscheidend für die Reichweite der Täuschungsanfechtung. Der Begriff wird im Ergebnis eng verstanden¹²²² und die getäuschte Seite somit weitreichend geschützt. Dritte im Sinn der Vorschrift „sind Personen, die nicht an Vertragsverhandlungen und -abschluss im Lager des Vertragspartners beteiligt sind“¹²²³. Umgekehrt formuliert sind Abschluss- und Verhandlungshelfen daher grds. keine Dritten i. S. d. Art. 28 Abs. 2 OR.¹²²⁴ Konkret bedeutet das, dass Organvertreter, Stellvertreter und Boten der täuschenden Seite

¹²¹⁶ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 15; ähnlich auch *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170f. (Rn. 549); *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 263ff. A. A. *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 124, der keinen Wertungswiderspruch feststellt und argumentiert: „Vertragshaftung darf mit der deliktischen Haftung nicht gleichgestellt werden.“

¹²¹⁷ *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170f. (Rn. 549); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 263ff. *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 9 (zu dieser Ansicht, ohne sie sich zu eigen zu machen); *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 15 sprechen von einer „teleologischen Auslegung“. Da diese Interpretation jedoch nicht dem Wortlaut entspricht, kann damit nach deutschem Verständnis nur eine teleologische Reduktion gemeint sein. Die einzelnen Voraussetzungen der teleologischen Reduktion werden durch die Autoren nicht geprüft.

¹²¹⁸ OGer ZH, SJZ 67 (1971), 222, 222; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 15; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170f. (Rn. 549).

¹²¹⁹ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 16; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170f. (Rn. 547); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 263; *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.127.

¹²²⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.9.

¹²²¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.9.a).

¹²²² *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.123.

¹²²³ *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 17. Vgl. auch BGE 63 II 77, E. 2; siehe zudem *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546); *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.124; *v. Tuhr/Peter*, OR AT, Bd. 1, 3. Aufl. 1974, S. 323; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 112ff.; *v. Tuhr/Peter*, OR AT, Bd. 1, 3. Aufl. 1974, S. 323. *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217 formulieren: „Dritte sind grundsätzlich alle Personen, die sich ausserhalb des zwischen dem Täuschenden und dem Getäuschten bestehenden Vertragsgefüges befinden.“. Zur Definition des Dritten auch Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 112ff.

¹²²⁴ BGE 108 II 419 E.5.; BGE 63 II 77 E. 2; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546); *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 220; Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866.

nicht als Dritte anzusehen sind.¹²²⁵ Selbst Gehilfen, die lediglich eine „nebensächliche Rolle“¹²²⁶ in den Verhandlungen spielen, gelten nicht als Dritte.¹²²⁷ Täuschen sie bei Vertragsverhandlungen, so sind ihre Bluffs dem Vertragspartner vielmehr direkt zuzurechnen¹²²⁸ und es kann gem. Art. 28 Abs. 1 OR angefochten werden.¹²²⁹ Der Vorteil besteht insofern für die getäuschte Seite darin, dass sie dem Vertragspartner weder Kenntnis noch Kennen-Sollen nachweisen muss.¹²³⁰

Bei Maklern und Agenten kommt es darauf an, ob sie am Vertragsabschluss oder den Verhandlungen beteiligt sind.¹²³¹ Sind sie es nicht und vermitteln den Vertrag lediglich, gelten sie als Dritte.¹²³² Hersteller sind im Verhältnis zu Verkäufern grds. ebenfalls als Dritte anzusehen.¹²³³ Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer Werbematerial des Herstellers nutzt.¹²³⁴ Wird eine Vertragspartei durch ihre eigenen Vertreter getäuscht, so gelten diese ebenfalls als Dritte i. S. d. Art. 28 Abs. 2 OR.¹²³⁵ Die Gegenseite hat aber mit dieser Lüge meist nichts zu tun. Anders kann dies im Fall der Bestechung zu bewerten sein.¹²³⁶

¹²²⁵ BGE 81 II 213 E. 2.a); *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 17; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546); *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.123 f.; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 9. Ausführlich zu Zurechnungsproblemen im Vertretungsrecht *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 102 ff.

¹²²⁶ BGE 40 II 534 E. 6.

¹²²⁷ Vgl. auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 99.

¹²²⁸ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 17; Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546); die einzelnen Zurechnungsnormen erörternd *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 267 f.

¹²²⁹ *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 217; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 170 (Rn. 546); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 266 (die Autorin spricht insofern auch von „unechten Dritten“).

¹²³⁰ Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866.

¹²³¹ BGE 63 II 77 E. 2. (Makler wurde als Abschlussgehilfe angesehen). *Schmidlin* sieht Makler als Dritte an, wenn sie neutral agieren; sobald sie die Interessen einer Partei vertreten, werde die Täuschung dieser zugerechnet: *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 111 f. Siehe auch *Huguenin*, SJZ 95 (1999), 261, 269. Dazu, dass Makler generell keine Dritten i. S. d. Vorschrift sind, z. B. v. *Tüby/Peter*, OR AT, Bd. 1, 3. Aufl. 1974, S. 323; *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 28 Rn. 9.

¹²³² *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 17; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 106 und 111 f.

¹²³³ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 119; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 17; Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866.

¹²³⁴ Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 866. Die Autoren weisen darauf hin, dass die Situation nur dann anders zu beurteilen ist, wenn der Verkäufer dem Hersteller die Aufklärung des Kunden überlässt. Denn dadurch wird der Hersteller zum Abschlussgehilfen.

¹²³⁵ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 113.

¹²³⁶ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 113 der Autor führt insofern aus, dass der Vertragspartner dann allerdings grds. selbst eine Täuschung begeht.

12. Rechtsfolge

Art. 28 Abs. 1 OR gibt vor, dass der durch absichtliche Täuschung erlangte Vertrag für den Getäuschten „nicht verbindlich“ ist. In der Schweiz werden bezüglich der Bedeutung dieser Formulierung drei verschiedene Theorien vertreten:¹²³⁷

- Theorie der schwebenden Teilwirksamkeit: Nach dieser Theorie wird durch den aufgrund der Täuschung geschlossenen Vertrag nur der Lügner verpflichtet, während diese Wirkung bei der getäuschten Seite nicht eintritt.¹²³⁸
- Theorie der schwebenden Unwirksamkeit (auch Ungültigkeitstheorie¹²³⁹): Nach dieser Theorie entfaltet der auf einer absichtlichen Täuschung basierende Vertrag zunächst für beide Seiten keine Verpflichtung. Nur wenn die getäuschte Seite den Vertrag genehmigt oder eine Genehmigungsfiktion vorliegt, entstehen die Verpflichtungen.¹²⁴⁰
- Theorie der schwebenden Wirksamkeit (Anfechtungstheorie): Diese Theorie stimmt mit dem Anfechtungsrecht, wie es in Deutschland bekannt ist, überein. Der Vertrag ist also zunächst wirksam zustande gekommen. Mit Anfechtung wird der Vertrag jedoch von Anfang an nichtig (Wirkung *ex tunc*).¹²⁴¹

Im Ergebnis spricht sich die wohl h. M. in der Literatur für die Anfechtungstheorie aus.¹²⁴² Die Anfechtung ist in Art. 31 OR geregelt. Anfechten kann nur die Vertragspartei, die getäuscht wurde.¹²⁴³ Die Anfechtungserklärung ist formfrei möglich.¹²⁴⁴ Das gilt selbst dann, wenn das Geschäft selbst einer Formvorschrift unter-

¹²³⁷ A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.19ff.; vgl. auch *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 174f. (Rn. 564ff.); S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²³⁸ BGE 114 II 131 E. 4.4.2 (wobei das Gericht nicht klarstellt, ob sich darauf auf (1) oder (2) schließen lässt); vgl. *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 8); v. *Tuhr/Peter*, OR AT, Bd. 1, 3. Aufl. 1974, S. 231, 338, 329.

¹²³⁹ So bezeichnet in Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 890ff. und *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 174f. (Rn. 565).

¹²⁴⁰ In diese Richtung scheinen die Ausführungen von *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002), 137, 139 zu tendieren. Diese Ansicht beruft sich u. a. auf BGE 45 II 433 E. 1.; BGE 114 II 131 E. 3.b); BGE 132 IX 242 E. 4.1.

¹²⁴¹ BGer 4A_87/2018 vom 27.06.2018 E. 5.3.; HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.4.; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 31 Rn. 15; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.26. Wohl ebenfalls von einer entsprechenden Wirkung ausgehend *Lörtscher*, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, 1977, S. 148.

¹²⁴² „Die Anfechtungstheorie darf [...] als überwiegende Lehre bezeichnet werden.“ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 23/24 Rn. 380; ebenso *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 175 (Rn. 566), die sich zugleich auch für diese Ansicht ausspricht; BGer 4A_87/2018 vom 27.06.2018 E. 5.3.; HGer ZH HG140166-O vom 16.02.2017 E. 2.3.4.; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 31 Rn. 15; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.24; *Huguenin*, Obligationenrecht – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 174ff. (Rn. 564ff.); S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²⁴³ *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 31 Rn. 2; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 177 (Rn. 577).

¹²⁴⁴ *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 31 Rn. 3; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 177 (Rn. 577).

liegt.¹²⁴⁵ Die Anfechtungserklärung muss den Anfechtungsgrund nennen.¹²⁴⁶ Die Frist zur Anfechtung beträgt ein Jahr (Art. 31 Abs. 1 OR).¹²⁴⁷ Im Fall der Täuschung beginnt die Jahresfrist mit deren Entdeckung zu laufen (Art. 31 Abs. 2 OR), wobei insofern eine sichere Kenntnis der Lüge verlangt wird.¹²⁴⁸ Nach Ablauf der Jahresfrist gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR).¹²⁴⁹ Aber auch vor Ablauf der Jahresfrist kann die getäuschte Seite den Vertrag genehmigen.¹²⁵⁰ Dies kann auch konkludent erfolgen.¹²⁵¹ So wird eine Genehmigung beispielsweise darin gesehen, wenn ein Vertragspartner in Kenntnis der Täuschung von der anderen Seite verlangt, sich vertragskonform zu verhalten.¹²⁵²

Eine zehnjährige Ausschlussfrist, wie § 124 Abs. 1 BGB sie für Deutschland festlegt, kennt das schweizerische Recht hingegen nicht.¹²⁵³ Eine Anfechtung ist damit im Extremfall noch Jahrzehnte nach Vertragsschluss möglich.¹²⁵⁴ Nur das Rechtsmissbrauchsverbot setzt diesem Vorgehen gewisse Grenzen.¹²⁵⁵ Die Regeln zur Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR) können analog angewandt werden.¹²⁵⁶

Ficht eine Vertragspartei den Vertrag erfolgreich gem. Art. 28 Abs. 1 OR an, so ist die Nichtigkeit *ex tunc* die Folge und der Vertrag rückabzuwickeln. Insofern sind die gewährten Leistungen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zurückzuerstatten.¹²⁵⁷ Allerdings sind die Details umstritten.¹²⁵⁸

Gesondert diskutiert wird, welche Rechtsfolgen im Fall von *dolus incidens* eintreten sollen.¹²⁵⁹ Mit Blick auf Klauseln von untergeordneter Bedeutung („une

¹²⁴⁵ *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 177 (Rn. 577).

¹²⁴⁶ *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.178 ff.

¹²⁴⁷ Dazu ausführlich: *Oguzman*, SJZ 59 (1963), 265, 265 ff. Vgl. auch *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²⁴⁸ So *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 178 (Rn. 578).

¹²⁴⁹ Der Ablauf der Anfechtungsfrist schließt Schadensersatzansprüche allerdings nicht automatisch aus (Art. 31 Abs. 3 OR).

¹²⁵⁰ Siehe dazu *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 31 Rn. 7.

¹²⁵¹ *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 31 Rn. 120 f.; v. *Tubrr/Peter*, OR AT, Bd. 1, 3. Aufl. 1974, S. 330 f. (mit Beispielen); *Oser* in: Egger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR, Bd. 5, 2. Aufl. 1929, Art. 31 Rn. 11 (mit Beispielen).

¹²⁵² *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.170 unter Verweis auf Rechtsprechung.

¹²⁵³ BGE 114 II 131 E. 2.b); *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 31 Rn. 5; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 178 (Rn. 580); *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²⁵⁴ Vgl. *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002), 137, 139; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 178 (Rn. 580); *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²⁵⁵ *Blumer* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, 2014, Art. 31 Rn. 5; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 968.

¹²⁵⁶ *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.198 ff.; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 18.

¹²⁵⁷ Siehe dazu *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.192 ff.; *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002), 137, 140 ff.; vgl. auch *Härri*, Plädoyer 1998, 26, 32; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁵⁸ Siehe dazu *A. Koller*, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.192 ff.; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁵⁹ Siehe dazu OGer ZH LB190010-O/U vom 26.11.2019 E. 4.2.; vgl. auch *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

clause très accessoire“) hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass das Anfechtungsrecht nach Treu und Glauben ausgeübt werden muss. Er erläutert diesbezüglich:

„lorsque la rescision du contrat paraît choquante dans un cas où le dol n'a été qu'incident, le juge peut la refuser et se borner à réduire les prestations du lésé dans la mesure où celui-ci aurait conclu le contrat s'il n'avait pas été trompé.“¹²⁶⁰

Frei übersetzen ließe sich dies mit: „wenn die Vertragsauflösung in einem Fall von *dolus incidens* ‚schockierend‘¹²⁶¹ erscheint, kann das Gericht sie ablehnen und sich darauf beschränken, die Leistungen des Geschädigten in dem Maße zu mindern, wie der Geschädigte den Vertrag geschlossen hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre“.

Diese Entscheidung schränkt somit die Möglichkeit der Anfechtung des Getäuschten ein. Statt der Nichtigkeit *ex tunc* kann er danach nur Minderung verlangen.¹²⁶² In einem anderen Fall erläutert das Obergericht Zürich jedoch, dass bei Vorliegen von *dolus incidens* auch die getäuschte Seite generell die Minderung fordern kann.¹²⁶³ Dies ist äußerst interessant, da der getäuschten Seite damit ein Wahlrecht zwischen Anfechtung und Minderung eröffnet würde. Gerade bei Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands mag die Minderung attraktiver für die getäuschte Seite sein. Es wird vertreten, dass sich die Minderung im Fall von *dolus incidens* aus der analogen Anwendung des Art. 20 Abs. 2 OR ergebe.¹²⁶⁴

Neben der Anfechtung kann die getäuschte Seite nach den Voraussetzungen der Art. 41 ff. OR, d.h. wegen unerlaubter Handlung¹²⁶⁵, bzw. nach dem Grundsatz der *culpa in contrahendo*¹²⁶⁶ auch Schadensersatz verlangen.¹²⁶⁷ Im Rahmen des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung wird in der Rechtsprechung erörtert, ob eine Herabsetzung gerechtfertigt sein kann, wenn der Getäuschte die Lüge bei Anwendung „der gebotenen Sorgfalt“ hätte erkennen können.¹²⁶⁸ Das Recht der Schweiz erwägt somit die Möglichkeit der Einrede des Mitverschuldens bei ab-

¹²⁶⁰ BGE 81 II 213 E. 2.b); vgl. auch BGE 99 II 308 E. 4. und BGE 64 II 142 E. 3.e); BGer 4A_62/2017 vom 22.11.2017 E. 4.1.

¹²⁶¹ I.S.d. deutschen Rechts könnte wohl der Begriff „unverhältnismässig“ genutzt werden.

¹²⁶² Vgl. S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁶³ OGer ZH LB190010-O/U vom 26.11.2019 E. 4.2.

¹²⁶⁴ BGer 4A_62/2017 vom 22.11.2017 E. 4.1. *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 18; A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.198 ff.; vgl. zur Thematik auch bereits S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁶⁵ Siehe dazu *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002), 137, 142 f.; *Rusch*, Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften, 1948, S. 188.

¹²⁶⁶ Zur Frage, ob es sich bei der *culpa in contrahendo* um einen vertraglichen oder deliktischen Anspruch handelt, siehe die Darstellung mit weiteren Nachweisen in *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 31 Rn. 142.

¹²⁶⁷ *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002), 137, 143; vgl. auch Gauch et al., OR – AT, Bd. 1, 11. Aufl. 2020, Rn. 870; *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar – OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 20; *Härri*, Plädoyer 1998, 26, 32.

¹²⁶⁸ So BGE 61 II 228 E. 4.

sichtlichen Täuschungen. In einem anderen Bundesgerichtsurteil wurde diese Tendenz jedoch wieder eingeschränkt.¹²⁶⁹

13. Die Bewertung praxisrelevanter Täuschungen

Wie im deutschen Recht sind Lügen über den Vertragsgegenstand¹²⁷⁰ und den Vertragspartner¹²⁷¹ generell erfasst. Die in dieser Arbeit beleuchteten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über unternehmensinterne Vorgaben und Deadlines) werden auch in der schweizerischen Literatur wenig diskutiert und Rechtsprechung lässt sich ebenfalls kaum finden.¹²⁷² Eine Ausnahme dazu stellen die ausführlichen und anregenden Ausführungen von *Gilomen* dar, der sich im Detail mit vielen Abgrenzungsfragen befasst.¹²⁷³

Da Art. 28 Abs. 1 OR – wie das deutsche Recht – im Ergebnis nur wenig Wertungsmöglichkeiten lässt, dürften viele Täuschungstaktiken theoretisch erfasst sein. Das spiegelt sich auch außerhalb des Vertragsgegenstands wider. So können beispielsweise Täuschungen über die Rechtslage grundsätzlich zur Anfechtung gem. Art. 28 Abs. 1 OR berechtigen.¹²⁷⁴ In der gerichtlichen Praxis könnte es allerdings sein, dass der Getäuschte dennoch scheitert, da hohe Anforderungen an den Nachweis gestellt werden können, wenn der Richter z. B. davon ausgeht, dass der Getäuschte die öffentliche Diskussion um die rechtlichen Vorschriften gekannt haben müsste.¹²⁷⁵ Zudem können Täuschungen über rechtliche Aspekte oftmals leicht als Meinung verpackt werden, wodurch die Anfechtung ebenfalls ausgeschlossen sein kann.¹²⁷⁶

Auch ein Bluff darüber, dass ein bestimmter Preis dem gängigen Marktpreis entspricht, soll einen potenziellen Anfechtungsgrund darstellen.¹²⁷⁷ In der Literatur wird zudem befürwortet, dass Bluffs über Selbstkosten von Art. 28 Abs. 1 OR er-

¹²⁶⁹ BGE 68 II 283, 286 f.: „Wer vorkehrt, was im Verkehr mit ehrlichen Leuten genügt – und das hat die Klägerin getan – soll gegenüber einem Betrüger nicht in seinem Ersatzanspruch geschmälert werden.“

¹²⁷⁰ Siehe dazu *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 29 ff., der dies unter dem Stichwort Wert des Vertragsgegenstands diskutiert.

¹²⁷¹ BGE 27 II 558 E. 4.; siehe dazu auch *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 28 f. (der allerdings auch darauf aufmerksam macht, dass die Lüge über den Vertragspartner gerade bei Kaufverträgen unerheblich sein könne, weshalb die Anfechtung dann am Kausalzusammenhang scheitern würde).

¹²⁷² Die Autorin konnte zu einigen Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands und des Vertragspartners keine Rechtsprechung ausfindig machen. Vgl. bereits *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁷³ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, passim (im Folgenden wird auf konkrete Stellen verwiesen).

¹²⁷⁴ BGE 53 II 143 E. 2.; *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT, 3. Aufl. 2018, S. 212; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁷⁵ OGer ZH, BlZür 2 (1903), Nr. 50; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁷⁶ BGE 41 II 95 E. 2.; *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁷⁷ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 16.

fasst sind.¹²⁷⁸ Täuscht ein Arbeitnehmer über seinen vorherigen Lohn, so soll der Arbeitgeber unter bestimmten Umständen ebenfalls anfechten können.¹²⁷⁹ Urteile aus dem Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Bereich können jedoch nicht ungeprüft auf unternehmerische Verhandlungen übertragen werden. Eine Anfechtung gem. Art. 28 Abs. 1 OR soll zudem dann möglich sein, wenn über die eigene Zahlungsfähigkeit getäuscht wird.¹²⁸⁰

In einem Fall wurde sogar eine Anfechtung bejaht, da der Verkäufer fälschlicherweise behauptet hatte, dass ihm andere Angebote gemacht wurden.¹²⁸¹ Damit wurde die Anfechtung für Täuschungen über das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*, siehe dazu 2. Teil, A.V.1.) bejaht. Der Fall bezog sich allerdings auf ein B2C-Verhältnis. Im Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis wird vertreten, dass die Täuschung des Bewerbers über andere Angebote den Arbeitgeber ebenfalls zur Anfechtung berechtigt, sofern er „keine eigene Prüfungsmöglichkeit hat und annehmen muss, die übrigen Offerenten hätten ihre Angebote auf Grund der ihnen bekannten Tüchtigkeit des Arbeitnehmers gemacht“¹²⁸².

Gilomen weist allerdings darauf hin, dass die Bewertung im B2B-Verhältnis durchaus anders ausfallen könnte.¹²⁸³ Derselbe Autor befürwortet allerdings ein Anfechtungsrecht, wenn ein Käufer dem Verkäufer vortäuscht, ein anderer Interessent hätte mittlerweile das Interesse verloren.¹²⁸⁴ Der Käufer führt den Verkäufer damit über dessen BATNA in die Irre. Die Diskussion bei *Gilomen* zeigt bereits, dass entsprechende Täuschungen wohl nicht ganz einhellig beurteilt werden. In der Literatur wird außerdem vertreten, dass Lügen über die Zufriedenheit anderer Kunden mit dem Produkt den Tatbestand des Art. 28 Abs. 1 OR erfüllen können.¹²⁸⁵ Auch der Bluff eines Verkäufers über seine Vorräte („kleiner Vorrat“) soll grundsätzlich eine zur Anfechtung berechtigende Täuschung darstellen können, sofern denn alle anderen Voraussetzungen vorliegen.¹²⁸⁶ Sogar im folgenden Fall wird in der Literatur ein Anfechtungsrecht befürwortet:

„Angenommen, A will bei B ein Auto mieten. Es stehen ein rotes und ein blaues Auto zur Auswahl. A möchte in der Farbfrage seine Frau entscheiden lassen. Er bittet daher B, seine Frau anzurufen. B tut dies, erreicht jedoch Frau A nicht. Da er das Geschäft nicht mehr

¹²⁷⁸ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 31.

¹²⁷⁹ BGE 25 II 312.

¹²⁸⁰ Dies z. B. thematisierend BGE 32 II 337 E. 4.; zur Abgrenzung zu Aussagen, die eine bloße Hoffnung wecken: *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 16f.; vgl. zum gesamten Absatz *S. Jung*, SJZ 19 (2023), 962, 969.

¹²⁸¹ BGer, BlZüR 22 (1923), Nr. 142.

¹²⁸² *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 36.

¹²⁸³ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 31.

¹²⁸⁴ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 37 (wobei der Autor generell Erheblichkeit für den Vertragsschluss verlangt).

¹²⁸⁵ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 32, der dies sogar als erhebliche Täuschung einstuft, wodurch seiner Ansicht nach die Vermutung bezüglich des Kausalzusammenhangs greifen kann.

¹²⁸⁶ *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 17 f.

hinauszögern will, teilt er dem A mit, seine Frau bevorzuge Rot. A mietet daher das rote Auto. Stellt sich in der Folge heraus, dass Frau A in Wirklichkeit Blau bevorzugt, kann A – Rechtsmissbrauch vorbehalten – anfechten.¹²⁸⁷

Insgesamt scheint der getäuschten Seite somit im schweizerischen Recht ein weitreichendes Anfechtungsrecht zugestanden zu werden.¹²⁸⁸

Indirekt lässt sich allerdings aus Ausführungen in der Literatur schließen, dass zumindest teilweise wohl die Ablehnung der Anfechtung bei Täuschungen im Rahmen der Similar-to-me-Taktik befürwortet wird (siehe dazu oben unter 3. Teil, B.VI.2.).¹²⁸⁹ In einem Urteil, in dem ein Kunsthändler über seine Ausbildung täuschte, wurde dieser Aspekt zudem praktisch nicht aufgegriffen.¹²⁹⁰ Das Urteil zeigt im Ergebnis, dass über mögliche, zu erzielende Preise in Auktionen wohl ein gewisser „Täuschungsspielraum“ besteht, da sie leicht als Meinung verpackt werden können.¹²⁹¹

Es gibt zudem Stimmen, die generell einen engeren Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR befürworten.¹²⁹² Erzielen ließe sich eine stärkere Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zumindest theoretisch über das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit. Praktiziert wird dies (bislang) jedoch nicht.¹²⁹³

14. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist dem schweizerischen Recht damit eine explizite Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen ähnlich fremd wie dem deutschen Recht. Dennoch werden gewisse „Täuschungsspielräume“ erörtert bzw. sind sogar anerkannt. Teils wird dies sogar ausdrücklich postuliert:

„Erstens existiert im Straf- und im Zivilrecht kein absolutes Täuschungsverbot. Aus diesem Grund muss zwischen rechtlich zulässigen (= einfachen) und rechtlich verpönten (= qualifizierten) Täuschungen differenziert werden.“¹²⁹⁴

Mit Blick auf das schweizerische Recht werden verschiedene Ansätze diskutiert, um den Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR einzuschränken. Diese beschränken sich nicht allein darauf, marktschreierische Anpreisungen auszunch-

¹²⁸⁷ A. Koller, OR – AT, Bd. 1, 5. Aufl. 2023, Rn. 14.116.

¹²⁸⁸ Zum gesamten Absatz S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 970.

¹²⁸⁹ Schmidlin, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 17.

¹²⁹⁰ OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017 (in dem Urteil ging es um den Kauf einer Skulptur von *Max Ernst*). Insofern ist zu bedenken, dass dies auch daran liegen könnte, dass die Kausalität in diesem Fall durchaus fraglich erscheinen kann.

¹²⁹¹ OGer ZH LB160041-O/U vom 11.01.2017; vgl. auch S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 970.

¹²⁹² So formuliert beispielsweise v. Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, 1972, S. 31 (Fn. 122) allgemein: „Gleich wie beispielsweise bei OR Art. 28 oder StGB Art. 148, wo ebenfalls die Täuschung nicht generell, sondern in den Exzessen erfasst ist.“

¹²⁹³ So bereits S. Jung, SJZ 19 (2023), 962, 970.

¹²⁹⁴ Vischer/Galli, AJP 2017, 1393, 1404.

men. Es wird vielmehr dafür plädiert, Täuschungen, die nichts mit der Vertragsverhandlung zu tun haben, dem Anwendungsbereich zu entziehen, sodass z.B. Bluffs im Rahmen der Similar-to-me-Taktik oftmals nicht zur Anfechtung berechneten würden (siehe unter 3. Teil, B.VI.2.). Daneben wird argumentiert, dass die absichtliche Täuschung identisch sei mit dem arglistigen Betrug im Strafrecht (siehe unter 3. Teil, B.VI.6.). Gerade kleinere Bluffs würden dadurch ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich fallen. Wie in Deutschland kann eine gewisse Eingrenzung – z.B. mit Blick auf Lügen über eine Schwangerschaft im Vorstellungsgespräch – auch über das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit erzielt werden. Früher wurde in der Literatur sogar eine noch weitergehende Einschränkung über die Rechtswidrigkeit diskutiert (siehe unter 3. Teil, B.VI.7.), die sich so jedoch nicht mehr in der aktuellen Literatur findet. Die Beweisführung ließe sich ebenfalls instrumentalisieren und führte – zumindest früher – zu einer Einschränkung des Art. 28 Abs. 1 OR (siehe unter 3. Teil, B.VI.10.). Auf Tatbestandsseite wird für *dolus incidens* mit Blick auf Klauseln von untergeordneter Bedeutung zudem die Ausübung des Anfechtungsrechts gemäß Treu und Glauben gefordert, was im Endeffekt zu einer Art Minderung statt Anfechtung führen kann (siehe unter 3. Teil, B.VI.12.). Trotz der Ähnlichkeiten zwischen dem deutschen und schweizerischen Recht lässt sich damit festhalten, dass die Diskussion um die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen in der Schweiz intensiver geführt wird. Die Diskussionen mit Blick auf Art. 28 Abs. 1 OR können auch die deutsche Debatte bereichern. Eine klare und überzeugende Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen erzielt jedoch im Ergebnis das schweizerische Recht ebenfalls nicht, sodass Art. 28 Abs. 1 OR insofern nicht als „Vorbildrecht“ dienen kann.

C. Die Betrachtung zentraler Regelungselemente aus rechtsvergleichender und rechtshistorischer Sicht

In den vorangegangenen Abschnitten wurde herausgearbeitet, inwiefern die einzelnen Rechtsordnungen zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen im Rahmen der Regelungen zu arglistigen Täuschungen differenzieren (siehe unter 3. Teil, B. und 3. Teil, A. zur rechtshistorischen Perspektive). An dieser Stelle soll in einem ersten Schritt rechtsvergleichend dargestellt werden, ob und, wenn ja, inwiefern, die betrachteten Rechtsordnungen unterschiedlich stark zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen unterscheiden (siehe 3. Teil, C.I.). Die Erörterung soll dabei helfen, – sofern möglich – eine Abstufung der Rechtsordnungen anhand ihrer Differenzierungsneigung vorzunehmen. Daran anschließend werden die verschiedenen Regelungsmechanismen herausgearbeitet, mit deren Hilfe die nationalen Gesetzgeber der in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen einen ggf. bestehenden „Täuschungsspielraum“ abstecken (siehe unter 3. Teil,

C.II.). Die Untersuchung wird zeigen, dass regelmäßig verschiedene Regelungsinstrumente bei der Abgrenzung von rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen zusammenwirken. Insofern wird in diesem Abschnitt auch bewertet, in welchem Umfang sich die einzelnen Regelungsinstrumente zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs eignen.

Die Betrachtung der verschiedenen Rechtsordnungen sowie des römischen Rechts garantiert jedoch noch nicht, dass dadurch alle denkbaren Differenzierungskriterien ermittelt werden. In einem weiteren Abschnitt soll daher erarbeitet werden, wie Lügen darüber hinaus potenziell von der Rechtsordnung kategorisiert und rechtlich erfasst werden könnten (siehe unter 3. Teil, D.). Da mehrere Regelungsinstrumente zusammenwirken, lassen sich durch diese Vorgehensweise u. U. Mechanismen finden, die zu einer optimierten Lösung beitragen könnten. Teilweise enthalten die Rechtsordnungen zudem bereits in Grundzügen bestimmte Ansätze, die jedoch noch weiterentwickelt werden könnten. Andere Ansätze werden hingegen von den hier betrachteten Rechtsordnungen (bislang) nicht verfolgt, stellen aber dennoch theoretisch denkbare Optionen dar.

Es geht an dieser Stelle nicht darum, alle möglichen Regelungsinstrumente vertieft zu erörtern, sondern vielmehr darum, die chancenreichsten Optionen zu ermitteln. Diese sollen dann im Rahmen der folgenden Ausführungen näher untersucht werden. Ziel dieses Abschnitts ist es somit, die Betrachtung zunächst auf einige wenige, vielversprechende Regelungsinstrumente zu beschränken. Sollte mit ihnen keine zufriedenstellende Lösung (*de lege lata* bzw. *de lege ferenda*) erzielt werden können, könnten die im Folgenden zunächst ausgeschlossenen Optionen wieder aufgegriffen und näher untersucht werden.

I. Einordnung der betrachteten Rechtsordnungen

Die betrachteten Rechtsordnungen gehen im Ergebnis unterschiedlich mit arglistigen Täuschungen in Vertragsverhandlungen um.¹²⁹⁵ Wollte man eine Einordnung vornehmen, so würde das US-amerikanische Recht eine eigene Kategorie bilden. Hier wurde das englische Recht nicht untersucht, sodass keine Aussage darüber getroffen werden soll, inwiefern die *common law* Jurisdiktionen eine Einheit darstellen oder nicht. Das deutsche, das österreichische, das schweizerische sowie das französische und das italienische Recht stehen dagegen in der Tradition des römischen Rechts. Dennoch finden sich auch zwischen diesen Rechtsordnungen teils

¹²⁹⁵ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 131 bemerkt hingegen in Bezug auf *common law* Jurisdiktionen sowie das französische, österreichische und schweizerische Recht: „Große Unterschiede zur deutschen Rechtslage sind nicht zu verzeichnen.“. Der Autor sieht jedoch rechtstechnische Unterschiede. Ähnlich – wenn auch mit einer Einschränkung – *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht, 2004, S. 236 („Angesichts der unbedeutenden Unterschiede in den europäischen Rechten – sieht man einmal von wenigen Besonderheiten in den romanischen Rechten ab–“).

erhebliche Unterschiede, sodass eine weitere Unterteilung dieser Gruppe möglich und sinnvoll erscheint. Im Ergebnis stehen sich vor allem das deutsche, das österreichische, das schweizerische Recht bezüglich der hier untersuchten Rechtsfrage nahe.¹²⁹⁶ Zwar finden sich innerhalb dieser Eingruppierung weiterhin Unterschiede, doch scheinen die Grundtendenzen in diesen Rechtsordnungen übereinzustimmen. Das gilt allerdings nicht im gleichen Maße für das französische und italienische Recht. Denn diese beiden Rechtsordnungen haben sich im Laufe der Zeit durchaus erheblich auseinanderentwickelt.

Mit Blick auf die mögliche Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen kann das deutsche Recht im Ergebnis als am wenigsten differenzierungsfreundlich charakterisiert werden.¹²⁹⁷ Das schweizerische Recht steht dem deutschen Recht formal sehr nahe.¹²⁹⁸ Auch die Rechtsprechung deutet einen ähnlich umfassenden Schutz der getäuschten Seite wie in Deutschland an. Ausnahmen werden in der schweizerischen Rechtsprechung vor allem gemacht, wenn die Aussage als Meinung „verpackt“ wird. Allerdings wird die Debatte um die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen in der schweizerischen Literatur intensiver geführt als in Deutschland. So wird z.B. teils dafür plädiert, Täuschungen, die nichts mit der Vertragsverhandlung zu tun haben, dem Anwendungsbereich des Art. 28 Abs. 1 OR zu entziehen. Es wird sogar vertreten, dass die absichtliche Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) mit dem arglistigen Betrug im Strafrecht (§ 146 Abs. 1 StGB [Schweiz]) identisch sei. Die Ausnahmen, die in der Schweiz über das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit erzielt werden, ähneln den in Deutschland diskutierten. Früher wurde in der Literatur jedoch noch eine weitergehende Einschränkung über die Rechtswidrigkeit diskutiert. Die Beweisführung führte zumindest früher ebenfalls zu einer Einschränkung des Art. 28 Abs. 1 OR. Außerdem lassen sich Tendenzen finden, mit Blick auf Klauseln von untergeordneter Bedeutung bei den Rechtsfolgen zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* zu differenzieren. Betrachtet man Recht, Rechtsprechung und Literatur in der Schweiz gemeinsam, erscheint es daher gerechtfertigt, das schweizerische Recht im Verhältnis zum deutschen Recht als etwas differenzierungsfreundlicher einzuordnen.

Das österreichische Recht¹²⁹⁹ differenziert ebenfalls nicht direkt zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen, wodurch es dem deutschen und schweizerischen Recht ähnelt. Das österreichische Recht zeigt sich aber im Ergebnis ebenfalls flexibler als das deutsche Recht. Das liegt vor allem an der Diskussion, um die Rechtsfolgen. Denn in Österreich wird zwischen der Anfechtung und der

¹²⁹⁶ Die Ähnlichkeit zwischen den drei Rechtsordnungen betonend *Schwenzer/Fountoulakis* in: Basler Kommentar OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 28. Zu Ähnlichkeiten des deutschen und des schweizerischen Rechts *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 7.

¹²⁹⁷ Zum deutschen Recht ausführlich unter 2. Teil, B.

¹²⁹⁸ Zum schweizerischen Recht näher unter 3. Teil, B.VI.

¹²⁹⁹ Siehe zum österreichischen Recht näher unter 3. Teil, B.V.

Anpassung differenziert. In diesem Zusammenhang wird zudem eine Unterscheidung danach, ob *dolus causam dans* oder *dolus incidens* vorliegt, erörtert. Im Ergebnis sind jedoch in der Rechtsprechung ebenso wie in Deutschland nahezu keine Ausnahmen bezüglich der hier im Fokus stehenden Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands anerkannt. Insofern bleibt allerdings anzumerken, dass sich zu den hier im Vordergrund stehenden Lügen außerhalb der Leistung und des Preises auch praktisch keine Rechtsprechung finden lässt. Fasst man Recht, Rechtsprechung und Literatur zusammen, kann das österreichische Recht im Ergebnis wohl dem deutschen und dem schweizerischen Recht eingeordnet werden.

Das französische und italienische Recht sind hingegen beide differenzierungsfreundlicher als der deutsch-österreichisch-schweizerische Rechtskreis. Untereinander bestehen zwischen den beiden Rechtsordnungen allerdings durchaus nicht unerhebliche Unterschiede. Das französische Recht¹³⁰⁰ differenziert z. B. zwischen Täuschungen mit und ohne substantielle Auswirkungen auf den Vertrag sowie zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen. Trotz dieser Unterscheidung erfasst *dol* jedoch sowohl Fälle des *dolus causam dans* als auch des *dolus incidens* (Art. 1130 Abs. 1 C. civ.). Außerdem wird diskutiert, wie eine festgestellte Leichtgläubigkeit des Getäuschten zu bewerten ist und welche Auswirkungen dies haben sollte. Zudem erkennt das französische Recht die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* immer noch an, auch wenn dieser Aspekt mittlerweile (höchst) umstritten ist. Hinzu kommt, dass *dol* öfter am Nachweis des Vorsatzes oder der Kausalität scheitert. Die genannten Einschränkungen und Erwägungen spiegeln sich zudem in der Rechtsprechung wider. So werden falsche Angaben über den Leistungsgegenstand in Frankreich zwar ebenfalls regelmäßig – aber eben nicht immer – als arglistige Täuschungen i. S. d. Art. 1137 C. civ. angesehen. Es wird außerdem beispielsweise bei Bluffs mit bestimmten Referenzpreisen oft die relative Nichtigkeit aufgrund von *dol* in der Rechtsprechung abgelehnt. Mit Blick auf die hier im Vordergrund stehenden Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstandes lassen sich neben Täuschungen über die Rechtslage jedoch praktisch keine Entscheidungen finden. Sofern Rechtsprechung vorhanden ist (z. B. zu Lügen über die Rechtslage), zeigen die Entscheidungen allerdings eher die Zurückhaltung der Gerichte, im konkreten Fall tatsächlich *dol* anzunehmen.

Als noch weitaus differenzierungsfreundlicher als das französische Recht ist das italienische Recht einzuordnen.¹³⁰¹ Einige Einschränkungen des Anwendungsbereichs sind bereits eindeutig in Art. 1439 Abs. 1 c.c. und Art. 1440 c.c. verankert. Außerdem werden zahlreiche weitere Möglichkeiten, Täuschungen vom Anwendungsbereich der Vorschriften auszunehmen, in der Literatur erörtert. Einige dieser Optionen sind auch von der Rechtsprechung anerkannt. In Übereinstimmung mit dem französischen Recht wird im italienischen Recht beispielsweise bis heute

¹³⁰⁰ Siehe zum französischen Recht näher unter 3. Teil, B.IV.

¹³⁰¹ Siehe zum italienischen Recht näher unter 3. Teil, B.III.

die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* diskutiert, wobei allerdings auch im italienischen Recht (ebenso wie in Frankreich) der Bereich für Lügen, die nicht zu einer Annullierung berechtigen, im Laufe der Zeit tendenziell nach und nach eingeengt wurde. Im Ergebnis ist die Debatte in Italien aber als weniger relevant einzustufen, da das italienische Recht viele Bluffs bereits aufgrund anderer Erwägungen nicht erfasst. So lässt das italienische Recht beispielsweise nur in Fällen von *dolus causam dans* eine Nichtigkeitsklärung zu, nicht jedoch in Fällen von *dolus incidens*. Liegt *dolus incidens* vor, kann die getäuschte Seite von vornherein lediglich Schadensersatzansprüche geltend machen. Früher sah das französische Recht eine vergleichbare Regelung vor. Diese Unterscheidung stieß jedoch später auf Kritik, wurde dann zunächst durch die Rechtsprechung aufgegeben und später setzte der Gesetzgeber diese Entscheidung dann im Code civil um. Das französische Recht hat sich diesbezüglich somit im Laufe der Zeit vom italienischen Recht wegentwickelt. Darüber hinaus erfasst die italienische Regelung des *dolo* nach der herrschenden Meinung in der Literatur zwar nicht nur wesentliche, sondern auch unwesentliche Irrtümer.¹³⁰² Aber im Fall von unwesentlichen Irrtümern ist i. R. d. *dolo* der Nachweis erforderlich, dass der Irrtum kausal für den Vertragsschluss war.¹³⁰³ Die Rechtsprechung ist bezüglich der Erfassung von wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern hingegen nicht so eindeutig. Es lassen sich insofern vielmehr auch Urteile finden, die feststellen, dass sich *dolo* auf wesentliche Tatsachen i. S. d. Art. 1429 c.c. erstrecken muss.¹³⁰⁴ Zudem betont die italienische Rechtsprechung und ein Teil der Lehre die Eigenverantwortung der getäuschten Seite stark. Im italienischen Recht spielt es darüber hinaus eine Rolle, wie viel Vertrauen die getätigten Aussagen erwecken. Geht es um sog. „einfache“ Lügen werden zudem regelmäßig höhere Anforderungen an den Nachweis der Kausalität gestellt. Durch ein weites Verständnis des Begriffs „Dritter“ lässt das italienische Recht weitere Einschränkungen der Annullierung wegen *dolo* zu, wenn nicht der Vertragspartner selbst täuscht. Die in dieser Arbeit beleuchteten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über unternehmensinterne Vorgaben, Präferenzen, Alternativangebote und Deadlines) werden in der italienischen Literatur entsprechend stärker thematisiert als dies in Frankreich oder insbesonde-

¹³⁰² Dazu, dass jeder Irrtum eine Annullierung rechtfertigt siehe z. B. *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441; C. Bianca, *Diritto civile*, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 620; *Alpa/Mariconda*, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt I. Rn. 7; *Torrente/Schlesinger*, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 581; *Ferrara*, *Teoria dei contratti*, 1940, S. 162; *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 760; *Campolo* in: Rescigno (Hrsg.), *Codice Civile*, Bd. 1, 11. Aufl. 2021, Art. 1439 Rn. 1; vgl. auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, *I codici ipertestuali*, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3; *Antoniolli*, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, 2005, Art. 1439 Rn. 1; *Corsaro*, *Labuso del contraente nella formazione del contratto*, 1979, S. 146, 149 f.

¹³⁰³ *Cavallo Borgia* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4, 1998, Art. 1439, S. 441.

¹³⁰⁴ Siehe z. B. Cassazione civile 11.03.1996, n. 1955; Cassazione civile 25.05.2006, n. 12424; Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; Cassazione civile 23.06.2015, n. 12892.

re auch in Deutschland der Fall ist. Vor allem *Roppo* und *Sacco/De Nova* haben sich um eine Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen verdient gemacht. Insofern bleibt allerdings anzumerken, dass die beiden Autoren für italienische Verhältnisse äußerst „annullierungsfreundlich“ argumentieren. Rechtsprechung zu Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands lässt sich hingegen – wie in den anderen Rechtsordnungen auch – kaum finden. Aufgrund der genannten Einschränkungen dürften viele Täuschungstaktiken außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Leistung und Preis i. e. S.) allerdings nicht von Art. 1439 Abs. 1 c. c. erfasst sein, was in Italien den Mangel an einschlägiger Rechtsprechung zumindest auch erklären dürfte.

Das US-amerikanische Recht¹³⁰⁵ ist grundsätzlich anders strukturiert als die betrachteten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, da es dem *common law* Rechtskreis angehört und daher nicht in der römisch-rechtlichen Tradition steht. Das US-amerikanische Recht lässt durch seine vielen unbestimmten Tatbestandsmerkmale (Konzepte) einen sehr großen Interpretationsspielraum¹³⁰⁶ und damit die Möglichkeit, Täuschungen entweder als zulässig oder als unzulässig zu kategorisieren.¹³⁰⁷ Im US-amerikanischen Recht wird im Gegensatz zu den betrachteten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen generell zwischen Falschdarstellung von Fakten, Meinungen, rechtlichen Aspekten und Intentionen differenziert, wobei die Anfechtbarkeit wegen Täuschungen über Meinungen, rechtliche Aspekte und weitgehende Einschränkungen erfährt. Zwar stehen die Arglist (Vorsatz) und die Erheblichkeit der Täuschung (*materiality*) in einem Alternativverhältnis (was den betrachteten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gänzlich fremd ist). In der Praxis wird das Vorliegen von Vorsatz und Erheblichkeit von den Gerichten allerdings oftmals kumulativ gefordert. Im Rahmen der Kausalität verlangt das US-amerikanische Recht zudem, dass die Lüge „substanzuell“ auf die Entscheidungsfindung eingewirkt haben muss. Ferner hängen die Anforderungen an den Nachweis der Kausalität davon ab, ob eine erhebliche oder eine unerhebliche Täuschung gegeben ist. Außerdem wird ein berechtigtes Vertrauen verlangt, wobei in diesem Rahmen die Marktüblichkeit eine Rolle spielt. *Sales talk* ist zudem generell vom Anwendungsbereich ausgenommen. Obwohl es eigentlich keine Voraussetzung für die Anfechtung darstellt, verlangen einige Gerichte teilweise einen Vermögensschaden bzw. einen irgendwie gearteten Nachteil für die getäuschte Seite. Aufgrund der vielen Möglichkeiten der Einschränkung der Anfechtung, ist die getäuschte Seite damit sogar bei Bluffs über den Leistungsgegenstand nicht vollständig geschützt. Insbesondere bei vagen und unbestimmten Aussagen wird die Anfechtung (auch bzgl. des Leistungsgegenstands und des Preises) regelmäßig abgelehnt. Täuschungen über den *reservation price* führen ebenfalls nicht zu einer

¹³⁰⁵ Siehe zum US-amerikanischen Recht näher unter 3. Teil, B.II.

¹³⁰⁶ So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 992.

¹³⁰⁷ So bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 993.

Anfechtungsmöglichkeit für die getäuschte Seite. Konkrete Lügen über den Preis, z. B. bezüglich des Einstandspreises bzw. Angaben zu Börsenkursen etc. können jedoch zur Anfechtung berechtigen. Die Rechtsprechung zu Irreführungen über die Rechtslage fällt im Ergebnis äußerst differenziert aus. Zu vielen anderen Bluffs lässt sich aber auch in den USA hingegen kaum Rechtsprechung finden. Eine Besonderheit besteht in Bezug auf das US-amerikanische Recht im Verhältnis zu den untersuchten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zudem darin, dass die Debatte um vertragliche Einschränkungen oder Abbedingungen des Anfechtungsrechts sehr intensiv geführt wird. Das unterstreicht im Ergebnis, dass im US-amerikanischen Recht die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen viel stärker im Fokus steht als beispielsweise in Deutschland.¹³⁰⁸ Es lässt sich im Ergebnis schwer abschätzen, ob das italienische oder das US-amerikanische Recht in der Zusammenschau aus Recht, Rechtsprechung und Schrifttum als differenzierungsfreundlicher einzuordnen wäre. Nach hier vertretener Ansicht dürften beide Rechtsordnungen insofern in etwa gleichauf liegen. Aufgrund der Vielzahl an unbestimmten Konzepten und dem dadurch entstehenden Auslegungsspielraum wird das US-amerikanische Recht allerdings im Ergebnis noch knapp oberhalb des italienischen Rechts eingeordnet.

Die folgende Abbildung verdeutlicht die Ergebnisse der rechtsvergleichenden Betrachtung bezüglich der Differenzierungsfreundlichkeit noch einmal graphisch.

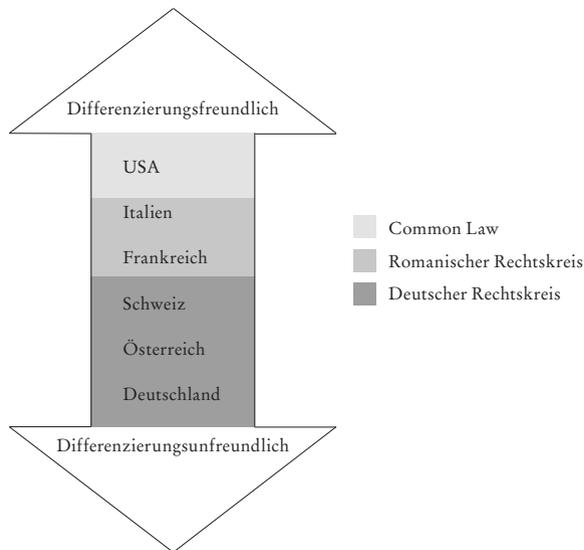


Abb. 19: Grad der Differenzierungsfreundlichkeit der einzelnen Rechtsordnungen¹³⁰⁹

¹³⁰⁸ Dazu, dass das US-amerikanische Recht differenzierungsfreundlicher ist als die deutsche Rechtsordnung, bereits S. Jung, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 992.

¹³⁰⁹ Es handelt sich um eine eigens für diese Arbeit angefertigte Graphik.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die deutsche Rechtsordnung nicht die Einzige ist, die vorsätzliche, kausale Täuschungen pauschal als unzulässig betrachtet. Die Lösung ist im deutschsprachigen Raum vielmehr allgemein verbreitet. Aber selbst verglichen mit der österreichischen und schweizerischen Rechtsordnung scheint das deutsche Recht wenig flexibel zu sein bzw. die Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen kaum diskutiert zu werden. Die anderen Rechtsordnungen wirken differenzierungsfreundlicher, wenn auch zu unterschiedlichen Graden und in unterschiedlicher Form. Insgesamt gibt die Rechtsvergleichung somit einen Hinweis darauf, dass es zumindest sinnvoll erscheint, sich aus deutscher Perspektive näher mit der Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu befassen.

Gleichzeitig macht der rechtsvergleichende Abschnitt deutlich, dass selbst solche Rechtsordnungen, die flexibler agieren und zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen unterscheiden, Probleme damit haben, die Grenze genau zu bestimmen. Besonders gut zeigt sich dies am Beispiel des US-amerikanischen Rechts, welches sich vor allem durch seine unbestimmten Konzepte und großen Interpretationsspielräume auszeichnet. *Perillo* führt daher – wie bereits erwähnt – treffend aus:

„The rules governing fraud are quite elastic. Seemingly erratic approaches toward the issues of materiality, reliance, non-disclosure and the fact-opinion distinction often mask appellate judges' covert imposition of control over the findings of fact of the court below.“¹³¹⁰

Die Flexibilität wird im US-amerikanischen Recht daher mit Rechtsunsicherheit und Vagheit „erkauft“. Das italienische Recht kann hingegen zwar durch die Unterscheidung von *dolus causam dans* und *dolus incidens* eine etwas klarere Abgrenzung zwischen dem Anfechtungsrecht und Schadensersatzansprüchen treffen.¹³¹¹ Innerhalb von *dolus causam dans* fällt es aber auch dem italienischen Recht schwer, die Grenze exakt zu bestimmen. Daraus lässt sich zweierlei schlussfolgern. Zum einen kann keine der betrachteten Rechtsordnungen als „Blaupause“ für das deutsche Recht dienen. Das heißt, es bietet sich nicht an, die Lösung einer anderen Rechtsordnung einfach auf das deutsche Recht zu übertragen. Zum anderen verdeutlichen die Ausführungen, dass nicht nur im deutschsprachigen Raum Bedarf besteht, der Frage nach der Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen umfassend nachzugehen. Andere Rechtsordnungen könnten von den Überlegungen ebenfalls profitieren, da es sich um ein weltweites Problem handelt.

¹³¹⁰ *Perillo*, Calamari and Perillo on Contracts, 6. Aufl. 2009, § 9.24, S. 313. Eine wortgleiche Passage findet sich bei Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.24.

¹³¹¹ Dazu wie dieser Regelungsmechanismus funktioniert und zu bewerten ist, siehe näher unter 3. Teil, C.II.3.a).

II. Aus der Rechtsvergleichung und der rechtshistorischen Betrachtung gewonnene Regelungsmechanismen

Im Folgenden Abschnitt werden die verschiedenen Regelungsmechanismen untersucht, die die nationalen Gesetzgeber der in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen einsetzen, um zwischen verschiedenen Bluffs zu differenzieren.¹³¹² Die einzelnen Punkte können sich dabei durchaus überlagern, da Gesetzgeber unterschiedliche, aber teils ähnliche Regelungsinstrumente einsetzen können, um bestimmte Wirkungen zu erzielen. Zunächst sollen jeweils die Wirkungsmechanismen der verschiedenen Regelungsinstrumente untersucht werden. Im Anschluss daran soll dann jeweils festgestellt werden, ob das Regelungsinstrument auch mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung potenziell zur Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen beitragen könnte. So sollen die chancenreichsten Optionen herausgefiltert werden, auf die dann im Rahmen der folgenden Ausführungen näher einzugehen ist.

1. *Sollertia*

Das römische Recht war mit Blick auf vorsätzliche Täuschungen (sehr) differenzierungsfreundlich,¹³¹³ da es nicht nur zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* unterschied (dazu sogleich unter 3. Teil, C.II.2.),¹³¹⁴ sondern bestimmte Bluffs nicht erfasste, die in den Bereich der *sollertia* fielen.¹³¹⁵ Dadurch ließ das römische Recht einen weiten Spielraum für Täuschungen bei Vertragsverhandlungen. Lügen, die in den Bereich *dolus bonus* oder *sollertia* fielen, führten beide keine Rechtsfolgen herbei. Gemein ist beiden Kategorien, dass von ihr erfasste Täuschungen als rechtmäßig galten. Es wird vertreten, dass *dolus bonus* nur bei ernsthaften Täuschungen zur Anwendung kam, die jedoch unternommen wurden, „um sich (oder andere)¹³¹⁶ vor rechtswidrigen Angriffen zu schützen“¹³¹⁷. Der Anwendungsbereich war damit gering.¹³¹⁸ Die im Geschäftsverkehr üblichen Bluffs wurden nach dieser An-

¹³¹² Die Regelungstechnik der unwiderlegbaren Vermutung wird an dieser Stelle nicht diskutiert. Siehe dazu näher im Rahmen der Lösung *de lege ferenda* unter 5. Teil, B.III.2.c).

¹³¹³ Vgl. zum römischen Recht und der dortigen Differenzierung *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 45 ff.; *Wacke*, SZ 94 (1977), 184, insb. S. 221 ff.; *Carcatera*, *Dolus bonus / dolus malus*, 1970, passim; vgl. auch *Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1990, S. 664 ff.; zur Verbindung von Ethik und dem römischen Recht *Backhaus* in: FS Laufs, *Ethik und Recht in Cicero, de officiis* 3.12.50 ff.

¹³¹⁴ In der Klassik wurde statt *dolus malus* schlicht die Bezeichnung *dolus* verwendet. Gemeint war mit *dolus* allerdings der *dolus malus*. Vgl. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 49 (Fn. 191). Siehe auch *Wacke*, SZ 94 (1977), 184, insb. S. 227. Zur Unterscheidung auch *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *HKK*, Bd. 1, 2003, §§ 116–124 Rn. 112.

¹³¹⁵ *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 229.

¹³¹⁶ *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 230 die Folgenlosigkeit der Verwechslung betonend.

¹³¹⁷ *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 229.

¹³¹⁸ *Wacke*, ZRG RA 94 (1977), 184, 229.

sicht unter den Begriff *sollertia* gefasst.¹³¹⁹ Für die Praxis ist die Unterscheidung im Ergebnis nicht entscheidend. Vielmehr ist die Regelungstechnik interessant. Sie zeigt, dass die Römer durch den Bereich der *sollertia* bestimmte Täuschungen bereits von vornherein aus dem Anwendungsbereich des *dolus* ausnahmen. Diese Regelungstechnik kennt heute keine der in römisch-rechtlicher Tradition stehenden Rechtsordnungen mehr. Jede Falschaussage (über Tatsachen) wird vielmehr an den entsprechenden Vorschriften gemessen. Früher wurden allerdings in Frankreich und Italien nur Täuschungsmanöver von den jeweiligen Vorschriften erfasst. Einfache Lügen waren vom Anwendungsbereich hingegen ausgenommen, was einen ähnlichen Effekt erzielte wie eine Unterscheidung zwischen *dolus* (*bonus/malus*) und dem Bereich der *sollertia*. Heute umfassen die jeweiligen Regelungen in Frankreich und Italien allerdings auch einfache Lügen. In Frankreich spiegelt sich das mittlerweile sogar explizit in Art. 1137 Abs. 1 C. civ. wider. In Italien wurde das Gesetz hingegen nicht geändert, sondern es handelt sich insofern um die h. M. (wobei es bis heute eine m. M. gibt) und die ständige Rechtsprechung.¹³²⁰ Das Regelungsinstrument der *sollertia* wird damit heute von keiner Rechtsordnung mehr genutzt.

Obwohl das Regelungsinstrument im Ergebnis dazu geeignet ist, zwischen zulässigen und unzulässigen Lügen zu differenzieren, sollte es in Deutschland nicht zur Unterscheidung herangezogen werden. Denn der Regelungsmechanismus trägt zum einen nicht konkret etwas zur näheren Bestimmung eines ggf. bestehenden „Täuschungsspielraums“ bei. Auch im römischen Recht blieb vielmehr die Problematik der Abgrenzung zwischen *dolus* und *sollertia* bestehen. Die Problematik würde durch dieses Regelungselement somit nur „verschoben“, aber nach hier vertretener Ansicht nicht gelöst. Zum anderen würde es sich um eine aus (deutscher) systematischer Sicht sehr einschneidende Maßnahme handeln, die nur zu rechtfertigen wäre, wenn dadurch erhebliche Vorteile erzielt werden könnten. Diese sind jedoch gerade nicht ersichtlich. Da es sich bei allen diskutierten Taktiken um Täuschungen (über Tatsachen) handelt (bzw. handeln kann), erscheint es letztlich stimmiger, sie auch an der Norm zu messen und in diesem Rahmen einige der Täuschungshandlungen als zulässig zu betrachten.

2. Rechtswidrigkeit vs. *dolus bonus/dolus malus*

Das deutsche, das österreichische und das schweizerische Recht diskutieren im Rahmen von Täuschungen das (ungeschriebene) Erfordernis der Rechtswidrigkeit. Auf die jeweilige dogmatische Einordnung soll hier nicht näher eingegangen wer-

¹³¹⁹ Wacke, ZRG RA 94 (1977), 184, 229f.

¹³²⁰ Allerdings werden in den Urteilen zu einfachen Lügen oftmals höhere Anforderungen an die weiteren Voraussetzungen gestellt. Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.2.

den.¹³²¹ Das US-amerikanische Recht kennt diese Anforderung nicht.¹³²² Das französische und italienische Recht unterscheiden in römischer Tradition hingegen zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*, was strukturell ebenfalls einer Differenzierung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen entspricht. Allerdings wird der Anwendungsbereich unterschiedlich weit gefasst. Die Rechtswidrigkeit, wie sie in Deutschland, Österreich und der Schweiz (heute) verstanden wird, steht mehr in der soeben beschriebenen römischen Tradition des *dolus bonus* und erfasst als rechtmäßig lediglich Situationen, in denen eine Person lügt, um sich gegen eine unrechtmäßige Frage zu wehren. Auf übliche Geschäftspraktiken, d. h. kleine übliche Bluffs, wird die Rechtswidrigkeit hingegen bislang nicht bzw. nicht mehr erstreckt. Allerdings ist in Deutschland, Österreich und der Schweiz gleichzeitig das römische Konzept der *sollertia* unbekannt (dazu bereits unter 3. Teil, A.III.), sodass übliche Geschäftspraktiken, die auf Täuschungen basieren, zunächst erfasst sind, sofern alle weiteren Anforderungen der jeweiligen Vorschriften vorliegen.

Im deutschen Recht stellt die Rechtswidrigkeit auf den ersten Blick die einzige, erkennbare Möglichkeit dar, eine Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Lügen *de lege lata* zu erzielen.¹³²³ Das gilt zwar im Grunde ebenso für das österreichische Recht.¹³²⁴ Dort wird aber zudem noch die Verknüpfung von Rechtsfolge und der Auswirkung der Täuschung diskutiert (dazu sogleich unter 3. Teil, C.II.3.).¹³²⁵ Und auch in der Schweiz wird eine Verbindung zwischen der Auswirkung der Täuschung und der Rechtsfolge erörtert.¹³²⁶ Zu den Ländern, die gerade mit Blick auf den unternehmerischen Rechtsverkehr (noch) zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* unterscheiden bzw. die Differenzierung intensiv diskutieren, gehören Frankreich und Italien. Allerdings verstehen sie *dolus bonus* – wie bereits angedeutet – anders als die Rechtswidrigkeit im deutschsprachigen Raum. Danach erfasst *dolus bonus* in beiden Ländern traditionell die kleinen, üblichen Täuschungen im Geschäftsverkehr.¹³²⁷

¹³²¹ Mit Blick auf das deutsche Recht wird dieser Aspekt im Rahmen der Lösung *de lege lata* aufgegriffen (siehe unter 5. Teil, A.). Zum österreichischen Recht siehe 3. Teil, B.V.7. Zum schweizerischen Recht siehe 3. Teil, B.VI.7.

¹³²² Das US-amerikanische Recht arbeitet mit anderen Regelungsmechanismen, die durchaus ähnliche Effekte erzielen können. Sie werden allerdings gesondert untersucht.

¹³²³ Siehe zur Lösung *de lege lata* mit Blick auf die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal näher unter 5. Teil, A.III.3. und A.IV.4.b) und c).

¹³²⁴ S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 125 f.

¹³²⁵ Zu dieser Lösungsoption zur Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen auch S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 124 f.

¹³²⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.12.

¹³²⁷ Zu Frankreich siehe Cour de cassation, Chambre civile 1, 28.01.2010, 08-21.310 („un dolus malus par opposition au bonus dolus toléré par la morale des affaires“); Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.12.1994, 92-20.806 (Fotolabor) („l'exagération commise dans la description publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales“). Vgl. dazu auch Terré et al., Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300); Porchy-Simon, Droit des obligations 2024, 16. Aufl. 2023, S. 101 (Rn. 175) und in der deutschsprachigen Literatur Fleischer, Informati-

Dazu zählen z.B. gewisse Übertreibungen,¹³²⁸ vor allem in der Werbung.¹³²⁹ *Dolus bonus* nimmt somit bestimmte Lügen vom Anwendungsbereich der jeweiligen Vorschrift aus. Dadurch weist diese Regelungstechnik der getäuschten Seite gleichzeitig Eigenverantwortung zu (dazu auch näher unter 3. Teil, C.II.5.).¹³³⁰ Denn diese Vorgehensweise führt zur Verantwortung der anderen Seite, sich nicht täuschen zu lassen und so keinen Nachteil zu erfahren. Die beiden Regelungsmechanismen überlappen sich insofern. Vor allem in Italien wird der Aspekt der Eigenverantwortung noch weitergehend diskutiert¹³³¹ und auch im französischen Recht findet sich eine Diskussion um die Leichtgläubigkeit.¹³³²

Das US-amerikanische Recht unterscheidet nicht in dieser Weise zwischen zulässigen und unzulässigen Bluffs. Doch es werden auch im US-amerikanischen Recht entsprechende Wertungen berücksichtigt. So wird statt der Rechtswidrigkeit oder *dolus bonus* beispielsweise das gerechtfertigte Vertrauen der getäuschten Seite (*justified reliance*¹³³³) geregelt, was im Ergebnis ähnliche Wirkungen entfaltet (siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.5.).

Die Rechtswidrigkeit und die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* erscheinen im Ergebnis grundsätzlich geeignet, um rechtmäßige von rechtswidrigen Täuschungen abzugrenzen. In Deutschland wird die Rechtswidrigkeit

onsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 691. Zu Italien siehe *Gaudino*, La Nuova giurisprudenza civile commentata, 1990, S. 366, 377 („Da sempre – si ricorda – esistono nel costume dei commercianti comportamenti non perfettamente limpidi, e tuttavia generalmente accettati“); *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codice ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5 („accorgimenti ingannatori tollerati nella pratica degli affari“); ebenso *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 151; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 446.

¹³²⁸ Zur Frankreich siehe *Casimir*, Revue de contrats 2017, 153, 159; *Terré et al.*, Les obligations, 13. Aufl. 2022, S. 334 (Rn. 300); *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 691. Zu Italien siehe *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 1 („generiche vanterie, iperbolica esaltazione dei propri prodotti e/o servizi“); *Ferrara*, Teoria dei contratti, 1940, S. 161 f. („dolo bono, che consiste in ogni lode o magnificazione della cosa o della merce, nel decantarne le doti e simili [...] in materia di contratti è tollerata una certa vanteria o reticenza od anche bugia“); *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato, 3. Aufl. 2022, S. 524; *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 622; *Roppo*, Il contratto, 2. Aufl. 2011, S. 767 bezeichnet dies als frühere/alte Meinung („Un'antica opinione“).

¹³²⁹ Zu Frankreich siehe *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 431 (Rn. 558) mit Beispielen. Vgl. auch *Casimir*, Revue de contrats 2017, 153, 159 (Waschmittel, das weißer als weiß wäscht [„lave plus blanc que blanc“]). Zu Italien siehe *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codice ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439, Abschnitt IV. Rn. 3.

¹³³⁰ Insbesondere in Italien wird die Debatte um *dolus bonus* mit den Anforderungen an die Eigenverantwortung verknüpft. Siehe z. B. *C. Bianca*, Diritto civile, Bd. 3, 3. Aufl. 2019, S. 621 ff.; *Carresi* in: *Cicu/Messineo/Mengoni* (Hrsg.), Trattato di diritto civile e commerciale, Bd. 21, Bd. 1, 1987, S. 470 f.; *Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Aufl. 1994, S. 446.

¹³³¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B. III.7.

¹³³² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B. IV.7.

¹³³³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B. II.4.

jedoch bislang nicht zur Differenzierung mit Blick auf übliche Geschäftspraktiken genutzt. Aufgrund des möglichen, weiten Interpretationsspielraums helfen die Konzepte allerdings nicht bei der konkreten Differenzierung. Der Vorteil besteht aus deutscher Sicht darin, dass das Erfordernis der Rechtswidrigkeit bereits *de lege lata* anerkannt ist¹³³⁴ und eine Lösung über dieses Instrument somit wohl als weniger einschneidend wahrgenommen würde (als beispielsweise die Definition des Bereichs der *sollertia*). Konzeptionell erscheint eine Lösung über die Rechtswidrigkeit somit gangbar. Aber auch dann bleibt zu untersuchen, wo die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen verlaufen sollte.

3. Verknüpfung von Rechtsfolge und Auswirkung der Täuschung

a) *Dolus causam dans* und *dolus incidens*

Rechtshistorisch betrachtet führten die Glossatoren die terminologische Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* ein.¹³³⁵ Sie leiteten diese Differenzierung aus den Digesten ab¹³³⁶ und etablierten dadurch eine Verknüpfung der Rechtsfolge mit der Auswirkung der Täuschung auf den Vertragsschluss. Obwohl das deutsche Recht in der römisch-rechtlichen Tradition steht, unterscheidet es allerdings nicht zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens*. In Österreich wird eine entsprechende Differenzierung mit Blick auf die Rechtsfolge hingegen intensiv diskutiert.¹³³⁷ Es wird insofern erörtert, ob der getäuschten Seite in beiden Fällen ein Wahlrecht zwischen Anfechtung und Anpassung zusteht oder nicht.¹³³⁸ So geht eine im Vordringen befindliche Meinung beispielsweise davon aus, dass unwesentliche Irrtümer (gleichzusetzen mit *dolus incidens*), die durch Täuschungen hervorgerufen wurden, grundsätzlich nicht zur Anfechtung, sondern nur zur Anpassung berechtigen sollten. Etwas anderes soll nur gelten, sofern die Vertrauenserschütterung aufgrund des Bluffs für die getäuschte Seite unzumutbar ist.¹³³⁹ *Dolus causam dans* und *dolus incidens* sollen somit zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen.

¹³³⁴ Zum derzeitigen Diskussionsstand zur Widerrechtlichkeit siehe näher unter 2. Teil, B.I.7.

¹³³⁵ *Sprenger*, AcP 88 (1898), 359, 361 („Daß die Terminologie *dolus causam dans* und *incidens* nicht römisch, sondern eine Erfindung der Glossatoren ist, steht fest“); *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87.

¹³³⁶ *Sprenger*, AcP 88 (1898), S. 359, 361; *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 87.

¹³³⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.5.b) und 10.

¹³³⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.5.b) und 10.

¹³³⁹ Siehe z.B. *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234f.; dem zustimmend *Bollenberger/P. Bydlinski* in: *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Pletzer* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), ABGB-ON¹⁻⁰³ (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24 spricht von „beachtlichen Argumenten“; *Koziol*, RdW 2008, 4, 5f. erläutert, dass neben den unwesentlichen Irrtum ein wesentlicher Irrtum über die Person des Vertragspartners i.S.d. § 873 ABGB treten muss, um eine Anfechtung zu rechtfertigen.

Das schweizerische Recht weist ähnliche Tendenzen auf. So wird debattiert, welche Rechtsfolgen im Fall von *dolus incidens* eintreten sollen. Auf Tatbestandsseite wird für *dolus incidens* mit Blick auf Klauseln von untergeordneter Bedeutung die Ausübung des Anfechtungsrechts gemäß Treu und Glauben gefordert, was im Endeffekt zu einer Art Minderung statt Anfechtung führt. Andererseits gibt es auch die Tendenz, dass der Getäuschte die Minderung wählen kann.¹³⁴⁰

In Italien wird hingegen explizit zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* unterschieden. Im Ergebnis kann der Getäuschte nur im Fall von *dolus causam dans* eine Annullierung des Vertrags erwirken (Art. 1439 Abs. 1 c.c.). In den Fällen des *dolus incidens* wird der Getäuschte auf Schadensersatzansprüche verwiesen (Art. 1440 c.c.). Eine entsprechende Regel kannte früher auch das französische Recht. Mittlerweile erfasst *dol* hingegen *dolus causam dans* und *dolus incidens* (Art. 1130 Abs. 1 C. civ.). An Fälle des *dolus incidens* wird dann allerdings die Anforderung gestellt, dass durch die Täuschung ein Vertrag mit substantiell anderem Inhalt abgeschlossen wurde (Art. 1130 Abs. 1 C. civ.). Dadurch gibt das französische Recht eine Erheblichkeitsschwelle vor.¹³⁴¹

Dem US-amerikanischen Recht ist die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* fremd. Insbesondere die Ausführungen zu *materiality* ließen sich zwar so verstehen, dass das US-amerikanische Recht nur Fälle des *dolus causam dans* erfasst, aber die Erläuterungen zu *inducement* und die Rechtsprechung weisen durchaus darauf hin, dass prinzipiell auch wegen *dolus incidens* angefochten werden kann.¹³⁴²

Die Diskussion um die Verknüpfung von Rechtsfolge und Auswirkung der Täuschung ist im Ergebnis äußerst interessant und nicht nur aus rechtswissenschaftlicher, sondern auch aus ökonomischer Sicht¹³⁴³ von großer Bedeutung. Es wird insofern die Frage gestellt, ob es sinnvoll ist, Verträge aufzulösen, obwohl diese auch ohne die entsprechende Lüge abgeschlossen worden wären. Dieser Ansatz trägt allerdings nicht dazu bei, zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen zu unterscheiden. Denn es bleibt dabei, dass alle Lügen als rechtswidrig angesehen werden; nur die Rechtsfolge variiert. D.h. es kommt nicht unbedingt zur Annullierung des Vertrags, sondern ggf. „nur“ zu Schadensersatzforderungen (sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen). Die Stigmatisierung bestimmter Bluffs wird dadurch jedoch nicht aufgehoben und der Täuschende muss weiterhin gewisse negative Konsequenzen für sein Handeln fürchten (wobei es insofern stark darauf ankäme, wie der Schaden bestimmt würde). Der Ansatz vermag es aber, die negativen Konsequenzen von Bluffs abzumildern. Das Regelungsinstrument kann die Problemlage somit entschärfen. Hier wird dieser Ansatz zunächst ausgeklammert, da eine Lösung innerhalb der Struktur des § 123 Abs. 1, 1. Alt.

¹³⁴⁰ Siehe zur Debatte näher unter 3. Teil, B.VI.12.

¹³⁴¹ Siehe dazu auch unter 3. Teil, B.IV.6.

¹³⁴² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.c) und 3.

¹³⁴³ Zur ökonomischen Analyse siehe in dieser Arbeit näher unter 4. Teil, G.

BGB, der nur die Anfechtung vorsieht, vorzuzugswürdig erscheint. Entscheidend ist es aber, Systemunstimmigkeiten mit der Haftung aus *culpa in contrahendo* zu vermeiden. Daher muss zumindest gelten, dass „listige“ Täuschungen, die kein Anfechtungsrecht begründen, auch nicht zu einer Vertragsaufhebung wegen einer Informationspflichtverletzung gem. *culpa in contrahendo* führen können.¹³⁴⁴ Damit ist jedoch noch nichts über das Verhältnis von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu einem ggf. möglichen Schadensersatz i. R. d. *culpa in contrahendo* gesagt. Ein solcher bliebe im Rahmen weiterer Forschungsbemühungen zu diskutieren, auch wenn er in Bezug auf „listige“ Täuschungen nicht unbedingt naheliegt (siehe dazu auch noch einmal unter 6. Teil, C.).

b) Erheblichkeitsschwelle

Wie soeben angemerkt, sieht das französische Recht eine Art Erheblichkeitsschwelle für *dolus incidens* vor, indem es einen substanziell anderen Vertragsinhalt aufgrund der Täuschung fordert. Durch die Erheblichkeitsschwelle wird nur ein Teil der Fälle des *dolus incidens* erfasst. Für Bluffs, die nur geringe Auswirkungen auf den Vertrag haben – also nicht zu einem substanziell anderen Vertragsinhalt führen –, greift Art. 1130 c. civ. somit nicht.¹³⁴⁵

Das US-amerikanische Recht verlangt unter Umständen *materiality* und sieht nach hiesigem Verständnis somit ebenfalls eine Erheblichkeitsschwelle vor. Wie ausgeführt, bedarf es der Erheblichkeit der Lüge zwar eigentlich nicht, sofern die Täuschung arglistig erfolgt,¹³⁴⁶ aber *de facto* wird *materiality* dennoch häufig kumulativ auch in diesen Fällen gefordert.¹³⁴⁷ Im Unterschied zu Frankreich wird diese Schwelle jedoch nicht mit Bezug auf *dolus causam dans* und *dolus incidens* erörtert, sondern stellt eine eigenständige Voraussetzung dar. Problematisch ist im US-amerikanischen Kontext insofern, dass *materiality* ein äußerst schwer zu konkretisierendes Konzept ist.¹³⁴⁸ In jedem Fall kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, welche Auswirkungen die Lüge auf die getäuschte Seite hat.¹³⁴⁹

¹³⁴⁴ Siehe dazu noch einmal näher im Rahmen der kritischen Reflexion des Ergebnisses unter 6. Teil, C.

¹³⁴⁵ Interessanterweise wird dieser Aspekt in der französischen Literatur praktisch nicht diskutiert. Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.6.

¹³⁴⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.c).

¹³⁴⁷ Vgl. statt vieler *Crooker v. White*, 50 So. 227 (Ala. 1909); *Grane v. Grane*, 473 N.E.2d 1366 (Ill. App. Ct. 1985); *Melvin v. Stevens*, 458 P.2d 977 (Ariz. Ct. App. 1969); *Monad Eng'g Co. v. Stewart*, 78 A. 598 (Del. Super. Ct. 1910); *Hoffer*, *University of Illinois Law Review* 115 (2014), 115, 130 (Fn. 94 m. w. N.).

¹³⁴⁸ Dazu *Hoffer*, *University of Illinois Law Review* 115 (2014), 115, 130 m. w. N. Vgl. auch *Williston (Begr.)*, *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11. So auch bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 984.

¹³⁴⁹ *Williston (Begr.)*, *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:12. Siehe zur Diskussion des Konzepts *materiality* näher unter 3. Teil, B.II.2.c).

Wie soeben gezeigt wurde, kann eine Erheblichkeitsschwelle im Ergebnis unterschiedlich ausgestaltet sein. Problematisch sind mit Blick auf die USA und Frankreich vor allem die damit verbundenen Auslegungsschwierigkeiten. Im Prinzip ist dieses Instrument aber dazu in der Lage, eine Abgrenzung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Lügen zu erzielen. Die Unterscheidung würde dann anhand der Auswirkungen für den Getäuschten getroffen. Es könnte somit eine Grenzziehung nach ökonomischen Erwägungen erfolgen. Dieser Gedanke ist äußerst interessant und wird in dieser Arbeit weiter verfolgt.¹³⁵⁰ Nach hier vertretener Ansicht sollte eine Differenzierung jedoch nicht allein nach ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden. Vielmehr sollte das Problem umfassend beleuchtet und beispielsweise auch das Rechtsgefühl¹³⁵¹ und rechtliche Umfeldwertungen¹³⁵² berücksichtigt werden. Je nach Ausgestaltung kann eine Erheblichkeitsschwelle in Deutschland allerdings aus systematischen Gründen zu Unstimmigkeiten führen.¹³⁵³ Denn allgemein auf alle Bluffs angewandt würde eine Erheblichkeitsschwelle dazu führen, dass kleinere Lügen über den Leistungsgegenstand nicht zur Anfechtung berechtigen würden, was für die deutsche Rechtsordnung abzulehnen ist.¹³⁵⁴ Zu bedenken ist außerdem, dass sich einige der hier vorgestellten Regelungsinstrumente überschneiden können. So ist das Konzept der Rechtswidrigkeit z. B. prinzipiell so flexibel, dass in dessen Rahmen auch Erheblichkeitsüberlegungen angestellt werden können. Aus regelungstechnischer Perspektive bedarf es daher nicht unbedingt beider Regelungsinstrumente. Da an dieser Stelle eine umfassendere Betrachtung befürwortet wird, scheint im Ergebnis die Rechtswidrigkeit gegenüber der Erheblichkeitsschwelle als das geeignetere Regelungsinstrument. Die folgende Diskussion fokussiert sich daher auf die Rechtswidrigkeit statt einer Erheblichkeitsschwelle.

4. Differenzierung zwischen Tatsachen und Meinungen

In allen untersuchten Rechtsordnungen kann nur bei Lügen über Tatsachen angefochten werden. Allerdings unterscheidet sich die Intensität, mit der die Thematik diskutiert wird sowie die konkrete Interpretation von Tatsachen. Insbesondere im deutschen Recht spielt dieser Aspekt eine wichtige Rolle und wird entsprechend intensiv debattiert.¹³⁵⁵ In Deutschland fallen über die Erfassung des Tatsachenkerns¹³⁵⁶ potenziell viele Lügen in den Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt.

¹³⁵⁰ Siehe zur ökonomischen Analyse von Täuschungen in Vertragsverhandlungen ausführlich unter 4. Teil, G.

¹³⁵¹ Siehe dazu ausführlich unter 4. Teil, C.

¹³⁵² Siehe dazu ausführlich unter 4. Teil, H.

¹³⁵³ Zu den rechtlichen Umfeldwertungen siehe näher unter 4. Teil, H.

¹³⁵⁴ Siehe dazu ausführlich unter 4. Teil, G.

¹³⁵⁵ Siehe dazu ausführlich unter 2. Teil, B.I.2.b).

¹³⁵⁶ *Ellenberger* in: *Grüneberg*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Singer/v. Finckenstein* in: *Staudinger BGB*, 2021, § 123 Rn. 7.

BGB. Die Bedeutung der Abgrenzung von Tatsachen zu Meinungen gewinnt zudem vor allem deshalb an Bedeutung, da die deutsche Vorschrift praktisch keine andere Möglichkeit kennt (mit Ausnahme der bereits angesprochenen Rechtswidrigkeit¹³⁵⁷), zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu differenzieren. In Österreich¹³⁵⁸ und der Schweiz¹³⁵⁹ wird die Debatte um die Abgrenzung von Meinungen und Fakten ebenfalls intensiv geführt. Gerade in der Schweiz lässt sich insofern sogar relevante Rechtsprechung finden.¹³⁶⁰ Die Unterscheidung zwischen Tatsachen und Meinungen wird zudem in den USA *en détail* erörtert.¹³⁶¹ Das US-amerikanische Recht versteht „Fakten“ ebenfalls weit. In Ausnahmefällen lässt es sogar Anfechtungen wegen Täuschungen über Meinungen zu. Da es aber ansonsten sehr differenzierungsfreundlich ist (z.B. durch die Voraussetzung der *justified reliance*), wiegt dies weniger schwer als in Deutschland.

In den anderen Rechtsordnungen wird die Differenzierung zwischen Tatsachen und Meinungen hingegen weniger intensiv debattiert. In Italien wird beispielsweise das Problem von Täuschungen über Meinungen und Intentionen praktisch nicht explizit thematisiert.¹³⁶² Vergleichbares gilt für die Debatte in Frankreich.¹³⁶³ In Frankreich und Italien mag dies z.B. damit begründet werden, dass dies für die Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen nicht so entscheidend ist wie beispielsweise in Deutschland. Denn selbst wenn eine Aussage (hier eine Meinung) einen Tatsachenkern aufweist, kann sie über andere Mechanismen dem Anwendungsrecht des Anfechtungsrechts entzogen werden. Dazu zählen Regelungselemente wie der *dolus bonus*, die Erheblichkeitsschwelle oder die Zuweisung von Eigenverantwortung und in Italien auch die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens*.

Im Ergebnis gewinnt die Unterscheidung zwischen Meinungen und Tatsachen somit insbesondere dann an Bedeutung, wenn ansonsten praktisch keine Regelungsinstrumente zur Grenzziehung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen genutzt werden. Sinnvoll erscheint insofern zunächst, dass bloße Meinungen, die der sich Äußernde auch vertritt, nicht zur Anfechtung berechtigen sollten.¹³⁶⁴ Die Differenzierung zwischen Meinungen und Tatsachen eignet sich darüber hinaus aber im Ergebnis nicht für die Absteckung eines „Täuschungsspiel-

¹³⁵⁷ Siehe unter 2. Teil, B.I.7.

¹³⁵⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.2.b).

¹³⁵⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.2.

¹³⁶⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.2.

¹³⁶¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.a).

¹³⁶² Siehe dazu unter 3. Teil, B.III.2.

¹³⁶³ Siehe dazu unter 3. Teil, B.IV.2.

¹³⁶⁴ Ein Anfechtungsrecht käme ansonsten einem „Meinungsverbot“. Eine solche Einschränkung scheidet bereits aufgrund der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, S. 1 GG) aus. Zur ökonomischen Begründung dazu, dass auch Täuschungen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer Meinung nicht zur Anfechtung berechtigen sollten, siehe näher unter 4. Teil, G.IV.2.b).

raums“. Das liegt nicht nur daran, dass die Unterscheidung zwischen Meinungen und Tatsachen äußerst diffizil ist und nach hier vertretener Ansicht zwangsläufig unscharf bleiben muss. Richtig verstanden enthalten viele Aussagen zumindest einen Tatsachekern. Dieses Regelungsinstrument kann somit nur zu sehr wenigen rechtmäßigen Täuschungen führen. Außerdem erfolgt die Grenzziehung insofern nicht anhand von wertungsmäßigen Überlegungen. Nach hier vertretener Ansicht kann die Unterscheidung zwischen Meinungen und Tatsachen daher nicht das Hauptregelungsinstrument zur Grenzziehung darstellen. Aber es kann durchaus als flankierende Maßnahme in Betracht kommen. Darauf deutet die Tatsache hin, dass alle betrachteten Rechtsordnungen dieses Instrument nutzen.

5. Eigenverantwortung des Getäuschten

Der Regelungsgeber hat zu entscheiden, wem die Verantwortung im Fall einer vorsätzlichen Täuschung durch eine Vertragspartei zugewiesen werden soll.¹³⁶⁵ Konkret geht es dabei um die Frage, ob die Verantwortung immer der täuschenden Seite obliegen sollte oder ob es auch Konstellationen gibt, in denen man von der getäuschten Seite einen gewissen Grad an Eigenverantwortung erwartet. Die Rechtsordnungen, die in römisch-rechtlicher Tradition stehen, weisen die Verantwortung im Rahmen der arglistigen Täuschung grundsätzlich allein dem vorsätzlich Täuschenden zu. In Deutschland wird in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB¹³⁶⁶ insofern der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ angeführt.¹³⁶⁷ In der Praxis mag dieses Prinzip zwar nicht vollumfänglich durchgesetzt werden, da es leichtfallen mag, im Fall von grober Fahrlässigkeit durch die getäuschte Seite eine andere Voraussetzung abzulehnen (z. B. die Ablehnung der Kausalität). Aber insbesondere die deutsche Rechtsordnung hält mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB formal eindeutig an diesem Grundsatz fest.¹³⁶⁸ Gleiches lässt sich bezüglich der österreichischen Rechtsordnung konstatieren.¹³⁶⁹ In der Schweiz wird das Prinzip der „Opfermitverantwortung“ zwar diskutiert.¹³⁷⁰ Die Rechtsprechung und die

¹³⁶⁵ An dieser Stelle geht es nicht um die Sonderkonstellation einer Täuschung durch einen Dritten, sondern um den Standardfall einer Lüge von Seiten eines Vertragspartners.

¹³⁶⁶ Die Aussage bezieht sich allein auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Im Rahmen anderer Vorschriften weist das deutsche Recht der getäuschten Seite hingegen einen gewissen Grad an Eigenverantwortung zu. Siehe dazu näher mit Blick auf das Strafrecht unter 4. Teil, G.H.VII.

¹³⁶⁷ So bereits *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 442 („der *dolus* des Beklagten überwiegt die *culpa* des Klägers“), der dies aus dem römischen Recht ableitet. Der Grundsatz wird nicht nur in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigt. Er findet sich z. B. auch in § 442 Abs. 1 S. 2 BGB. Vgl. auch *Büdenbender* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 442 Rn. 12 („Insoweit wiegt die Arglist [...] schwerer als die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers“).

¹³⁶⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.3.

¹³⁶⁹ Siehe dazu unter 3. Teil, B.V.6.

¹³⁷⁰ Siehe *Vischer/Galli*, *AJP* 2017, 1393, 1399f.

h. M. geben jedoch im Ergebnis auch in der Schweiz das Prinzip „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ nicht auf.¹³⁷¹

Von den Rechtsordnungen in römisch-rechtlicher Tradition diskutiert ansonsten vor allem Italien explizit die Eigenverantwortung des Getäuschten (teils in Zusammenhang mit *dolus bonus*, siehe dazu unter 3. Teil, B.III.8.). Denn die Annullierung des Vertrags ist ausgeschlossen, wenn das eingesetzte Mittel, objektiv nicht dazu geeignet ist, einen Vertragspartner von normalem Verstand zu täuschen.¹³⁷² Der Getäuschte gilt in Italien als nicht schutzwürdig, wenn er leichtgläubig auf eine Täuschung hereinfällt.¹³⁷³ Maßstab ist diesbezüglich, ob sich eine Person mit normaler Sorgfalt und gesundem Menschenverstand von einem entsprechenden Bluff täuschen lassen würde.¹³⁷⁴ Nach dieser Ansicht gilt in Italien somit der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ nicht vollumfänglich.¹³⁷⁵

In Frankreich wird die Eigenverantwortung des Getäuschten unter dem Stichwort der Leichtgläubigkeit diskutiert.¹³⁷⁶ Insofern werden in der Literatur unterschiedliche Ansichten vertreten. Die Rechtsprechung berücksichtigt die Eigenverantwortung insbesondere im Zusammenhang mit dem Nachweis der Kausalität und verknüpft dies mit unterschiedlichen Anforderungen an B2B- und B2C-Verhandlungen (dazu gleich unter 3. Teil, C.II.7.). Denn die Kausalkette muss *in concreto* vorliegen.¹³⁷⁷ Dadurch werden höhere Anforderungen an starke oder erfahrene Parteien, wie z. B. Unternehmer, gestellt.

Das US-amerikanische Recht weicht vom Prinzip „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ ebenfalls in ausdrücklicher Form ab, indem es *justified reliance* fordert.¹³⁷⁸

¹³⁷¹ Zur Unerheblichkeit der fahrlässigen Nichtkenntnis der wahren Sachlage Bundesgericht 4A_141/2017 – E. 3.1.4. vom 04.09.2017; vgl. auch Kassationsgericht Zürich AC050076/U/mb – E. 2.4 b) vom 08.05.2006 (es soll nicht darauf ankommen, „ob die Täuschung leicht zu vermeiden gewesen wäre“. Siehe auch *Schwenger/Fountoulakis* in: Basler Kommentar OR, 2020, Art. 28 Rn. 14a; *Gilomen*, Absichtliche Täuschung, 1950, S. 12 und 42f. Hingegen eine Opfermitverantwortung propagierend *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1399f. Außerdem wird auf „vertrauens-erweckend vorgelegte“ Angaben Bezug genommen. Siehe z. B. Kassationsgericht Zürich ZH AC050076/U/mb – E. 2.4b vom 08.05.2006; vgl. zu diesem und weiteren Fällen auch *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 22 ff.

¹³⁷² Die Geeignetheit nennend und die unterschiedlichen Ansichten präsentierend *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 1 und insbesondere 4 m. w. N.

¹³⁷³ Cassazione civile 11.03.1996, n. 1995; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; dies ebenfalls konstatierend *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 3; *Funaioli* in: Enciclopedia del diritto, Bd. 13, 1964, S. 739, 746.

¹³⁷⁴ Cassazione civile 28.10.1993, n. 10718; Cassazione civile 23.06.2009, n. 14628; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 2; *Gazzoni*, Manuale di diritto privato, 20. Aufl. 2021, S. 975; *Funaioli* in: Enciclopedia del diritto, Bd. 13, 1964, S. 739, 746; vgl. zur Argumentation auch *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 4.

¹³⁷⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.7.

¹³⁷⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.7.

¹³⁷⁷ *Chantepie/Latina*, Le nouveau droit des obligations, 2. Aufl. 2018, S. 256 (Rn. 297).

¹³⁷⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.4.

Das Vertrauen in die Falschaussage muss somit gerechtfertigt gewesen sein, d. h. der Getäuschte muss auch auf die Aussage vertraut haben dürfen.¹³⁷⁹ So wird *justified reliance* beispielsweise abgelehnt, wenn Lügen nur geringe Bedeutung für den Vertrag haben¹³⁸⁰ oder wenn eine falsche Aussage nicht ernst genommen werden kann.¹³⁸¹ Es darf z. B. nicht auf offensichtliche Täuschungen vertraut werden.¹³⁸² Wie in Frankreich wird die Debatte auch in den USA mit unterschiedlichen Anforderungen an Laien und Profis verbunden (zu B2B- und B2C-Verhandlungen sogleich im Folgenden, 3. Teil, C.II.7.). Durch diese Voraussetzung wird dem Getäuschten ein gewisser Grad an Eigenverantwortung zugewiesen.¹³⁸³ Im Ergebnis verknüpft die US-amerikanische Rechtsordnung somit das Vertrauen (dazu auch noch im Folgenden unter 3. Teil, C.II.6.) und die Eigenverantwortung.

Die Eigenverantwortung ist im Ergebnis bereits deshalb ein interessantes Regelungsinstrument, da es aus der Perspektive der getäuschten Seite gedacht ist, die ansonsten oftmals ausgeblendet wird. Die Betrachtung zeigt außerdem, dass es sich um ein äußerst facettenreiches Regelungsinstrument handelt, das unterschiedlich ausgestaltet und mit verschiedenen weiteren Aspekten verknüpft werden kann. Aus diesem Grund fällt es nicht leicht, eine pauschale Bewertung dieses Regelungsmechanismus vorzunehmen. Generell kann festgehalten werden, dass die Eigenverantwortung im Prinzip auch dazu eingesetzt werden, zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden. Die Differenzierungsmöglichkeiten hängen dann von der konkreten Ausgestaltung ab. So kann z. B. darauf abgestellt werden, ob die Lüge durch die getäuschte Seite leicht hätte erkannt werden können. Aufgrund der bestehenden Informationsasymmetrien in Vertragsverhandlungen ist dies allerdings in vielen Fällen gerade nicht der Fall. Bluffs über Alternativangebote zu erkennen, fällt beispielsweise regelmäßig äußerst schwer (was die Taktik gerade erfolgreich macht). Bereits daher kann dieser Ansatz eine Differenzierung nur in geringem Umfang ermöglichen. Wie jedoch später noch zu zeigen sein wird (siehe 4. Teil, G.V.2.), ist es aus ökonomischer Perspektive zudem nicht sinnvoll, das Prinzip „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ aufzugeben.

¹³⁷⁹ Doe v. Archdiocese of Milwaukee, 772 F.3d 437 (7th Cir. 2014) („The reliance inquiry thus involves two subsidiary questions: (1) Did the party actually rely on the misrepresentation? (2) If so, was the reliance justifiable?“); McCormick & Co. v. Childers, 468 F.2d 757 (4th Cir. 1972); Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7, 2023, § 28.15.

¹³⁸⁰ § 164 R2C, comment. d. (S. 447): „of only peripheral importance to the transaction“.

¹³⁸¹ § 164 R2C, comment. d. (S. 447); Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–69f.

¹³⁸² Estate of McKenney, 953 A.2d 336 (D.C. 2008); Kluge v. Ries, 117 N.E. 262 (Ind. Ct. App. 1917); McGar v. Williams, 26 Ala. 469 (Ala. 1855) (Beispiel eines Turms, der bis zum Mond reichen soll); vgl. auch Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.14, S. 4–69f. A. A. jedoch Beavers v. Lamplighters Realty, Inc., 556 P.2d 1328 (Okla. Civ. App. 1976).

¹³⁸³ Dies lässt sich auch aus einigen Entscheidungen herauslesen, siehe z. B. Legacy Academy, Inc. v. Mamilove, LLC, 771 S.E.2d 868 (Ga. 2015); vgl. auch L. Alexander/Sherwin, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 411.

Die Eigenverantwortung kann allerdings auch so ausgestaltet werden, dass auf rationales Verhalten abgestellt wird. Die getäuschte Seite ist dann nur geschützt, sofern sie sich rational verhält. Dadurch könnten zumindest Bluffs, die auf Effekten der *behavioral economics*¹³⁸⁴ beruhen, vom Anwendungsbereich der arglistigen Täuschung ausgenommen werden. Wie unter 2. Teil, A.VI.2. erläutert, beruht z. B. die Taktik der kleinen Menge auf dem *scarcity effect* und dem *bandwagon effect*.¹³⁸⁵ Die Similar-to-me-Taktik basiert wiederum auf dem Similar-to-me-Effekt (siehe bereits unter 2. Teil, A.VI.1.).¹³⁸⁶ Allerdings ist es bezüglich vieler anderer Aspekte durchaus rational, diese in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Besonders deutlich wird dies bei Lügen über bestehende Alternativangebote, da durch die Kombination der BATNA¹³⁸⁷ (*best alternative to a negotiated agreement*) beider Seiten das ZOPA¹³⁸⁸ (*zone of possible agreement*) bzw. NOPA (*no possible agreement*) abgesteckt wird. Die Möglichkeit der Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen wäre insofern erheblich eingeschränkt.

Es ist aber auch denkbar, die Eigenverantwortung i. S. e. Erheblichkeitsschwelle zu verstehen (wie dies z. B. im US-amerikanischen Recht anklingt). Dann gelten die bereits zu diesem Regelungsinstrument getroffenen Ausführungen (siehe dazu unter 3. Teil, C.II.3.b)). Allgemein angewandt bestünde das Problem insofern vor allem darin, dass eine Erheblichkeitsschwelle in Deutschland zu Systemunstimmgigkeiten führen könnte. Denn dann würde eine Erheblichkeitsschwelle dazu führen, dass kleinere Lügen über den Leistungsgegenstand ebenfalls nicht zur Anfechtung berechtigen würden, was für die deutschen Rechtsordnung abzulehnen ist.¹³⁸⁹

Nach hier vertretener Ansicht ist die Eigenverantwortung damit zwar ein interessantes Regelungselement. Es sollte im Ergebnis aber höchstens hilfswise herangezogen werden, um zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden. Es erscheint insbesondere auch möglich relevante Erwägungen über andere Regelungsinstrumente (z. B. die Rechtswidrigkeit) aufzugreifen.

¹³⁸⁴ *Kahneman/Tversky* können als Begründer der *behavioral economics* bezeichnet werden. Neben *Kahneman/Tversky* hat auch *Thaler* ganz entscheidend zur Entwicklung der *behavioral economics* beigetragen. Siehe z. B. *Thaler*, *Science* 4 (1985), 199, 199 ff.; *ders.*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 1 (1980), 39, 39 ff.

¹³⁸⁵ Siehe zu den Effekten von *scarcity* auf Verbraucher *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.; *Martini/Kramme/Seeliger*, *VuR* 2022, 123, 123 f. Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend *Leibenstein*, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183–207. Zu *popularity cues* und ihren Effekten *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.

¹³⁸⁶ Zur Similar-to-me-Taktik siehe *Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung – taktische, strategische und rechtliche Elemente*, 2016, S. 349.

¹³⁸⁷ Siehe zum BATNA näher unter 2. Teil, A.V.1.

¹³⁸⁸ Siehe zum ZOPA näher unter 2. Teil, A.V.1.

¹³⁸⁹ Siehe dazu ausführlich unter 4. Teil, G.

6. Vertrauen

Das Vertrauen spielt in den betrachteten Rechtsordnungen mit Blick auf verschiedene Aspekte eine wichtige Rolle. Es geht insofern zum einen darum, ob sich eine Vertrauensbeziehung zwischen den Vertragsparteien auf die Bewertung der Täuschung auswirken sollte sowie ob und, wenn ja, inwieweit auf Aussagen der Gegenseite vertraut werden darf. In Bezug auf Letzteres ist dieser Aspekt eng mit der soeben diskutierten Eigenverantwortung verknüpft. Zum anderen kann das Vertrauen in Bezug darauf Relevanz entfalten, ob die Täuschung einem der Vertragspartner zugerechnet wird. Vertrauen spielt somit auch dann eine Rolle, wenn nicht der Vertragspartner selbst, sondern eine andere Person die Irreführung begeht.

Die Verbindung aus Vertrauen und Eigenverantwortung erfasst – wie schon soeben angeklungen (siehe unter 3. Teil, C.II.5.) – vor allem die US-amerikanische Rechtsordnung mit Blick auf *justified reliance*. In diesem Zusammenhang werden zudem Vertrauensbeziehungen ausdrücklich angesprochen.¹³⁹⁰ In Frankreich werden Vertrauensbeziehungen z. B. mit Blick auf die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*¹³⁹¹ bzw. auch in Bezug auf Ungleichgewichtslagen aufgegriffen.¹³⁹² In Italien stellt das Vertrauen ebenfalls einen bedeutenden Aspekt dar. Denn Lügen sollen vor allem dann als Täuschung i. S. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. gelten, je mehr Vertrauen in solche Aussagen bzw. Handlungen gewöhnlich gesetzt wird.¹³⁹³

Weder in Deutschland noch in Österreich oder der Schweiz wird hingegen ein etwaiges Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien in den einschlägigen Vorschriften explizit berücksichtigt. In Deutschland und Österreich steht die Diskussion um Vertrauen und Eigenverantwortung bereits deshalb nicht im Vordergrund, da – wie oben ausgeführt – diesen Rechtsordnungen die Berücksichtigung der Eigenverantwortung des Getäuschten im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und § 870 1. Alt. ABGB grundsätzlich fremd ist. In der Schweiz wird dies zwar diskutiert, im Ergebnis gilt dort aber ebenfalls der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“. Erörtert wird das Vertrauensverhältnis im deutschsprachigen

¹³⁹⁰ Siehe näher unter 3. Teil, B.II.4. Zur besonderen Vertrauensbeziehung z. B. Frowen v. Blank, 425 A.2d 412 (Pa. 1981) (Ein jüngeres Ehepaar kümmerte sich um eine hilfsbedürftige Witwe. In diesem Fall wurde eine besondere Vertrauensbeziehung bejaht.); McClatchy's Estate, 249 A.2d 325 (Pa. 1969) (Ein Eltern-Kind-Verhältnis muss nicht unbedingt eine Vertrauensbeziehung bedeuten).

¹³⁹¹ In diese Richtung könnte Cour d'appel de Paris, 15.12.2017, 16/107767 gedeutet werden.

¹³⁹² Cour d'appel de Paris, 15.12.2017, 16/107767, siehe z. B. folgende Auszüge: „Cette lettre atteste de la confiance totale mise par Geneviève X...dans M. A...pour apprécier et défendre les intérêts de l'indivision et la conseiller, elle et sa sœur, au point de vouloir s'en remettre purement et simplement à son avis, s'agissant en particulier des évaluations foncières et des conséquences fiscales du niveau du prix de vente des éléments du patrimoine indivis“. In Bezug auf die Verkäufer spricht das Gericht auch von „Laien“ („profanes“).

¹³⁹³ Cassazione civile 11.07.2014, n.16004; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt II. Rn. 6.

Rechtskreis ggf. in Bezug auf Aufklärungspflichten, die jedoch in dieser Arbeit nicht behandelt werden, da der Fokus auf aktiven Täuschungen liegt.

Außerdem spielt das Vertrauen in Deutschland eine Rolle, wenn nicht der Vertragspartner selbst blufft, sondern eine andere Person. Eine Vertrauensbeziehung kann sich insofern nach deutschem Verständnis auf die Zurechnung auswirken.¹³⁹⁴ Das gilt auch für Österreich.¹³⁹⁵ In der Schweiz wird dieser Aspekt zwar nicht unter dem Schlagwort „Vertrauen“ diskutiert. Die Überlegungen sind aber vergleichbar.¹³⁹⁶

Indirekt geht das deutsche Recht wohl zudem davon aus, dass Lügen zu einem so starken Vertrauensverlust führen, dass nur eine Anfechtung des Vertrags in Betracht kommt. Dies ist zumindest eine denkbare Erklärung dafür, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB lediglich eine Anfechtung und keine Anpassung des Vertrags vorsieht. Im Übrigen wirkt sich ein etwaiges Vertrauensverhältnis in Deutschland nicht auf die Bewertung von aktiver Täuschung aus, was jedoch auch damit erklärt werden kann, dass dies bei dem derzeitigen Verständnis der Norm nicht notwendig erscheint. Eine Berücksichtigung müsste nur dann diskutiert werden, wenn einige Bluffs grundsätzlich nicht zur Anfechtung berechtigen würden. Dann könnte überlegt werden, ob diese Bluffs bei einem besonderen Vertrauensverhältnis doch erfasst werden sollten. In Deutschland sind jedoch umgekehrt praktisch alle Verträge, die aufgrund von vorsätzlichen Irreführungen abgeschlossen wurden, anfechtbar, sodass sich entsprechende Überlegungen erübrigen.

In Österreich nimmt das Vertrauen zudem noch einmal eine besondere Stellung im Rahmen der Diskussion um wesentliche und unwesentliche Irrtümer ein. Das Vertrauen wird insofern mit der Debatte um die Erheblichkeit der Täuschung verknüpft und wirkt sich auf die Diskussion um die Rechtsfolgen aus. Denn eine im Vordringen befindliche Meinung nimmt an, dass unwesentliche Irrtümer, die durch Lügen hervorgerufen wurden, grundsätzlich nicht zur Anfechtung, sondern nur zur Anpassung berechtigen sollten. Etwas anderes soll nur gelten, sofern die Vertrauenserschütterung unzumutbar ist.¹³⁹⁷ Diese Thematik wird auch in der

¹³⁹⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.9.

¹³⁹⁵ Alle Vertrauenspersonen, die der Geschäftsherr zur Verfolgung seiner Interessen einsetzt, gelten somit nicht als Dritte. OGH, 6 Ob 617/88, 14.07.1988; OGH, 3 Ob 509/80, 17.12.1980 in: HS 11.149; OGH, 7 Ob 661/76, 07.10.1976; *Kolmasch* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020, § 875 Rn. 2; *Rummel* in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB⁴ (Stand: 01.11.2014, rdb.at), § 875 Rn. 2 weist darauf hin, dass bereits der fahrlässig verursachte Anschein genügt.

¹³⁹⁶ In der Schweiz wird z. B. mit der Risikosphäre argumentiert, welche als Gegenstück zum Vertrauen angesehen werden kann. Vgl. *Schmidlin*, Berner Kommentar – Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 110.

¹³⁹⁷ *Iro*, JBl 96 (1974), 225, 234f.; dem zustimmend *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 7; *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24 spricht von „beachtlichen Argumenten“; *Koziol*, RdW 2008, 4, 5f. erläutert, dass neben den unwesentlichen Irrtum ein wesentlicher Irrtum über die Person des Vertragspartners i. S. d. § 873 ABGB treten muss,

Schweiz aufgegriffen. Dort wird die Anfechtung im Fall eines *dolus incidens* für die getäuschte Seite eingeschränkt, wenn sie „schockierend“ erscheint.¹³⁹⁸ Durch die Beschränkung auf die Minderung wird in diesem Fall das Vertrauen der täuschenden Seite in den Bestand des Vertrags geschützt.

Die Debatte um das Vertrauen erscheint im Ergebnis bedeutsam und durchaus vielversprechend. Die Berücksichtigung des Vertrauens bei der Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen könnte daher durchaus sinnvoll sein. Sie ist allerdings äußerst facettenreich und wird zumeist mit anderen Überlegungen verbunden (z. B. strukturellen Ungleichgewichtslagen, *dolus bonus/dolus malus* etc.). Für die in dieser Arbeit diskutierte Fragestellung wäre es insbesondere interessant, zu ermitteln, ob sich eine Vertrauensbeziehung auf die Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen auswirken sollte. Dieses Werk fokussiert sich allerdings auf unternehmerische Vertragsverhandlungen, in denen keine besondere Vertrauensbeziehung besteht,¹³⁹⁹ weshalb dieser Ansatz im Folgenden nicht weiterverfolgt wird. Er könnte sich jedoch für weiterführende Forschungsarbeiten als ergiebig erweisen.

7. Differenzierung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen

Sprachlich differenziert bislang keine der betrachteten Vorschriften explizit zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen. In Deutschland, Österreich und der Schweiz wird eine entsprechende Unterscheidung zudem nicht einmal ausdrücklich diskutiert. Die anderen betrachteten Rechtsordnungen greifen den Aspekt hingegen implizit mehr oder weniger stark auf.

In Italien wird z. B. mit Blick auf die Eigenverantwortung diskutiert, ob an Unternehmer und Verbraucher bzw. an Laien und Experten unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind.¹⁴⁰⁰ In Bezug auf den *dolus bonus* wird ebenfalls ein höherer Schutz mit Blick auf strukturelle Ungleichgewichtslagen erörtert.¹⁴⁰¹ Insofern geht es vor allem um die Einschränkung des *dolus bonus* im B2C-Bereich sowie insbesondere auch in der Werbung.¹⁴⁰² *De facto* könnte eine Differenzierung zwi-

um eine Anfechtung zu rechtfertigen. Für die Erfassung unwesentlicher Irrtümer OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 1 Ob 617/95, 23.10.1995. In der Literatur Riedler in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 4. Aufl. 2014, § 870 Rn. 4. Die Ansicht als herrschend bezeichnet, jedoch zur Gegenansicht tendierend Pletzer in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1,03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 24.

¹³⁹⁸ BGE 81 II 213 E. 2.b, S. 219; vgl. auch BGE 99 II 308 E. 4, S. 309 und BGE 64 II 142; Bundesgericht, 22.11.2017, 4A_62/2017, E. 4.1.

¹³⁹⁹ Zur Eingrenzung der Fragestellung dieses Werks siehe näher unter 1. Teil, A.

¹⁴⁰⁰ Vgl. Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767f.; Torrente/Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582; Alpa/Mariconda, *Codice dei contratti*, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 3; Gaudino, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, S. 366, 379.

¹⁴⁰¹ Roppo, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 767f.; Torrente/Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582.

¹⁴⁰² Vgl. Torrente/Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 26. Aufl. 2023, S. 582 (zum B2C-Be-

schen verschiedenen Gruppen zudem durch entsprechende Auslegungen im Einzelfall (z. B. mit Blick auf die Kausalität) erreicht werden. Da eine entsprechende Unterscheidung bzgl. dieser Aspekte jedoch nicht Gegenstand der Diskussion ist, ist anzunehmen, dass dies in der Praxis zumindest nicht in systematischer Form so gehandhabt wird. Das ist im Ergebnis zu befürworten, da die Kausalität und die Unterscheidung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen getrennt diskutiert werden sollten.

In Frankreich lassen sich ebenfalls gewisse Tendenzen zur Unterscheidung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen ausmachen. So wird auch in Frankreich die Zurückdrängung des *dolus bonus* vor allem mit Blick auf B2C-Verträge diskutiert, was den Umkehrschluss zulässt, dass der *dolus bonus* gerade im B2B-Bereich noch einen Anwendungsbereich hat.¹⁴⁰³ In Bezug auf B2B-Verträge scheint zudem die Eigenverantwortung der Parteien stärker hervorgehoben zu werden (dazu bereits oben unter 3. Teil, C.II.5.). Mit Blick auf professionelle Verhandler wird zudem erörtert, ob grob fahrlässige Täuschungen der arglistigen Täuschung gleichzusetzen sind.¹⁴⁰⁴

In den USA steht eine Unterscheidung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen hingegen nicht im Fokus.¹⁴⁰⁵ Angedeutet wird eine mögliche Differenzierung lediglich mit Blick auf *justified reliance*. So soll ein Laie einem Fachmann eher vertrauen dürfen, als ein Fachmann dem anderen.¹⁴⁰⁶

Die Debatte um die Unterscheidung zwischen B2C- und B2B-Verhandlungen könnte im Ergebnis vielversprechend sein. Denn es erscheint auf den ersten Blick durchaus denkbar, bei der Absteckung eines „Täuschungsspielraums“ auch strukturelle Ungleichgewichtslagen zu berücksichtigen. Diese Arbeit fokussiert sich allerdings auf unternehmerische Vertragsverhandlungen, d. h. B2B-Verhandlungen bei denen keine strukturelle Ungleichgewichtslage besteht,¹⁴⁰⁷ weshalb dieser Ansatz im Folgenden nicht weiter erörtert wird. Er könnte sich jedoch für weiterführende Forschungsarbeiten als ergiebig erweisen.

reich); *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codice ipertestuali, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, Art. 1439 Pkt. 5; *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti, 2. Aufl. 2020, Art. 1439 Abschnitt IV. Rn. 3.

¹⁴⁰³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.3.

¹⁴⁰⁴ Cour de cassation, Chambre civile 3, 03.02.1981, 79-13.774 (Im konkreten Fall hatte ein Immobilienhändler für die in Immobilienfragen unkundigen Käufer nicht weiter geprüft, ob das angebliche Bauland tatsächlich bebaubar war. Im Ergebnis war es nicht bebaubar, weil keine Erschließung erfolgt war und das Grundstück ohne behördliche Genehmigung geteilt wurde); vgl. *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296). Die Tendenz besteht gerade auch bei Täuschungen durch Verschweigen, die hier jedoch weitgehend ausgeblendet werden (*Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1076 ff. (Rn. 1297 ff.)).

¹⁴⁰⁵ Zu speziell verbraucherschützenden Vorschriften siehe näher unter 3. Teil, B.II.1.

¹⁴⁰⁶ *Vulcan Metals Co. v. Simmons Mfg. Co.*, 248 F. 853 (2d Cir. 1918).

¹⁴⁰⁷ Zur Eingrenzung der Fragestellung dieses Werks siehe näher unter 1. Teil, A.

8. Personelle Differenzierung

Bei unternehmerischen Täuschungen kann außerdem zwischen dem Vertragspartner, dem Verhandler sowie anderen unternehmensinternen Personen und Dritten differenziert werden. Es kann insofern danach unterschieden werden, wer lügt. In unternehmerischen Vertragsverhandlungen besteht die Besonderheit, dass die Verhandler fast immer Agenten sind (siehe zur Prinzipal-Agent-Situation näher unter 2. Teil, A.III.), weshalb Verhandler und Vertragspartner dann nicht ein und dieselbe (natürliche/juristische) Person sind. Ist eine juristische Person Vertragspartner, lügt somit nicht der Vertragspartner – also die juristische Person – selbst, sondern zwangsläufig natürliche Personen, die beispielsweise für die juristische Person handeln. Das können in erster Linie die Verhandler sein. Außerdem sind häufig unternehmensintern viele weitere Personen in den Verhandlungsprozess eingebunden und können die andere Seite ebenfalls täuschen. Auch Dritte können Irreführungen begehen. So ist z. B. denkbar, dass Notare, Makler, Konkurrenten oder Kunden bluffen und dadurch den Vertragsschluss (zwischen der getäuschten Seite und dem Unternehmen) beeinflussen.

§ 123 Abs. 2 BGB differenziert insofern zwischen Lügen des Vertragspartners und Dritter. Verhandler und andere unternehmensinterne Personen gelten nicht als Dritte, sondern als Verhandlungsgehilfen (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.9.a)). Die anderen Rechtsordnungen enthalten ebenfalls Regelungen zur Thematik.¹⁴⁰⁸ Inhaltlich unterscheiden sich die Vorschriften zwar. So wird z. B. der Begriff des Dritten uneinheitlich definiert. Auch die Regelungen bezüglich Bluffs durch Dritte fallen unterschiedlich aus. Im Ergebnis zeigt der Rechtsvergleich jedoch, dass eine Auseinandersetzung mit der Thematik geboten erscheint. Die Differenzierungsmöglichkeit ist aber nicht in der Lage, die hier untersuchte Problematik vollständig zu lösen, weshalb es des Einsatzes weiterer Regelungsinstrumente bedarf.

In Verhandlungen kann zudem über Personen gelogen werden (z. B. über ihre Eigenschaften und Qualifikationen). Theoretisch könnte auch insofern differenziert werden. Über wen der Verhandler täuscht, dürfte für die juristische Betrachtung im Ergebnis allerdings keine größere Rolle spielen, weshalb die betrachteten Rechtsordnungen danach nicht unterscheiden. Denn es lässt sich z. B. nicht sagen, dass Bluffs über Dritte generell weniger relevant wären als Täuschungen über den Vertragspartner. Eine Aussage über ein irgendwie geartetes, relevantes Stufenverhältnis, welches juristische Differenzierungen bedingen könnte, ist im Ergebnis somit nicht unmittelbar ersichtlich. Diese Kategorisierungsmöglichkeit wird daher im Folgenden zunächst nicht näher analysiert.

¹⁴⁰⁸ Siehe für Italien näher unter 3. Teil, B.III.10., für Frankreich näher unter 3. Teil, B.IV.8., für die USA näher unter 3. Teil, B.II.8., für die Schweiz näher unter 3. Teil, B.VI.11., für Österreich näher unter 3. Teil, B.V.9.

9. Zwischenergebnis zu den verwendeten Regelungselementen

In Bezug auf die einzelnen Regelungsinstrumente konnte festgestellt werden, dass sich diese aufgrund ihrer unterschiedlichen Funktionsweise auch verschieden auf die Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen auswirken. Nach hier vertretener Ansicht kann eine Abgrenzung zwischen *dolus* und *sollertia* nicht konkret zur besseren Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen beitragen. Die Differenzierung zwischen Meinungen und Tatsachen eignet sich im Ergebnis ebenfalls nicht für eine Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs. Unabhängig davon erscheint es aber sinnvoll zwischen Meinungen und Tatsachen zu differenzieren, da bloße Meinungen, die der sich Äußernde tatsächlich vertritt, nach hier vertretener Ansicht nicht zur Anfechtung berechtigen sollten. Die Diskussion um die Verknüpfung von Rechtsfolge (in Form von Anfechtung oder Anpassung/Schadensersatz) und die Auswirkung der Täuschung ist zwar äußerst interessant und auch ökonomisch von Bedeutung. Der Ansatz trägt jedoch nicht dazu bei, zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen zu unterscheiden. Er vermag es aber, die negativen Konsequenzen von Bluffs abzumildern. Bezüglich der Erheblichkeitsschwelle ist dies hingegen anders zu bewerten, sofern im Fall der Unerheblichkeit Rechtsfolgen abgelehnt werden. Im Prinzip ist dieses Instrument somit dazu in der Lage, eine Abgrenzung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen zu erzielen, und zwar nach ökonomischen Erwägungen. Allgemein angewandt würde eine Erheblichkeitsschwelle in Deutschland allerdings zu Systemunstimmigkeiten führen. Außerdem sollte eine Differenzierung nicht allein nach ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden. Deshalb wird das Regelungsinstrument hier im Ergebnis abgelehnt. Der dahinterstehende Gedanke (d. h. die Bedeutung der ökonomischen Auswirkungen) wird in dieser Arbeit jedoch weiterverfolgt und kann mit Hilfe anderer Regelungsinstrumente erfasst werden.

Die Eigenverantwortung ist im Ergebnis ein interessantes Regelungsinstrument, das im Prinzip ebenfalls dazu eingesetzt werden kann, um zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden. Der Facettenreichtum dieses Regelungsinstruments erlaubt es zudem, unterschiedliche Aspekte zu berücksichtigen. Problematisch ist allerdings, dass insofern schnell das Prinzip „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ in der Diskussion steht. Dieses sollte aber nach hier vertretener Ansicht nicht aufgegeben werden. Eine Fokussierung auf rationales Verhalten würde es hingegen nur erlauben, Lügen, die auf Effekten der *behavioral economics* beruhen, auszuklammern. Da es in unternehmerischen Verhandlungen jedoch gerade viele Bluffs gibt, bei denen die getäuschten Verhandler rational agieren (die also nicht auf Effekten der *behavioral economics* beruhen), könnte so keine vollständig zufriedenstellende Differenzierung erreicht werden. Aus beiden genannten Gründen sollte dieser Aspekt im Ergebnis höchstens hilfsweise herangezogen werden, um zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden.

Die Debatte um das Vertrauen sowie die Diskussion um die Unterscheidung zwischen B2C- und B2B-Verhandlungen erscheinen im Ergebnis beide bedeutsam und auch durchaus vielversprechend. Diese Arbeit fokussiert sich allerdings nur auf unternehmerische Vertragsverhandlungen, in denen keine besondere Vertrauensbeziehung und keine strukturelle Ungleichgewichtslage besteht, weshalb diese Ansätze im Folgenden nicht weiterverfolgt werden. Sie könnten sich jedoch für weiterführende Forschungsarbeiten als ergiebig erweisen.

Das Regelungsinstrument der Rechtswidrigkeit und die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* erscheinen hingegen grundsätzlich geeignet, um rechtmäßige von rechtswidrigen Täuschungen abzugrenzen. Da dem deutschen Recht die Abgrenzung von *dolus bonus* und *dolus malus* fremd ist, wird dieser Aspekt in diesem Werk nicht weiter erörtert, sondern es wird stattdessen auf die strukturell vergleichbare Rechtswidrigkeit näher eingegangen. Sie wird zwar in Deutschland bislang ebenfalls nicht zur Differenzierung mit Blick auf übliche Geschäftspraktiken genutzt, aber das Regelungsinstrument der Rechtswidrigkeit wird zumindest in der Literatur und der Rechtsprechung diskutiert und eine entsprechende Lösung erscheint auch konzeptionell gangbar. Aufgrund des weiten Interpretationsspielraums hilft das Kriterium der Rechtswidrigkeit allerdings nicht bei der konkreten Absteckung eines „Täuschungsspielraums“. Die Feststellung, dass die Rechtswidrigkeit aus deutscher Sicht ein sinnvolles Regelungselement sein könnte, befreit somit nicht von der Erörterung der Frage, wo die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen verlaufen sollte.

Die Analyse der verschiedenen Regelungsinstrumente hat im Ergebnis deren Wirkungsmechanismen sowie deren jeweilige Vor- und Nachteile beleuchtet. Auch wenn die Rechtswidrigkeit prinzipiell für die deutsche Rechtsordnung als sinnvolles Regelungsinstrument herausgefiltert werden konnte, hat die Diskussion jedoch gleichzeitig deutlich gemacht, dass die Rechtswidrigkeit ebenfalls gewisse Nachteile mit sich bringt, insbesondere die Unbestimmtheit des Konzepts. In einem nächsten Schritt soll daher die Bandbreite der Differenzierungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber komplettiert und überlegt werden, ob der Einsatz weiterer Regelungsinstrumente zur Absteckung eines „Täuschungsspielraums“ sinnvoll erscheint.

D. Weitere denkbare Regelungselemente

Im vorangegangenen Abschnitt wurden mögliche Regelungselemente aus der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektive hergeleitet. Weitere Regelungsoptionen können aus der Betrachtung von Täuschungen abgeleitet werden. Denn Lügen lassen sich aus den verschiedensten Blickwinkeln analysieren.¹⁴⁰⁹ Das

¹⁴⁰⁹ Je nach Untersuchungsgegenstand werden Irreführungen in ganz verschiedene Kategorien untergliedert. Zu Kategorisierungsbeispielen u. a. *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and*

Recht kann entsprechend diesen unterschiedlichen Aspekten Bedeutung für die rechtliche Bewertung beimessen. In einem nächsten Schritt sollen daher Lügen in ihrer vollen Komplexität dargestellt und dadurch weitere Regelungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber herausgearbeitet werden. Teilweise enthalten die Rechtsordnungen schon bestimmte Ansätze, die sich noch weiterentwickeln ließen, teilweise werden solche Ansätze von den hier betrachteten Rechtsordnungen (noch) nicht verfolgt. Bedeutung können die hier erarbeiteten Regelungselemente ggf. im Rahmen der Überlegungen zur deutschen Lösung *de lege ferenda* entfalten.

Die Differenzierungsmöglichkeiten sind mannigfaltig und auch die im Folgenden dargestellten Ansätze überlagern sich teilweise. Im Ergebnis können aus der Vielzahl der möglichen Regelungsoptionen nur einige wenige Aspekte tatsächlich in die juristische Betrachtung einfließen. Denn Recht muss im Ergebnis praktikierbar bleiben und somit notwendigerweise Vereinfachungen vornehmen. Eine zu starke Ausdifferenzierung würde die Handhabung der Normen erschweren und ihre Akzeptanz verringern. Die Rechtsordnung benötigt daher im Regelfall vereinfachte Strukturen, um prognostizierbare (rechtssichere) Ergebnisse zu erzielen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es um massenhafte Vorgänge ohne sehr große Bedeutung der einzelnen Entscheidungen geht. Im Sinne der Rechtssicherheit und der Praktikabilität ist eine zu starke Ausdifferenzierung daher vom Gesetzgeber meist nicht gewünscht.

Im Folgenden sollen vor allem solche Regelungsoptionen diskutiert werden, die sich möglichst direkt (und nicht lediglich indirekt) auf die Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen auswirken können. In dieser Arbeit soll durch die Ermittlung weiterer Regelungsoptionen sowie der Darstellung des entsprechenden Auswahlprozesses, der im Gesetzgebungsverfahren immer erfolgt, der Entscheidungsprozess transparent gemacht werden. Dies soll eine möglichst offene Diskussion der Problematik fördern. Wurde eine Differenzierungsmöglichkeit bisher nicht in den verschiedenen Rechtsordnungen aufgegriffen, so müssen jedoch gute Gründe dafür bestehen, dies dennoch anzudenken. Umgekehrt kann ein bereits bestehender Differenzierungsansatz einen ersten Hinweis auf die Bedeutung des Regelungsaspekts geben und ggf. als Ausgangspunkt für eine weitergehende Differenzierung gewählt werden. Ziel dieser Arbeit ist es nicht, eine vollständig neue Regelung von Lügen in Vertragsverhandlungen für das deutsche Recht vorzuschlagen. Die bestehenden Ansätze sollen vielmehr möglichst konsistent und systemkonform weiterentwickelt werden. Die Auswahl, welche Aspekte nicht näher behandelt werden sollen, bleibt aber zu einem gewissen Grad willkürlich. Es besteht insofern ein rechtspolitischer Ermessensspielraum.

Social Psychology 70 (1996), 979, 983; *Gneezy*, The American Economic Review 95 (2005), 384, 385f.; *Lewicki* in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), Negotiating in organizations, 1983, S. 68, 70f.; *C. Ford*, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 28ff.; *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, 2001, S. 187, 191 nennt die Möglichkeit Lügen nach dem Objekt der Irreführung zu klassifizieren.

I. Materielle Intensitätsstufen von Täuschungen – Grad der Unwahrheit

Täuschungen können im Hinblick auf ihre materiellen Intensitätsstufen kategorisiert werden. Mit Intensitätsstufen ist hier gemeint, wie viel oder wenig Wahrheitsgehalt eine Aussage erhält. Es geht somit um den Abstand der Aussage zur Wahrheit. Bei frei erfundenen Tatsachen, kann der Wahrheitsgehalt bei null liegen. Bei Übertreibungen oder Untertreibungen ist der Kern der Aussage hingegen zutreffend. In Verhandlungen finden häufig Übertreibungen oder Untertreibungen im weiteren Sinn Anwendung.¹⁴¹⁰ Hier ist der Eingriff in die Wahrheit kleiner als bei frei erfundenen Aussagen, weshalb solche Täuschungen häufig schwerer zu entdecken sind. Außerdem lässt dies dem Täuschenden (je nach Intensität der Über- oder Untertreibung) noch die Möglichkeit, bei Aufdeckung das Gesicht zu wahren,¹⁴¹¹ indem der Bluff als „Fehler“ oder „Versprecher“ oder „Das meinte ich gar nicht so“ dargestellt wird.¹⁴¹²

Keine der betrachteten gesetzlichen Regelungen zu Täuschungen berücksichtigt die materielle Intensität der Irreführung (Grad der Unwahrheit) explizit; es werden vielmehr alle Täuschungen unabhängig von ihrem Unwahrheitsgehalt erfasst.¹⁴¹³ Eine Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Lügen anhand der materiellen Intensität der Lüge liegt bereits deshalb nicht nahe. Dies gilt, obwohl vermutet werden mag, dass die materielle Intensität einen Einfluss auf die moralische Bewertung der Täuschungshandlung und sogar das Rechtsgefühl haben könnte. Dieser Aspekt wurde im Rahmen der Siegener Studie allerdings nicht systematisch untersucht, weshalb es sich lediglich um eine (wenn auch plausible) Vermutung handelt. Eine abgefragte Fallkonstellation spricht allerdings dafür.¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁰ *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1218 weist in seiner Auswertung der bestehenden Studien z. B. allgemein darauf hin, dass Personen dazu tendieren, ihre erzielten Ergebnisse nur etwas zu übertreiben, anstatt völlig falsch darzustellen.

¹⁴¹¹ Allgemein zur Bedeutung von Gesichtswahren und Gesichtsverlust (in Bezug auf China) siehe u. a. *Yau-fai*, American Journal of Sociology 81 (1976), 867, 867 ff.; *Hu*, American Anthropologist 46 (1944), 45, 45 ff.; vgl. auch *Huang/Anderson*, Minnesota Law Review 90 (2006), 1045, 1045 ff. (zum Verhältnis von Gesichtsverlust und Recht).

¹⁴¹² Vgl. dazu aus verhandlungstaktischer Sicht auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 382 f. Zu *deliberate errors* vgl. *C. Karrass*, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 60 f. Dazu, dass Verhandler solche Bluffs wohl auch leichter vor sich selbst rechtfertigen können *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1218.

¹⁴¹³ Die Ausnahme von „marktschreierischen Anpreisungen“ differenziert nicht in erster Linie nach der Intensität der Lüge. Vielmehr ist diese Kategorie dadurch charakterisiert, dass die Aussage nicht ernst zu nehmen ist bzw. ihr kein sachlicher Gehalt zugemessen werden kann. Wie viel übertrieben wird, steht bei der Betrachtung hingegen nicht im Vordergrund. Auch bei *dolus bonus* kommt es nicht auf den Unwahrheitsgehalt an, sondern vielmehr auf die übliche Geschäftspraxis.

¹⁴¹⁴ In der Originalumfrage und der zweiten Version der Umfrage wurde jeweils ein Szenario zu einer Lüge über ein besseres Angebot aufgenommen. In einem Fall (2. Version – Frage 5) war das Konkurrenzangebot frei erfunden. Im anderen Szenario (Originalversion – Frage 4), gab es hingegen ein anderes Angebot, das jedoch nicht so gut ist, wie vom Käufer beschrieben. Die

Die Nichtberücksichtigung dieses Aspekts lässt sich aus rechtlicher Sicht jedoch damit rechtfertigen, dass eine Regelung, die nach der materiellen Intensitätsstufe unterscheiden würde, wohl wenig rechtssicher wäre. Vor allem aber wäre es schwierig abzugrenzen, ab welcher Intensitätsstufe eine Rechtsfolge gerechtfertigt wäre (z. B. aber einer Abweichung um 5 % oder 8 % oder 15 %?). Dies könnte dann sogar noch je nach Verhandlungsgegenstand unterschiedlich zu bewerten sein (eine Übertreibung bzgl. der Leistungsdaten um 5 % könnte beispielsweise als schwerwiegender angesehen werden als eine Übertreibung bzgl. der eigenen Präferenzen um 5 %). Im nächsten Schritt wäre es bei vielen Bluffs schwierig, deren Intensität exakt zu ermitteln. Die Probleme bei der Beweisführung würden die Durchsetzung einer entsprechend ausgestalteten Norm wohl erheblich erschweren. Im Ergebnis erscheint die Berücksichtigung dieses Aspekts somit zwar inhaltlich durchaus vielversprechend. Dennoch soll diese Lösung im Folgenden zunächst ausgeklammert werden, da sie nach hier vertretener Ansicht nicht rechtssicher umgesetzt werden kann. Nur wenn keine andere zufriedenstellende Lösung gefunden werden sollte, könnte es sich lohnen, diesen Ansatz noch einmal näher zu untersuchen.

II. Handlungsintensität von Täuschungen

Neben den materiellen Intensitätsstufen gibt es verschiedene Stufen der Handlungsintensität von Lügen. Viele Rechtsordnungen greifen diese Differenzierungsmöglichkeit auf und unterscheiden zwischen Täuschungen durch aktives Tun und Täuschungen durch Unterlassen.¹⁴¹⁵ § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB¹⁴¹⁶ und die *culpa in contrahendo*¹⁴¹⁷ erfassen beispielsweise beide Fälle, auch wenn es für ein relevantes Unterlassen einer besonders zu begründenden Handlungspflicht – bei Verschweigen also einer Aufklärungspflicht – bedarf.¹⁴¹⁸ Auch § 870 1. Alt. ABGB regelt Tä-

Bewertung der Richter fiel insofern durchaus unterschiedlich aus. 2. Version – Frage 5: 67 % unmoralisch, 16 % Aufhebung. Originalversion – Frage 4: 42 % unmoralisch, 9 % Aufhebung.

¹⁴¹⁵ Für Deutschland siehe unter 2. Teil, B.I.2.a), für Österreich unter 3. Teil, B.V.2.a) und für die Schweiz unter 3. Teil, B.VI.2.

¹⁴¹⁶ Zur Erfassung sowohl von Irreführungen durch aktives Tun als auch durch Unterlassen siehe u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32ff.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 25; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 9ff. Ausführlich zur Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 245 und 250ff.

¹⁴¹⁷ Vgl. z. B. *Emmerich*, MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 66f.; *Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 49a; *Kaiser* in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 121ff.

¹⁴¹⁸ Zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB z. B. Siehe z. B. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 11. Siehe dazu mit Blick auf die c.i.c. statt vieler *Emmerich*, MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 66; *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 311 Rn. 76ff. (bzgl. Aufklärungspflichten in vorvertraglichen Schuldverhältnissen); siehe dazu auch *Kaiser*, Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 124ff.; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 46ff. (allgemein zu Aufklärungspflichten bei der c.i.c.).

sungen durch Verschweigen und fordert insofern eine willentliche Verletzung einer Aufklärungspflicht.¹⁴¹⁹ Art. 28 Abs. 1 OR ist vergleichbar ausgestaltet.¹⁴²⁰

In Frankreich war die Täuschung durch Verschweigen (*réticence dolosive*) zwar früher nicht anerkannt. 1958 wurde *réticence dolosive* dann allerdings durch die französische Rechtsprechung etabliert¹⁴²¹ und mittlerweile ist die Täuschung durch Verschweigen auch gesetzlich in Art. 1137 Abs. 2 C. civ. verankert und der aktiven arglistigen Täuschung gleichgestellt.¹⁴²² In Italien war die Täuschung durch Unterlassen dem Anwendungsbereich des Art. 1439 Abs. 1 c.c. früher ebenfalls vollständig entzogen.¹⁴²³ Mittlerweile ist jedoch auch in Italien anerkannt, dass die Vorschrift prinzipiell Täuschungen durch Verschweigen erfasst.¹⁴²⁴ Aber die genauen Voraussetzungen sind bis heute dennoch umstritten.¹⁴²⁵ Dem US-amerikanischen Recht ist die Täuschung durch Unterlassen ebenfalls nicht vollständig fremd,¹⁴²⁶

¹⁴¹⁹ OGH, 2 Ob 112/00k, 28.06.2001; OGH, 3 Ob 563/95, 31.08.1995; OGH, 6 Ob 7/06g, 16.02.2006; OGH, 3 Ob 75/06k, 27.06.2006. Siehe dazu ausführlich *Pletzer* in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand: 01.08.2019, rdb.at), § 870 Rn. 11 ff.; *Riedler* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 870 Rn. 5 ff.; *F. Bydlinski*, JBl 102 (1980), 393, 393 ff.; vgl. auch *Bollenberger/P. Bydlinski* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkommentar, 6. Aufl. 2020, § 870 Rn. 1; *S. Jung*, ÖJZ 2021, 117, 118. Keine List ist dagegen der erkannte oder durchschaute Irrtum: *Rummel*, JBl 110 (1988), 1, 1 ff.; *Schlemmer*, JBl 108 (1986), 149, 149 ff.

¹⁴²⁰ Dazu, dass es auch in der Schweiz insofern einer Aufklärungspflicht bedarf Bundesgericht 4A_141/2017 – E. 3.1.1. vom 04.09.2017; Handelsgericht Zürich HG140166-O – E. 2.3.1. vom 16.02.2017; *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b), 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 28 ff.; *Vischer/Galli*, AJP 2017, 1393, 1397; *Huguenin*, OR – AT/BT, 3. Aufl. 2019, S. 167 (Rn. 538); *dies.*, SJZ 95 (1999), 261, 262.

¹⁴²¹ Cour de cassation, 19.05.1958, Bull. civ. I, n° 251; *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1101 (Rn. 1323). Ausführlich zur *réticence dolosive*: *Ghestin/Loiseau/Serinet*, La formation du contrat, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1101 ff. (Rn. 1322 ff.).

¹⁴²² Art. 1137 Abs. 2 C. civ.: „Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.“ Siehe dazu *Le Moulec*, Revue juridique de l'Ouest 2016, 39, 46 f.

¹⁴²³ *Santoro-Passarelli*, Dottrine generali del diritto civile, 9. Aufl. 1971, S. 171; *Trabucchi*, Il dolo, 1937, S. 530 ff.; *Trabucchi*, Novissimo digesto italiano, 1960, 149, 153; ebenso grundsätzlich *Funaioli* in: Enciclopedia del diritto, Bd. 13, 1964, S. 739, 745, der zusätzlich für den Fall, dass eine gesetzliche Mitteilungspflicht besteht, eine Ausnahme vorsieht, wenn die Kenntnis der verschwiegenen Information den Vertragsschluss ausgeschlossen hätte. Auf Deutsch auch ausführlich zu dieser Ansicht *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 767.

¹⁴²⁴ Ausführlich zu Täuschungen durch Unterlassen *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 768 ff. Vgl. auch *Antoniolli*, Principles of European Contract Law and Italian Law, 2005, Art. 1439 Rn. 2.

¹⁴²⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.9.

¹⁴²⁶ Beispiele für die Thematisierung von Täuschung durch Unterlassen: *Wootan & Saunders v. Diaz*, NO. 2017-CA-0820 (La. Ct. App. 2018) („Fraud may also [...] result from silence or inaction. [...] To prove fraud by silence or inaction, the claimant must show there was a duty to disclose information.“); *Ames v. Ohle*, 219 So. 3d 396 (La. Ct. App. 2017) („Furthermore, while ‚fraud may be found from silence, there must be a duty to speak.‘ [...] Louisiana law recognizes that the refusal to speak, in the face of an obligation to do so, is not merely unfair but is fraudulent.“); *Lewis v. School Dist. # 648 F.3d 484* (7th Cir. 2011) („Rather, it was their failure to reveal that defendant Hawkins was the subject of a criminal investigation which she argues tainted the

stellt aber eher ein Randphänomen dar.¹⁴²⁷ In der Verhandlungspraxis wird häufig sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen getäuscht, wobei letztere Form der Täuschung wohl noch häufiger vorkommt, da viele Personen diese Form der Täuschung bevorzugt einsetzen.¹⁴²⁸ Die betrachteten Rechtsordnungen befassten sich somit zumindest mit zwei Stufen der Handlungsintensität von Bluffs.

Dieser Ansatz, der bereits in den Rechtsordnungen verankert ist, lässt sich jedoch theoretisch noch weiterentwickeln. Das heißt, es wäre denkbar, weitere Intensitätsstufen zu unterscheiden und diese Differenzierung für die Abgrenzung von rechtmäßigen und unrechtmäßigen Täuschungen zu nutzen. Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht beispielsweise die sogenannte „unprovozierte Täuschung“, die von der Täuschung durch aktives Tun zu unterscheiden ist. Unter unprovozierter Täuschung wird hier verstanden, dass eine Verhandlungspartei den Verhandlungspartner ohne besondere Drucksituation belügt und sie nicht im Rahmen einer Eskalation (z. B. als Reaktion auf eine Lüge der anderen Seite) dazu verleitet wurde.

Ein Verhandler kann beispielsweise durch eine Aussage ohne vorherige Frage der Gegenseite (und ohne besondere Drucksituation) in die Irre geführt werden. Dies ist die stärkste Form der Täuschung. Daneben besteht die Möglichkeit, dass eine Partei auf eine Frage falsch antwortet bzw. auf eine Aussage der Gegenseite reagiert und in diesem Zusammenhang lügt (ohne besondere Drucksituation). Ebenfalls denkbar ist, dass eine Partei die andere nicht korrigiert, obwohl sie erkennt, dass das Gegenüber einer Fehlvorstellung unterliegt. Diese Fehlvorstellung kann sogar vom Täuschenden provoziert worden sein, z. B. durch das Auslassen/Verschweigen bestimmter Aspekte bzw. eine bestimmte Form der Darstellung von Tatsachen. Die Fehlvorstellung kann allerdings auch unabhängig vom Verhandlungspartner entstanden sein. Das deutsche Recht misst diesen feineren Handlungsintensitätsstufen grundsätzlich keine Bedeutung zu. Die anderen Rechtsordnungen unterscheiden ebenfalls nicht so detailliert zwischen den einzelnen Handlungsintensitätsstufen. Eine Ausnahme besteht im deutschen Recht nur bei Lügen auf unzulässige Fragen. Diese Bluffs werden grundsätzlich nur mit Blick auf diese Intensitätsstufe diskutiert und nicht allgemein im Zusammenhang von Täuschungen durch aktives Tun (z. B. in Bezug auf Lügen ohne vorherige Frage,¹⁴²⁹ siehe

settlement. Though fraud may arise from the omission or concealment of a material fact, it would strain credulity to find that the facts Lewis puts at issue on appeal are material to her claim.“)

¹⁴²⁷ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 888 ff. Nicht ausreichend für eine Täuschung durch Unterlassen ist das Argument der anderen Vertragspartei, dass sie bessere Konditionen hätte erzielen können: *Lewis v. School Dist. # 70*, 648 F.3d 484 (7th Cir. 2011) („The argument ‚I could have gotten more from them if I knew‘ does not convert an immaterial fact into a material one.“).

¹⁴²⁸ *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, 2001, S. 187, 189.

¹⁴²⁹ Diese Konstellation wird nur sehr selten angesprochen. Eine Ausnahme stellen *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 387 (unveröffentlichte Fassung) und *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9 (insb. Fn. 6) dar.

dazu bereits unter 2. Teil, B.I.7.). Insofern scheint ein Teil der Literatur somit eine stärkere Differenzierung anzudenken. Dafür mag angeführt werden, dass die moralische Bewertung der Täuschungshandlung und auch das Rechtsgefühl wohl durchaus von der Handlungsintensität abhängen können.¹⁴³⁰

In diesem Beitrag soll eine weitergehende Differenzierung nach der Handlungsintensität für die rechtliche Erfassung jedoch im Folgenden zunächst ausgeklammert werden. Das gilt ebenso für die Differenzierung zwischen Bluffs auf vorherige Fragen. Die Nichtberücksichtigung dieses Aspekts lässt sich aus rechtlicher Sicht ebenfalls unter anderem damit rechtfertigen, dass eine Regelung, die noch genauer nach der Handlungsintensität unterscheiden würde, wohl wenig rechtsicher wäre. Denn z. T. würde dann eine noch weitgehendere Differenzierung verlangt. Das liegt daran, dass die falsche Beantwortung nur dann befürwortet wird, wenn die Information anderweitig nicht geschützt werden kann (z. B. im Fall der Schwangerschaft). Es gibt aber viele Fragen – ggf. auch unzulässige – bei denen es wohl ausreicht, die Antwort zu verweigern. Allein die Frage sollte daher nicht als Rechtfertigung ausreichen, um für die eigene Seite vorteilhafte Lügen zu erzählen.¹⁴³¹ Eine entsprechende rechtssichere Differenzierung erscheint somit kaum möglich. Außerdem würden sich Abgrenzungsfragen zu indirekten, unzulässigen Informationsverlangen stellen, die jedoch nicht die Frageform nutzen.

Bei einer noch weitergehenden Unterscheidung nach Intensitätsstufen wäre außerdem fraglich, welche Abstufung bei den Rechtsfolgen mit den unterschiedlichen Handlungsintensitätsstufen verbunden werden sollte. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Unterscheidung in anderen Zusammenhängen einen Mehrwert bringen würde. So sind z. B. die ökonomischen Konsequenzen¹⁴³² wohl weitgehend unabhängig von der Handlungsintensität. Aus Sicht des Getäuschten erscheint es zudem oftmals unerheblich, ob der Vertragspartner ihn aufgrund einer Frage oder bereits ohne vorherige Frage belügt. Das Ergebnis ist in beiden Fällen eine Irreführung, die sich auf den Vertragsschluss auswirkt. Aus Sicht des Täuschenden kann die Handlungsintensität jedoch theoretisch einen Unterschied machen. So kann sich der Täuschende durch aggressives Fragen unter Druck gesetzt fühlen und deshalb beginnen zu bluffen. Es geht insofern um mögliche Rechtfertigungen¹⁴³³ für die Täuschung. Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Differenzierung nach der Handlungsintensität die Schwierigkeiten bezüglich der Beweisführung noch erhöhen würde. Im Ergebnis wird eine stärkere Differenzierung nach der Handlungsintensität aus den genannten Gründen daher nicht näher verfolgt. Nur wenn keine andere zufriedenstellende Lösung gefunden werden sollte, könnte dieser Ansatz noch einmal näher untersucht werden.

¹⁴³⁰ Dieser Aspekt wurde im Rahmen der Siegener Studie nicht näher untersucht.

¹⁴³¹ Diese Problematik bereits ansprechend *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 99.

¹⁴³² Zur ökonomischen Analyse näher unter 4. Teil, G.

¹⁴³³ Siehe zu möglichen Rechtfertigungen bereits unter 2. Teil, A.VII.3.a).

III. Situationen der Täuschung

Es ließe sich zudem danach unterscheiden, in welchen Situationen getäuscht wird. Die insofern bestehenden Möglichkeiten der Kategorisierung sind mannigfaltig. So können Bluffs z. B. zur Abwehr von Forderungen des Verhandlungspartners oder zur Durchsetzung eigener Vorstellungen eingesetzt werden. Es könnte außerdem eine Einteilung je nach Verhalten des Verhandlungspartners vorgenommen werden. So könnte danach differenziert werden, ob der Verhandlungspartner z. B. bereits gelogen hat (und es sich somit um eine Gegenlüge¹⁴³⁴ handelt) oder z. B. aggressiv agiert (z. B. in Form von Druckaufbau durch eine aggressive Befragung) oder ob der Verhandlungspartner kooperativ agiert und man sein Vertrauen nutzt, um wirkungsvoll mit einer Lüge den Verlauf der Verhandlung zu beeinflussen. Fasst man den Begriff „Situation der Lüge“ weit, ließen sich zudem viele weitere Umstände heranziehen, die das Umfeld für Lügen beeinflussen, z. B. die Beziehung der beiden Verhandlungsparteien (z. B. einmalige Verhandlung oder ständige Geschäftsbeziehung oder auch treuhänderisches Verhältnis) sowie die individuellen Umstände, in denen sich die Verhandlungsparteien befinden (z. B. finanzielle Engpässe etc.).

Viele der möglichen Rahmenumstände werden bei der juristischen Betrachtung nicht berücksichtigt (z. B. die Tatsache, ob die Täuschung zur Abwehr oder zur Durchsetzung von Forderungen eingesetzt wird). Dies erscheint insofern sinnvoll, als sich die genaue Motivation in vielen Fällen nicht ermitteln und erst recht nicht beweisen ließe. Obwohl sich verschiedene Rahmenumstände grundsätzlich zur Differenzierung von zulässigen und unzulässigen Täuschungen eignen könnten, sollen sie im Folgenden aufgrund der mit der Lösung verbundenen Rechtsunsicherheit zunächst unberücksichtigt bleiben.

Allerdings muss die Berücksichtigung von gewissen Rahmenumständen nicht zwangsläufig Rechtsunsicherheit mit sich bringen. Eine Unterscheidung nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses könnte beispielsweise möglich sein und auch inhaltlich sinnvoll erscheinen. Dieser Aspekt wurde bereits unter 3. Teil, C.II.6. diskutiert, da die betrachteten Rechtsordnungen einem bestehenden Vertrauensverhältnis in unterschiedlicher Form Rechnung tragen. Wie bereits ausgeführt, fokussiert sich diese Arbeit jedoch auf unternehmerische Vertragsverhandlungen außerhalb von besonderen Vertrauensbeziehungen.¹⁴³⁵ Dieser Ansatz wird deshalb im Folgenden zunächst nicht weiter verfolgt. Er könnte sich aber für weiterführende Forschungsarbeiten als ergiebig erweisen und sollte dort daher näher untersucht werden.

¹⁴³⁴ Siehe zur Gegenlüge näher unter 2. Teil, A.VII.7.

¹⁴³⁵ Siehe dazu auch unter 1. Teil, A.

IV. Techniken der Täuschung

Eine weitere theoretisch mögliche Kategorisierung von Bluffs könnte anhand von Techniken der Täuschung, d.h. konkret den verwendeten Kommunikationstechniken, vorgenommen werden. Techniken der Irreführung sind häufig eng verbunden mit der Handlungsintensität der Täuschung. Aktive Täuschungen werden meist mit Hilfe von Aussagen, Fragen oder Antworten begangen, während das Unterbleiben des Korrigierens eines Fehlers der Gegenseite regelmäßig durch Schweigen erfolgt.

Bei den Techniken der Täuschung sind grundsätzlich verbale und nonverbale Techniken sowie visuelle Techniken zu unterscheiden.¹⁴³⁶ Dieser Beitrag konzentriert sich vor allem auf Täuschungen im Rahmen sog. Face-to-face-Verhandlungen, d.h. von Verhandlungsgesprächen, bei denen die Verhandler körperlich an einem Ort anwesend sind (also von Angesicht zu Angesicht).¹⁴³⁷ Im Rahmen von Face-to-face-Verhandlungen können grundsätzlich sowohl verbale als auch nonverbale und visuelle Techniken zum Einsatz kommen. In abgeschwächter Form gilt dies gleichermaßen für Videokonferenzen (inkl. Verhandlungen via *Zoom* oder *Teams*). Bei Verhandlungen per E-Mail fallen nonverbale Techniken hingegen fort. Gleiches gilt für Verhandlungen per Telefon. Mit Blick auf die verbale Kommunikation lassen sich z.B. folgende Techniken unterscheiden:

- Aussagen (ohne vorherige Frage)
 - ambivalente/schiefe Aussagen
 - sarkastische Aussagen (als Prototyp einer Aussage, die genau das Gegenteil dessen ausdrücken soll, was gesagt wird)
 - falsche Angaben
- Fragen
- Antworten¹⁴³⁸
- Schweigen
 - auf eine Frage
 - Weglassen von Informationen im Rahmen von eigenen Aussagen/Antworten (mit oder ohne Vollständigkeitsanspruch)
 - auf Aussagen des Verhandlungspartners, insbesondere konkludentes Schweigen

Da hier aktive Täuschungen problematisiert werden, geht es dementsprechend vorrangig um Aussagen (ohne vorherige Frage) und Antworten. Im B2B-Bereich ist daneben allerdings vor allem noch auf Täuschungen durch Dokumente zu achten.

¹⁴³⁶ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 28 unterscheidet im Rahmen der dogmatischen Betrachtung zwischen der „positiven Erregung des Irrtums“ und „Unterlassen der Aufklärung“. Generell zu diesen Täuschungstechniken auch *Rössel* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), *Die Lüge*, 2007, S. 141, 147.

¹⁴³⁷ Zu Face-to-face-Verhandlungen S. *Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 179 f.

¹⁴³⁸ Hier sind die gleichen Differenzierungen möglich wie bei Aussagen.

Im Rahmen eines Textes (wie E-Mail, Brief, Fax, *WhatsApp*, SMS, *instant messaging*) können viele der Techniken Anwendung finden, die soeben aufgelistet wurden. Dokumente können in der Verhandlung zudem eingesetzt werden, um Täuschungen zu belegen (z. B. gefälschte Angebotsunterlagen, gefälschte Vollmachten, manipulierte Gutachten etc.). Visuelle Techniken der Täuschung bedienen sich vor allem Bildern und Filmen (z. B. im Rahmen einer Unternehmenspräsentation). Auch ohne ausdrückliche und sogar ohne konkludente Aussagen wird so ein (falscher) Eindruck vermittelt. Bei nonverbalen Techniken vermitteln Verhaltensweisen eine bestimmte Aussage. Daneben kann Körpersprache benutzt werden (Kopfnicken, Kopfschütteln, Daumen hoch etc.).

Häufig werden verschiedene Techniken im Zeitablauf miteinander kombiniert. So kann der Verhandler z. B. zunächst im Rahmen eines Gesprächs eine Aussage machen, die nicht der Wahrheit entspricht, diese auf Rückfrage des Gegenübers durch ein Kopfnicken bekräftigen und, um die Zweifel des Verhandlungspartners zu zerstreuen, beim nächsten Termin manipulierte Dokumente vorlegen.

Bei der rechtlichen Regelung von Bluffs unterscheiden die Rechtsordnungen grundsätzlich nicht ausdrücklich nach den verwendeten Kommunikationstechniken. Da sie jedoch rudimentär nach der Handlungsintensität differenzieren (Täuschung durch aktives Tun bzw. Unterlassen) ergibt sich daraus *de facto* eine gewisse Unterscheidung gemäß den Täuschungstechniken (Unterlassen = Verschweigen etc.). Auch die Regeln des StGB über Urkundenfälschung unterscheiden nicht direkt nach der Technik, erfassen aber gerade Aussagen (und ggf. Antworten). Es ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil eine weitergehende Unterscheidung im Vergleich zur (groben) Differenzierung nach der Handlungsintensität sowie der konkreten Regelung der Urkundenfälschung im StGB haben sollte. Aus diesem Grund wird eine konkrete Unterscheidung nach Täuschungstechniken im Folgenden zunächst nicht weiterverfolgt. Nur wenn keine andere zufriedenstellende Lösung gefunden werden sollte, könnte dieser Ansatz noch einmal näher untersucht werden. Aber selbst dann erschiene es nach hier vertretener Ansicht zunächst vielversprechender, andere bereits diskutierte Ansätze wie materielle Intensitätsstufen oder die Handlungsintensität näher zu untersuchen.

V. Ziele und Gründe von Täuschungen

Die Kenntnis über Ziele und Gründe, die mit Täuschungen bei Vertragsverhandlungen verfolgt werden, ist essenziell, da nur aufgrund der Analyse der Beweggründe angemessene Reaktionen¹⁴³⁹ auf die Irreführung gefunden werden können. Die Unterteilung nach Zielen und Gründen von Täuschungen kann auf unterschiedlichen Ebenen mit unterschiedlichen Abstraktionsgraden vorgenommen werden. Abstrakt gefasst dienen Lügen z. B. oft dem Schutz von Informationen.

¹⁴³⁹ Zu möglichen Reaktionen auf Täuschungen siehe bereits unter 2. Teil, A.VII.

Relativ konkret gefasst, ließen sich folgende Gründe und Ziele unterscheiden:¹⁴⁴⁰ Häufig dienen vorsätzliche Irreführungen des Verhandlungspartners dazu, eigene Forderungen (z. B. nach einem geringeren Kaufpreis) durchzusetzen oder Forderungen des Verhandlungspartners (z. B. eine zügigere Lieferung des Produkts) abzuwehren. Darüber hinaus können Lügen darauf abzielen, Zeitdruck in der Verhandlung aufzubauen oder sie können umgekehrt darauf ausgerichtet sein, Zeit zu gewinnen. Teilweise wird der Verhandlungspartner auch getäuscht, damit er ein bestimmtes Fehlverhalten nicht erkennt. In diesem Fall dient die Lüge als *cover-up*.¹⁴⁴¹ Sie bezweckt damit, den negativen Konsequenzen, die mit dem Fehlverhalten verbunden sein könnten, zu entgehen.¹⁴⁴² In einem vergleichbaren Sinn kann die Irreführung des Verhandlungspartners zudem eine Verteidigungstaktik darstellen. Darüber hinaus dienen Täuschungen zudem der Konfliktvermeidung bzw. dem Aufbau oder der Aufrechterhaltung einer guten Beziehung zum Verhandlungspartner. Es kann z. B. gelogen werden, um Gemeinsamkeiten mit dem Verhandlungspartner zu unterstreichen (vgl. *Similar-to-me-Taktik*¹⁴⁴³) oder um Kontroversen zu vermeiden. Statt dem Verhandler die wahren Gründe für den Abbruch der Verhandlung darzulegen (z. B. mangelhafte Qualität der angebotenen Leistung), wird die Ablehnung dann beispielsweise damit begründet, dass das Projekt intern „auf Eis gelegt“ wurde. Bei Zielen ließe sich zudem zwischen Zwischenzielen und Endzielen unterscheiden. Zu Endzielen kann z. B. der vorteilhafte Vertragsschluss zählen. Zwischenziele beziehen sich eher auf einzelne Zwischenschritte in der Verhandlung. So kann eine Lüge z. B. darauf gerichtet sein, einen Verhandlungstermin zu verschieben, um mehr Zeit für die Vorbereitung der nächsten Verhandlungsrunde zu gewinnen.

Bei der rechtlichen Beurteilung von Bluffs in unternehmerischen Vertragsverhandlungen werden Ziele und Gründe allerdings wohl nicht im Vordergrund stehen, da sie die Irreführung allenfalls in ganz besonderen Ausnahmesituationen rechtfertigen können. Entsprechend unterscheiden weder die deutsche Rechtsordnung noch die anderen betrachteten Rechtsordnungen nach den Zielen und Gründen für Lügen in Vertragsverhandlungen. Zudem besteht auch hier das Problem, dass es sich um innere Tatsachen¹⁴⁴⁴ handelt, was die Beweisführung erheblich erschweren würde. Eine entsprechende Anknüpfung würde daher die Durchsetz-

¹⁴⁴⁰ C. Ford, *Lies! Lies!! Lies!!!*, 1999, S. 29 unterscheidet in Anlehnung an *Karpman* verschiedene Arten von Lügen und verbindet damit auch verschiedene Motive. Konkret differenziert der Autor zwischen „benign and salutary lies, hysterical lies, defensive lies, compensatory lies, malicious lies, gossip, implied lies, ‚love intoxication‘ lies, pathological lies.“. Auf S. 88 ff. nimmt der Autor dann eine weitere Klassifizierung vor.

¹⁴⁴¹ Siehe allgemein zur Aufdeckungsvermeidung und in diesem Zusammenhang zu *cover-ups* (nicht spezifisch zu *cover-up lies*) *Sanchirico*, *NYU Law Review* 81 (2006), 1331, 1331 ff.

¹⁴⁴² C. Ford, *Lies! Lies!! Lies!!!*, 1999, S. 88 spricht insofern von „lies to avoid punishment“.

¹⁴⁴³ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.1.

¹⁴⁴⁴ Zur Erfassung innerer Tatsachen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB siehe näher unter 2. Teil, B.I.2.b)dd).

barkeit der Norm reduzieren. Generell würde der dann notwendige hohe Differenzierungsgrad wohl zu einer hohen Rechtsunsicherheit führen und wäre nicht praktikabel. Lügen mit Blick auf Ziele werden jedoch wohl indirekt von den Rechtsordnungen privilegiert, wenn Kausalität verlangt wird und relativ hohe Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden. Dann wird es beispielsweise der getäuschten Partei schwerfallen nachzuweisen, dass die Lüge, die zu einer Terminverschiebung führte, sich letztlich wirklich auf den Vertragsschluss ausgewirkt hat. Eine weitergehende Differenzierung nach Gründen und Zielen von Täuschungen wird im Folgenden nicht vorgenommen. Nur wenn keine andere zufriedenstellende Lösung gefunden werden sollte, könnte dieser Ansatz noch einmal näher untersucht werden, wobei insofern festzuhalten ist, dass andere Ansätze vielversprechender erscheinen.

VI. Konsequenzen von Täuschungen

Es erscheint ebenfalls denkbar, Lügen nach ihren Konsequenzen¹⁴⁴⁵ zu kategorisieren. Es ließe sich insbesondere zwischen *white lies* (soziale Lüge) und *black lies* (unsoziale Lüge) differenzieren.¹⁴⁴⁶ *White lies* sollen dem Belogenen einen Vorteil bringen (oder ihn zumindest nicht schädigen),¹⁴⁴⁷ während *black lies*¹⁴⁴⁸ zum eigenen Vorteil (oder den Vorteil eines Dritten) vorgetragen werden. *Schweitzer*¹⁴⁴⁹ nennt entsprechend die Möglichkeit einer Zweiteilung: Lügen im Eigeninteresse/ Lügen im Fremdinteresse. *DePaulo et al.*¹⁴⁵⁰ nehmen eine entsprechende Unterscheidung vor. Sie ergänzen insofern, dass es auch Lügen gibt, die weder das eine noch das andere sind, weshalb diese eine dritte Kategorie darstellen.¹⁴⁵¹ *Gneezy* schlägt eine wiederum weiterreichende vierteilige Kategorisierung vor:¹⁴⁵²

¹⁴⁴⁵ Dazu, dass Lügen in unternehmerischen Verhandlungen generell darauf ausgerichtet sind, einen Vorteil für den Lügner zu generieren, siehe bereits näher unter 2. Teil, A.IV.

¹⁴⁴⁶ Zu den Folgen auf das Verhandlungsvertrauen siehe unter Punkt 2. Teil, A.VII.3.c).

¹⁴⁴⁷ Allerdings wird der Begriff häufig auch im Zusammenhang mit harmlosen Bluffs verwendet. Zu *white lies* siehe allg. z. B. *Bok*, *Lying*, 1999, S. 57–72 (auf S. 58 verbindet die Autorin die Nachteiligkeit und die Harmlosigkeit: „a white lie [...] is a falsehood not meant to injure anyone, and of little moral import.“). Siehe auch *Levine/Schweitzer*, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), 107, 108 („We define white lies as false statements made with the intention of misleading a target about something trivial“).

¹⁴⁴⁸ Die Terminologie ist nicht einheitlich. Teilweise wird auch von *harmful lies* oder *self-serving lies* gesprochen. *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 723 verwenden den Begriff *selfish black lies*.

¹⁴⁴⁹ *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, S. 187, 191.

¹⁴⁵⁰ *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996), 979, 983.

¹⁴⁵¹ *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996), 979, 983 kodieren diese Kategorie jedoch für ihre Studie nicht.

¹⁴⁵² *Gneezy*, *The American Economic Review* 95 (2005), 384, 385 f. mit Blick auf seine Untersuchung.

- Die Lüge ist vorteilhaft für beide Seiten oder zumindest für eine Seite bei gleichzeitiger Neutralität für die andere Seite (Pareto-effiziente Lüge),
- die Lüge schadet dem Lügner und ist vorteilhaft für den Getäuschten,
- die Lüge ist vorteilhaft für den Lügner und schadet dem Getäuschten und
- die Lüge schadet beiden Seiten bzw. einer Seite bei gleichzeitiger Neutralität für die andere Seite.

Auf *Gneezy* aufbauend ließe sich eine noch ausdifferenziertere, zweidimensionale Kategorisierung andenken, die auf der einen Seite zwischen dem Lügner und dem Belogenen unterscheidet und auf der anderen Seite zwischen vorteilhaften, nachteiligen und neutralen Täuschungen. Unter der Bezeichnung „neutrale Bluffs“ könnten solche Täuschungen gefasst werden, die sich weder positiv noch negativ auswirken. Die Vorteilhaftigkeit bzw. Nachteiligkeit ist nach hier vorgegebenem Verständnis eine ökonomische (zur ökonomischen Analyse von Täuschungen siehe ausführlich unter 4. Teil, G.). Genauer geht es um solche ökonomischen Vor- und Nachteile, die tatsächlich realisiert wurden bzw. sich realisieren werden. Entsprechend ergäben sich die folgenden neun möglichen Konstellationen:

- Vorteil für den Lügner/Vorteil für den Getäuschten¹⁴⁵³
- Vorteil für den Lügner/Nachteil für den Getäuschten¹⁴⁵⁴
- Vorteil für den Lügner/neutral für den Getäuschten
- Nachteil für den Lügner/Vorteil für den Getäuschten¹⁴⁵⁵
- Nachteil für den Lügner/Nachteil für den Getäuschten
- Nachteil für den Lügner/neutral für den Getäuschten
- Neutral für den Lügner/Vorteil für den Getäuschten
- Neutral für den Lügner/Nachteil für den Getäuschten
- Neutral für den Lügner/neutral für den Getäuschten

Im Rahmen der ökonomischen Analyse, werden einige der genannten Konstellationen zusammengefasst. So führt z. B. ein Bluff, der einen Vorteil für eine Seite bringt und gleichzeitig zumindest neutral, wenn nicht gar vorteilhaft für die andere Seite ist, zu einem Pareto-effizienten Ergebnis (näher dazu unter 4. Teil, G.V.3.b)). Eine Rechtsordnung könnte daher auch entsprechend zwischen Pareto-effizienten und Pareto-ineffizienten Lügen unterscheiden. Es wäre zudem denkbar, die Be-

¹⁴⁵³ Solche Bluffs werden gemeinsam mit Lügen die in die Kategorie „Vorteil für den Lügner/neutral für den Getäuschten“/„Neutral für den Lügner/Vorteil für den Getäuschten“ fallen in der Literatur als *paternalistic lies* oder *Pareto-white lies* bezeichnet. *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 724 zu *Pareto-white lies*. *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 621 verwenden den Begriff *paternalistic lies*. *Levine/Schweitzer*, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), 107, 108 verwenden die Bezeichnung *prosocial lies* für Lügen, die zugunsten der anderen Seite erzählt werden, die täuschende Seite jedoch nichts kosten.

¹⁴⁵⁴ Insofern wird oft von *black lies* oder *harmful lies* oder *self-serving lies* gesprochen.

¹⁴⁵⁵ Insofern wird teilweise von *altruistic lies* gesprochen. Siehe z. B. *Levine/Schweitzer*, *Journal of Experimental Social Psychology*, 53 (2014), 107, 108. *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 724 sprechen im Zusammenhang mit letzteren von *altruistic white lies*.

trachtung der Konsequenzen, um die Auswirkungen auf Dritte zu erweitern. So könnte z.B. die Vorteil- oder Nachteilhaftigkeit für Dritte (Konkurrenten, Lieferanten etc.) in Form von Externalitäten betrachtet werden.¹⁴⁵⁶ Es könnten also makroökonomische Effekte berücksichtigt und Auswirkungen von Lügen auf den Markt als Ganzem betrachtet werden.

In der juristischen Literatur in Deutschland spielt die Frage, wie sich ein Bluff für den Lügner auswirkt, bislang keine Rolle. Sofern eine entsprechende Diskussion um die wirtschaftlichen Folgen überhaupt geführt wird, konzentriert sich die Debatte auf die Konsequenzen für den Getäuschten. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang teilweise, wie Situationen zu bewerten sind, in denen die Irreführung dem Getäuschten zum Vorteil gereicht (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.5.d)).¹⁴⁵⁷ Aus rein praktischer Sicht sind die Konsequenzen für den Getäuschten insofern interessant, als sie einen Hinweis auf seine mögliche Reaktion¹⁴⁵⁸ auf die Aufdeckung einer Lüge geben. Wirkt sich die Täuschung vorteilhaft für ihn aus, ist es unwahrscheinlich, dass er den Vertrag anfechten möchte.¹⁴⁵⁹ Im Ergebnis unterscheidet das deutsche Recht jedoch nicht danach, welche Konsequenzen für den Getäuschten eintreten. Die getäuschte Partei soll auch dann anfechten können, wenn die Lüge für sie einen Vorteil mit sich bringt.¹⁴⁶⁰ Denn im deutschen Recht schützt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit.¹⁴⁶¹ Die Vorschrift beschränkt sich nicht darauf, den Getäuschten allein vor nachteiligen Geschäften zu schützen.

¹⁴⁵⁶ Auch dieser Aspekt wird im Rahmen der ökonomischen Analyse z.B. in Bezug auf die Diskussion um das Wahrheitssignal und Spillover-Effekte aufgegriffen (siehe dazu unter 4. Teil, G.V.4 und 5.c)).

¹⁴⁵⁷ Diskutiert wird auch die Schädigungsabsicht. Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.d). Dies wird hier nicht angesprochen, da es um eine Absicht und keinen realisierten Schaden geht.

¹⁴⁵⁸ Siehe zum Umgang mit Lügen näher unter 2. Teil, A.VII.

¹⁴⁵⁹ Dies ist unter Umständen trotzdem möglich, wenn sich die Umstände z.B. nachträglich ändern und daher der Wegfall des Vertrags plötzlich attraktiv erscheint oder wenn die Anfechtung als eine Art „Bestrafung“ für die Lüge eingesetzt wird und deshalb ein gewisser eigener Nachteil in Kauf genommen wird. Einen Überblick zu solchen „Bestrafungen“ gebend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 354.

¹⁴⁶⁰ Daher kann die täuschende Seite auch nicht anführen, „nur das Beste“ für die getäuschte Seite gewollt zu haben. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18.4; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 61; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 335; dazu auch v. *Lübnow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 271 f.; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 353; *Kolbe*, JZ 2009, 550, 555; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 2 = S. 543 (der darauf aufmerksam macht, dass dies oftmals auch nur eine Ausflucht darstellen würde).

¹⁴⁶¹ BGH NJW 1988, 2599, 2601; Mugdan (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 1, 1899, Motive, § 103 (S. 465); zum Konzept des BGB-Gesetzgebers auch überblicksartig *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 76 ff.; vgl. auch *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 5 ff. (Täuschung); *Singer/Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1, 49; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1 (allg. zu § 123 BGB); *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023,

Die anderen Rechtsordnungen differenzieren ebenfalls nicht direkt danach, wie sich die Lüge für den Lügner auswirkt. Zu den Instrumenten, die zu entsprechenden Ergebnissen führen können, zählen aber z.B. die Voraussetzung eines Schadens, *materiality*,¹⁴⁶² *dolus causam dans*¹⁴⁶³ sowie hohe Anforderungen an die Kausalität. Die genannten Aspekte laufen nicht ganz parallel zu der Unterscheidung zwischen vorteilhaften und unvorteilhaften Lügen aus Sicht des Belogenen. Aber sie können bei entsprechender Interpretation zu ähnlichen Ergebnissen führen. Wie bereits ausgeführt, fordert das US-amerikanische Recht beispielsweise eigentlich keinen Vermögensschaden für die Anfechtung.¹⁴⁶⁴ Aber in der Praxis scheint es so zu sein, dass einige Gerichte teilweise auch mit Blick auf die Anfechtung einen Vermögensschaden bzw. einen irgendwie gearteten Nachteil als Voraussetzung ansehen.¹⁴⁶⁵ Italien wiederum verknüpft die Auswirkung von Lügen auf den Getäuschten und die einschlägige Rechtsfolge.¹⁴⁶⁶

Da die Regeln des Vertragsrechts in Deutschland ebenfalls dazu dienen, wirtschaftlich sinnvolle Verträge zu ermöglichen und zu einer funktionierenden Marktwirtschaft beizutragen, sind die ökonomischen Effekte im Ergebnis auch mit Blick auf die hier angestellten Überlegungen zur Situation *de lege lata* und *de lege ferenda* relevant. Die ökonomischen Konsequenzen entfalten zudem potenziell eine große Hebelwirkung, weshalb sie bereits aus diesem Grund in dieser Arbeit Beachtung finden sollten. Zwar zeigen bereits die kurzen Ausführungen zur Thematik, dass die Bestimmung der Konsequenzen sich äußerst komplex gestalten

§ 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 1. Zum Schutz der freien, selbstbestimmten Willensbildung *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 353; v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 250, 272 f.

¹⁴⁶² Siehe dazu bereits oben unter 3. Teil, C.II.3.b).

¹⁴⁶³ Siehe dazu bereits oben unter 3. Teil, C.II.3.a).

¹⁴⁶⁴ *D'Angelo v. Bob Hastings Oldsmobile, Inc.*, 89 A.D.2d 785 (N.Y. App. Div. 1982); *Perillo, Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985.

¹⁴⁶⁵ *Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 409. So auch bereits *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 985. *Perillo, Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, § 9.15, S. 295 führt daher an, dass das Restatement (Second) of Contracts etwas weitergeht als die Rechtsprechung. Vgl. z.B. *Mott v. Tri-Continental Fin.*, 330 F.2d 468 (2d Cir. 1964) („The plaintiff maintains that under the law of New York injury need not be proved in an action for rescission, but rather that the plaintiff need establish only that misrepresentations induced the plaintiff to enter into the agreement. But the plaintiff has failed to cite any case, and we have found none, in which rescission was granted although the plaintiff had disposed of the property acquired under the contract at no loss to himself.“). Den Schaden im Falle eines *material fact* vermutend: Zusammenfassung von *Stuart v. Lester*, 49 Hun. 58, 1 N.Y.S. 699 (5th Dept. 1888) in *Cupples*, Washington University Law Review 1951 (1951), 4. 589, 592 (Der Verkäufer behauptet gegenüber dem Käufer, dass er seine Farm nicht unter 8.500 \$ angeboten habe, obwohl er bereits mehrfach für 6.000 \$ verkaufen wollte.) („If the false statement relates to a material fact, the law implies that the defrauded party has suffered an injury sufficient to defeat recovery“).

¹⁴⁶⁶ Zur Unterscheidung von *dolus causam dans* und *dolus incidens* im italienischen Recht siehe unter 3. Teil, B.III.6.

wird und sicherlich Abgrenzungsfragen zu beantworten sein werden. Dies ist immer auch mit Rechtsunsicherheit verbunden. Aber dennoch scheinen die Überlegungen zentral für eine sinnvolle Lösung zu sein, weshalb sie an dieser Stelle nicht von vornherein ausgeklammert werden sollen. Die ökonomischen Konsequenzen werden daher im Folgenden näher unter 4. Teil, G.VII. diskutiert.

Daneben ließe sich eine Kategorisierung nach verschiedenen nichtökonomischen Konsequenzen andeuten.¹⁴⁶⁷ So können Lügen den Getäuschten z. B. emotional verletzen und negative Emotionen hervorrufen.¹⁴⁶⁸ Es ist aber auch möglich, dass der Bluff den Geschäftspartner unberührt lässt oder er mit Verständnis reagiert.¹⁴⁶⁹ Die emotionalen Folgen sind für die rechtliche Ausgestaltung jedoch grundsätzlich nicht relevant. Diese Konsequenzen sollen daher im Folgenden ausgeblendet werden. Nur wenn noch ein Bedarf nach weiteren Regelungsinstrumenten festgestellt werden sollte, könnte dieser Aspekt wieder aufgegriffen werden. Da die Berücksichtigung entsprechender Konsequenzen den hier betrachteten Rechtsordnungen jedoch generell fremd ist, würden selbst im Bedarfsfall zunächst andere Optionen geprüft.

Es ließe sich zudem danach differenzieren, welche Konsequenzen der Getäuschte im Fall einer Aufdeckung der Lüge anstrebt. Er kann diese beispielsweise schweigend hinnehmen oder aber auch die Geschäftsbeziehung abbrechen. Die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten wurden bereits ausführlich unter 2. Teil, A.VII. erörtert. Die Reaktion auf Bluffs ist für die rechtliche Regelung von Täuschungen insofern interessant, als die Vorschriften grundsätzlich darauf ausgerichtet sind, einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen und sie ggf. Steuerungswirkung entfalten sollen. Diese Aspekte werden im Laufe der Arbeit daher aufgegriffen und fließen in die Überlegungen zu einer sinnvollen Lösung der Problematik ein.

Im Ergebnis erscheinen die Konsequenzen von Täuschungen damit so bedeutend, dass sie in unterschiedlicher Form bei der Lösung der Problematik helfen könnten und es zumindest sinnvoll erscheint, auf diesen Ansatz im Folgenden näher einzugehen.

VII. Subjektives Element des Täuschenden

Eine weitere Kategorisierungsmöglichkeit für Lügen besteht darin, zu untersuchen, wie die Irreführung aus Sicht des Täuschenden angelegt war. Es ließe sich

¹⁴⁶⁷ Zu den emotionalen Reaktionen auf Lügen siehe näher unter 2. Teil, VII.3.

¹⁴⁶⁸ Einen Überblick gebend *Bies* in: Cropanzano (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*, 2015, S. 89, 96. Vgl. auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 168 f. sowie bereits *Lewicki* in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in organizations*, 1983, S. 68, 76 zu Verärgerung und Enttäuschung. Allg. beispielsweise auch *Bok*, *Lying*, 1999, S. 20.

¹⁴⁶⁹ Das könnte z. B. der Fall sein, sofern die getäuschte Seite eine Erklärung für die Lüge erhält, wobei es insofern auf die Form und Art der Erklärung ankommen wird. In diese Richtung weist die Studie von *D. L. Shapiro*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 614, 614–630.

insofern aus deutscher Sicht zwischen Vorsatz, grober Fahrlässigkeit und leichter Fahrlässigkeit unterscheiden. Ein Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zeigt, dass diese Unterscheidung bei der rechtlichen Einordnung in der Tat eine Rolle spielt. Die deutsche Vorschrift erfasst lediglich vorsätzliche Täuschungen.¹⁴⁷⁰ Das US-amerikanische Recht gestattet es der getäuschten Seite hingegen beispielsweise (theoretisch), auch wegen einer grob fahrlässigen bzw. einfach fahrlässigen Täuschung anzufechten, solange diese erheblich (*material*) war.¹⁴⁷¹ Vorsatz und *materiality* stehen mit Blick auf die Anfechtung damit in einem Alternativverhältnis.¹⁴⁷² Der US-amerikanische Ansatz ließe sich mit Blick auf das deutsche Recht ebenfalls diskutieren. Andere Rechtsordnungen wie das französische Recht erfassen zwar formell nur vorsätzliche Täuschungen.¹⁴⁷³ Mit Blick auf Lügen von professionellen Verhandlern wird in Frankreich allerdings erörtert, ob grob fahrlässige Täuschungen nicht mit arglistigen Täuschungen gleichzusetzen sind.¹⁴⁷⁴ In Italien sind (bislang) ebenfalls lediglich vorsätzliche Täuschungen von Art. 1439 Abs. 1 c.c. geregelt. Eine im Vordringen befindliche Ansicht in der Literatur vertritt jedoch die Ansicht, dass eine fahrlässige Täuschung für die Annullierung des Vertrags gem. Art. 1439 Abs. 1 c.c. ebenfalls genügen sollte.¹⁴⁷⁵ In dieser Arbeit geht es jedoch allein um vorsätzliche Täuschungen, sodass eine nähere Erörterung unterbleibt.

Darüber hinaus könnte die Absicht, mit der der Verhandlungspartner belogen wird, eine Rolle spielen. Im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird insofern die

¹⁴⁷⁰ Siehe zum Vorsatzerfordernis ausführlich unter 2. Teil, B.I.5.

¹⁴⁷¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.c).

¹⁴⁷² Deliktische Schadensersatzansprüche erfordern jedoch zwingend eine vorsätzliche sowie erhebliche (*material*) Täuschung. Vgl. § 538 R2T („Reliance upon fraudulent misrepresentation is not justifiable unless the matter misrepresented is material.“). Zu diesem Unterschied zwischen den *remedies* *Sherwin*, *Loyola of Los Angeles Law Review* 36 (2003), 1017, 1021 ff. So bereits auch *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 984.

¹⁴⁷³ *Fabre-Magnan*, *Droit des obligations*, Bd. 1, 6. Aufl. 2021, S. 437 (Rn. 564); *Chantepie/Latina*, *Le nouveau droit des obligations*, 2. Aufl. 2018, S. 282 (Rn. 328); *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296); *Tranchant/Egée*, *Droit des obligations* 2024, 27. Aufl. 2023, S. 38; *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296).

¹⁴⁷⁴ *Cour de cassation*, *Chambre civile* 3, 03.02.1981, 79-13.774 (Im konkreten Fall hatte ein Immobilienhändler für die in Immobilienfragen unkundigen Käufer nicht weiter geprüft, ob das angebliche Bauland tatsächlich bebaubar war. Im Ergebnis war es nicht bebaubar, weil keine Erschließung erfolgt war und das Grundstück ohne behördliche Genehmigung geteilt wurde); vgl. *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1075 (Rn. 1296). Die Tendenz besteht gerade auch bei Täuschungen durch Verschweigen, die hier jedoch weitgehend ausgeblendet werden (*Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, S. 1076 ff. (Rn. 1297 ff.)).

¹⁴⁷⁵ *Roppo*, *Il contratto*, 2. Aufl. 2011, S. 766 f.; *Corsaro*, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, 1979, S. 151 f.; ausführlich zu den Ursachen des Meinungsstreits *Sacco/De Nova*, *Il contratto*, 4. Aufl. 2016, S. 537 ff. Die Autoren vertreten die Ansicht, dass die Vorschrift offen formuliert ist und damit dem Rechtsanwender die Freiheit lässt, auch fahrlässige Täuschungen genügen zu lassen. Den Meinungsstand auf Deutsch aufbereitend *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 781 f.; vgl. auch *Sacco* in: *Vasalli* (Hrsg.), *Trattato di diritto civile*, Vol. 6, Bd. 2, 1975, S. 326.

Schädigungsabsicht diskutiert.¹⁴⁷⁶ Es ist aber auch denkbar, dass der Lügner einen Vorteil für die andere Seite anstrebt oder beabsichtigt, dass sich die Täuschung weder positiv noch negativ auf die andere Seite auswirken wird. Insofern ähnelt die Kategorisierungsmöglichkeit der Differenzierung nach den Konsequenzen von Täuschungen. Der Unterschied besteht darin, dass es im letzteren Fall um tatsächliche Auswirkungen geht und hier um die vom Lügner beabsichtigten Folgen (die sich aber nicht unbedingt materialisieren müssen). Darüber hinaus bestehen bei dieser Unterscheidung Überschneidungen mit der Kategorisierung nach Gründen und Zielen (siehe unter 3. Teil, D.V.). Im Fall von entsprechenden Überlappungen wird der Gesetzgeber gewöhnlich – wenn überhaupt – lediglich eine der Differenzierungsmöglichkeiten für die Regelung heranziehen. Von den betrachteten Rechtsordnungen nimmt jedoch keine direkt auf Gründe und Ziele oder die Absicht Bezug. Die Überschneidungen zu den anderen Kategorien spricht bereits dafür, dass diese Kategorisierung zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheit führen könnte. Die ökonomischen Konsequenzen werden zudem schon berücksichtigt, sodass die Fokussierung auf die Absicht nach hier vertretener Ansicht keinen Mehrwert bringt und deshalb im Folgenden zunächst ausgeklammert werden soll.

VIII. Zeitliches Element der Täuschung

Täuschungen könnten im Prinzip zudem nach ihrer zeitlichen Komponente unterschieden werden. So kann über Vergangenes und Gegenwärtiges gelogen werden. Ein Verhandler mag z. B. über Nachlässe bluffen, die er in der Vergangenheit von anderen Verkäufern erhalten hat (Vergangenes). Ein Verhandler kann aber ebenso über gegenwärtige Rohstoffpreise lügen (Gegenwärtiges). Strenggenommen kann jedoch nicht über die Zukunft getäuscht werden. Bei der Lüge über Zukünftiges besteht das Problem darin, dass die Zukunft noch nicht eingetreten ist und insofern mehr oder weniger Unsicherheit besteht. Bluffs können aber dennoch durchaus zukünftig ausgerichtet, dabei jedoch in der Gegenwart verankert sein. So könnte ein Verhandler gegenüber einem auswärtigen Verhandler, um Zeit zu gewinnen, behaupten, dass am kommenden Tag ein Feiertag ist und man deshalb nicht verhandeln könne, obwohl dies unzutreffend ist. Der Verhandler täuscht in diesem Fall darüber, wie der jeweilige Staat die Feiertage festgelegt hat. Blufft ein Verhandler über zukünftige Ereignisse („Ich erwarte, dass die Inflation 5 % steigen wird.“), so lügt er beispielsweise über seine gegenwärtigen Erwartungen bezüglich dieses Ereignisses. Es kann zudem über Prognosen geblufft werden. Irreführungen über Intentionen sind ebenfalls zu bedenken (z. B. über die Zahlungsbereitschaft oder die Tatsache, ob man vorhat, ein Grundstück zu bebauen oder nicht). Die betrachteten Rechtsordnungen gehen mit der Thematik teils unterschiedlich um, auch

¹⁴⁷⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.d).

wenn dieser Aspekt in keiner der analysierten Vorschriften explizit geregelt wird. Im US-amerikanischen Recht muss sich die Falschaussage beispielsweise auf gegenwärtige oder vergangene Tatsachen beziehen.¹⁴⁷⁷ Deshalb berechtigen regelmäßig Einschätzungen über die Zukunft nicht zur Anfechtung, insbesondere wenn es um allgemeine Aussagen z.B. zu künftigen Wachstumschancen, Entwicklungsperspektiven und der Kontinuität von Unternehmen geht.¹⁴⁷⁸ Mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird hingegen vertreten, dass Lügen über die Zukunft ebenfalls zur Anfechtung berechtigen (siehe zur Diskussion ausführlich unter 2. Teil, B.I.2.b) ff)).¹⁴⁷⁹ Nach schweizerischem Recht können sich falsche Tatsachenbehauptungen hingegen nicht nur auf Gegenwärtiges und Vergangenes beziehen, sondern auch auf Zukünftiges, „soweit sie als vorweggenommenes Faktum dargestellt werden“¹⁴⁸⁰. In dieser Arbeit soll diese Kategorisierungsmöglichkeit zunächst nicht weiter ausgeführt werden, da sie auf den ersten Blick nicht vielversprechend zu sein scheint. Gegenwärtiges und Vergangenes wird in allen Rechtsordnungen erfasst, sodass es von vornherein nicht plausibel erscheint, darüber eine Differenzierung zu erzielen. Es spricht auch nichts ersichtlich dafür, Täuschungen entsprechend unterschiedlich zu behandeln. Bluffs über Zukünftiges erfassen zudem von vornherein nur ein begrenztes Spektrum an Lügen. Damit kann dieser Ansatz auch nur für diese Lügen potenziell als Unterscheidungskriterium dienen. Nur falls ein Bedarf nach weiteren Regelungsinstrumenten ermittelt werden sollte, könnte dieser Ansatz daher erneut aufgegriffen werden. Aufgrund der begrenzten Reichweite scheint er jedoch im Verhältnis zu anderen Regelungselementen wenig vielversprechend.

Das zeitliche Element der Täuschung lässt sich zudem noch in einem anderen Zusammenhang sehen, und zwar mit Blick auf die Verhandlung als Prozess. So kann sich eine Lüge, die im Vorfeld der Verhandlung ausgesprochen wurde, beispielsweise im Rahmen der Verhandlung auswirken. Der Fokus liegt in dieser Arbeit allerdings auf Irreführungen, die während der Vertragsverhandlung verübt werden. Daneben kann nach Vertragsschluss gelogen werden. Insofern kommt eine Lüge während einer Nachverhandlung bzw. der Vertragsdurchführung in Betracht. Diese Konstellation bleibt jedoch bereits aufgrund des abgesteckten Untersuchungsrahmens dieser Arbeit außer Betracht.

¹⁴⁷⁷ Vgl. Williston (Begr.), *Williston on Contracts*, Bd. 26, 4. Aufl. 2018, § 69:11; Farnsworth (Begr.), *Farnsworth on Contracts*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 4.11, S. 4–43.

¹⁴⁷⁸ *In re Cytoc Corp. Sec. Litig.*, Civil Action No. 02-12399-NMG (D. Mass. 2005).

¹⁴⁷⁹ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 330ff.; *Armbrüster* in: *MüKo BGB*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29. Grds. a. A. *Büchler*, JuS 2009, 976, 976 (eine Ausnahme machend, wenn ein Tatsachenkern enthalten ist). Generell gegen eine Anfechtungsmöglichkeit bei unsicheren Erwartungen v. *Thur*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2 (erste Hälfte), 1914, S. 605.

¹⁴⁸⁰ Handelsgericht Zürich HG140166-O – E. 2.3.1. vom 16.02.2017; *Schwenzer/Fountoulakis* in: *Basler Kommentar – OR I*, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 4; *Schmidlin*, *Berner Kommentar – Bd. 6/1./2./1b*, 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn. 60; *Schwenzer/Fountoulakis* in: *Basler Kommentar – OR I*, 7. Aufl. 2020, Art. 28 Rn. 5; vgl. auch *Gilomen*, *Absichtliche Täuschung*, 1950, S. 21.

IX. Gegenstand der Täuschung

1. Bedeutung des Gegenstands der Täuschung

Weiterhin kommt eine Differenzierung nach dem Gegenstand der Täuschung in Betracht. Denn in unternehmerischen Vertragsverhandlungen kann über eine ganze Vielzahl von Aspekten geblufft werden.¹⁴⁸¹ Innerhalb dieser Kategorisierung gibt es wiederum verschiedene Differenzierungsmöglichkeiten. So unterscheiden z. B. *DePaulo et al.*¹⁴⁸² beim Gegenstand der Täuschung zwischen Tatsachen, Gefühlen, Handlungen etc. Eine weitere Kategorisierungsmöglichkeit zeigt das US-amerikanische Recht auf, welches zwischen Täuschungen über Tatsachen, über die Rechtslage, über Intentionen und über Meinungen differenziert.¹⁴⁸³ Da sich der in dieser Arbeit im Fokus stehende § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB allerdings nur mit Täuschungen über Tatsachen befasst¹⁴⁸⁴ und allein diese auch im Fokus dieser Arbeit stehen, wird die Unterteilung des US-amerikanischen Rechts hier nicht näher betrachtet. Dennoch zeigt das US-amerikanische Recht damit auf, dass zumindest überlegt werden könnte, stärker nach dem Gegenstand der Täuschung zu differenzieren.

Neben den soeben genannten Differenzierungsmöglichkeiten nach dem Gegenstand der Täuschung wäre es zudem denkbar, eine mögliche Abgrenzung noch stärker auf den konkreten Täuschungsgegenstand auszurichten. Das heißt, es könnte insofern auf dem Abstraktionsniveau der Fallgruppe gearbeitet werden. Dies erscheint bereits deshalb naheliegend, da sich die in der Verhandlungsliteratur diskutierten (Täuschungs-)Taktiken¹⁴⁸⁵ häufig am konkreten Gegenstand der Täuschung ausrichten. Bei *phony facts*¹⁴⁸⁶ geht es z. B. um den Leistungsgegenstand, bei der Taktik der kleinen Menge¹⁴⁸⁷ steht die Verfügbarkeit eines Produkts im Vordergrund. Die Better-offer-Taktik¹⁴⁸⁸ bezieht sich auf Alternativangebote. Die Verhandlungstaktiken sind damit auf Fallgruppen von Täuschungsgegenständen aus-

¹⁴⁸¹ *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, 2001, S. 187, 190 unterscheidet folgende Gegenstände der Täuschung: „Broadly speaking, negotiators can misrepresent their reservation price, their interests, their intentions and material facts.“

¹⁴⁸² *DePaulo et al.*, Journal of Personality and Social Psychology 70 (1996), 979, 983.

¹⁴⁸³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.a).

¹⁴⁸⁴ *Wendiland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 29; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Johannsen* in: RGRK BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 8. *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 3 hält den Begriff „Tatsache“ für zu eng und stellt auf „objektiv nachprüfbare Tatsachen“ ab. Siehe zur Beschränkung auf Tatsachen näher unter 2. Teil, B.I.2.b).

¹⁴⁸⁵ Taktiken können häufig in beiden Formen eingesetzt werden. Das heißt, es kann insofern die Wahrheit gesagt werden, es ist aber auch möglich, dass der Verhandler blufft.

¹⁴⁸⁶ *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 304f. Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.5.

¹⁴⁸⁷ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.2.

¹⁴⁸⁸ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.3.

gerichtet. Vorteil einer entsprechenden Kategorisierung ist, dass die Fallgruppen auch für Nicht-Juristen intuitiv gut erfassbar sind. Aus Sicht des deutschen Rechts ist es außerdem nicht unbedingt ganz fernliegend, auf Fallgruppen von Täuschungsgegenständen abzustellen. Denn die einzige, anerkannte Ausnahme i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bezieht sich auf Lügen zum Schutz vor Diskriminierung (konkret meist auf eine bestehende Schwangerschaft). Dies stellt zwar keine Fallgruppe in Bezug auf den Täuschungsgegenstand dar, zeigt aber, dass im Rahmen der Vorschrift grundsätzlich in Fallgruppen gedacht werden kann. Die Komplexität der Problematik von Lügen in Verhandlungen lässt zudem den Schluss zu, dass die Thematik wohl nicht mit einer Generalidee geregelt werden kann. Eine Lösung mit Hilfe eines beweglichen Systems ist ebenfalls nicht ersichtlich. Damit verbleibt vor allem eine Regelung, die sich zumindest auch auf Fallgruppen stützt. Fallgruppen haben zudem den Vorteil, dass zumindest die Aspekte, die ausdrücklich erfasst sind, rechtssicher geregelt werden können.

2. Ergebnisse der Siegener Studie zur Bedeutung des Täuschungsgegenstands

Die bereits im 1. Teil unter Punkt C. erörterte Siegener Studie wurde durchgeführt,¹⁴⁸⁹ um festzustellen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Täuschungsgegenstand mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine zentralere Rolle spielen sollte. Dafür wurde i. R. d. Siegener Studie untersucht, ob sich der Gegenstand der Täuschung auf das Moralverständnis,¹⁴⁹⁰ das Rechtsgefühl¹⁴⁹¹ und das Judiz¹⁴⁹² auswirkt. Im Folgenden werden die Ergebnisse in Bezug auf die einzelnen befragten Gruppen aufgeschlüsselt. Die Ausführungen konzentrieren sich vor allem auf die Ergebnisse der in Deutschland befragten Gruppen (Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende).¹⁴⁹³ Insgesamt nahmen in Deutschland 1.884 Personen teil.¹⁴⁹⁴ In der Originalversion sowie der zweiten und dritten Version der Siegener Studie wurden dabei insgesamt elf Täuschungsgegenstände abgefragt. Bei

¹⁴⁸⁹ Gemeinsam von der Autorin und Peter Krebs (Universität Siegen).

¹⁴⁹⁰ Zum Moralverständnis näher im Folgenden unter 4. Teil, B. S. *Jung/Krebs/Leszczynska*, Does it matter what negotiators lie about?, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223) untersuchen die Frage mit Blick auf deutsche Studierende sowie die Originalversion empirisch.

¹⁴⁹¹ Zum Rechtsgefühl näher im Folgenden unter 4. Teil, C.IV. S. *Jung/Krebs/Leszczynska*, Does it matter what negotiators lie about?, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223) untersuchen die Frage mit Blick auf deutsche Studierende sowie die Originalversion empirisch.

¹⁴⁹² Siehe zum Judiz näher im Folgenden unter 4. Teil, D.III. Eine empirische Auswertung der Siegener Studie ist insofern geplant.

¹⁴⁹³ Zu gruppenspezifischen Aspekten ausführlich S. *Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 1 ff. (unveröffentlichte Fassung).

¹⁴⁹⁴ Siehe zu den Teilnehmern näher unter 1. Teil, C.I.

einigen Täuschungsgegenständen wurden verschiedene Varianten untersucht. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die untersuchten Szenarien bevor im Folgenden auf die einzelnen Ergebnisse eingegangen wird.

	Täuschungsgegenstände	Varianten	Umfrageversion
1.	Leistung	a) Leistungsgegenstand (Verkäufer)	2. Version
		b) Leistungsgegenstand (Käufer)	1., 2. und 3. Version
2.	Preis	a) Preisberechnung	2. Version
		b) Einkaufspreis	2. und 3. Version
		c) Freundschaftspreis	2. Version
3.	Rote Verhandlungslinie	<i>Reservation price</i>	1. und 3. Version
4.	Verhandlungsmacht/ Einigungszone	a) Alternativangebot (Käufer)	1., 2. und 3. Version
		b) Alternativangebot (Verkäufer)	1. und 3. Version
5.	Rechtliche Situation	a) Rechtslage (Zulässigkeit)	2. Version
		b) Rechtslage (Unzulässigkeit)	1. und 3. Version
6.	Verfügbarkeit	a) Verfügbarkeit (am Markt)	2. Version
		b) Verfügbarkeit (Verkäufer)	1., 2. und 3. Version
7.	Vorgaben und Anweisungen/ Verhandlungsprozess	Unternehmensinterne Vorgaben und bisherige Verhandlungsgestaltung	1. und 3. Version
8.	Zeitliche Aspekte	Deadline des Verhandlungstermins	1. und 3. Version
9.	Interessen und Präferenzen	Interessen bezüglich der Verhandlung	2. Version
10.	(Negative) Emotion	Unzufriedenheit/Entsetzen (Verkäufer)	2. Version
11.	(Positive) Emotion/ Interessen und Präferenzen außerhalb der Verhandlung	Begeisterung/Persönliche Präferenzen	1. und 3. Version

Abb. 20: Überblick über die i. R. d. Siegener Studie abgefragten Täuschungsgegenstände

Mit Blick auf die Originalumfrage reicht die Spannweite der Antworten unter den deutschen Studierenden¹⁴⁹⁵ bei der moralischen Bewertung beispielsweise von nur 11 % (unmoralisch – *reservation price*) bis 83 % (unmoralisch – Leistungsgegenstand). Bei der Frage nach der Anfechtung befürworten in einem Szenario (*reservation price*) nur 9 % eine Anfechtung, in einem anderen Szenario (Leistungsgegenstand) hingegen 85 %.¹⁴⁹⁶ Das Moralverständnis und das Rechtsgefühl hängen damit bei den Studierenden eindeutig vom Gegenstand der Täuschung ab. Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Antworten der Studierenden, die an der Originalumfrage teilnahmen.

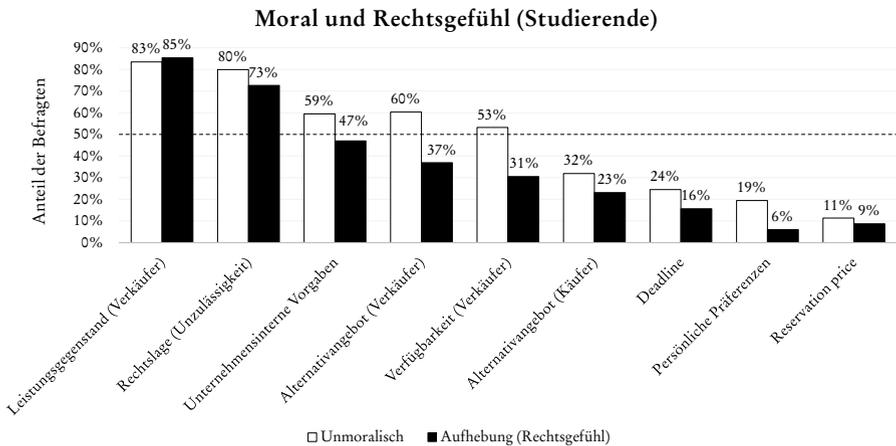


Abb. 21: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Studierenden mit Blick auf die Originalversion¹⁴⁹⁷

Bei den Studierenden wurden in der zweiten Version der Siegener Studie zudem weitere Szenarien abgefragt. Auch dort reichen die Antworten bezüglich der Moral von 26 % (unmoralisch – negative Emotionen) bis 95 % (unmoralisch – Rechtslage). Für eine Anfechtung sprachen sich bei der zweiten Version zwischen 12 % (negative Emotionen) bis hin zu 92 % (Rechtslage) der Studierenden aus. Die folgende Graphik schlüsselt die Antworten der deutschen Studierenden genauer auf:

¹⁴⁹⁵ Für nähere Angaben zu den Teilnehmern siehe unter 1. Teil, C.I.

¹⁴⁹⁶ Dazu auch bereits *S. Jung/Krebs/Leszczynska, Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 15 (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223).

¹⁴⁹⁷ Die Graphik wurde der Abbildung in *S. Jung/Krebs/Leszczynska, Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 14 (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223) nachempfunden.

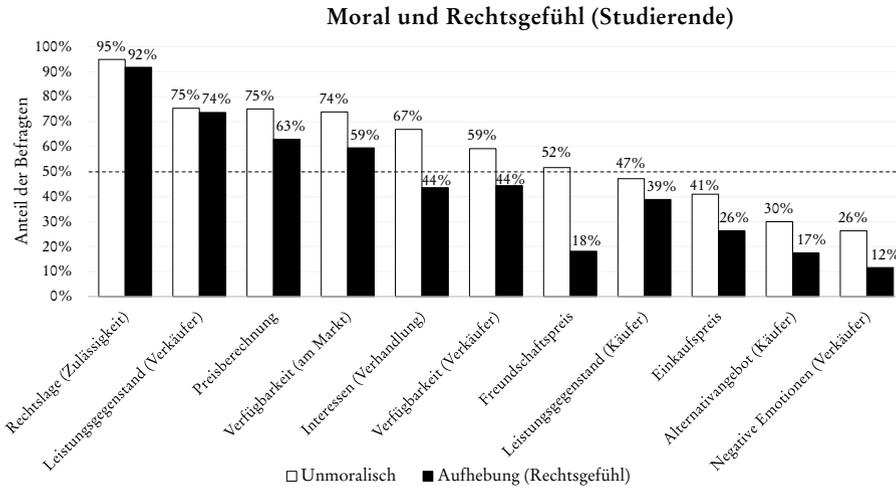


Abb. 22: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Studierenden mit Blick auf die zweite Version

In der dritten Version der Umfrage wurden die deutschen Studierenden zudem zu ihrem *Judiz* (Gefühl dafür, was Recht ist¹⁴⁹⁸) befragt, welches sie anhand der Szenarien der Originalumfrage angeben sollten. Interessanterweise zeigt sich insofern, dass die Studierenden auch glauben, dass das Recht bereits jetzt schon je nach Täuschungsgegenstand variiert. Bezüglich des *reservation price* geben beispielsweise 23 % an, dass sie denken, dass das Recht in diesem Fall eine Aufhebung vorsieht. Bei der Täuschung über den Leistungsgegenstand sind es immerhin 78 %. Aus der Umfrage kann somit zumindest geschlossen werden, dass die deutschen Studierenden davon ausgehen, dass Täuschungen bereits *de lege lata* je nach Szenario unterschiedlich bewertet werden. Die Studie sagt zwar nichts darüber aus, wie das *Judiz* gebildet wird. Aufgrund fehlender vertiefter juristischer Kenntnisse der deutschen Studierenden¹⁴⁹⁹ erscheint es allerdings unwahrscheinlich, dass die entsprechende Einschätzung anhand von Überlegungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfolgt ist. Es kann im Ergebnis somit nicht festgestellt werden, ob die Befragten annehmen, dass das Gesetz direkt nach dem Täuschungsgegenstand differenziert oder ob sie eine indirekte Unterscheidung (aufgrund anderer Tatbestandsmerkmale oder prozessualer Vorgaben) vermuten. Die folgende Graphik schlüsselt die Antworten der deutschen Studierenden genauer auf.

¹⁴⁹⁸ Dazu näher unter 4. Teil, D.I.

¹⁴⁹⁹ Ein erheblicher Teil der Befragten waren BWL-Studierende. Es wurden allerdings auch Bachelor und Masterstudierende eines Wirtschaftsrechtsstudiengangs befragt.

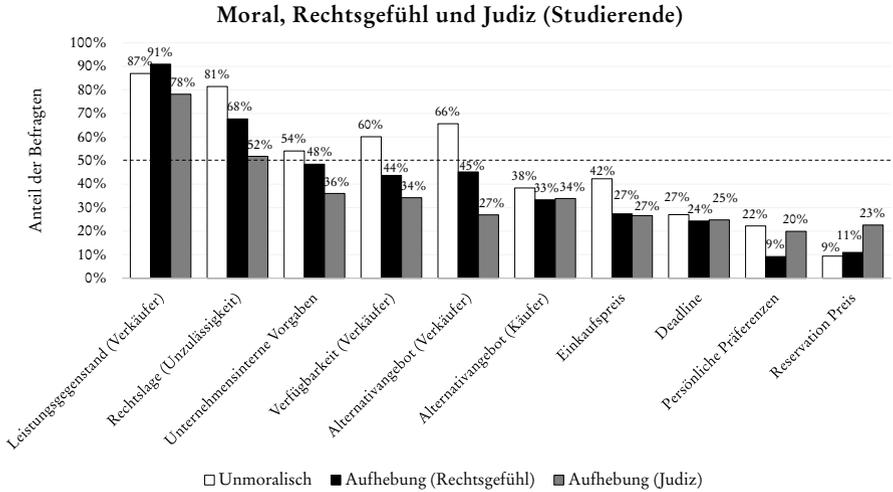


Abb. 23: Moralverständnis, Rechtsgefühl und Judiz der deutschen Studierenden mit Blick auf die dritte Version

Bei deutschen Richtern, Anwälten und professionellen Verhandlern sieht es bezüglich der Originalumfrage ähnlich aus wie bei den deutschen Studierenden.¹⁵⁰⁰ Zusammengenommen (hier bezeichnet als „Berufstätige“) bewerteten lediglich 6 % der Befragten ein Szenario (Deadline) als unmoralisch, in einem anderen Fall (Leistungsgegenstand) sind es hingegen immerhin 84 %. Alle anderen Szenarien wurden zwischen diesen beiden Polen eingeordnet. Beim Rechtsgefühl ergibt sich ein vergleichbares Bild. Bei zwei Szenarien (Deadline und *reservation price*) spricht sich jeweils nur 1 % für eine Aufhebung aus, während es bei Lügen über den Leistungsgegenstand (Verkäufer) 87 % sind.

¹⁵⁰⁰ Für nähere Angaben zu den Teilnehmern siehe unter 1, Teil, C.I.

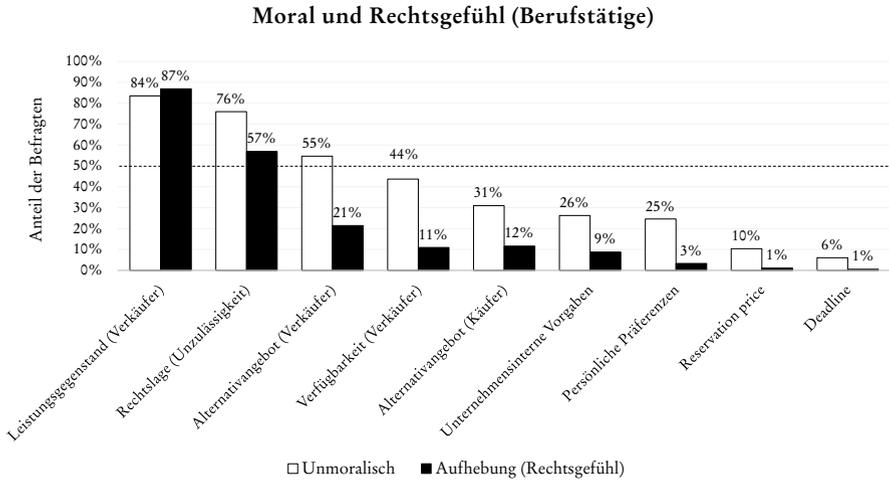


Abb. 24: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Berufstätigen mit Blick auf die Originalversion

Schlüsselt man die Ergebnisse noch einmal nach den einzelnen Berufsgruppen (Richter, Anwälte, professionelle Verhandler) auf,¹⁵⁰¹ so zeigt sich, dass bei den Anwälten in zwei Szenarien sogar kein einziger Teilnehmer (0 %) davon ausgeht, dass diese Bluffs als unmoralisch zu bewerten sind. Konkret ging es um eine Irreführung über eine Deadline (Rückflug) und persönliche Präferenzen (Fußballclub). Ein anderes Szenario (Lüge über die Rechtslage [Unzulässigkeit]) bewerteten hingegen 90 % der Anwälte als unmoralisch. Die Abbildung im Folgenden zeigt auch die Unterschiede bei der Bewertung zwischen den einzelnen Gruppen.

¹⁵⁰¹ Zu gruppenspezifischen Aspekten siehe näher S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 1ff. (unveröffentlichte Fassung).

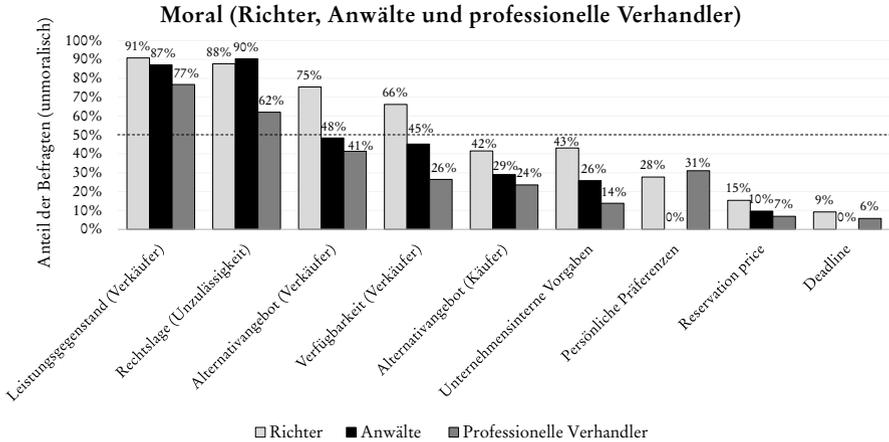


Abb. 25: Moralverständnis der deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler mit Blick auf die Originalversion

Bezüglich des Rechtsgefühls ergibt sich bei den Richtern, Anwälten und professionellen Verhandlern ein vergleichbares Bild. In drei Szenarien (Bluffs über persönliche Präferenzen, über den *reservation price* und über Deadlines) befürworten nur 2 % der Richter ein Anfechtungsrecht, in einem anderen Fall (Leistungsgegenstand – Verkäufer) sind es hingegen 94 %. Bei den deutschen Anwälten spricht sich sogar mit Blick auf drei Szenarien keiner der Anwälte für eine Anfechtung aus (Bluffs über persönliche Präferenzen, über den *reservation price* und über Deadlines). Auf der anderen Seite des Spektrums liegt bei den Anwälten ein Fall, bei dem 90 % ein Anfechtungsrecht befürworteten (Leistungsgegenstand – Verkäufer). Bei den professionellen Verhandlern liegt die Spanne zwischen 0 % (für eine Anfechtung mit Blick auf einen Bluff über eine Deadline) und 80 % (für eine Anfechtung bei einem Bluff über den Leistungsgegenstand).

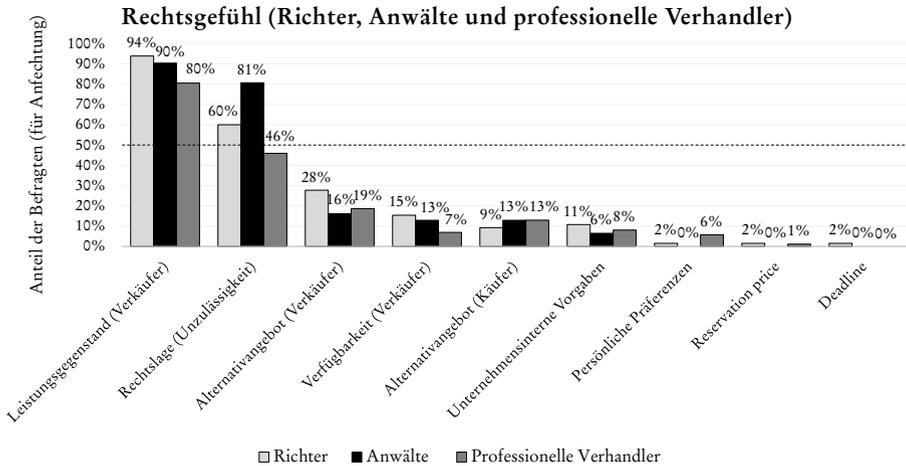


Abb. 26: Rechtsgefühl der deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler mit Blick auf die Originalversion

Die zweite Version der Siegener Studie, bei der weitere Szenarien abgefragt wurden, wurde mit Blick auf die Berufstätigen allein unter den deutschen Richtern durchgeführt. Hier bestätigt sich ebenfalls das Bild, dass sowohl die moralische Bewertung als auch das Rechtsgefühl vom Täuschungsgegenstand beeinflusst werden. Ein Szenario bewerten insofern lediglich 40 % der deutschen Richter als unmoralisch (Täuschung des Verkäufers über negative Emotionen), während ein anderes abgefragtes Beispiel von allen Richtern (100 %) als unmoralisch eingestuft wird (Lüge über die Rechtslage [Zulässigkeit]). In Bezug auf das Rechtsgefühl werden die Unterschiede sogar noch deutlicher. In Bezug auf ein Szenario sprechen sich lediglich 8 % der Richter für ein Anfechtungsrecht aus (Täuschung über Emotionen), während es in einem anderen Fall 93 % sind (Lüge über die Preisberechnung). Die folgende Graphik schlüsselt die Antworten der deutschen Richter genauer auf:

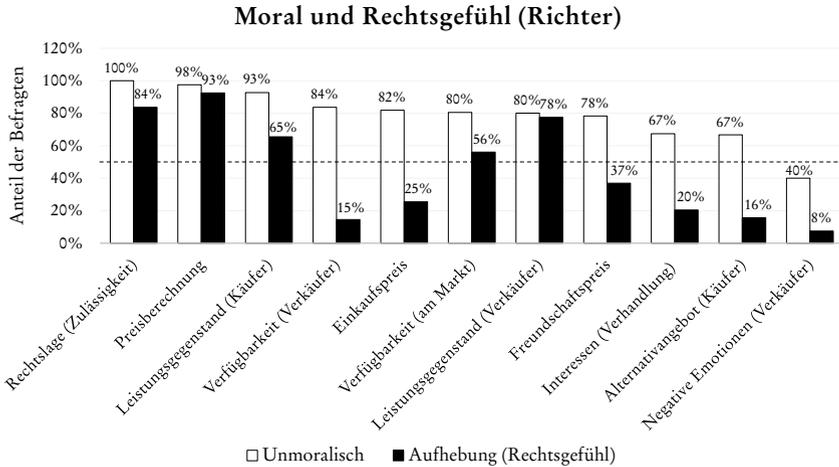


Abb. 27: Moralverständnis und Rechtsgefühl der deutschen Richter mit Blick auf die zweite Version

Die dritte Version der Siegener Studie, die neben dem Moralverständnis und dem Rechtsgefühl auch das Judiz untersucht (Gefühl dafür, wie das Recht ist), wurde in Deutschland nicht nur unter Richtern, sondern auch unter Anwälten durchgeführt. Professionelle Verhandler wurden allerdings nicht befragt. Interessanterweise zeigt sich insofern, dass die Richter wohl ebenfalls annehmen, dass das Recht bereits jetzt schon – zumindest indirekt – eine Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand zulässt. Es lässt sich jedenfalls festhalten, dass die Richter entsprechende Fälle unterschiedlich bewerten würden. Bezüglich eines Bluffs über den *reservation price* und einer Lüge über eine Deadline (Rückflug) nehmen beispielsweise nur 3 % der Richter an, dass das Recht in diesem Fall eine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht. Bei der Täuschung über den Leistungsgegenstand sind es immerhin 89 %. Mit Blick auf eine Täuschung über die Rechtslage geben 62 % der Befragten an, dass sie annehmen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ein Anfechtungsrecht gewährt. Ebenso wie bei den Studierenden ermittelt die Umfrage nicht, wie die Richter ihr Judiz gebildet haben. Da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht explizit nach dem Täuschungsgegenstand differenziert, ist davon auszugehen, dass die Richter in allen Fällen außerhalb von Täuschungen über den Leistungsgegenstand und Bluffs über die Rechtslage wohl annehmen, dass eines der Tatbestandsmerkmale der Norm nicht erfüllt ist. So wäre es z. B. denkbar, dass einige Richter ihr Judiz mit der Ablehnung der Rechtswidrigkeit¹⁵⁰² oder der Kausalität begründen würden.¹⁵⁰³ Es kann zudem nicht völlig ausgeschlossen werden, dass einige Richter

¹⁵⁰² Ob aus dogmatischer Sicht eine Lösung über die Rechtswidrigkeit erzielt werden kann, wird in dieser Arbeit im Rahmen der Lösung *de lege lata* unter 5. Teil, A, erörtert.

¹⁵⁰³ In vereinzelt Fällen mögen bei den Richtern auch Unsicherheit über die Tatbestands-

ihr *Judiz* mit möglichen Beweisschwierigkeiten begründen würden (obwohl es darauf keinen Hinweis in den Szenarien gibt). Ein (vermutlich kleiner) Teil der Richter mag allerdings auch mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *de lege lata* davon ausgehen, dass die Vorschrift bereits in ihrer derzeitigen Form nach dem Täuschungsgegenstand differenziert (und z. B. ausschließlich wegen Lügen über den Leistungsgegenstand angefochten werden kann).¹⁵⁰⁴

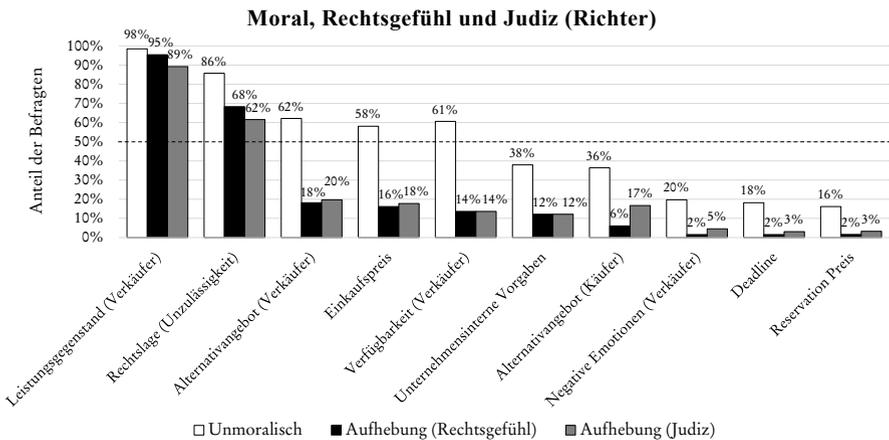


Abb. 28: Moralverständnis, Rechtsgefühl und *Judiz* der deutschen Richter mit Blick auf die dritte Version

Bei den deutschen Anwälten zeichnet sich bezüglich des *Judizes* ein ähnliches Bild ab wie bei den Richtern. Sie scheinen ebenfalls davon auszugehen, dass die Rechtslage zumindest indirekt eine Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand zulässt. So nehmen nur 7 % der befragten Anwälte an, dass Bluffs über den *reservation price* die getäuschte Seite *de lege lata* zur Anfechtung berechtigen. Ebenfalls 7 % gehen davon aus, der Käufer anfechten kann, wenn der Verkäufer negative

merkmale des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bestehen. Darauf deutet zumindest die E-Mail eines Vorsitzenden Richters an einem Landgericht hin, der in einer Reaktion auf die Siegener Studie feststellte: „Immerhin ist eine Kausalität zwischen bewusster Falschangabe bei Vertragsverhandlungen und Abgabe der Vertragserklärung nach bisher wohl herrschender Meinung nicht erforderlich.“. Dazu, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (unstrittig) doppelte Kausalität verlangt, siehe näher unter 2. Teil, B.I.4.a).

¹⁵⁰⁴ Darauf deutet zumindest die E-Mail einer Vorsitzenden Richterin an einem Landgericht hin, die in einer Reaktion auf die Siegener Studie feststellte: „Es geht um die vereinbarten Eigenschaften des versprochenen Produktes und nicht um die Kauf- bzw. Verkaufsmotivation [...]. Ein Rückabwicklungsanspruch oder Schadensersatzanspruch habe ich gegen den Verkäufer nur, wenn er eine rechtsverbindliche Zusicherung abgegeben hat. Das wird in den seltensten Fällen der Fall sein. Denn auf Aussagen zur Höhe des Einkaufspreises usw. verlässt sich keiner, bzw. jeder kann das selbst überprüfen, wenn er sich Mühe gibt. Solche Aussagen sind daher in der Regel nicht verbindlich.“.

Emotionen vortäuscht. Bei unternehmensinternen Angaben (zu Vertragsklauseln und Verhandlungskompetenz) sind es sogar lediglich 6 %. In Bezug auf eine Lüge über den Leistungsgegenstand gehen hingegen 79 % der befragten Anwälte von einem Anfechtungsrecht aus. Wie bei den Richtern bleibt zu vermuten, dass die Anwälte ihre Aussage damit rechtfertigen würden, dass bei Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands entweder ein Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht erfüllt ist oder Beweisschwierigkeiten einer Anfechtung entgegenstehen würden. Auch hier mag zudem ein Teil der Befragten annehmen, dass bereits nach der derzeitigen Rechtslage nur Täuschungen über den Leistungsgegenstand (und ggf. noch über die Rechtslage) erfasst sind.¹⁵⁰⁵

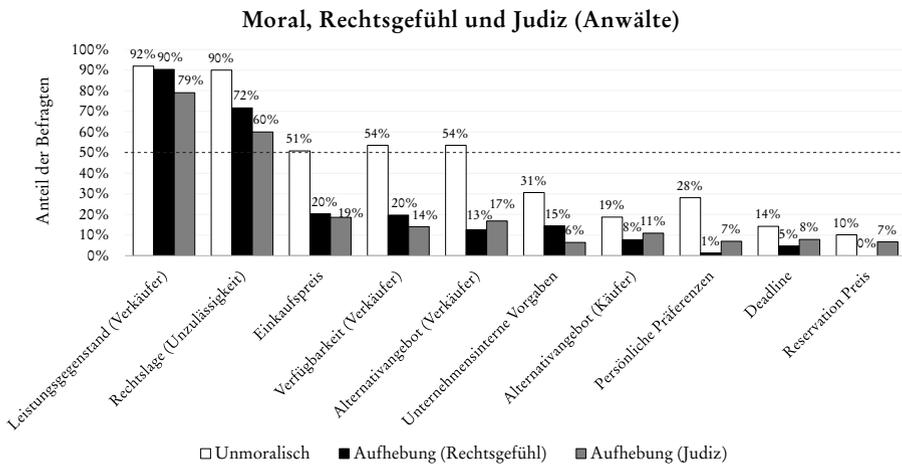


Abb. 29: Moralverständnis, Rechtsgefühl und Judiz der deutschen Anwälte mit Blick auf die dritte Version

Interessant ist der deutliche Unterschied zwischen Richtern und Anwälten bezüglich der Lüge über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer. Obwohl § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die getäuschte Seite formal so weitreichend schützt und zumindest mit Blick auf Bluffs über den Leistungsgegenstand auch unbestritten ein Anfechtungsrecht besteht, gehen immerhin 21 % der Anwälte davon aus, dass die getäuschte Seite nicht erfolgreich anfechten kann. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass das abgefragte Szenario einen praxisrelevanten Fall schildert, in dem es „nur“ um eine Übertreibung geht (die angegebenen Leistungsdaten der Maschine lassen sich lediglich im Testbetrieb nicht hingegen im Praxisbetrieb erzielen). Im Ergebnis ist die Lüge über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer damit jedoch die einzige Täuschung, bei der neben den Moralvorstellungen und

¹⁵⁰⁵ Da im Rahmen der Siegener Studie keine Nachbefragung durchgeführt wurde, handelt es sich dabei lediglich um eine Vermutung.

dem Rechtsgefühl auch das Judiz unzweifelhaft für ein Anfechtungsrecht spricht. Bei der Täuschung über die Rechtslage (Unzulässigkeit) nimmt dies in den befragten Gruppen ebenfalls eine Mehrheit an, wobei die Mehrheit bei den Anwälten mit 60 % nicht sehr hoch ausfällt. Bezüglich aller anderen abgefragten Bluffs geht die große Mehrheit bereits *de lege lata* davon aus, dass das deutsche Recht der getäuschten Seite keinen Schutz in Form eines Anfechtungsrechts gewährt. Die Ergebnisse zum Rechtsgefühl und zum Judiz können in der Zusammenschau wohl so interpretiert werden, dass die Beteiligten eine grobe Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befürworten bzw. bereits (zumindest indirekt) *de lege lata* annehmen.

Die Differenzierung bezüglich der Moralvorstellungen und des Rechtsgefühls nach dem Gegenstand der Täuschung zeigt sich zudem nicht nur in Deutschland, sondern weltweit. Die folgenden zwei Graphiken zeigen die moralische Bewertung und das Rechtsgefühl für vier ausgewählte Länder.¹⁵⁰⁶ Es wurden jeweils Studierende befragt. Das Judiz wurde für diese Gruppen nicht ermittelt, sodass hierzu keine Aussage getroffen werden kann.

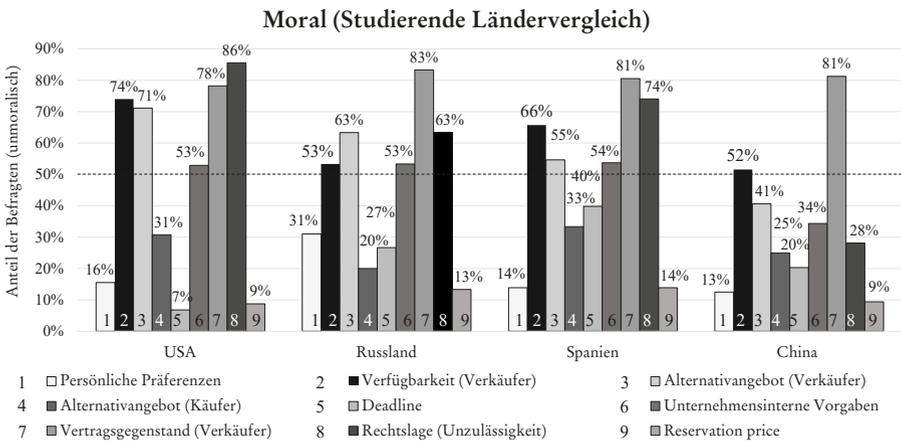


Abb. 30: Moralverständnis der Studierenden in den USA, Russland, Spanien und China mit Blick auf die Originalversion

¹⁵⁰⁶ Für nähere Angaben zu den Teilnehmern siehe unter 1. Teil, C.I.

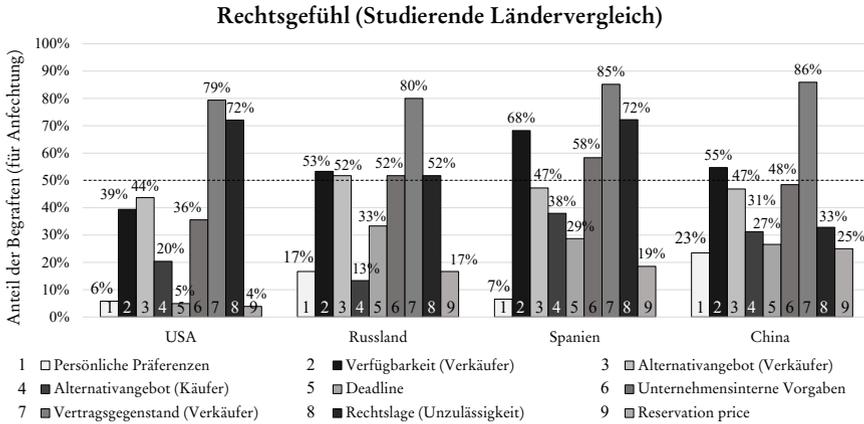


Abb. 31: Das Rechtsgefühl der Studierenden in den USA, Russland, Spanien und China mit Blick auf die Originalversion

Die Graphiken zeigen nicht nur, dass die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl in allen Ländern je nach dem Gegenstand der Täuschung schwanken. Es lassen sich zudem nationale Unterschiede herauslesen. Auf diese soll jedoch an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.¹⁵⁰⁷

Im Ergebnis zeigt die Siegener Studie zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen damit in der Tat, dass sowohl das Rechtsgefühl¹⁵⁰⁸ als auch das Judiz¹⁵⁰⁹ und die Moralvorstellungen¹⁵¹⁰ stark vom Gegenstand der Täuschung abhängen. Das gilt nicht nur für Deutschland, sondern ist ein Phänomen, welches sich weltweit beobachten lässt. Dieses Ergebnis soll hier zum Anlass genommen werden, den Täuschungsgegenstand als mögliches Regelungsinstrument näher zu untersuchen. Dafür wird im Folgenden zunächst auf die Grundlagen einer entsprechenden Kategorisierung eingegangen (siehe unter 3. Teil, C.X.3.), bevor die einzelnen Täuschungsgegenstände aufgelistet werden (siehe unter 3. Teil, C.X.4.).

3. Grundlagen der Kategorisierung nach dem Gegenstand der Täuschung

Im Folgenden (siehe unter 3. Teil, C.X.4.) sollen die wohl häufigsten Gegenstände von Irreführungen aufgelistet werden.¹⁵¹¹ Die Tabelle erhebt keinen Anspruch auf

¹⁵⁰⁷ Eine entsprechende empirische Auswertung der Studie wird zukünftig erfolgen.

¹⁵⁰⁸ Siehe dazu im Folgenden näher unter 4. Teil, C.IV.

¹⁵⁰⁹ Siehe dazu im Folgenden näher unter 4. Teil, D.III.

¹⁵¹⁰ Siehe dazu im Folgenden näher unter 4. Teil, B.

¹⁵¹¹ Der Reihenfolge der Begriffe kommt keine Bedeutung zu. Insbesondere kann daraus nicht auf die Häufigkeit oder Bedeutung solcher Täuschungen geschlossen werden. Die Auflistung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Die Liste wurde basierend auf den Ausführungen von S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 259ff. weiterentwickelt. Die Autorin unterschied dort 14 verschiedene Täuschungsgegenstände.

Vollständigkeit. Dies kann bei einer fallgruppenspezifischen Betrachtung auch grundsätzlich nicht das Ziel sein. Es soll aber der Versuch unternommen werden, das Spektrum an Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen möglichst breitflächig abzudecken. Gewählt wird insofern ein ähnlicher Abstraktionsgrad wie bei den in der Literatur beschriebenen Verhandlungstaktiken. Denn wie soeben schon angeklungen, kann dies gerade auch juristischen Laien bei der intuitiven Erfassung helfen. Oftmals fällt ein Bluff allerdings nicht unbedingt allein in eine dieser Kategorien, sondern in zwei oder mehrere. Das liegt daran, dass vorsätzliche Irreführungen häufig in Kombination genutzt werden. So mag eine Täuschung über die Gewinnmarge eines Konkurrenten beispielsweise mit der indirekten Aussage verbunden werden, dass dieser Konkurrent gierig ist und seine Verhandlungspartner ausnutzt (Charakteristik). Die falsche Angabe bezüglich des eigenen BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) mag hingegen z. B. mit vorgetäuschten Emotionen verbunden werden. So kann sich ein potenzieller Käufer „entsetzt“ über ein zu hohes Angebot des Verkäufers zeigen, da ihm angeblich ein viel niedrigeres Angebot von einem anderen Händler unterbreitet wurde. Daneben gibt es zudem Überschneidungsbereiche zwischen den verschiedenen Kategorien. Die Abgrenzung wird daher in der Praxis nicht immer leichtfallen. Es geht insofern im Folgenden vor allem darum, treffende Beispiele für die unterschiedlichen Kategorien zu geben (und ggf. auch Abgrenzungsschwierigkeiten aufzuzeigen).

Bei der Kategorisierung nach dem Täuschungsgegenstand ist zudem zu berücksichtigen, dass solche Lügen verschiedene Bezugspunkte aufweisen können. Insofern kann zwischen dem Verhandler sowie anderen unternehmensinternen Personen, dem Vertragspartner und Dritten differenziert werden. So kann ein Verhandler beispielsweise über seine eigenen Eigenschaften oder die Eigenschaften seiner Vorgesetzten bzw. seiner Konkurrenten täuschen. Für den Verhandler besteht zudem die Möglichkeit, über sein eigenes Produkt oder ein Konkurrenzprodukt zu lügen. Theoretisch sind zudem Bluffs über die Seite des Vertragspartners denkbar. So mag ein Verhandler den Verhandler der Gegenseite über bestimmte Eigenschaften seiner Vorgesetzten täuschen.¹⁵¹² Der Bezugspunkt kann sich dadurch auf die Kategorisierung auswirken. So wird im Folgenden beispielsweise vertreten, dass Bluffs über ein Konkurrenzprodukt nicht in die Kategorie „Leistung“ fallen, sondern in die Kategorie „Alternativen und Alternativangebote“. Das liegt an den unterschiedlichen Auswirkungen, die solche Bluffs entfalten. Ganz generell ist es so, dass Bluffs über Konkurrenten darauf abzielen, die Alternativen des Verhandlungspartners zu schwächen, weshalb sie innerhalb dieser Kategorie erfasst werden sollten.

¹⁵¹² Eine erfolgreiche Täuschung setzt insofern entsprechende Informationsasymmetrien zwischen dem Verhandler und seinem Vorgesetzten voraus.

4. Auflistung¹⁵¹³

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
1.	Leistung	<p>Als „Klassiker“ lässt sich die Lüge über die Leistung, d. h. beim Kaufvertrag z. B. das Produkt, bezeichnen. In der Verhandlungsliteratur werden entsprechende Täuschungen oftmals unter dem Begriff <i>phony facts</i>¹⁵¹⁴ diskutiert.¹⁵¹⁵ Es kann grundsätzlich über alle Eigenschaften der Leistung gelogen werden. Die eigene Leistung, d. h. das eigene Produkt oder die eigene Dienstleistung, wird dabei generell besser, d. h. leistungsfähiger, dargestellt, als sie es in Wahrheit ist. Typische Beispiele sind Lügen über die Leistungsfähigkeit, die Lebensdauer und den Verbrauch (z. B. Benzin) des Gegenstands. Es kann aber z. B. auch über das Herstellungsverfahren, das Alter des Gegenstands oder die Verwendungsmöglichkeiten geblufft werden. Die Liste der potenziellen Bluffs über die Leistung ließe sich noch beliebig erweitern. Davon zu unterscheiden sind Bluffs über ein vergleichbares Produkt/eine vergleichbare Leistung eines Konkurrenten. Solche Täuschungen dienen regelmäßig dazu, das BATNA¹⁵¹⁶ (<i>best alternative to a negotiated agreement</i>) der anderen Seite zu schwächen. Es soll dem Verhandlungspartner somit verdeutlicht werden, dass seine Alternativen zum verhandelten Vertragsschluss weniger attraktiv seien, als sie es tatsächlich sind. Insofern wird allerdings oftmals indirekt auch über den eigenen Leistungsgegenstand gelogen. Denn der Vergleich dient regelmäßig dazu, die relative Qualität der eigenen Leistung zu unterstreichen. In den meisten Fällen täuscht der Verhandler über den eigenen Leistungsgegenstand, d. h. der Verkäufer macht beispielsweise falsche Angaben über das von ihm zum Verkauf angebotene Fahrzeug. Es kann aber auch vorkommen, dass die andere Seite, d. h. z. B. der Käufer, den Verkäufer über den Leistungsgegenstand täuscht. So kann z. B. der potenzielle Käufer eines Grundstücks über seinen Informationsstand bezüglich bestimmter Eigenschaften des Grundstücks (z. B. mögliche Ölvorkommen) bluffen.¹⁵¹⁷</p>
2.	Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffende Umstände	<p>In diesem Fall geht es vor allem um Täuschungen über Charakteristiken, insbesondere Kompetenzen, des eigenen Unternehmens (d. h. des Vertragspartners). Bluffs beziehen sich insofern z. B. auf die Einhaltung ethischer Standards oder eines bestimmten Verhaltenskodex oder die eigene Leistungsfähigkeit. Hierunter fallen auch Lügen des Verhandlers über die finanzielle Situation seines Unternehmens. Es kann z. B. darüber geblufft werden, ob sich das eigene Unternehmen</p>

¹⁵¹³ Die Auflistung folgt keiner Sortierung. Insbesondere erfolgt keine Sortierung nach der „Schwere“ oder „Relevanz“ der Täuschung.

¹⁵¹⁴ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 304 f.

¹⁵¹⁵ Zu dieser Taktik bereits näher unter 2. Teil, A.VI.5.

¹⁵¹⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.

¹⁵¹⁷ Dieses Beispiel wird bei der ökonomischen Analyse von Lügen viel diskutiert. Siehe dazu unter näher 4. Teil, G.V.6.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		<p>gerade in einer Restrukturierung befindet oder auch allgemein über die Bonität des Unternehmens (zur möglichen Überschneidung mit Nr. 11 siehe ebendort). Möglich sind zudem Lügen über die Identität des Vertragspartners (z.B. ob der Vertrag mit dem Mutterkonzern oder einer Tochtergesellschaft abgeschlossen wird). Ebenso sind Bluffs über Mitgliedschaften und Auszeichnungen denkbar.</p> <p>Es kann außerdem über die Umstände irreführt werden, in denen sich der Vertragspartner befindet. So mag z. B. die Angabe falsch sein, dass es sich um einen Räumungsverkauf handelt. Lügen über den Umstand eines Räumungsverkaufs sind allerdings eng mit Bluffs über den Preis verbunden. Denn oftmals soll dadurch dem Abnehmer suggeriert werden, dass es sich deshalb um besonders günstige Angebote handelt.</p>
3.	Emotionen	<p>In Verhandlungen können alle Emotionen vorgetäuscht werden (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.9.). Dies gilt auch für unternehmerische Verhandlungen. Regelmäßig werden in Verhandlungen Verärgerung, Entsetzen, Freude, Enthusiasmus oder Wertschätzung vorgespielt.¹⁵¹⁸ In erster Linie kann insofern an Täuschungen des Verhandlers über eigene Emotionen gedacht werden. Es ist aber wohl auch nicht unüblich, dass Verhandler über Emotionen z. B. von Vorgesetzten lügen („Meine Chefin war entsetzt über ihr Angebot.“). Gleiches gilt für Emotionen von Dritten, z.B. Lieferanten. Da die Vertragspartner meist Unternehmen (oft eine juristische Person) sind, die selbst keine Emotionen empfinden, werden die Bluffs insofern auf die für sie agierenden natürlichen Personen bezogen.</p> <p>Täuschungen über Emotionen können sich dabei auf alle Aspekte der Verhandlung beziehen. So kann z. B. über die Zufriedenheit mit dem Angebot der gegnerischen Partei geblufft werden. Üblich sind insbesondere auch Irreführungen über Sympathien und Antipathien im Hinblick auf vertragsfremde Umstände und Personen (z. B. Lieblingsfußballclub, Lieblingsrestaurant, politische Meinungen, siehe zur Similar-to-me-Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.1.). Darüber hinaus sind Bluffs über Emotionen gegenüber Personen möglich, die zum eigenen Verhandlungsteam gehören (Verhandlungsführer, Kollegen, Verhandlungsleiter, Teilnehmer der späteren Realisierung).</p> <p>Ein Teil der Täuschungen über Emotionen, insbesondere solche über positive Emotionen, lassen sich als <i>white lies</i> einordnen.¹⁵¹⁹ Der Begriff <i>white lies</i> wird nicht nur für Pareto-effiziente Lügen, sondern</p>

¹⁵¹⁸ Eine Untersuchung deutet darauf hin, dass Täuschungen über Emotionen als weniger schwerwiegend angesehen werden, als Täuschungen über Informationen. *Fulmer/Barry/Long*, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), 691, 691 ff.

¹⁵¹⁹ Nicht alle Bluffs über positive Emotionen sind als *white lies* einzuordnen. Hat der potenzielle Käufer beispielsweise eine „schlechte“ Idee, was er mit dem Gegenstand tun möchte, und zeigt sich der Verkäufer, der sich bewusst ist, dass es sich um eine „schlechte“ Idee handelt, davon begeistert, so liegt beispielsweise keine *white lie* vor.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		oftmals übergreifend für harmlose Bluffs in sozialen Situationen verwendet. ¹⁵²⁰ <i>White lies</i> dienen dabei als „soziales Schmiermittel“ ¹⁵²¹ und sollen ein harmonisches Miteinander – auch im unternehmerischen Bereich – ermöglichen. ¹⁵²² Beispiele für <i>white lies</i> : „Die Reise war angenehm“; „Ich freue mich sehr über Ihre Einladung“.
4.	Preis	Bei Täuschungen über den Preis kann zwischen Lügen über den Preis im engeren und im weiteren Sinne unterschieden werden (siehe zu Lügen über den Preis bereits unter 2. Teil, A.VI.7). Zu den Bluffs über den Preis i.e.S. gehören Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen angebotenen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ als Irreführungen über den Preis i.w.S. gelten. In diesen Fällen soll der Kunde nicht über den wahren Preis und seine Zusammensetzung, sondern vielmehr über die Attraktivität bzw. den gezahlten Preis im Verhältnis zu anderen Personen irreführt werden. Teils werden Sonderpreise mit zeitlichem Druck verbunden. Es wird dann beispielsweise darüber getäuscht, dass ein bestimmtes Sonderangebot nur für einen begrenzten Zeitraum bestehen wird (sog. Exploding-offer-Taktik ¹⁵²³). Dies ist ein Beispiel dafür, dass Täuschungen und Druck häufig kombiniert werden. ¹⁵²⁴ Praktisch relevant sind auch Lügen über Einstandspreise, Selbstkosten, Gewinnspannen und Einkaufspreise. Solche Bluffs können entweder die kalkulatorische Grundlage des Preises darstellen oder „lediglich“ als Argument in den Verhandlungen verwendet werden. Im ersten Fall sind sie Teil der Preisbildung und damit des Preises im engeren Sinne, ansonsten sind sie Teil des Preises im weiteren Sinne. Wird über die angebliche Kostenlosigkeit eines Produkts oder einer Dienstleistung getäuscht, so liegt ebenfalls eine Täuschung über den Preis i.e.S. vor. Verhandler können generell über ihren Preis bzw. den unternehmensinternen vorgegebenen Preis bluffen (z.B. über Preisbestandteile, Gewinnmargen, Selbstkosten). Es kann allerdings auch über Preise von Dritten, z.B. Lieferanten, gelogen werden. Wird über Preise von Konkurrenten getäuscht, so ist die Lüge nach dem hier vorgegebenen Verständnis als Lüge über Alternativen (Nr. 9) einzuordnen.

¹⁵²⁰ Zu *white lies* siehe allg. z.B. Bok, Lying, 1999, S. 57–72 (auf S. 58 verbindet die Autorin die Nachteiligkeit und die Harmlosigkeit: „a white lie [...] is a falsehood not meant to injure anyone, and of little moral import.“). Siehe auch Levine/Schweitzer, Journal of Experimental Social Psychology 53 (2014), 107, 108 („We define white lies as false statements made with the intention of misleading a target about something trivial“).

¹⁵²¹ Vgl. Bok, Lying, 1999, S. 59 („[White lies] preserve the equilibrium and often the humanness of social relationships“). Vgl. auch Talwar/Crossman in: Benson (Hrsg.), Advances in Child Development and Behavior, Bd. 40, 2011, S. 139, 150 (zu *prosocial lies*).

¹⁵²² Vgl. C. Ford, Lies! Lies!! Lies!!!, 1999, S. 28f.

¹⁵²³ Vgl. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 133. Den Begriff nicht nennend, aber auf diese Taktik eingehend C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 53.

¹⁵²⁴ Dass Verhandler, die in Verhandlungen bluffen, auch häufiger Druck einsetzen, legt die

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
5.	Rote Verhandlungslinie (<i>reservation price</i>)	Ein weiterer „Klassiker“ im Rahmen von Vertragsverhandlungen ist der Bluff über den <i>reservation price</i> (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.10.). In diesem Zusammenhang stellt der <i>reservation price</i> den preislichen <i>deal-breaker</i> ¹⁵²⁵ dar, also den Punkt, ab dem eine Seite den Vertragsschluss ablehnen würde. ¹⁵²⁶ Die Taktik weist allerdings gleich zu mehreren anderen Kategorien einen Überschneidungsbereich auf und ist daher sehr schwer zu kategorisieren. Denn es besteht eine Verwandtschaft mit der Better-offer-Taktik (dazu unter Nr. 9) und eine Nähe zu unternehmensinternen Vorgaben. Die Taktik kann zudem mit einer Preistäuschung verbunden werden. Die Täuschung über die Bereitschaft zur Vertragserfüllung wird hier in einer gesonderten Kategorie erfasst (siehe Nr. 11). Zum Bluff über die Leistungsfähigkeit siehe Nr. 2.
6.	Rechtliche Situation	Üblich sind z. B. Täuschungen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bzw. die Rechtsfolgen bestimmter Handlungen sowie Lügen über wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren oder das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Regeln (siehe dazu auch bereits unter 2. Teil, A.VI.6.). Es ist außerdem denkbar, dass über Eigentumsverhältnisse oder vertragliche Bindungen getäuscht wird. Verhandler können zudem über die ihnen verliehene Verhandlungs- bzw. Vertretungsvollmacht täuschen. Letztere Aspekte weisen allerdings einen gewissen Überschneidungsbereich mit Täuschungen über Vorgaben und Anweisungen (siehe dazu unter 2. Teil, A.VI.4. und im Folgenden Nr. 7) auf. Täuschungen über die Verkehrsfähigkeit eines bestimmten Produkts (d. h. hinsichtlich der Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben als Voraussetzungen für den Handel damit) liegen auf der Grenze zwischen Lügen über den Leistungsgegenstand (Nr. 1) und der Rechtslage. Bezugsobjekte der Täuschung können in diesem Fall ebenfalls nicht nur das eigene Unternehmen, sondern auch einzelne Personen (Verhandler selbst, Vorgesetzter) oder Dritte sein. Es kann also z. B. vorgetauscht werden, dass eine Handlung für das eigene Unternehmen oder einzelne Personen bzw. Dritte unzulässig oder zulässig ist.
7.	Vorgaben und Anweisungen	Es kann über die verschiedensten Vorgaben und Anweisungen getäuscht werden. Vorgaben und Anweisungen werden unter anderem in Prinzipal-Agenten-Situationen (siehe dazu unter 2. Teil, A.III.) gemacht. So mag beispielsweise ein Einkäufer Vorgaben vom Einkaufsleiter erhalten, die er bei seiner Verhandlung einhalten muss. Üblich ist es insofern, dass Verhandler über unternehmensinterne Vorgaben täuschen (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.4.). Dies können entweder allgemeine unternehmensinterne Vorgaben sein oder die Vor-

folgende Studie nahe: O'Connor/Carnevale, *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), 504, 510. Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 70 zeigt die Verbindung von Drohungen und Bluffs beispielhaft auf.

¹⁵²⁵ Siehe zum Begriff *deal-breaker* S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 135 ff.

¹⁵²⁶ S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 135.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		gaben von Vorgesetzten oder anderen Abteilungen. So mag ein Verhandler beispielsweise über das ihm vom Vorgesetzten vorgeschriebene Budget täuschen (<i>all I've got</i> ¹⁵²⁷). Auch über Vorgaben Dritter (z. B. Abnehmer) kann geblufft werden. Die Kategorie weist eine hohe Überschneidung zu Täuschungen über den Verhandlungsprozess auf. Denn die Ausgestaltung des Verhandlungsprozesses führt regelmäßig zu Vorgaben gegenüber den eigenen Agenten (z. B. zur Vorgabe ein NDA [<i>non-disclosure agreement</i> ¹⁵²⁸] abzuschließen).
8.	Verfügbarkeit	<p>In Verhandlungen kann auf verschiedene Art und Weise über Verfügbarkeiten getäuscht werden. Verkäufer können z. B. über ihre Vorräte bzw. Bestände bluffen. Eine Taktik besteht darin, fälschlicherweise zu behaupten, man hätte nur noch wenige Exemplare eines Produkts auf Lager („Das ist das letzte Exemplar!“). In der Verhandlungsliteratur werden solche Lügen unter dem Begriff „Taktik der kleinen Menge“ diskutiert (siehe dazu unter 2. Teil, A.VI.2.).</p> <p>Bei Gegenständen, die es nur begrenzt gibt, wie bei Antiquitäten, kann zudem über die Verfügbarkeit dieses Produkts am Gesamtmarkt (und nicht nur beim konkreten Händler) getäuscht werden („Dies ist eine von weltweit zehn erhaltenen Vasen dieser Zeit.“). Aber auch auf großen Online-Portalen sind Bluffs über die Gesamtverfügbarkeit denkbar. So kann z. B. bei Hotel-Buchungsplattformen darauf hingewiesen werden: „In dem von Ihnen gewünschten Zeitraum sind bereits 90 % der Hotels belegt“. Wird über die Gesamtverfügbarkeit am Markt getäuscht, führt dies in gewisser Weise gleichzeitig zu einer Täuschung des Verhandlungspartners über sein BATNA (dazu sogleich im Folgenden unter Nr. 9.).</p> <p>Umgekehrt ist es möglich, dass eine zu hohe Verfügbarkeit vom Händler vorgetäuscht wird. So kann z. B. mit Sonderangeboten für „alle die kommen“ geworben werden, obwohl der Verkäufer (wissentlich) nur wenige Exemplare des Produkts als Sonderangebot anbietet. Dies stellt eine Variante der sog. Lockvogeltaktik bzw. des Lockangebots dar.¹⁵²⁹ Eine funktional verwandte Form der Täuschung über die Verfügbarkeit ist die Bait-and-switch-Taktik, bei der das Lockangebot in Wahrheit gar nicht besteht. Der Kunde soll bei beiden Täuschungsvarianten angelockt und dann zum Abschluss eines anderen Vertrags überredet werden.¹⁵³⁰</p>

¹⁵²⁷ Siehe zu dieser Taktik S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 45. Vgl. auch die Ausführungen zu Budgetbegrenzungen (ebd. auf S. 107).

¹⁵²⁸ In Deutschland wird auch der Begriff „Geheimhaltungsvereinbarung“ verwendet. Eine entsprechende Abrede soll die Geheimhaltungsinteressen beider Seiten von Beginn der Verhandlungen an sichern. Siehe aus der Verhandlungsperspektive zu NDA S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 287f.

¹⁵²⁹ Nr. 5 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG bezeichnet die entsprechende Taktik beispielsweise als „Lockangebot“.

¹⁵³⁰ Siehe dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 260.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		<p>Außerdem kann über die Verfügbarkeit von verbundenen Produkten/Dienstleistungen von Drittanbietern gelogen werden. So kann ein Autoverkäufer z. B. darüber täuschen, wie leicht es für einen Kunden sein wird, eine Finanzierung von dritter Seite zu erhalten. Wird hingegen über die Verfügbarkeit bei einem Konkurrenten geblufft, so ist die Lüge dem nach hier vorgegebenem Verständnis als Lüge über Alternativen (Nr. 9) einzuordnen.</p> <p>Lügen über die Verfügbarkeit werden zudem oftmals mit einem zeitlichen Aspekt verknüpft („Das ist das letzte Exemplar. Mehr bekommen wir erst wieder in vier Wochen.“). Gerade auf Online-Plattformen wird dem Kunden häufig auch verdeutlicht, wie schnell die Verfügbarkeit in letzter Zeit gesunken ist („Dieses Hotel wurde in den letzten 12 Stunden fünf Mal gebucht.“). Es wird dem Interessenten zudem suggeriert, dass die Verfügbarkeit in nächster Zeit sinken wird („Vier weitere Kunden schauen sich dieses Hotel gerade ebenfalls an.“). Insofern wird nicht nur über die Verfügbarkeit des Produkts getäuscht, sondern gleichzeitig auch über seine Beliebtheit bei anderen Kunden.</p>
9.	Alternativen und Alternativangebote	<p>Täuschungen beziehen sich häufig darauf, die eigene Verhandlungsposition als stärker darzustellen, als sie es tatsächlich ist. Da das BATNA (<i>best alternative to a negotiated agreement</i>, siehe dazu unter 2. Teil, A.V.1.) die Verhandlungsmacht ganz entscheidend beeinflusst, wird oftmals darüber geblufft. Es wird also darüber getäuscht, wie gut die eigenen Alternativen zum verhandelten Vertragsschluss sind. Ein Käufer mag z. B. ein anderes, besseres Angebot anführen, um mit Blick auf den zu verhandelnden Gegenstand bessere Konditionen zu verhandeln. Dies wird als sog. Better-offer-Taktik (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.3.) bezeichnet. Verkäufer können umgekehrt andere Interessenten ins Spiel bringen. Da beide BATNA gemeinsam das eventuell gegebene ZOPA (<i>zone of possible agreement</i>), also die mögliche Einigungszone für die Verhandlung, bzw. das NOPA (<i>no possible agreement</i>)¹⁵³¹ bestimmen, wirken sich solche Täuschungen generell auf die Einigungszone aus.</p> <p>In den meisten Fällen täuscht eine Partei über das eigene BATNA. Es ist aber auch denkbar, dass eine Partei versucht, die andere Partei über deren BATNA zu täuschen. Ihre Bemühungen können z. B. darauf ausgerichtet sein, dass die andere Seite Handlungsoptionen nicht erkennt oder Alternativen durch Fehlinformationen falsch bewertet. Ist der Verhandlungspartner beispielsweise nicht gut über seine Alternativen informiert, kann versucht werden, ihm zu suggerieren, dass er keine guten Alternativen zum verhandelten Vertragsschluss besitzt. Er kann insofern z. B. über die Verfügbarkeit bei anderen Händlern getäuscht werden. Es ist aber auch möglich, dass über die Qualität der Konkurrenz geblufft wird. So kann über vergleichbare Produkte und</p>

¹⁵³¹ Von NOPA wird gesprochen, wenn es keine mögliche Einigungszone für die Verhandlungen gibt. In diesem Fall haben beide Parteien eine bessere Alternative zum Vertragsschluss.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		<p>Leistungen von anderen Anbietern gelogen werden, um das BATNA der anderen Seite zu schwächen. Es soll ihr verdeutlicht werden, dass die Alternativen weniger attraktiv seien, als sie es tatsächlich sind. Ähnlich kann ein Bluff über ein vermeintliches Exklusivangebot wirken. Hier lügt der Verhandlungspartner darüber, dass das betreffende Angebot bzw. bestimmte Vorteile nur bei ihr (d. h. exklusiv) erhältlich seien. Wird die angepriesene „Exklusivität“ hinreichend überzeugend dargestellt, wird der Abnehmer keine Alternativangebote mehr in Betracht ziehen. Aus verhandlungstechnischer Betrachtung wird damit das BATNA des Abnehmers eingeschränkt.</p> <p>Daneben gibt es Täuschungen, die zwar nicht direkt als Bluffs über das BATNA bezeichnet werden können, aber ähnlich strukturiert sind. So mag ein Verhandler beispielsweise fälschlicherweise behaupten, dass er auch mit anderen Interessenten in Verhandlungen steht. Er täuscht in diesem Fall kein konkretes anderes Angebot vor, zeigt damit aber, dass mit Angeboten zukünftig zu rechnen ist.</p>
10.	Marktlage	<p>Bluffs über die Marktlage können sich z. B. auf die Situation in einer Branche beziehen („Der Ausbau der erneuerbaren Energien wird die Nachfrage nach Solarpanels anheizen.“). Täuschungen über die Marktlage sind eng mit Irreführungen über das BATNA (<i>best alternative to a negotiated agreement</i>, siehe Nr. 9) und die Gesamtverfügbarkeit (siehe Nr. 8) verbunden. Diese Konstellation beinhaltet jedoch die Besonderheit, dass es keine direkte Täuschung über das konkrete BATNA einer Verhandlungsseite gibt. Es muss auch nicht direkt über die Verfügbarkeit getäuscht werden. Es wird vielmehr allgemein über die Marktsituation und die erwartete Marktentwicklung (d. h. die Dynamik) geblufft. Indirekt soll damit jedoch häufig eine Verbindung zum eigenen BATNA suggeriert werden. Wird die Marktlage aus der eigenen Perspektive als „sehr gut“ beschrieben (der Bauunternehmer spricht beispielsweise von einem „Bauboom“), will der Verhandler damit regelmäßig andeuten, dass er sich selbst in einer guten Lage befindet. Bluffs über die Marktlage können darüber hinaus auch dazu genutzt werden, um z. B. den Käufer indirekt über seine Wiederverkaufsmöglichkeiten zu täuschen. Wird z. B. suggeriert, dass viele Personen gerade händeringend nach entsprechenden gebrauchten Kleinwagen suchen, so wird nicht nur das eigene BATNA gut dargestellt, sondern der Käufer könnte daraus schließen, dass er bei einem Weiterverkauf einen hohen Verkaufspreis erzielen könnte.</p>
11.	Vertragsdurchführung/ Vertragserfüllung	<p>Angaben über die Leistung, die Vertragsdurchführung bzw. die Erfüllung und den Vertragspartner sind eng miteinander verknüpft bzw. überlappen sich. Besitzt ein Vertragspartner bestimmte Kompetenzen nicht, kann dies beispielsweise die Vertragsdurchführung gefährden.¹⁵³² Als Lüge über die Vertragsdurchführung sollen hier sol-</p>

¹⁵³² Dennoch würden solche Täuschungen hier unter „Charakteristiken“ eingeordnet.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
		che Bluffs bezeichnet werden, die nicht unter den Leistungsgegenstand und den Vertragspartner fallen. Blufft ein Verhandler z. B. darüber, dass er die Durchführung persönlich überwachen wird, könnte dies als Lüge über die Vertragsdurchführung angesehen werden. In diese Kategorie sollen auch Lügen über die Bereitschaft zu leisten gefasst werden. Bluffs über die die Leistungsfähigkeit liegen auf der Grenze. Insbesondere im Fall der Leistungsunfähigkeit einer Partei könnte eine Täuschung auch in die hier diskutierte Kategorie fallen. Allgemein sollen Bluffs über die Bonität und die Leistungsfähigkeit jedoch in Nr. 2 (Charakteristiken) verortet.
12.	Verhandlungsprozess	Zu Lügen über den Verhandlungsprozess gehören solche, bei denen es um interne Genehmigungssysteme geht (eine Taktik in diesem Zusammenhang wird <i>ambiguous authority</i> ¹⁵³³ genannt), weshalb die Kategorie auch Überschneidungen mit Nr. 6 (rechtliche Situation) aufweisen kann. Es kann außerdem über Anforderungen, wie den Abschluss eines NDA (<i>non-disclosure agreement</i>) vor Beginn der Verhandlungen, geblufft werden. Es ist zudem denkbar, dass über die Anzahl der Verhandlungsrunden getäuscht wird. Verhandler lügen damit regelmäßig über ihre eigenen unternehmensinternen Prozesse. Insofern ist die Kategorie eng mit den Lügen über Vorgaben und Anweisungen (Nr. 7) verbunden. Verhandler können aber auch über entsprechende Prozesse bei involvierten Dritten lügen.
13.	Zwischenergebnisse/ Vereinbarungen	Verhandler können ihren Verhandlungspartner über gemeinsam erzielte Zwischenergebnisse bzw. Übereinkünfte täuschen. Solche Bluffs werden als <i>foggy recalls</i> bezeichnet. ¹⁵³⁴ Angewandt wird diese Taktik vor allem mit Blick auf mündlich erzielte Zwischenstände. So mag die (mündliche) Vereinbarung einer echten Verpflichtung beispielsweise nachträglich lediglich als Bemühensklausel dargestellt werden. ¹⁵³⁵ Denkbar ist zudem, dass Verhandler nicht nur über das Bestehen oder Nichtbestehen von Übereinkünften täuschen, sondern auch darüber, ob sie diese einhalten. Einigen sich die Parteien beispielsweise auf Exklusivverhandlungen ¹⁵³⁶ , so kann eine Seite darüber täuschen, ob sie sich an diese Vereinbarung hält.
14.	Zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses	Lügen können eine starke zeitliche Komponente haben. Die Kategorie ist insofern schwer abzugrenzen, als solche Täuschungen abgesehen von der zeitlichen Komponente oftmals gleichzeitig unter eine der anderen Kategorien subsumiert werden könnten.

¹⁵³³ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 46.

¹⁵³⁴ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 191 f.

¹⁵³⁵ Es geht an dieser Stelle allein um Täuschungen vor Vertragsabschluss. Ausgeklammert werden hier daher Falschdarstellungen von vertraglichen Abreden.

¹⁵³⁶ Vgl. dazu z. B. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 177 f.

Täuschungsgegenstand	Beschreibung
	<p>Eine typische Lüge in diesem Bereich stellt der Bluff über Deadlines dar,¹⁵³⁷ weshalb entsprechende Taktiken in der Verhandlungsliteratur unter dem Stichwort <i>false deadline</i> diskutiert werden (siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.8.). Dabei kann es sich um die Irreführungen über eine eigene Deadline/Frist oder eine externe Deadline/Frist handeln. Bluffs über gemeinsame Deadlines dürften selten sein, da die andere Seite korrekte Informationen besitzen müsste.¹⁵³⁸ Konkret kann z.B. darüber getäuscht werden, bis wann ein Vertragsschluss erzielt werden oder wann eine Verhandlungsrunde beendet werden muss. Mit Blick auf Letzteres können Verhandler z.B. vortäuschen, dass sie zu einer bestimmten Uhrzeit einen Rückflug antreten müssen und daher nicht mehr viel Zeit für die Verhandlungsrunde bleibt.¹⁵³⁹ Gerade (Sonder-)Angebote können zudem zeitlich befristet werden. Die Taktik wird dann als <i>exploding offer</i> bezeichnet, da nach einer bestimmten Zeit das Angebot „explodiert“, d.h. endgültig ungültig wird.¹⁵⁴⁰ Umgekehrt ist es allerdings auch möglich, dass ein Verhandler zunächst vortäuscht, dass keine Deadline für die Verhandlung besteht, obwohl es in Wahrheit eine gibt. Kurz vor Ablauf der Frist kann er dann die Gegenseite darauf aufmerksam machen. Dadurch wird ein hoher Zeitdruck generiert, den der täuschende Verhandler unter Umständen zu seinem Vorteil nutzen kann.</p> <p>Es kann außerdem darüber gelogen werden, wie lange ein Prozess dauern wird.¹⁵⁴¹ Ebenfalls möglich ist es, dass darüber getäuscht wird, wann eine bestimmte Person der eigenen Seite wieder erreichbar sein wird. Es wird insofern beispielsweise eine falsche Angabe darüber gemacht, zu welchem Zeitpunkt ein Entscheider (<i>decision-maker</i>) wieder erreichbar sein wird (sog. <i>missing person maneuver</i>¹⁵⁴²).</p> <p>Andere Lügen haben einen weniger direkten Bezug zu zeitlichen Aspekten. So kann z.B. die Information, dass X Personen innerhalb der letzten 10 Stunden ein Produkt gekauft haben, ebenfalls einen Einfluss auf die Verhandlung nehmen, da es zeigt, wie beliebt das Produkt ist. Solche Täuschungen werden hier jedoch in die Kategorie „Verfügbarkeit“ (Nr. 8) eingeordnet.</p>

¹⁵³⁷ Vgl. auch C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 52 („You can never be sure that a negotiating time limit is real.“) der Autor warnt daher auf S. 52 auch: „Be skeptical of deadlines.“

¹⁵³⁸ Lügen sind generell nur im Fall des Vorliegens von Informationsasymmetrien erfolgversprechend.

¹⁵³⁹ Dieses Beispiel wurde im Rahmen der Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen genutzt. Siehe dazu näher unter 1. Teil, C.III.1.

¹⁵⁴⁰ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 133. Den Begriff nicht nennend, aber auf diese Taktik eingehend C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 53.

¹⁵⁴¹ Wird über die Länge des Verhandlungsprozesses geblufft, besteht eine Überschneidung zur Nr. 12.

¹⁵⁴² S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 269. Allgemein auch zu dieser Taktik C. Karrass, Give and Take, 2. Aufl. 2016, S. 134.

	Täuschungsgegenstand	Beschreibung
15.	Interessen und Präferenzen	<p>Verhandler bluffen oftmals über die Interessen und Präferenzen ihrer eigenen Seite mit Blick auf die Vertragsverhandlung, insbesondere den Verhandlungsgegenstand.¹⁵⁴³ In der Verhandlungsliteratur werden solche Täuschungen unter den Begriffen <i>bogey</i> oder <i>padding</i> diskutiert.¹⁵⁴⁴ So mag ein Verhandler beispielsweise vorgeben, dass der Lieferzeitpunkt für ein Produkt für sein Unternehmen entscheidend ist, obwohl das nicht den Tatsachen entspricht. Ziel ist es insofern grundsätzlich, für ein Nachgeben in diesem Punkt ein Zugeständnis an anderer Stelle zu erhalten.</p> <p>Ein Verhandler kann jedoch auch über seine persönlichen Interessen und Präferenzen bezüglich der Verhandlung täuschen. Diese Kategorie ist allerdings nicht mit Täuschungen über persönliche Präferenzen und Vorlieben (z. B. Lieblingsfußballverein) gleichzusetzen. Der Unterschied besteht darin, dass sich letztere nicht auf den konkreten Vertrag beziehen.</p>
16.	Gesellschaftliche Rahmenbedingungen	<p>Äußere Umstände, über die gelogen werden kann, sind so zahlreich, dass hier nur ein paar ausgewählte angeführt werden können. Generell sind darunter Täuschungen über Aspekte zu verstehen, die außerhalb der Verhandlung liegen, d.h. externe Rahmenumstände. Gemeint sind damit z. B. Faktoren wie die Inflation in einem Land sowie (falsche) Aussagen über den Leitzins. Ab einem gewissen Punkt kann daher die Abgrenzung zu Äußerungen über die Marktlage (Nr. 10) schwerfallen.</p> <p>Auch „rechtliche Rahmenumstände“ (Nr. 6) könnten zu äußeren Umständen gezählt werden. Hier wurden sie aufgrund ihrer hohen Bedeutung sowie der insofern bestehenden Besonderheiten jedoch als gesonderte Kategorie aufgeführt.</p>

Abb. 32: Auflistung der Gegenstände der Täuschung

5. Zwischenergebnis

Obwohl das deutsche Recht im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach bislang herrschender Auffassung nicht nach dem Gegenstand der Täuschung differenziert, erscheint dieses neue, bislang noch nicht diskutierte Unterscheidungskriterium äußerst vielversprechend. Die Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand könnte ein sinnvolles Regelungsinstrument darstellen, um zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen zu unterscheiden. Denn – wie soeben gezeigt – hat die

¹⁵⁴³ Lewicki in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), *Negotiating in organizations*, 1983, S. 68, 69 formuliert noch schärfer in Bezug auf Verschleierung (nicht nur Lügen) („Advantage in negotiation is obtained by two independent but related processes: [...] and successful disguise of one's own preferences and priorities.“).

¹⁵⁴⁴ S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 98f. und 297f. Zu einem etwas anderen Verständnis der *bogey tactic* siehe C. Karras, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 21ff.

ser Umstand erheblichen Einfluss auf die Bewertung von Lügen (bezüglich des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes¹⁵⁴⁵) sowie auf die ökonomischen Konsequenzen (dazu näher unter 4. Teil, G.VII.). Eine – zumindest grobe Differenzierung – nach dem Gegenstand der Täuschung erscheint zudem rechtstechnisch zumindest nicht undenkbar, obwohl zuzugeben ist, dass dadurch in jedem Fall der Komplexitätsgrad der Regel erhöht würde und abzuwägen bleibt, ob dadurch die Rechtsunsicherheit ansteigen würde. Die zentrale Idee dieser Arbeit ist es daher, zu untersuchen, inwiefern eine stärkere Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen *de lege lata* auch in Deutschland möglich bzw. *de lege ferenda* sinnvoll sein könnte und ob in diesem Zusammenhang der Gegenstand der Täuschung eine stärkere Rolle spielen sollte.

E. Ergebnisse des 3. Teils

Im dritten Teil dieser Arbeit wurde untersucht, inwiefern die USA, Italien, Frankreich, Österreich und die Schweiz zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen differenzieren. Zusätzlich wurde herausgearbeitet, wie sich die deutsche Regelung aus rechtshistorischer Sicht entwickelt hat. Zentrale Erkenntnis dieses Abschnitts ist, dass die deutsche Rechtsordnung zwar nicht die Einzige ist, die vorsätzliche, kausale Täuschungen pauschal als unzulässig betrachtet. Die Lösung ist im deutschsprachigen Raum vielmehr allgemein verbreitet. Aber selbst verglichen mit der österreichischen und der schweizerischen Regelung scheint § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wenig flexibel bzw. die Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen kaum diskutiert. Noch auffallender ist die Diskrepanz zu den anderen Rechtsordnungen, die unzweifelhaft einen gewissen „Täuschungsspielraum“ lassen. Die weiteren diskutierten Rechtsordnungen, d.h. das US-amerikanische Recht sowie das italienische und französische Recht, erscheinen somit im Verhältnis zum deutschen Recht als durchaus differenzierungsfreundlich, wenn auch zu unterschiedlichen Graden und in unterschiedlicher Form. Vor allem die italienische und die US-amerikanische Rechtsordnung lassen einen relativ weiten „Täuschungsspielraum“ bestehen.

Doch die enge Ausgestaltung und Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB überrascht nicht nur aus rechtsvergleichender, sondern auch aus historischer Sicht. Denn es wurde im Rahmen der Untersuchung festgestellt, dass es seit dem römischen Recht immer bestimmte Möglichkeiten gab, zwischen zulässigen und unzulässigen Bluffs zu differenzieren. Insofern konnte in diesem Abschnitt herausgearbeitet werden, dass das pauschale Täuschungsverbot in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auch nicht als Reaktion auf eine geänderte unternehmerische Praxis gesehen werden kann.

¹⁵⁴⁵ Siehe näher unter 4. Teil, B.II., C.IV. und D.III.

Insgesamt geben die rechtsvergleichende Betrachtung sowie der rechtshistorische Abschnitt somit einen Hinweis darauf, dass es aus deutscher Perspektive sinnvoll sein könnte, sich näher mit der Abgrenzung von zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu befassen. Gleichzeitig verdeutlicht der rechtsvergleichende Abschnitt, dass es den Rechtsordnungen, die stärker zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen unterscheiden, ebenfalls schwerfällt, exakt zu bestimmen, wo die Grenze verlaufen sollte. Nach hier vertretener Ansicht kann daher keine der untersuchten Rechtsordnungen als „Blaupause“ für das deutsche Recht herangezogen werden. Die Überlegungen dieser Arbeit können damit potenziell auch für die anderen Rechtsordnungen als anregend empfunden werden.

Allerdings lässt der rechtsvergleichende Teil erkennen, dass verschiedene Regelungsmechanismen eingesetzt werden können, um zwischen zulässigen und unzulässigen Bluffs zu differenzieren. Die Wirkungsweise der einzelnen Regelungsmechanismen sowie die damit verbundenen Vor- und Nachteile wurden in diesem Abschnitt daraufhin näher untersucht. Dadurch konnte im dritten Teil dieser Arbeit ermittelt werden, welche Regelungsinstrumente sich unter Umständen auch in Deutschland zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen einsetzen ließen. Die Rechtswidrigkeit sowie die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* erscheinen insofern im Ergebnis grundsätzlich am geeignetsten, um rechtmäßige von rechtswidrigen Täuschungen abzugrenzen. Da Deutschland die Abgrenzung von *dolus bonus* und *dolus malus* fremd ist, wird dieser Aspekt in diesem Werk nicht weiter thematisiert, sondern stattdessen die strukturell vergleichbare Rechtswidrigkeit näher beleuchtet, die bereits heute im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB diskutiert wird. Die Rechtswidrigkeit wird zwar bislang ebenfalls nicht zur Differenzierung mit Blick auf übliche Geschäftspraktiken genutzt, aber dieses Regelungsinstrument ist zumindest in der Literatur und der Rechtsprechung anerkannt und eine entsprechende Lösung erscheint auch konzeptionell gangbar.¹⁵⁴⁶ Aufgrund des möglichen, weiten Interpretationsspielraums dieses unbestimmten Rechtsbegriffs hilft die Rechtswidrigkeit allerdings nicht bei der konkreten Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen. Die Feststellung, dass die Rechtswidrigkeit aus deutscher Sicht ein sinnvolles Regelungselement sein könnte, befreit somit nicht von der Erörterung der Frage, wo die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen verlaufen sollte. Insofern bedarf es im Folgenden (siehe im 4. Teil dieser Arbeit) einer intensiven, wertungsmäßigen Diskussion der Thematik.

Da die Rechtswidrigkeit jedoch im Ergebnis auch gewisse Nachteile mit sich bringt, wurden im dritten Teil dieser Arbeit zudem weitere Regelungsmöglichkeiten geprüft. In diesem Zusammenhang hat sich vor allem eine Unterscheidung nach dem Gegenstand der Täuschung als vielversprechend erwiesen. Obwohl das deut-

¹⁵⁴⁶ Inwiefern die Rechtswidrigkeit daher bereits *de lege lata* zur Lösung der Problematik beitragen kann, wird in dieser Arbeit unter 5. Teil, A. untersucht.

sche Recht im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach bislang einhelliger Auffassung nicht nach dem Gegenstand der Täuschung differenziert, erscheint dieses neue, bislang noch nicht diskutierte Unterscheidungskriterium äußerst vielversprechend. Die Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand könnte im Ergebnis ein sinnvolles Regelungsinstrument darstellen, um zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen zu unterscheiden. Denn – wie soeben gezeigt – hat dieser Umstand erheblichen Einfluss auf die Bewertung von Lügen (bezüglich des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes) sowie auf die ökonomischen Konsequenzen (dazu näher unter 4. Teil, G.VII.). Eine – zumindest grobe Differenzierung – nach dem Gegenstand der Täuschung erscheint zudem rechtstechnisch zumindest nicht undenkbar, obwohl zuzugeben ist, dass dadurch in jedem Fall der Komplexitätsgrad der Regel erhöht würde und abzuwägen bleibt, ob dadurch die Rechtsunsicherheit ansteigen würde. Die zentrale Idee dieser Arbeit ist es daher, zu untersuchen, inwiefern eine stärkere Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen *de lege lata* auch in Deutschland möglich bzw. *de lege ferenda* sinnvoll sein könnte und ob in diesem Zusammenhang der Gegenstand der Täuschung eine stärkere Rolle spielen sollte.

4. Teil

Wertungsmäßige Betrachtung, insbesondere für Deutschland

A. Potenzielle Wertungsfaktoren

Die Erörterung der Rechtslage in Deutschland (siehe dazu unter 2. Teil, B.I.) hat gezeigt, dass die getäuschte Seite durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB formal sehr weitreichend geschützt wird. Im Ergebnis sind insofern bisher nur wenige Ausnahmen (wie marktschreierische Anpreisungen und Lügen auf unzulässige Fragen) in der Rechtsprechung und der Literatur anerkannt (siehe unter 2. Teil, B.II.). Gerade ein Blick in die Rechtsprechung verdeutlicht jedoch, dass die umfassende Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in der Praxis wohl nicht vollumfänglich durchgesetzt wird. Denn viele Täuschungen sind trotz ihrer hohen Verbreitung in der Praxis nicht Gegenstand der veröffentlichten Rechtsprechung (siehe unter 2. Teil, B.II.). Die rechtsvergleichenden Untersuchungen haben ergeben, dass andere Rechtsordnungen durchaus stärker zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen differenzieren (siehe unter 3. Teil, B.). Das römische Recht, in dessen Tradition die deutsche Rechtsordnung steht, ließ ebenfalls einen beachtlichen Freiraum für Bluffs bei Vertragsverhandlungen (siehe unter 3. Teil, A.III.). Bevor jedoch die Frage beantwortet werden kann, ob § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bereits *de lege lata* so interpretiert werden könnte, dass gewisse Lügen nicht erfasst sind (siehe unter 5. Teil, A.), oder ob dies eines Vorschlags *de lege ferenda* bedarf (siehe unter 5. Teil, B.), ist zu klären, ob eine stärkere Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen aus wertungsmäßiger Sicht überhaupt wünschenswert ist. Denn allein die Tatsache, dass andere Rechtsordnungen teilweise stärker differenzieren, reicht zur Begründung von „listigen“ Täuschungen im deutschen Recht nicht aus. Die rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Erkenntnisse sollen an dieser Stelle vor allem als (weiteres) Aufgreifkriterium für eine intensive Debatte der Sinnhaftigkeit eines „Täuschungsspielraums“ genutzt werden.¹ Die Begründung einer Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen erfordert insofern eine tiefgreifende, differenzierte wertungsmäßige Betrachtung. Es ist somit im Folgenden zu ermitteln, ob die deutsche Rechtsordnung aus wertungsmäßiger Sicht in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einen „Täuschungsspielraum“ gewähren und, wenn ja, wo die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen gezogen werden sollte. Aufgrund

¹ Die rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Erkenntnisse sind zudem für die Betrachtung *de lege ferenda* entscheidend, da sie mögliche Regelungsoptionen aufzeigen. Siehe dazu bereits unter 3. Teil, C. Siehe zum Vorschlag *de lege ferenda* näher unter 5. Teil, B.

des Status quo der Rechtslage liegt die Begründungslast² insofern bei demjenigen, der eine solche Unterteilung befürwortet. Die Fragestellung wird daher im Folgenden aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet. Zunächst soll erörtert werden, wie entsprechende Täuschungen moralisch bewertet werden (siehe unter 4. Teil, B.). Danach wird das Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte) zu diesem Aspekt untersucht (siehe unter 4. Teil, C.) und auch das Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht ist) wird berücksichtigt (siehe unter 4. Teil, D.). Sowohl bezüglich des Moralverständnisses als auch mit Blick auf das Rechtsgefühl und das Judiz kann auf die empirischen Erkenntnisse der Siegener Studie (siehe dazu unter 1. Teil, C.) zurückgegriffen werden. Zunächst sollen jeweils die Ergebnisse der Siegener Studie analysiert werden, bevor im Anschluss diskutiert wird, welche Bedeutung dem Moralverständnis, dem Rechtsgefühl und dem Judiz für die Rechtsordnung zukommen sollte (siehe unter 4. Teil, F.). Die Ausführungen in dieser Arbeit beschränken sich nahezu ausschließlich auf die Erörterung der prozentualen Ergebnisse.³ Eine nähere empirische Auswertung der Siegener Studie wird in diesem Werk nicht durchgeführt.⁴ Bezüglich der prozentualen Ergebnisse wird aus Vereinfachungsgründen zudem zumeist auf einfache Mehrheiten abgestellt. Mit Blick auf das Rechtsgefühl wird dann allerdings unter 4. Teil, C.IV.4. noch einmal gesondert die Diskussion geführt, wie die Ergebnisse der Siegener Studie interpretiert werden könnten. Darüber hinaus werden die ökonomischen Konsequenzen von Lügen in Vertragsverhandlungen beleuchtet (siehe unter 4. Teil, G.). Zentral sind zudem sowohl für eine Interpretation *de lege lata* als auch einem neuen Vorschlag *de lege ferenda* die rechtlichen Umfeldwertungen (siehe unter 4. Teil, H.). Im Ergebnis sollen die verschiedenen Erkenntnisse dann herangezogen werden, um eine wertungsmäßig stimmige Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen vorzuschlagen (siehe unter 4. Teil, I.).

B. Moralische Bewertung von Täuschungen in Vertragsverhandlungen

I. Einführung

An dieser Stelle soll nicht näher auf allgemeine moralphilosophische Überlegungen zu Lügen eingegangen werden. Es genügt insofern, prägnant festzuhalten, dass sich

² Grundlegend zur Begründungslast *Krebs*, AcP 195 (1995), 171, 171 ff.

³ Dieselbe Vorgehensweise wählte die Autorin bereits in Bezug auf die folgenden beiden Beiträge: *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 873 ff. und *S. Jung*, *ÖJZ* 2021, 117, 117 ff.

⁴ Insofern ist auf die entsprechenden (zukünftigen) Auswertungen zu verweisen. Siehe z. B. *S. Jung/Krebs/Leszczynska*, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023); siehe zukünftig auch *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 14 ff. (unveröffentlichte Fassung).

traditionelle Moralphilosophen wie *Aristoteles*, *Kant*, *Augustinus* und *Thomas Aquinas* (strikt) gegen jede Form von Lügen aussprechen.⁵ Zwar gibt es auch einflussreiche Denker, die Lügen weniger kritisch⁶ betrachten,⁷ doch bis heute steht eine zumeist negative moralische Bewertung von Täuschungen im Vordergrund des moralphilosophischen Diskurses.⁸ Wie bereits unter 3. Teil, A.VI. ausgeführt,

⁵ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik: 4. Buch, übersetzt v. Adolf Stahr, 1863, S. 146 („An und für sich genommen ist das Lügen gemein und tadelnswerth und die Wahrheit immer schön und lobenswert.“); *Augustinus*, Die Lüge und gegen die Lüge, übersetzt v. Keseling, 1953, 3. Aufl. 2007, S. 123 („Lügen sind zu meiden oder reumütig als Sünden zu bekennen“); v. *Aquin*, Summe der Theologie, hrsg. v. Bernhart, Bd. 3, 3. Aufl. 1985, S. 438 („Ich antworte: Was an sich aus der Gattung her sittlich schlecht ist, kann in keinerlei Maßen gut und erlaubt sein: [...] Die Lüge aber ist ein Böses aus der Gattung her. [...] Darum ist jede Lüge Sünde“); *Kant* in: Weischedel (Hrsg.), Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. 8, 19. Aufl. 2021, S. 637, 637 ff. (und konkret auf S. 638: „Wahrhaftigkeit in Aussagen, die man nicht umgehen kann, ist formale Pflicht des Menschen gegen jeden, es mag ihm oder einem andern daraus auch noch so großer Nachteil erwachsen; [...] Die Lüge also [...] bedarf nicht des Zusatzes, daß sie einem andern schaden müsse; [...] Denn sie schadet jederzeit einem andern, wenn gleich nicht einem andern Menschen, doch der Menschheit überhaupt, indem sie die Rechtsquelle unbrauchbar macht.“); *ders.* in: Weischedel (Hrsg.), Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. 8, 19. Aufl. 2021, S. 562, 562 ff. diskutiert hierin auch kurz die Verwerflichkeit der gut gemeinten Lüge (siehe auf S. 562: „Die größte Verletzung der Pflicht des Menschen gegen sich selbst, bloß als moralisches Wesen betrachtet [die Menschheit in seiner Person], ist das Widerspiel der Wahrheit, die Lüge“). Ebenfalls strikt gegen Lügen *de Montaigne* in: Blageart (Hrsg.), Les essais de Michel seigneur de Montaigne, 1649, S. 27 („En vérité le mentir est un maudit vice. [...] Si nous en cognoissons l'horreur & le poids, nous le poursuivrions à feu plus justement que d'autres crimes.“). Allgemein zur Diskussion *Bok*, Lying, 1999, S. 33–46; *L. Alexander/Sherwin*, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 395 ff.; *J. Müller* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge, 2007, S. 28, 40 ff.

⁶ *Bentham* in: Bowring (Hrsg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. 1, 1859, S. 1, 105 („Falsehood, take it by itself, consider it as not being accompanied by any other material circumstances, nor therefore productive of any material effects, can never, upon the principle of utility, constitute any offence at all.“); *Grotius*, On The Rights Of War And Peace, Buch 2, Kap. XVII, 2004, (Originalerscheinungsjahr: 1625), S. 343 Rn. XVII („As also he that procures a Contract or Promise by Force, Fraud, or unjust Terror, is bound to release the Person who made the Contract or Promise, from any Obligation of Performance“); *Mill* befürwortet zwar ausnahmsweise Lügen, jedoch nur unter eng abgegrenzten Umständen, siehe *Mill*, Utilitarianism, 1863, S. 32 („but in order that the exception may not extend itself beyond the need, and may have the least possible effect in weakening reliance on veracity, it ought to be recognized, and, if possible, its limits defined“). *Nietzsche*, Jenseits von Gut und Böse, 1886, S. 5 („Bei allem Werte, der dem Wahren, dem Wahrhaftigen, dem Selbstlosen zukommen mag: es wäre möglich, daß dem Scheine, dem Willen zur Täuschung, dem Eigennutz und der Begierde ein für alles Leben höherer und grundsätzlicherer Wert zugeschrieben werden müßte.“). Zudem findet sich eine Diskussion um praktische Moral. Siehe z. B. *Cramton/Dees*, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 359, 359 ff. (bereits im Titel „An Exercise in Practical Ethics“). Dies mit dem Argument kritisierend, dass dadurch angedeutet würde, dass es zwei Formen von Moral gibt *Boatright*, Business Ethics Quarterly 2 (1992), 63, 64 ff.

⁷ So auch schon *S. Jung*, Southern California Law Review 92 (2019), 973, 977 f.

⁸ Vgl. z. B. *Shiffrin*, Speech Matters, 2014, S. 7 („The deontological view [...] seems plausible“). Ebenfalls eine vorwiegend negative Betrachtung von Lügen in der Literatur feststellend *Solomon* in: Clancy (Hrsg.), The Philosophy of Deception, 2009, S. 15, 15 („Philosophers in general insist on the truth even if they do not believe in ‚the Truth.‘ They despise deception“) und S. 18 („Throughout the history of philosophy, deception has been assumed to be a vice, honesty a virtue.“). Weniger negativ hingegen der Autor selbst auf S. 22 und S. 32 („Some deception is harmful

haben diese moralphilosophischen Überlegungen (konkret *Kants* Ausführungen zur Thematik) wohl nicht unerheblich zur heutigen Form des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB beigetragen.

Im Folgenden soll jedoch nicht die moralphilosophische Perspektive im Fokus stehen, sondern vielmehr das empirisch ermittelte Moralverständnis verschiedener Personenkreise. Dafür wird auf die Ergebnisse der Siegener Studie zurückgegriffen, für die Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende in 13 verschiedenen Ländern zu ihren Moralvorstellungen befragt wurden. Die Studie untersucht – wie bereits erörtert (dazu näher unter 1. Teil, C.) – anhand von Verhandlungsszenarien, wie Personen bestimmte Täuschungstaktiken moralisch bewerten.⁹ Variiert wird bei den abgefragten Szenarien jeweils der Gegenstand der Täuschung.¹⁰ Da Personen dazu neigen, ihr eigenes Täuschungsverhalten zu rechtfertigen,¹¹ während sie andere strenger beurteilen (Doppelstandard),¹² sollten sich die Teilnehmer im Rahmen der Umfrage in eine neutrale Beobachterperspektive versetzen.

Die Siegener Studie trägt damit zur bestehenden Forschung zum Moral- und Ethikverständnis mit Blick auf Lügen in Vertragsverhandlungen bei. Denn es weisen bereits verschiedene Studien darauf hin, dass nicht alle Täuschungstaktiken als unmoralisch bewertet werden.¹³ *Anton*¹⁴ untersuchte beispielsweise eine von *Lewicki*¹⁵ vorgeschlagene Kategorisierung von Bluffs. Zwei „harmlosere“ Täu-

and even immoral, but some of it is neither.“). Ebenfalls die Bedeutung von Lügen für die Gesellschaft betonend *Nyberg*, *The Varnished Truth*, 1992, S. 219 („Deception is not merely to be tolerated as an occasionally prudent aberration in a world of truth telling: it is rather an essential component of our ability to organize and shape the world, to resolve problems of coordination among individuals who differ, to cope with uncertainty and pain, to be civil and to achieve privacy as needed, to survive as a species and to flourish as persons.“).

⁹ Siehe zum Moralverständnis näher unter 4. Teil, B.

¹⁰ Zu den verschiedenen Täuschungsgegenständen siehe näher unter 3. Teil, D.IX.4.

¹¹ Zu möglichen Ausflüchten im Rahmen des Umgangs mit eigenem unethischen Verhalten siehe bereits näher unter 2. Teil, A.VII.3.a).

¹² Vgl. *Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 10 (2006), 214, 214 ff. (die den *double standard* untersuchen). Siehe zum Aufbau der Siegener Studie näher unter 1. Teil, C.

¹³ So auch bereits *S. Jung/Krebs/Leszczynska*, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223); *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 356 fassen den Forschungsstand folgendermaßen zusammen: „First, deception in negotiation is common, or at least it commonly arises in the experimental contexts in which negotiation research is most commonly undertaken.“. Mit Blick auf das US-amerikanische Recht hält auch *Perillo*, *Calamari and Perillo on Contracts*, 6. Aufl. 2009, S. 292 pauschal fest: „Nonetheless, neither law nor morality requires that all lies made in negotiations be redressed.“ Ebenfalls pauschal davon ausgehend, dass selten moralische Verwerflichkeit angenommen wird *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 139 („the use of these aggressive, deceptive bargaining tactics rarely arouses moral indignation“). *Kelley* in: *Archibald* (Hrsg.), *Strategic Interaction and Conflict*, 1966, S. 49, 60 formuliert umgekehrt: „The fact that both are similarly tempted to deceive may possibly produce some tolerance for it.“.

¹⁴ *Anton*, *The International Journal of Conflict Management* 1 (1990), 265, 265 ff.

¹⁵ *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, 1983, S. 68, 70 f.

schungstaktiken (zum gewünschten Preis¹⁶ und der Verkaufswahrscheinlichkeit) wurden danach von den Befragten als ethisch neutral eingeordnet.¹⁷ Das Verbergen des eigenen *reservation price* wurde in einer anderen Untersuchung ebenfalls als akzeptables Verhalten empfunden.¹⁸ Gleiches gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer einredet, dass dieser keine guten Alternativen habe.¹⁹ Es konnte auch nachgewiesen werden, dass Täuschungen über emotionale Zustände als ethisch akzeptabler bewertet werden als Lügen über Informationen, wobei es insofern allerdings noch darauf ankommt, ob man zuvor von der anderen Seite belogen wurde oder allein zum eigenen Vorteil täuscht.²⁰ Die Siegener Studie kann helfen, die moralische Bewertung weiterer, bislang nicht untersuchter Täuschungstaktiken zu ermitteln. Denn die bisherigen Untersuchungen beziehen sich nicht konsequent auf die hier im Vordergrund stehende Unterscheidung zwischen den verschiedenen Täuschungsgegenständen. Sie tendieren zwar ebenfalls in diese Richtung, ermitteln aber nur ein begrenztes Spektrum oder z. T. Fragestellungen, die sich nicht konkret auf aktive Täuschungen beziehen.²¹ Außerdem wurden die genannten Studien nicht in Deutschland durchgeführt, sondern in den USA, sodass die Siegener Studie zudem Erkenntnisse aus deutscher Perspektive liefert.²²

Die bisherigen Studien basieren zudem vor allem auf den Angaben von Studierenden.²³ Lediglich vereinzelt wurden Verhandler (und Geistliche) befragt.²⁴ Die Siegener Studie kann daher dazu beitragen, aufzuzeigen, wie professionelle Verhandler und vor allem Anwälte sowie Richter entsprechende Taktiken beurtei-

Lewicki schlägt in diesem Beitrag eine Differenzierung zwischen Falschangaben zum *reservation price* („misrepresentation of position to opponent“) und Intentionen („bluffing“) vor sowie zwischen falschen Informationen („falsification“, z. B. falsche finanzielle Angaben) und der Verursachung von Fehlschlüssen („deception“).

¹⁶ Nach hier vorgegebenen Verständnis handelte es sich nicht direkt um eine Lüge über den *reservation price*.

¹⁷ *Anton*, *The International Journal of Conflict Management* 1 (1990), 265, 265 ff.

¹⁸ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670; siehe auch *Lewicki/Stark*, *Social Justice Research* 9 (1996), 69, 82.

¹⁹ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670.

²⁰ *Fulmer/Barry/Long*, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), 691, insb. 699.

²¹ So untersuchen *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670 beispielsweise auch solche Szenarien: „Talk directly to the people who your opponent reports to, or is accountable to, and try to encourage them to defect to your side.“/„Gain information about an opponent’s negotiating position by paying friends, associates, and contacts to get this information for you.“

²² Da die Siegener Studie in verschiedenen Ländern durchgeführt wurde, können auch insofern weitere Erkenntnisse gewonnen werden (z. B. zur Situation in Spanien, Russland oder China).

²³ Siehe *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 668 (MBA Studierende); *Lewicki/Stark*, *Social Justice Research* 9 (1996), 69, 79 f. (MBA Studierende); *Fulmer/Barry/Long*, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), 691, 696 („upper-level undergraduate students“) und 700 („graduate management students“).

²⁴ *Anton*, *The International Journal of Conflict Management* 1 (1990), 265, 269 (u. a. befragt wurden Alumni eines Executive MBA, die meisten mit langjähriger Berufserfahrung). Der Autor befragte im Rahmen seiner Studie auch 33 Geistliche.

len. Die genannten Untersuchungen fokussieren sich zudem nicht darauf, kulturelle Unterschiede festzustellen. Die Siegener Studie kann in diesem Zusammenhang ebenfalls zur Fortentwicklung des bestehenden Forschungsstands beitragen. Dieser Aspekt steht in dieser Arbeit allerdings nicht im Vordergrund, da es konkret um die Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB geht. Ausblicksartig werden aber auch zentrale Ergebnisse aus anderen Ländern genannt.²⁵

Hinzuweisen ist darauf, dass es in der Siegener Studie um die Bewertung von Taktiken als moralisch bzw. unmoralisch geht und nicht darum, wie Personen, die diese Taktiken anwenden, einzuschätzen sind. Dazu soll hier keine Aussage getroffen werden. Diese Bewertung wird anderen überlassen. *Korobkin* formuliert insofern beispielsweise:

„Those who act unethically are usually not psychopaths or monsters; often, at least, they are regular people with an evolved disposition to pursue their self-interest while maintaining a self-perception of being pro-social. They are us.“²⁶

II. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Moralverständnis in Deutschland

In Rahmen der Siegener Studie wurden in Deutschland insgesamt 1.884 Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende, zu ihren Moralvorstellungen befragt.²⁷ Im Folgenden wird insofern zunächst auf die Ergebnisse der Originalumfrage eingegangen, da diese mit allen vier Gruppen durchgeführt wurde. Insgesamt 1.076 Personen haben die Originalumfrage in Deutschland beantwortet, bei der neun Szenarien mit verschiedenen Täuschungsgegenständen abgefragt wurden. Im Anschluss daran werden dann die Ergebnisse der zweiten Version der Umfrage erörtert, an der in Deutschland 410 Personen teilnahmen. Die zweite Version enthält weitere Szenarien bzw. repliziert bestimmte Szenarien und wurde mit Studierenden und Richtern durchgeführt, weshalb ein Vergleich mit professionellen Verhandlern²⁸ und Anwälten entfällt.²⁹

²⁵ Eine nähere Auswertung dieses Aspekts wird zukünftig folgen.

²⁶ *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1221.

²⁷ Siehe zur Siegener Studie näher unter 1. Teil, C.

²⁸ Explorativ wurde der zweiten Version der Gruppe mit einer kleinen, internationalen Gruppe von professionellen Verhandlern durchgeführt.

²⁹ Auf die dritte Version der Umfrage wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Bei der dritten Version wurden die Fragen der Originalversion verwendet (sowie ein zusätzliches Szenario aus der zweiten Version). Der Unterschied zur Originalumfrage besteht darin, dass bei dieser Befragung nicht nur die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl, sondern auch das Judiz erfragt wurden.

1. Originalumfrage

Mit Blick auf die Originalumfrage ist vor allem die Erkenntnis interessant, dass die Teilnehmer verschiedene Fälle von Täuschungen in Vertragsverhandlungen sogar mehrheitlich nicht einmal als unmoralisch ansehen.³⁰ So bewerten beispielsweise alle vier befragten Gruppen Täuschungen über den *reservation price*,³¹ über persönliche Präferenzen (Fußballclub), über Zeitdruck³² und über ein besseres Angebot, welches dem Käufer vorliegt, mehrheitlich als moralisch akzeptabel.³³

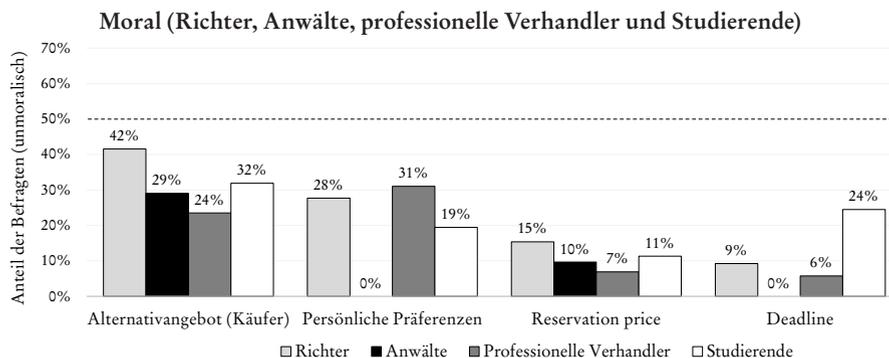


Abb. 33: Moralisch akzeptierte Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

Bei der Lüge des Käufers über ein besseres Angebot ist allerdings einschränkend zu erwähnen, dass es sich in der Originalversion der Siegener Studie insofern um eine relativ „schwache“ Form der Täuschung handelt: Im konkreten Szenario behauptet der Käufer gegenüber dem Händler, ein anderes Angebot über eine „gleichwertige“

³⁰ Siehe z. B. *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670.

³¹ Dies stimmt mit den bisherigen Kenntnissen über die ethische Bewertung überein. Vgl. *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670; siehe auch *Lewicki/Stark*, *Social Justice Research* 9 (1996), 69, 82. *Korobkin*, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1227 hält Lügen über den *reservation price* und Lügen über das BATNA für konzeptionell ähnlich. Die Siegener Studie zeigt jedoch, dass sie moralisch differenziert betrachtet werden.

³² Auch wenn die Taktik in allen Gruppen mehrheitlich als eindeutig moralisch angesehen wird, ist der Unterschied der Anteile zwischen den Studierenden und den Berufstätigen (zusammengefasst) in diesem Fall dennoch signifikant. Siehe dazu Abb. 58 in Anhang IV. und Abb. 64 in Anhang IV. (die Hypothese wurde auf einem Signifikanzniveau von 5 % getestet). *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670 untersuchten umgekehrt die Situation, in der ein Verhandler vortäuscht, sehr viel Zeit zu haben. Diese Taktik wurde dort ebenfalls als moralisch akzeptabel bewertet.

³³ Damit ist nicht ausgesagt, dass die Unterschiede zwischen den einzelnen Gruppen nicht dennoch signifikant sind. Siehe Abb. 63 und Abb. 64 in Anhang IV. (die Hypothese wurde auf einem Signifikanzniveau von 5 % getestet). Siehe dazu *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 15 ff. (unveröffentlichte Fassung).

Maschine zum Preis von 1,2 Mio. EUR vorliegen zu haben. In Wahrheit hat der Käufer zwar tatsächlich ein anderes Angebot über 1,2 Mio. EUR eingeholt. Allerdings ist die andere Maschine schlechter ausgestattet und erst später lieferbar und somit nicht gleichwertig. Daher wurde in der zweiten Version der Umfrage die Stabilität dieses Ergebnisses mit Hilfe eines „stärkeren“ Bluffs überprüft (dazu sogleich im Folgenden unter 4. Teil, B.II.2).

Einigkeit – in Form einer Mehrheit³⁴ – besteht bei den vier Gruppen zudem darüber, dass Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer und Bluffs über die Rechtslage (Zulässigkeit) als unmoralisch einzustufen sind.³⁵

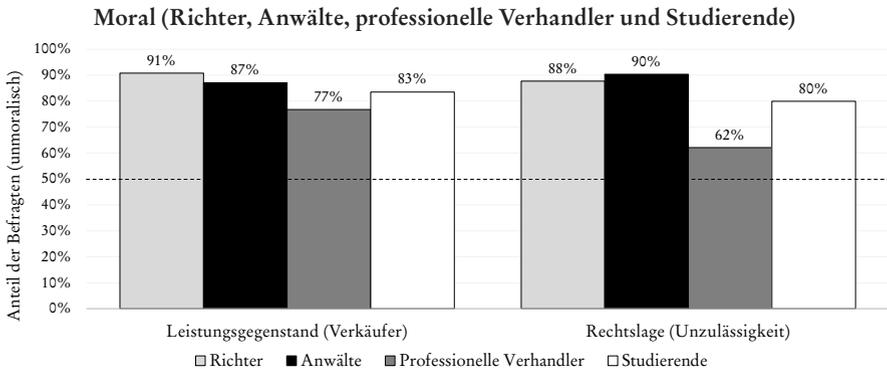


Abb. 34: Moralisch nicht akzeptierte Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

Bei allen anderen Aspekten bestehen bezüglich der moralischen Bewertung teils erhebliche Unterschiede zwischen den Gruppen.³⁶ Die Studierenden bewerten die verbleibenden Täuschungstaktiken beispielsweise mehrheitlich als unmoralisch, während umgekehrt Anwälte und Verhandler diese Szenarien mehrheitlich als moralisch ansehen. Richter gehen in Übereinstimmung mit professionellen Verhandlern und Anwälten zumindest bei Täuschungen über unternehmensinterne Vorgaben/Prozesse mehrheitlich davon aus, dass diese moralisch akzeptabel sind.³⁷ Hin-

³⁴ An dieser Stelle wird nichts darüber ausgesagt, ob die Unterschiede zwischen den Gruppen signifikant sind oder nicht.

³⁵ In der Literatur werden Lügen über den Leistungsgegenstand ebenfalls als eindeutig unethisch eingestuft. Siehe z.B. *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1222.

³⁶ Siehe dazu Abb. 59 in Anhang IV. Dies war zu erwarten, da sich z.B. wohl die Verhandlungserfahrung auf die Bewertung auswirkt. In diese Richtung weist die Studie von *Mell et al.*, Journal of Artificial Intelligence Research 68 (2020), 633, 633 ff., wo es allerdings um die Befürwortung („endorsement“) bestimmter ethisch fragwürdiger Taktiken ging und nicht konkret um Moralvorstellungen.

³⁷ Der Unterschied der Anteile zwischen den Studierenden und den Berufstätigen (zusammengefasst) ist in diesem Fall auch signifikant. Siehe dazu Abb. 60 und Abb. 64 in Anhang IV.

gegen befinden Richter in Übereinstimmung mit den Studierenden mehrheitlich Täuschungen über ein anderes Angebot, welches dem Verkäufer vorliegt, und Täuschungen über die Verfügbarkeit (Verkäufer) für moralisch inakzeptabel.³⁸ Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Ergebnisse der verschiedenen Gruppen.

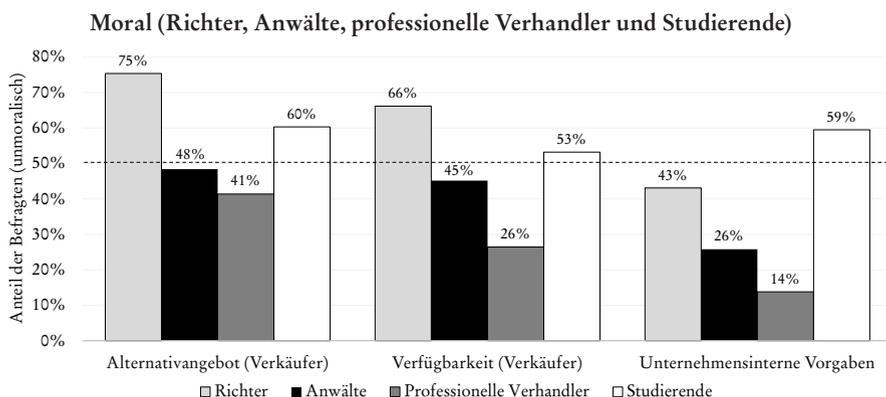


Abb. 35: Moralisch umstrittene Lügen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

2. Zweite Version der Umfrage

Die zweite Version der Umfrage zeigt, dass die moralische Einschätzung bezüglich eines falschen Alternativangebots für den Käufer in Bezug auf die Studierenden stabil zu sein scheint. Denn in der zweiten Version der Siegener Studie wird insofern eine eindeutige Täuschung beschrieben. Der Käufer erwähnt in diesem Szenario ein anderes Angebot, obwohl er überhaupt kein Konkurrenzangebot eingeholt hat. Auch in Bezug auf dieses Szenario bewerten lediglich 30 % der Studierenden diese Lüge als unmoralisch.³⁹ Anders sieht die Situation hingegen bei den Richtern aus. So bewerten 62 % der Richter einen solchen Bluff als unmoralisch. Das Ergebnis der befragten Richter zeigt somit, dass Moralvorstellungen wohl nicht allein vom Gegenstand der Täuschung abhängen. Die folgende Graphik zeigt die moralische Bewertung der Studierenden und der Richter bzgl. der Lüge über das Konkurrenzangebot.

³⁸ Der Unterschied der Anteile zwischen den Studierenden und den Berufstätigen (zusammengefasst) mit Blick auf die Verfügbarkeit ist ebenfalls signifikant. Dies ist jedoch mit Blick auf das Alternativangebot nicht der Fall. Siehe dazu Abb. 64 in Anhang IV.

³⁹ Die moralische Beurteilung könnte auch davon abhängen, wie konkret getäuscht wird. Je spezifischer die Lüge ist, als desto unmoralischer könnte sie angesehen werden. Dies wurde in der Umfrage jedoch nicht konkret untersucht.

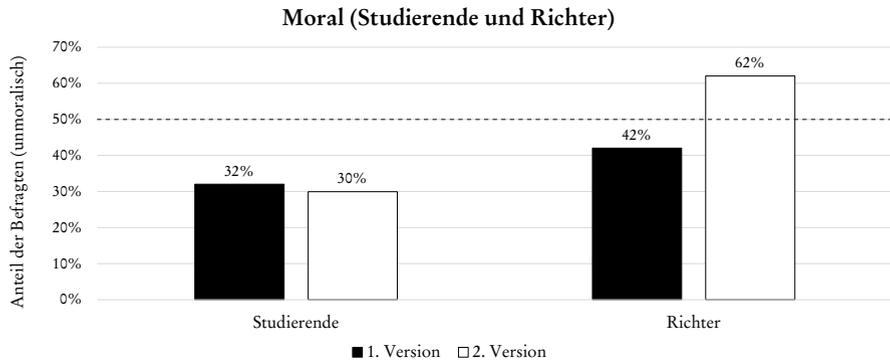


Abb. 36: Moralische Bewertung bzgl. einer Lüge über ein Konkurrenzangebot durch den Käufer mit Blick auf die zweite Version (Studierende und Richter)

Umgekehrt bewerten die Studierenden auch in der zweiten Version der Umfrage Bluffs über die Verfügbarkeit eines Produkts bei einem Händler (59 %) sowie Lügen des Verkäufers über die Leistungsdaten der Maschine (Leistungsgegenstand [Verkäufer]) (75 %) mehrheitlich als unmoralisch. Gleiches gilt für die Richter, die beide Täuschungen ebenfalls mehrheitlich als unmoralisch bewerteten (Verfügbarkeit [Verkäufer]: 84 %, Leistungsgegenstand [Verkäufer]: 80 %, siehe Abb. 38). Die Ergebnisse können insofern bzgl. der Mehrheit als stabil bezeichnet werden.⁴⁰ Lügen über Emotionen stufen zudem sowohl die Studierenden als auch die Richter mehrheitlich als moralisch vertretbar ein.

Durchaus überraschend ist hingegen, dass Studierende Bluffs über Einkaufspreise ebenfalls mehrheitlich als moralisch akzeptabel bewerten (59 %). Denn Richter halten eine solche Täuschung mehrheitlich für unmoralisch (82 % (Abb. 38) bzw. 59 %⁴¹). Dieses Szenario wurde daher zusätzlich noch im Rahmen der dritten Version der Umfrage bei den Anwälten abgefragt, die insofern geteilter Meinung sind (51 % unmoralisch, siehe Abb. 29). Die moralische Bewertung von Einkaufspreisen schwankt daher je nach befragter Gruppe.

Täuscht ein Käufer den Verkäufer über den Verhandlungsgegenstand, so bewerten dies immerhin noch 53 % der Studierenden als moralisch akzeptabel. Richter hingegen sehen auch solche Bluffs mit großer Mehrheit als unmoralisch an (93 %). Unter den Studierenden beurteilt eine knappe Mehrheit wiederum eine fälschliche Bezeichnung als Freundschaftspreis in einer ständigen Geschäftsbeziehung als unmoralisch (52 %). Unter den Richtern sprechen sich sogar 78 % dafür aus, dass ein solches Verhalten als unmoralisch zu bewerten ist.

⁴⁰ Im Übrigen zeigen sich allerdings Unterschiede bei der Bewertung in Bezug auf die Originalversion und die zweite Version, auf die an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen wird.

⁴¹ Dieser Wert wurde im Rahmen der dritten Version der Umfrage erzielt.

Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Ergebnisse der Studierenden bezüglich aller abgefragten Täuschungen.

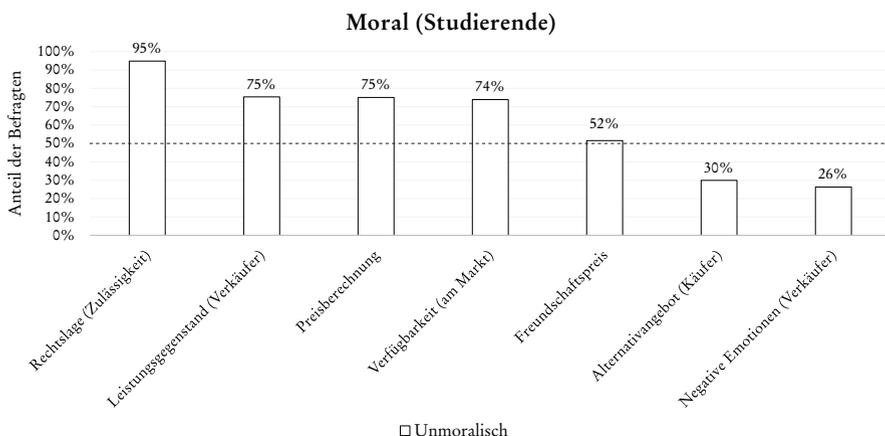


Abb. 37: Überblick zum Moralverständnis der Studierenden mit Blick auf die zweite Version

Die folgende Graphik fasst die Ergebnisse der Richter bzgl. ihrer Moralvorstellungen mit Blick auf die zweite Version der Umfrage zusammen.

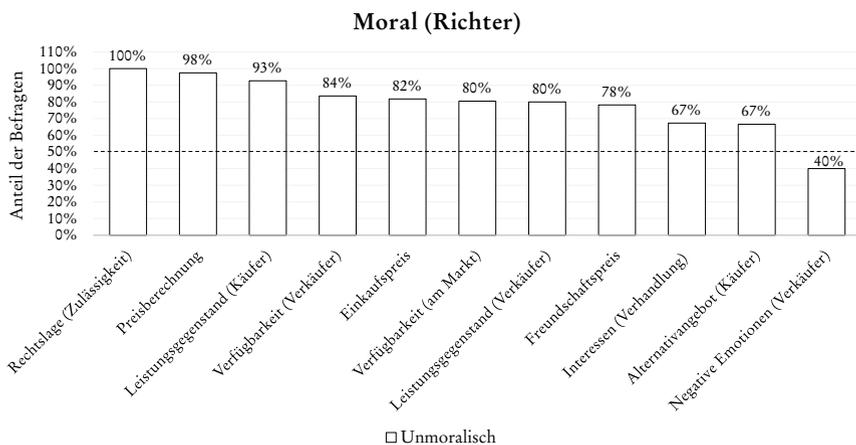


Abb. 38: Überblick zum Moralverständnis der Richter mit Blick auf die zweite Version

3. Fazit zur moralischen Bewertung von Täuschungstaktiken in Deutschland

Die Ergebnisse der Siegener Studie verdeutlichen, dass die moralische Bewertung verschiedener Täuschungstaktiken im unternehmerischen Geschäftsverkehr sehr nuanciert erfolgt.⁴² So wird beispielsweise eine Lüge über den Einkaufspreis von den Studierenden als moralisch eingestuft, während ein Bluff darüber, dass es sich um einen „Freundschaftspreis“ handelt, als unmoralisch bewertet wird. Letzteres wird sicherlich auch daran liegen, dass in dem Szenario, in dem es um den Freundschaftspreis ging, ausdrücklich erwähnt wurde, dass die beteiligten Parteien in einer ständigen Geschäftsbeziehung stehen.⁴³ Insgesamt scheint die Beziehung zum Vertragspartner eine gewisse Rolle zu spielen, denn eine nicht zu unterschätzende Minderheit der Studierenden, professionellen Verhandler und Richter stuft auch die Täuschung über den Lieblingsfußballverein als unmoralisch ein (siehe Abb. 33 im 4. Teil, B.II.1.).⁴⁴ Zudem unterstreicht die Siegener Studie, dass allein mit Blick auf die prozentualen Ergebnisse z. T. nicht unerhebliche Unterschiede bei der moralischen Bewertung zwischen den einzelnen Gruppen zu verzeichnen sind.⁴⁵ Die Ergebnisse zeigen jedoch zugleich, dass sich bezüglich einiger Täuschungstaktiken in allen Gruppen eine klare Mehrheit findet, die sie entweder als moralisch oder unmoralisch einstuft.

III. Moralvorstellungen weltweit

Die Originalversion der Umfrage wurde in insgesamt 13 Ländern durchgeführt.⁴⁶ Eine entsprechende Auswertung⁴⁷ soll jedoch an dieser Stelle – wie angekündigt – unterbleiben, da es in diesem Werk um die Beurteilung von Täuschungstaktiken in Deutschland geht. Ein kleiner Überblick über die Ergebnisse aus anderen Ländern soll aber aufzeigen, inwiefern international Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede bestehen.

Vereinfacht ausgedrückt zeigt die Siegener Studie, dass die Moralvorstellungen von Land zu Land z. T. erheblich voneinander abweichen. Die untenstehende Graphik zeigt dies beispielhaft für vier ausgewählte Lügen (Bluffs über die Rechtslage

⁴² Vgl. zur nuancierten moralischen Bewertung u. a. auch *Coyle*, Oxford Journal of Legal Studies 26 (2006), 257, 283 („Rather, our moral views are normally tightly bound up with the precise facts of each situation in which a judgment of that kind is required.“).

⁴³ Auszug aus dem Szenario: „Verkäufer V und Käufer K haben schon öfter einmal Geschäfte miteinander abgeschlossen.“.

⁴⁴ Nur in der Gruppe der Anwälte sah dieses Verhalten niemand als unmoralisch an. Es bliebe zu untersuchen, ob Anwälte die persönliche Beziehung generell weniger bei ihrer moralischen Bewertung berücksichtigen als andere Gruppen.

⁴⁵ Dazu demnächst *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 14 ff. (unveröffentlichte Fassung).

⁴⁶ Die zweite und dritte Version der Umfrage wurden allein in Deutschland durchgeführt.

⁴⁷ Dazu demnächst *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 14 ff. (unveröffentlichte Fassung).

[Unzulässigkeit], über die Verfügbarkeit des Produkts, über ein Alternativangebot, welches dem Verkäufer vorliegt und über eine Deadline) mit Blick auf fünf ausgewählte Länder. Befragt wurden insofern in allen Ländern jeweils Studierende.

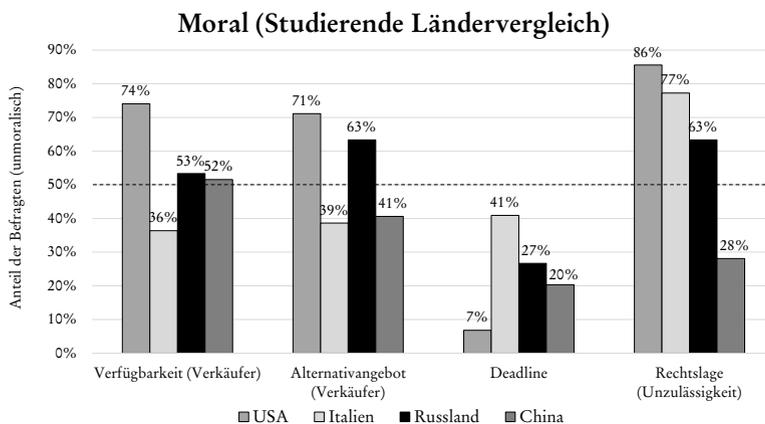


Abb. 39: Überblick zum Moralverständnis weltweit mit Blick auf die Originalversion

IV. Résumé zur moralischen Bewertung von Täuschungstaktiken

Für die vorliegende Fragestellung ist besonders relevant, dass das durch die Siegener Studie empirisch ermittelte Moralverständnis zeigt, dass verschiedene Lügen in Vertragsverhandlungen mehrheitlich als moralisch akzeptabel angesehen werden.⁴⁸ Dies weicht fundamental von den Überlegungen der klassischen Moralphilosophen ab. Die Moralvorstellungen der in der Siegener Studie Befragten geben somit einen ersten Hinweis darauf, dass es „listige“ Täuschungen geben sollte. Dies ist ein sicher bemerkenswertes Ergebnis, da Moralvorstellungen wohl generell eher idealistisch formuliert werden. Es entspricht den allgemeinen Vorstellungen, dass moralische Ansprüche in aller Regel strenger als das Recht sind.⁴⁹ Selbst für die Verfechter der These, dass Moral und Recht Hand in Hand gehen sollten,⁵⁰ weisen

⁴⁸ Dees/Cramton, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 139 gehen pauschal davon aus, dass selten moralische Verwerflichkeit angenommen wird („the use of these aggressive, deceptive bargaining tactics rarely arouses moral indignation“).

⁴⁹ S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 396. Siehe zum Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl ausführlich 4. Teil, F.I. Die Siegener Studie fokussiert sich auf das persönliche Moralverständnis. Moralphilosophen tendieren häufig zu strengeren Moralvorstellungen als die Allgemeinheit. Siehe dazu Nachweise in Fn. 5 im 3. Teil.

⁵⁰ Vgl. dazu Fuller, *The Morality of Law*, 1969, S. 7 ff., 130 ff.; Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts*, 1947, S. 54 ff., 129 ff.; Welzel in: FS Niedermeyer, 1953, S. 279, 293 („ihre Nichtbeachtung macht die gesetzliche Regelung zwar sachwidrig, widerspruchsvoll, lückenhaft, aber nicht ungültig“). Die Einheitsthese diskutierend Dias, *Rechtspositivismus und Rechtslehre*, 2005, S. 13, 19, 106 ff. Sieh gegen die Einheitsthese im Kontext von Gewohnheitsrecht aussprechend

die Ergebnisse somit darauf hin, dass bestimmte Täuschungen zulässig sein sollten,⁵¹ sofern man auf das Moralverständnis und nicht die Moralphilosophie abstellt. In Deutschland gibt es insofern in allen vier befragten Gruppen einen Konsens darüber, dass Lügen über den *reservation price*, über persönliche Präferenzen (Fußballclub) und über Zeitdruck moralisch akzeptabel sind. Gleiches gilt wohl auch für Täuschungen über Emotionen, obwohl i. R. d. der zweiten Version diesbezüglich nur Studierende und Richter befragt wurden. Zumindest bei den genannten Täuschungstaktiken könnte daher überlegt werden, sie als rechtlich zulässig anzusehen. In Bezug auf Bluffs über ein besseres Angebot, welches dem Käufer angeblich vorliegt, scheint es hingegen auf die konkrete Situation anzukommen, weshalb an dieser Stelle insofern noch keine Schlussfolgerung gezogen werden soll.

Gleichzeitig zeigt die Siegener Studie die Limitationen des empirisch ermittelten Moralverständnisses auf. Denn da das Moralverständnis sehr stark von Gruppe zu Gruppe und Land zu Land schwankt⁵² und außerdem sehr nuanciert ausfällt,⁵³ können die Ergebnisse nur begrenzt Hinweise darauf geben, wo die Grenze zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen konkret verlaufen sollte,⁵⁴ vorausgesetzt die Moralvorstellungen sollten überhaupt entscheidend sein (dazu näher unter 4. Teil, F.IV.). Das liegt bereits daran, dass eine Rechtsordnung im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht so genau differenzieren kann, wie Personen es bzgl. ihrer Moralvorstellungen tun. Die Moralvorstellungen könnten somit im Rahmen der wertungsmäßigen Betrachtung wohl nur bezüglich „eindeutiger“ Fälle herangezogen werden.

Neben den Hinweisen auf die Zulässigkeit bestimmter Täuschungen ist vor allem von Bedeutung, dass die moralische Beurteilung eines Sachverhalts (zumindest auch) je nach Täuschungsgegenstand variiert.⁵⁵ Dies haben bereits vorangegangene

Frühauß, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 198 („Darüber hinaus gilt die unbestrittene Formel, dass Moral nicht gleich Recht ist. Nicht jede ethische Forderung eignet sich per se als solche des Rechts.“); vermittelnd *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 78ff.; ebenfalls vermittelnd sowie eine Vermengung von Moral und Recht bei den Rechtspositivisten konstatierend *Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 108ff. Zum Verhältnis von Moral und Recht zudem auch *Dreier*, Recht – Moral – Ideologie, 2. Aufl. 1981, S. 180ff.; für den US-amerikanischen Bereich einen Überblick gebend (in Bezug auf *commonsense morality*) *Sommers*, Yale Law Journal 129 (2020), 2232, 2299ff.

⁵¹ Es gibt wohl nur wenige Fälle, in denen ein Verhalten gesetzeswidrig ist und diese Regel auch befürwortet wird, aber das Verhalten dennoch moralisch akzeptiert ist.

⁵² Bei den Unterschieden zwischen den Gruppen und Ländern ist zudem besonders problematisch, dass auch Mehrheiten kippen.

⁵³ Vgl. allgemein zur Grenze zwischen ethischen und unethischen Praktiken in Verhandlungen auch *Murnighan*, The Dynamics of Bargaining Games, 1991, S. 180 („Subtle changes in a situation can shift behavior from ethical to unethical and back again.“).

⁵⁴ *Herresthal* in: Möslin (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145, 189 spricht sich für die Berücksichtigung rechtsethischer Wertungen und Prinzipien, „die der Rechtsordnung immanent sind“ mit Blick auf § 123 Abs. 1 BGB aus.

⁵⁵ Siehe dazu *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 27ff. (unveröffentlichte Fassung).

Untersuchungen angedeutet (dazu bereits unter 4. Teil, B.I.) und die Siegener Studie bestätigt dies für einen erheblichen Teil der ermittelten Täuschungsgegenstände.⁵⁶ Darauf wurde bereits unter 4. Teil, B.II. näher eingegangen. Dies kann im Ergebnis als Anzeichen dafür gewertet werden, dass es mit Blick auf die Rechtslage ebenfalls sinnvoll sein könnte, stärker nach dem Täuschungsgegenstand zu unterscheiden.

C. Das Rechtsgefühl bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen

Nach der Erörterung der Moralvorstellungen wird im folgenden Abschnitt⁵⁷ das empirisch ermittelte Rechtsgefühl bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen untersucht. Da es in dieser Arbeit darum geht, die wertungsmäßig wünschenswerte Rechtslage in Bezug auf Lügen in Vertragsverhandlungen zu ermitteln, erscheint es naheliegend, relevante Rechtskreise danach zu befragen, wie ihrer Meinung nach das Recht ausgestaltet sein sollte (Rechtsgefühl). Unter 4. Teil, D.III. werden zudem die Ergebnisse der Siegener Studie zum *Judiz* diskutiert. Das heißt es wird ausgeführt, was die Befragten glauben, wie die Rechtslage derzeit ausgestaltet ist. Sollten die Befragten einen gewissen „Täuschungsspielraum“ befürworten (Rechtsgefühl) und gegebenenfalls sogar davon ausgehen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *de lege lata* einen solchen bereits gewährt (*Judiz*), so erschiene die Abkehr vom umfassenden Schutz des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB weniger einschneidend, als es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Da die Bezeichnung „Rechtsgefühl“ allerdings nicht klar umrissen ist, soll im Folgenden in einem ersten Schritt der Begriff erläutert werden (siehe unter 4. Teil, C.II.). Damit diskutiert werden kann, inwiefern die Siegener Studie zur bestehenden Literatur zum Rechtsgefühl beiträgt, soll zudem zunächst kurz die Entwicklung der Debatte um das Rechtsgefühl nachgezeichnet werden (siehe unter 4. Teil, C.I.). Im Anschluss wird das mit Hilfe der Siegener Studie empirisch ermittelte Rechtsgefühl verschiedener Personengruppen mit Blick auf Lügen in Vertragsverhandlungen erörtert (siehe unter 4. Teil, C.IV.). Ob und, wenn ja, inwiefern dem empirisch ermittelten Rechtsgefühl für das unternehmerische Vertragsrecht konkret Bedeutung zukommt bzw. zukommen kann, wird unter 4. Teil, F.VI. diskutiert. In jedem Fall wirkt sich insofern die Tatsache, dass die Siegener Studie verdeutlicht, dass eine empirische Ermittlung des Rechtsgefühls möglich ist, auf die Diskussion aus. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die empirische Untersuchung des Rechtsgefühls mit Blick auf das Zivilrecht ein *Novum* darstellt.⁵⁸

⁵⁶ Siehe dazu *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 28 ff. (unveröffentlichte Fassung).

⁵⁷ Der folgende Abschnitt (C.) beruht teilweise auf *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 381 ff. Passagen aus dem Beitrag werden insofern auch (nahezu) wörtlich übernommen. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

⁵⁸ *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 185, 187 ging 1985 noch davon aus, dass „kaum systematische empirische Untersuchungen“ vorliegen.

I. Entwicklung der Debatte um das Rechtsgefühl

Der Begriff „Rechtsgefühl“ hat im deutschsprachigen Raum eine gut 200-jährige Tradition.⁵⁹ Das Grimm'sche Wörterbuch verweist für die Verwendung des Worts „Rechtsgefühl“ u. a. auf *von Kleist*⁶⁰ und damit auf die Einführung des Begriffs um 1800. Kurz zuvor (1796) bezog sich *Feuerbach* bereits auf das Rechtsgefühl, verwendete aber noch nicht die exakte Bezeichnung.⁶¹ Später griff dann u. a. *Savigny* das „Rechtsgefühl“ auf.⁶² Die Begriffsprägung um 1800 bedeutet jedoch nicht, dass das Rechtsgefühl in seinen unterschiedlichen Formen sowie angrenzende Fragestellungen nicht schon zuvor diskutiert wurden. So beleuchtete beispielsweise *Aristoteles* die Beziehung von Recht und Gerechtigkeit.⁶³ Im römischen Recht griff dann insbesondere *Cicero* die griechische Philosophie auf.⁶⁴ Der Fokus der Diskussion lag damals auf dem Spannungsverhältnis zwischen positivem und natürlichem Recht.⁶⁵ Mit Blick auf die Wandelbarkeit des Rechts, erkannte allerdings seinerseits schon das römische Recht das sich ändernde übereinstimmende Rechtsgefühl (bezeichnet als „stillschweigender Konsens des Volkes“) als Grundlage des veränderten Rechts an und wies dem Rechtsgefühl damit eine starke Gerechtigkeitsaussage zu.⁶⁶ Rechtswissenschaftlich wurde die Diskussion um das Rechtsgefühl dann in der Aufklärung (durch *Kant*, *Rousseau*, *Feuerbach*) durch

⁵⁹ So bereits (wörtlich) *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 381. Siehe dazu *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 3f.

⁶⁰ *J. Grimm/W. Grimm*, Deutsches Wörterbuch, 1893, Stichwort: Rechtsgefühl. Der Verweis bezieht sich auf *Kleists* Novelle „Michael Kohlhaas“ von 1810/11 („Das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder“).

⁶¹ *Feuerbach* verwendete bereits die Formulierung: „Recht als Gegenstand unseres rechtlichen Gefühls“ siehe so in: *Feuerbach*, Kritik des natürlichen Rechts, 1796, S. 83.

⁶² Verwendung des Begriffs: *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 389, 391 und 431.

⁶³ So führt *Aristoteles* z. B. aus: „Die Gerechtigkeit aber stammt erst vom Staat her, denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft; das Recht ist aber die Entscheidung darüber, was gerecht ist.“ *Aristoteles*, Politik I, S. 1253a (zitiert nach *Höffe*, *Aristoteles*, 2009, S. 417). Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit wird in dieser Arbeit nicht diskutiert. Z. B. einen Überblick zur Thematik gebend *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 216 ff.

⁶⁴ So führt *Cicero* beispielsweise zu Recht und Moral aus: „omnem enim legem, quae quidem recte lex appellari possit, esse laudabilem“, *De legibus* II, 5, 11. Deutsche Übersetzung: „Diejenigen Gesetze aber, die den Völkern auf unterschiedliche Weise und zu bestimmten Gelegenheiten gegeben wurden, tragen die Bezeichnung ‚Gesetze‘ mehr aufgrund der Anerkennung, die sie genießen, als aufgrund ihrer Bedeutung.“ (*Nickel*, *De legibus / Über die Gesetze*, Lateinisch – Deutsch, 2011).

⁶⁵ *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 4f.; *Kornfeld*, ZRph 1919, 28, 31 ff.

⁶⁶ *Justinian* I. 1, 2, 11: „Die natürlichen Rechtsgrundsätze, die von allen Völkern beachtet werden und gewissermaßen durch göttliche Vorsehung begründet sind, bleiben immer gültig und unabänderlich; diejenigen aber, die sich eine Bürgerschaft selbst gibt, pflegen oft geändert zu werden, sei es durch stillschweigenden Konsens des Volkes, sei es durch ein späteres Gesetz.“ (zitiert nach *Honsell*, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 2023, S. 20) (Latein: „Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia pstea lege lata“).

das Naturrecht in Form des Vernunftrechts wiederbelebt.⁶⁷ Insbesondere um 1880 und nochmals ab etwa 1910 wurden die verschiedenen Fragestellungen dann auch intensiv unter dem Begriff „Rechtsgefühl“ diskutiert.⁶⁸ Kurz nach 1945⁶⁹ und um 1985⁷⁰ lebte die Debatte um das Rechtsgefühl in Deutschland dann jeweils erneut auf.⁷¹ Insofern lässt sich Deutschland als Mutterland der neuzeitlichen Rechtsgefühlsdiskussion bezeichnen. Danach war das Rechtsgefühl hingegen – zu Unrecht – relativ selten Gegenstand des dogmatischen, rechtswissenschaftlichen Diskurses, wobei sich mittlerweile wieder etwas häufiger Beiträge zur Thematik finden lassen.⁷² Methodisch lässt sich festhalten, dass das Rechtsgefühl bislang – insbesondere im Vertragsrecht – kaum empirisch untersucht wurde (dazu auch unter 4. Teil, C.III.).⁷³

⁶⁷ *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht, 1977, S. 106 hält „eine enge Verbindung zwischen Naturrecht und Rechtsgefühl“ für notwendig. *Schützeichel* in: Landwehr/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, 2016, S. 65, 70 sieht bei *Feuerbach* den Ausgangspunkt für die rechtsphilosophische Diskussion.

⁶⁸ Zur Entwicklung der Diskussion siehe auch *Schnädelbach*, *InterDisciplines* 2 (2015), 47, 47 ff. (mit Blick auf die Behandlung der Emotion im Recht). *Sprenger* in: FS Lampe, 2003, S. 317, 319 datiert den Beginn der neueren Diskussion auf das letzte Drittel des 19. Jahrhunderts; *Marschelke* in: Bens/Zenker (Hrsg.), *Gerechtigkeitsgefühle*, 2017, S. 37, 38 datiert den Beginn der neueren Diskussion auf die 1870er Jahre. Literaturlauswahl zwischen 1872 und 1900: *G. v. Rümelin* in: *Reden und Aufsätze*, 1875, S. 62, 62 ff.; *v. Jhering*, *JBl* 1 (1872), 29, 29 ff.; Literaturlauswahl zwischen 1908 und 1938: *Del Vecchio*, *Del sentimento giuridico*, 1908; *Krabbe*, *Het Rechtsgezag*, 1917; *Boasson*, *Het Rechtsbewustzijn*, 1919; *Warschauer*, *Das Rechtsgefühl des Volkes*, 1912; *Kübl*, *Das Rechtsgefühl*, 1913; *M. v. Rümelin*, *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*, 1925; *Dehnow*, *ArchSph* 20 (1914), 90, 90 ff.; *Kornfeld*, *ZRph* 1919, 28, 28 ff.; *de Miranda*, *ArchRWPhil* 16 (1922), 157, 157 ff.; *Hoche*, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik*, 1932.

⁶⁹ *Riezler*, *Das Rechtsgefühl*, 1946, passim; *G. v. Rümelin*, *Rechtsgefühl und Gerechtigkeit*, 1948. Etwas später *Hubmann*, *AcP* 153 (1954), 297, 297 ff. (der Beitrag wurde später noch einmal in *Hubmann*, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, S. 103 ff. abgedruckt).

⁷⁰ Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, passim; *Obermayer*, *JZ* 1986, 1, 1 ff.; *Meier*, *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*, 1986; *Meyer-Hesemann*, *ARSP* 1987, 405, 405 ff.

⁷¹ *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 381.

⁷² Bereits 1987 sprach *Meyer-Hesemann* vom „Abschied vom sogenannten Rechtsgefühl“, siehe *Meyer-Hesemann*, *ARSP* 1987, 405, 405. *Marschelke* in: Bens/Zenker (Hrsg.), *Gerechtigkeitsgefühle*, 2017, S. 37, 40 sagt zur Entwicklung seit 1986: „Seitdem ist es still um das Rechtsgefühl geworden“. Ausnahmen stellen insofern die folgenden Beiträge dar: *F. Schmidt*, *Rechtsgefühl*, 2019; *Christoph*, *MschR* 103 (2020), 58, 58 ff.; *Oestreich*, *Im Dschungel der Paragraphen*, 1984, S. 12 ff.; *Sprenger* in: FS Lampe, 2003, S. 317, 317 ff.; *Barta* in: Lang/Barta/Rollinger (Hrsg.), *Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike*, 2010, S. 1, 1 ff.; siehe auch einzelne Beiträge in *Landwehr/Koppelberg* (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016; *Schützeichel* in: Landwehr/Koppelberg (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, S. 65, 66 konstatiert hingegen eine Renaissance des Rechtsgefühls. Insgesamt wurde der Aspekt generell auch in der Rechtssoziologie diskutiert. Ein Abschnitt zum Themenkomplex (diskutiert unter dem Begriff Akzeptanzforschung) findet sich auch in *Raiser*, *Beiträge zur Rechtssoziologie*, 2011, S. 55 ff. In der Literaturwissenschaft wurde das Thema in neuerer Zeit ebenfalls bearbeitet: *Döderlein*, *Die Diskrepanz zwischen Recht und Rechtsgefühl in der Literatur*, Bd. 877, 2017.

⁷³ *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 185, 187 ging 1985 noch davon aus, dass „kaum systematische empirische Untersuchungen“ vorliegen. Ähnlich auch *Darley*, *Current Directions in Psychological Science* 10 (2001), 10, 12 („The psychological

Das Rechtsgefühl wurde und wird jedoch nicht nur in der Literatur diskutiert, sondern auch von der Rechtsprechung aufgegriffen.⁷⁴ Ein Blick in die deutsche Rechtsprechung zeigt, dass die Gerichte teilweise sogar ausdrücklich Bezug auf das „Rechtsgefühl“ bzw. das „allgemeine Rechtsempfinden“ nehmen. Bereits das Reichsgericht verwendete in mehreren Urteilen explizit die Bezeichnung „Rechtsgefühl“ oder „(allgemeines) Rechtsempfinden“.⁷⁵ Und auch in der heutigen Rechtsprechung lassen sich beide Begriffe regelmäßig finden. Eine Abfrage bei beck-online führt zu dem Ergebnis, dass in der BeckRS 962 Urteile den Begriff „Rechtsgefühl“ enthalten. Bei juris werden 473 Entscheidungen angezeigt. Schränkt man die Suche auf „Bürgerliches Recht“ ein, sind es bei beck-online immerhin noch immer 168 Entscheidungen. Eine Einschränkung auf das Sachgebiet „Bürgerliches Recht“ führt bei juris zur Anzeige von 116 Urteilen. Zu ähnlichen Ergebnissen kommt man, wenn man dieselbe Vorgehensweise mit Blick auf den Begriff „Rechtsempfinden“ wählt. Die gesamte BeckRS verzeichnet über 1.000 Treffer und im Fall der Eingrenzung auf „Bürgerliches Recht“ 180. Bei juris werden 647 Urteile und bei Einschränkung auf das Sachgebiet „Bürgerliches Recht“ 110 Entscheidungen angezeigt.⁷⁶ Das bedeutet jedoch nicht, dass in diesen Urteilen das Rechtsgefühl auch tatsächlich berücksichtigt wurde. Vielmehr ist es möglich, dass das Gericht eine Bezugnahme auf das Rechtsgefühl gerade abgelehnt hat. Welche Ausprägung mit dem Begriff jeweils gemeint ist (zu den Möglichkeiten sogleich im Folgenden), wird in den Entscheidungen ebenfalls nicht unbedingt deutlich. Die Auswertung zeigt jedoch zumindest, dass das Rechtsgefühl in der Rechtsprechung einen Diskussionsgegenstand darstellt.⁷⁷ Insgesamt ist das Rechtsgefühl damit ein Aspekt, der Beachtung findet.

study of citizens' perceptions of what counts as wrongdoing and the appropriate punishments for wrongdoing is quite a recent activity“). Mittlerweile gibt es Ansätze im Umfeld des Rechtsgefühls, diese beziehen sich jedoch z.T. nicht auf die in diesem Beitrag untersuchten Dimensionen z. B. *Blankenburg* in: Hof et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 1994, S. 83, 83ff.; *Stöhr*, AcP 216 (2016), 558, 558ff. (der Autor untersuchte die Transparenz von arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalten). Andere Studien beziehen sich zwar auf das Rechtsgefühl, jedoch nicht auf das Vertragsrecht. Z. B. die Befragung Jugendlicher zum angemessenen Strafmaß bestimmter Delikte von *Dölling* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 240, 244ff. Auf Englisch gibt es ebenfalls Untersuchungen zum Rechtsgefühl (auch wenn dort nicht von Rechtsgefühl gesprochen wird). Siehe z. B. zum angemessenen Strafmaß *Darley/Sanderson/LaMantia*, *American Behavioral Scientist* 39 (1996), 405, 405ff.; siehe zu *fraud* auch *Sommers*, *Yale Law Journal* 129 (2020), 2232, 2232ff.; im vertragsrechtlichen Bereich gibt es bisher jedoch praktisch ebenfalls keine Studien. Eine Ausnahme stellt daher *Weintraub*, *Wisconsin Law Review* 1 (1992), 1, 1 ff. dar. *Keating*, *Michigan Law Review* 98 (2000), 2678, 2678ff. führte qualitative Interviews durch, in deren Rahmen die Personen auch nach ihrer Einschätzung zu möglichen Reformen befragt wurden.

⁷⁴ Die folgenden Ausführungen finden sich auch bei *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 381.

⁷⁵ Siehe beispielsweise: RG RGSt 32, 165; RG RGZ 78, 239; RG RGZ 79, 397; RGZ 45, 170; RGZ 85, 108; RGZ 108, 194.

⁷⁶ Die ausgeführten Abfragen stammen vom 14.12.2023.

⁷⁷ Das Thema bleibt zudem aktuell. Mit Blick auf das Rechtsempfinden sind von 115 Urteilen

II. Der Begriff „Rechtsgefühl“

Das Rechtsgefühl⁷⁸ ist auf den ersten Blick ein schillernder Begriff⁷⁹, unter den im Laufe der Diskussion in der Literatur die verschiedensten Aspekte gefasst wurden. Gerade diese Unbestimmtheit des Begriffs stellt einen der Hauptkritikpunkte am Rechtsgefühl dar.⁸⁰ Aus diesem Grund wird die Definition des Rechtsgefühls viel diskutiert. So unterscheidet *Riezler*⁸¹ beispielsweise drei Formen des Rechtsgefühls:

1. Gefühl für das, was Recht ist.
2. Gefühl für das, was Recht sein soll.
3. Gefühl dafür, dass nur das dem Recht Entsprechende geschehen soll (Gefühl der Achtung vor der bestehenden Rechtsordnung).

*F.-X. Kaufmann*⁸² nennt ebenfalls drei Hauptdimensionen des Rechtsgefühls:

1. Intuitive Einschätzung der Unrechtmäßigkeit (ähnlich dem Unrechtsbewusstsein);
2. Rechtssicherheitsgefühl;
3. Gerechtigkeitsglaube.

Eine Dreiteilung des Begriffs „Rechtsgefühl“ nimmt auch *Meier* vor, allerdings mit Blick auf die Verwendung des Wortes. Eine Definition strebt *Meier* hingegen nicht an:⁸³

1. Bezeichnung verschiedener realer Sachverhalte (Beispiel Judiz)
2. Element oder Postulat der Rechtstheorie
3. Griffiger Titel zur Diskussion bestimmter Probleme

im Bereich „Bürgerliches Recht“ in BeckRS 42 Urteile nicht älter als 10 Jahre. Beim Rechtsgefühl sind 32 der 107 Urteile im Bereich „Bürgerliches Recht“ in BeckRS nicht älter als 10 Jahre. Die ausgeführten Abfragen stammen vom 14.12.2023.

⁷⁸ Die folgenden Ausführungen finden sich z.T. auch bei *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 381 f.

⁷⁹ *Killias* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 257, 270 bezeichnet das Rechtsgefühl als mehrdeutigen Begriff. *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 534 spricht von einem „terminologischen Wirrwarr“. *Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986, S. 16 („vielschichtiger und uneinheitlicher Wortgebrauch“). *Schützeichel* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, 2016, S. 65, 72 („Und so steht der Ausdruck ‚Rechtsgefühl‘ für eine erhebliche Breite verschiedener Phänomene“).

⁸⁰ *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 385 (bezogen auf das Rechtsbewusstsein, welches er jedoch wohl als Synonym für das Rechtsgefühl verwendet): „Schon die rein sprachliche, semantische Vagheit der Worte müßte Zweifel daran wecken, ob jemand sich etwas Eindeutiges oder klar Umrissenes unter ihnen denkt.“ *Sprenger* in: FS Lampe, 2003, S. 317, 317; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 534 („terminologischen Wirrwarr“).

⁸¹ *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 10 ff.; *Kriele* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 23, 23 sieht nur die zweite Form als „Rechtsgefühl“ an und befürwortet für die anderen beiden Formen die Begriffe Rechtswissen und Rechtswillen.

⁸² *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 185, 185 ff. (insb. Fn. 4).

⁸³ *Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986, S. 28 f.

Landweer/Koppelberg zielen ebenfalls nicht auf eine Definition ab, stellen jedoch vier unterschiedliche Bedeutungen fest:⁸⁴

1. Rechtsgefühl als Begriff für einzelne Rechtsgefühle wie Schuldgefühl, Scham, Zorn, Empörung.
2. Rechtsgefühl als Oberbegriff für alle rechtlichen Gefühle (warnende Scham, Achtung vor dem Recht).
3. Rechtsgefühl als Fähigkeit zur „Dosierung, zum Abwägen und zum Ausbalancieren [...]“, wenn es um ‚richtig‘ oder ‚falsch‘ geht“.
4. Rechtsgefühl der Richter „Fälle elegant mit den Vorgaben des positiven Rechts zu vereinbaren“ (Judiz).

Allerdings wird mit Blick auf die ersten beiden Punkte der Begriff regelmäßig im Plural verwendet, in Bezug auf die letzten beiden Punkte hingegen im Singular.⁸⁵

Andere Autoren nehmen jedoch keine Differenzierung vor. So unterscheidet beispielsweise *Obermayer*⁸⁶ keine verschiedenen Ausprägungen, sondern begreift das Rechtsgefühl als „eine rechtliche Grundstimmung der Person, die bei der Konfrontation mit einer Rechtsfrage eine intuitive Entscheidung bewirkt“⁸⁷. *Hoche* differenziert ebenfalls nicht, sondern definiert das Rechtsgefühl folgendermaßen: Rechtsgefühl „ist eine mit nichts vergleichbare Gemütsregung, die durch Berührung mit Tatbeständen oder Vorstellungen rechtlicher Art ausgelöst wird“⁸⁸.

Gemeinsam ist den Definitionen lediglich, dass es um das Rechtsgefühl von Menschen geht.⁸⁹ Schon bei der Frage, worauf sich das Gefühl beziehen soll⁹⁰ und ob es wirklich um ein Gefühl geht⁹¹, herrscht keine Einigkeit mehr. Obwohl der Begriff Rechtsgefühl die Bezeichnung „Gefühl“ in sich trägt, soll daher in dieser Arbeit damit nicht ausgedrückt werden, dass es sich dabei tatsächlich um ein Gefühl handelt. Es wird an dieser Stelle vielmehr darauf verzichtet, näher zu erörtern, ob das Rechtsgefühl ein Gefühl, eine Emotion,⁹² ein Empfinden oder eine

⁸⁴ *Landweer/Koppelberg* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, S. 13, 25.

⁸⁵ Vgl. dazu auch *Schützeichel* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, S. 65, 69.

⁸⁶ *Obermayer*, JZ 1986, 1, 2.

⁸⁷ *Obermayer*, JZ 1986, 1, 2.

⁸⁸ *Hoche*, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik*, 1932, S. 8.

⁸⁹ *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 185, 186 gibt an, das Konsens darüber besteht, dass der „Ort“ des Rechtsgefühls das menschliche Individuum ist.

⁹⁰ Das Rechtsgefühl kann sich theoretisch auf sehr viele Aspekte beziehen, z. B. auf Einzelfallentscheidungen, auf eine Fallgruppe, auf einen ganzen Regelungskomplex, auf die Rechtsordnung, auf positives Recht, auf soziale Normen etc.

⁹¹ Zur Diskussion, ob es sich beim Rechtsgefühl um ein Gefühl bzw. eine Emotion oder ein Empfinden oder eine Intuition handelt, z. B. *Riezler*, *Das Rechtsgefühl*, 1946, S. 10ff. Zur Entwicklung der Diskussion um Recht und Emotion siehe *Schnädelbach*, *InterDisciplines 2* (2015), 47, 47ff. Generell zu Recht und Emotionen: *Landweer/Koppelberg* (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016. Dazu wie die Emotionsforschung zur Erforschung des Rechtsgefühls beitragen kann *Christoph*, *MschrKrim* 103 (2020), 58, 62f.

⁹² Dazu wie die Emotionsforschung zur Erforschung des Rechtsgefühls beitragen kann *Christoph*, *MschrKrim* 103 (2020), 58, 62f.

Intuition darstellt. In der Literatur wird vor allem die Verbindung von Intuition und rechtlichen Entscheidungen diskutiert, wobei die Debatte auf kognitions- und sozialpsychologischen Einsichten beruht.⁹³ Bezogen auf „Dual-Processing-Modelle“⁹⁴ werden insofern zwei Systeme unterschieden. System 1 beschreibt schnelle, automatische, unbewusste Kognitionsprozesse und ist von System 2 mit seinen langsamen, bewussten, deliberativen Denkprozessen abzugrenzen. Beide Systeme interagieren und es soll an dieser Stelle nicht erörtert werden, wie sich Intuition mit Blick auf Dual-Processing-Modelle einordnen lässt,⁹⁵ zumal insofern auch noch zwischen verschiedenen Formen von Intuition zu unterscheiden wäre.⁹⁶ Im Ergebnis wird in dieser Arbeit aber davon ausgegangen, dass insbesondere bei relativ spontanen Äußerungen (wie im Rahmen der Siegener Studie) das Rechtsgefühl wohl als summarische Entscheidung beschrieben werden kann, die zumindest auch relativ stark „intuitiv“ geprägt sein wird.⁹⁷

Es ist zudem nicht Ziel dieser Arbeit „die Natur und das Wesen des Rechtsgefühls“ zu ermitteln.⁹⁸ Daher wird keine Abgrenzung zu anderen Begriffen wie Rechtsempfinden und Rechtsbewusstsein vorgenommen.⁹⁹ Es erfolgt im Ergebnis vielmehr eine Fokussierung auf *Riezlers* zweite Kategorie:

⁹³ Siehe dazu z. B. A. Glöckner/I. D. Ebert in: Sinclair (Hrsg.), *Handbook of Intuition Research*, 2011, S. 157, 157 ff.; A. Glöckner/Towfigh, *DRiZ* 2015, 14, 14 ff. Eine Brücke zur Neurowissenschaft schlagend Goodenough/Prehn, *Biological Sciences* 359 (2004), 1709, 1709 ff.

⁹⁴ Siehe statt vieler Evans, *Annual Review of Psychology* 59 (2008), 255, 255 ff.; Stanovich/West, *Behavioral and Brain Sciences* 23 (2000), 645, 645 ff. Dual-Processing-Modelle werden allerdings auch kritisch hinterfragt. Kruglanski/Orehek, *Annual Review of Psychology* 58 (2007), 291, 297 ff. geben einen Überblick über Dual-Systems-Models und dazu bestehende Alternativen.

⁹⁵ Siehe dazu A. Glöckner/I. D. Ebert in: Sinclair (Hrsg.), *Handbook of Intuition Research*, 2011, S. 157, 158 f. und 161 ff. Siehe zu moralischer Intuition Gore/Sadler-Smith, *Review of General Psychology* 15 (2011), 304, 311 f.; siehe zur Intuition bei Entscheidungsprozessen allgemein Betsch/A. Glöckner, *Psychological Inquiry* 21 (2010), 279, 279 ff.

⁹⁶ Siehe dazu A. Glöckner/I. D. Ebert in: Sinclair (Hrsg.), *Handbook of Intuition Research*, 2011, S. 157, 161 ff.; siehe auch A. Glöckner/Witteman, *Thinking & Reasoning* 16 (2010), 1, 1 ff., die auch davon ausgehen, dass Intuition kein homogenes Konzept ist.

⁹⁷ In der Literatur wird oftmals mit Blick auf das Rechtsgefühl auf die Intuition Bezug genommen. Vgl. Meier, *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*, 1986, S. 42 („intuitiv“/„spontan“). Debnow, *ArchSph* 20 (1914), 90, 91; Obermayer *JZ* 1986, 1, 2: „Die Entscheidung erfolgt intuitiv, d. h. in unmittelbarer ganzheitlicher Sinneswahrnehmung unter einer ‚Zusammenschau‘ der rechtlich relevanten Gesichtspunkte.“. Einen Vorschlag zur Entstehung des Rechtsgefühls auf Grundlage der theoretischen Überlegungen von Riezler und dem Zweikomponentenmodell Ulichs unterbreitend Christoph, *MschrKrim* 103 (2020), 58, 62 ff. Auf S. 67 weist der Autor darauf hin, dass die ad hoc Bildung des Rechtsgefühls zu einer Manipulationsanfälligkeit führt.

⁹⁸ Diese Frage konnte bislang nicht abschließend geklärt werden. Vgl. dazu Meier, *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*, 1986, S. 21 f., der die Beantwortung dieser Frage für „unlösbar“ hält.

⁹⁹ Die Begriffe Rechtsgefühl und Rechtsempfinden werden zumindest umgangssprachlich in der Regel synonym verwandt. Entweder als Synonym oder zumindest als verwandte, wenn auch unterschiedliche Begriffe lassen sich auch die Bezeichnungen Rechtsbewusstsein/Unrechtsbewusstsein, Rechtsüberzeugung und Rechtssinn verstehen. Der Begriff *sensus iuridicus* wird als lateinische Bezeichnung für das Rechtsgefühl verwendet. Zu unterscheiden sind zudem das Rechtsgefühl und das Gerechtigkeitsgefühl sowie das Rechtsgewissen. Zu den Begrifflichkeiten siehe Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 1946, S. 10 ff. sowie Obermayer, *JZ* 1986, 1, 3; Hoche, *Das Rechts-*

*Gefühl für das, was Recht sein sollte.*¹⁰⁰

Allein das Gefühl für das, was Recht sein sollte, wird in diesem Werk somit als Rechtsgefühl bezeichnet.¹⁰¹ Das Rechtsgefühl erfasst daher im Ergebnis beispielsweise folgende Fragestellungen: Welche Themen sollte die Rechtsordnung regeln? Welche Handlungen und Unterlassungen sollten rechtmäßig und welche unrechtmäßig sein? Wie sollten die Vorschriften ausgestaltet sein? Welche Rechtsfolgen werden befürwortet?

Auf die von *Riezler* mit Blick auf das „Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte“ verwendete Bezeichnung „Rechtsideal“¹⁰² wird hier allerdings bewusst verzichtet. Zwar ist es zutreffend, dass Personen durch ihr Rechtsgefühl ausdrücken, wie ihrer Ansicht nach das Recht ausgestaltet sein sollte, aber es muss sich dabei nicht unbedingt um ein Ideal handeln.¹⁰³ Denn häufig geht es selbst bei der Vorstellung, wie das Recht ausgestaltet sein sollte, um Kompromisse,¹⁰⁴ die nichts mit Idealvorstellungen zu tun haben.

Im Ergebnis wird der Begriff „Rechtsgefühl“ in diesem Werk zum einen für die subjektive Einstellung einer Einzelperson dazu, wie das Recht sein sollte, verwendet. Diese Einstellung kann z. B. mit Hilfe einer Befragung ermittelt werden. Außerdem wird der Begriff für den aggregierten Wert aus den Befragungen von Einzelpersonen benutzt. Um beide Aspekte voneinander abgrenzen zu können, wird im Folgenden – wenn notwendig – vom „individuellen Rechtsgefühl“ bzw. vom „empirisch ermittelten Rechtsgefühl“ gesprochen.¹⁰⁵

Für *Riezlers* erste Kategorie, d. h. das Gefühl für das, was Recht ist, wird hier die Bezeichnung „Judiz“ verwendet (dazu unter 4. Teil, D.I.).¹⁰⁶ Dadurch wird eine

gefühl in Justiz und Politik, 1932, S. 5 ff. (der noch Abgrenzungen zu weiteren Begriffen vornimmt). *Weimar* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 159 merkt an, dass diese Überschneidungen der Begriffe die Vagheit der Konzepte widerspiegeln. Insbesondere das Rechtsbewusstsein (*legal consciousness*) wird auch empirisch untersucht, wobei der Begriff insofern sehr unterschiedlich verstanden wird. Zu den Unterschieden zwischen der europäischen und der amerikanischen Verwendung des Begriffs *Hertogh*, *Journal of Law and Society* 31 (2004), 457, 457 ff. Siehe allg. zu *legal consciousness* z. B. *EWICK/SILBEY*, *New England Law Review* 26 (1992), 731, 731 ff.; *Cowan*, *Modern Law Review* 67 (2004), 928, 928 ff.

¹⁰⁰ Für eine klare Abgrenzung der Fragestellung mit Blick auf den komplexen Begriff des Rechtsgefühls plädierend *Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986, S. 24.

¹⁰¹ Auch *Kriele* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 23, 23 versteht unter Rechtsgefühl nur das Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte.

¹⁰² *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 8: „Gefühl für das, was Recht sein soll, als die gefühlmäßige Neigung zum Rechtsideal“.

¹⁰³ Genau dieser Aspekt unterscheidet das Rechtsgefühl auch von Moralvorstellungen und dem Gerechtigkeitssinn, die beide idealistischer formuliert werden. Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.I.

¹⁰⁴ Zum Rechtsgefühl als Zusammenfluss verschiedener Aspekte näher unter 4. Teil, F.III.

¹⁰⁵ *Christoph*, *MschKrim* 103 (2020), 58, 64 unterscheidet weiter zwischen einem aktuellen Rechtsempfinden und einer dispositionellen Grundstimmung. Dieser Beitrag fokussiert sich insofern allein auf die empirische Ermittlung und Bedeutung des aktuellen Rechtsgefühls.

¹⁰⁶ *Gröschner*, *JZ* 1987, 903, 906 sieht den Unterschied zwischen Judiz und Rechtsgefühl vor allem darin, dass das Judiz Personen mit rechtlichem Sachverstand vorbehalten ist und Laien

klare sprachliche Abgrenzung der beiden Phänomene ermöglicht. Die Frage, ob dem Rechtsgefühl und dem Judiz für die Rechtsordnung Bedeutung zukommen sollte und, wenn ja, welche, wird im Folgenden unter 4. Teil, F.V. und VI. diskutiert. Bevor darauf eingegangen werden kann, bedarf es jedoch einer näheren Erörterung des Rechtsgefühls und des Judizes.

III. Skepsis gegenüber der empirischen Ermittlung des Rechtsgefühls

Bisher wird das Rechtsgefühl teilweise generell als „untaugliches Objekt wissenschaftlicher Untersuchungen“¹⁰⁷ angesehen. In der Literatur wird stellenweise entsprechend bezweifelt, ob sich ein relevantes Rechtsgefühl empirisch ermitteln lässt bzw. es wird auf die damit verbundenen Schwierigkeiten hingewiesen.¹⁰⁸ Zu dieser Skepsis beigetragen haben könnte, dass in einer rationalen Welt,¹⁰⁹ in der Algorithmen eine immer bedeutendere Rolle spielen und ökonomische Argumente im Vordergrund stehen, ein bloßes „Gefühl“¹¹⁰, welches generell als „privat, innerlich und subjektiv“¹¹¹ angesehen wird, fehl am Platz zu sein scheint.¹¹²

International – insbesondere in den USA – hat die Rechtswissenschaft empirische Untersuchungen allerdings schon seit längerem als vielversprechendes Forschungsfeld entdeckt.¹¹³ In deutschen Publikationsorganen zum Zivilrecht finden

hingegen ein Rechtsgefühl besitzen. *Weimar* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 162 erkennt bei Richtern ein Judiz an und spricht bei Laien vom „Rechtsinstinkt“. *Hoche*, Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, 1932, S. 55 f. betont hingegen, dass seiner Ansicht nach das Rechtsgefühl von Richtern nicht ausgeprägter ist als das von Laien und dass das Rechtsgefühl nicht durch das Rechtsstudium erzeugt werden kann.

¹⁰⁷ *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 385. *Debnow*, ArchSPH 20 (1914), 90, 92: „Auf dem Gebiete wissenschaftlicher Erörterung ist die Berufung aufs Rechtsgefühl schon wegen des indiskutablen Charakters des letzteren unbrauchbar“. Anders *Marschelke* in: *Bens/Zenker* (Hrsg.), Gerechtigkeitsgefühle, 2017, S. 37, 66: „Rechtsgefühlsforschung lohnt sich.“

¹⁰⁸ Insbesondere *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 383 ff. (bezogen auf das Rechtsbewusstsein).

¹⁰⁹ Zum Verhältnis von Rationalität und Rechtsgefühl siehe *Sprenger* in: FS Lampe, 2003, S. 317, 322 f. Die geringe Debatte um das Rechtsgefühl auch auf die rationale Orientierung der Rechtswissenschaft zurückführend *Landweer/Koppelberg* in: *Landweer/Koppelberg* (Hrsg.), Recht und Emotion I, S. 13, 24 f.

¹¹⁰ Zur Diskussion, ob es sich beim Rechtsgefühl um ein Gefühl bzw. eine Emotion oder ein Empfinden handelt: *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 10 ff. Zur Entwicklung der Diskussion um Recht und Emotion siehe *Schnädelbach*, *InterDisciplines* 2 (2015), 47, 47 ff. Generell zu Recht und Emotionen: *Landweer/Koppelberg* (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, passim. Diese Diskussion soll in diesem Beitrag nicht vertieft werden.

¹¹¹ *Schützeichel* in: *Landweer/Koppelberg* (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, S. 65, 85: „Dass Rechtsgefühle in der bisherigen Tradition nicht als Erkenntnis- oder als Wirkmittel des Rechts betrachtet wurden, liegt dementsprechend daran, dass Gefühlen ein privates, innerliches, subjektives Dasein unterstellt wird.“

¹¹² Die gemachten Ausführungen finden sich so auch bei *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 378 f.

¹¹³ Allgemein zur empirischen Forschung im juristischen Bereich siehe statt vieler *Eisenberg*,

sich im Vergleich dazu (noch) relativ wenige Beiträge, auch wenn empirische Untersuchungen mittlerweile zunehmen.¹¹⁴ Daher überrascht es nicht, dass die empirische Ermittlung des Rechtsgefühls (vor allem im Zivilrecht) in der Tat (noch) ein Novum ist.¹¹⁵ So gibt es in Deutschland bisher kaum empirische Untersuchungen, die sich mit dem Rechtsgefühl befassen.¹¹⁶ Zum Rechtsgefühl bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen liegt bislang überhaupt keine andere empirische Studie vor. Auch im englischsprachigen Raum, scheint es nur sehr wenige Untersuchungen zum Rechtsgefühl bezogen auf vertragsrechtliche Aspekte zu geben.¹¹⁷ Entsprechend liegen dort bislang ebenfalls keine Studien zum Rechtsgefühl in Bezug auf Bluffs in Vertragsverhandlungen vor. Allerdings lassen sich empirische Untersuchungen zur Intuition und zu (rechtlichen) Entscheidungen finden, wobei die Frage, wie Richter Entscheidungen treffen (intuitiv oder deliberativ), im Vordergrund steht.¹¹⁸ Die empirische Ermittlung des Rechtsgefühls bleibt damit –

San Diego Law Review 41 (2004), 1741, 1741 ff.; *ders.*, University of Illinois Law Review 5 (2011), 1713, 1713 ff.; *George*, Indiana Law Journal 81 (2006), 141, 141 ff.; *Heise*, University of Illinois Law Review 4 (2002), 819, 819 ff.; *L. Epstein/Martin*, An Introduction to Empirical Legal Research, 2014, passim; *Suchman/Mertz*, Annual Review of Law and Social Science 6 (2010), 555, 555 ff.; zur Entwicklung von *empirical legal studies* in UK auch *Genn/Partington/S. Wheeler*, Law in the Real World, 1988, S. 5 ff. *Zeisel*, JZ 1974, 561, 561 sieht einen Grund für die verstärkte empirische Forschung in den USA im „amerikanischen Pragmatismus“. *N. Petersen*, STAAT 49 (2010), 435, 436 erklärt dies mit der stärkeren Ausrichtung der US-Forschung auf die Rechtssoziologie und die Rechtspolitik.

¹¹⁴ Siehe dazu *H. Hamann/Hoefl*, AcP 217 (2017), 311, 311 ff., die einen Überblick geben und feststellen: „Dennoch sind praktische Beispiele für das Potential und die Grenzen statistischer (d. h. quantitativ-empirischer) Erhebungen in zivilrechtlichen Archivzeitschriften bislang rar.“

¹¹⁵ *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 185, 187 ging 1985 noch davon aus, dass „kaum systematische empirische Untersuchungen“ vorliegen.

¹¹⁶ Vorliegende Studien beziehen sich z.T. nicht auf die in diesem Beitrag untersuchten Dimension (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte), siehe z.B. *Blankenburg* in: Hof et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, 1994, S. 83, 83 ff. Andere Studien beziehen sich zwar auf das Rechtsgefühl, jedoch nicht auf das Vertragsrecht, siehe z.B. die Befragung Jugendlicher zum angemessenen Strafmaß bestimmter Delikte von *Dölling* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 240, 244 ff. Generell gibt es den gesamten Bereich der Meinungsforschung, in dessen Rahmen auch Befragungen zu politischen Vorhaben etc. durchgeführt werden. Diese konzentrieren sich allerdings generell auf stärker diskutierte Politikbereiche (und daher z.B. nicht auf das Vertragsrecht).

¹¹⁷ Wobei insofern festzuhalten ist, dass im englischsprachigen Raum nicht von „Rechtsgefühl“ gesprochen wird und es nach Auffassung der Autorin auch keinen englischen Begriff gibt, der vollständig mit der Bezeichnung Rechtsgefühl übereinstimmt. Eine Ausnahme zum festgestellten Fehlen entsprechender Studien stellt insofern *Weintraub*, Wisconsin Law Review 1 (1992), 1, 1 ff. dar. *Keating*, Michigan Law Review 98 (2000), 2678, 2678 ff. führte qualitative Interviews durch, in deren Rahmen die Personen auch nach ihrer Einschätzung zu möglichen Reformen befragt wurden. *Darley/Sanderson/LaMantia*, American Behavioral Scientist 1996, 405, 405 ff. untersuchen hingegen das angemessene Strafmaß. *Sommers*, Yale Law Journal 129 (2020), 2232, 2232 ff. befasst sich mit „people’s commonsense understanding of when consent has been granted“ im Zusammenhang mit *fraud*. In diesem Kontext untersucht sie auch eine vertragliche Konstellation.

¹¹⁸ Siehe zum Themenkomplex z.B. *Gutbrie/Rachlinski/Wistrich*, Cornell Law Review 93 (2007), 93, 93 ff. (schlagen ein „intuitive-override“ Modell bezüglich der Entscheidungsfindung

auch international – ein Novum. Jedoch belegen die folgenden Ausführungen sowie die (wenigen) bestehenden Studien¹¹⁹, dass es entgegen der vorgebrachten Bedenken möglich ist, ein aussagekräftiges Rechtsgefühl empirisch zu ermitteln.¹²⁰ Die Siegener Studie trägt insofern dazu bei, den bestehenden Forschungsstand zur empirischen Erfassung des Rechtsgefühls zu erweitern und insbesondere erstmals das Rechtsgefühl bzgl. Lügen in Vertragsverhandlungen zu ermitteln.

Außerdem wurde bei der Gestaltung der Siegener Studie Wert daraufgelegt, den geäußerten Bedenken gegen die empirische Ermittlung des Rechtsgefühls gerecht zu werden. So wird bei der Siegener Studie beispielsweise darauf geachtet, das Rechtsgefühl bzgl. einer (abstrahierten) Fallgruppe zu ermitteln und nicht das Rechtsgefühl bezüglich eines konkreten Einzelfalls. Denn Letzteres ist nicht aussagekräftig.¹²¹ Ein weiteres Problem besteht darin, dass es sich beim Rechtsgefühl um einen inneren Zustand handelt. Es lassen sich daher nur die Aussagen von Personen ermitteln bzw. deren Reaktionen, nicht jedoch das Rechtsgefühl selbst.¹²² Entsprechend ermittelt auch die Siegener Studie das Rechtsgefühl entsprechend den Aussagen der Befragten. Den Kritikern ist zuzugestehen, dass Angaben über innere Zustände immer der Gefahr unterliegen, falsch bzw. gefärbt zu sein.¹²³ Nach hier vertretener Ansicht lassen sich die Risiken jedoch minimieren (z. B. durch An-

vor); *Guthrie/Rachlinski/Wistrich*, *Cornell Law Review* 86 (2001), 777, 777 ff. (die Autoren zeigen in der Studie, dass auch Richter kognitiven Verzerrungen [*cognitive biases*] unterliegen); *Wistrich/Guthrie/Rachlinski*, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 1251, 1251 ff. (die Autoren zeigen, dass es Richtern nicht leicht fällt, unzulässiges aber relevantes Beweismaterial zu ignorieren).

¹¹⁹ Mittlerweile gibt es Ansätze im Umfeld des Rechtsgefühls, diese beziehen sich jedoch z. T. nicht auf die in diesem Beitrag untersuchten Dimensionen z. B. *Blankenburg* in: Hof et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 1994, S. 83, 83 ff. Andere Studien beziehen sich zwar auf das Rechtsgefühl, jedoch nicht auf das Vertragsrecht. Z. B. die Befragung Jugendlicher zum angemessenen Strafmaß bestimmter Delikte von *Dölling* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 240, 244 ff. Generell gibt es den gesamten Bereich der Meinungsforschung, in dessen Rahmen auch Befragungen zu politischen Vorhaben etc. durchgeführt werden. Doch auch diese konzentrieren sich generell auf stärker diskutierte Politikbereiche (und nicht auf das Vertragsrecht). Daher wird in diesem Beitrag auch verstärkt auf die Siegener Studie zu Moral und Rechtsgefühl mit Blick auf Lügen in Vertragsverhandlungen zurückgegriffen (siehe näher unter III.1.). Auf Englisch gibt es ebenfalls Untersuchungen zum Rechtsgefühl (auch wenn dort nicht von Rechtsgefühl gesprochen wird). Siehe z. B. zum angemessenen Strafmaß *Darley/Sanderson/LaMantia*, *American Behavioral Scientist* 39 (1996), 405, 405 ff.; im vertragsrechtlichen Bereich gibt es bisher jedoch praktisch ebenfalls keine Studien. Eine Ausnahme stellt daher *Weintraub*, *Wisconsin Law Review* 1 (1992), 1, 1 ff. dar. *Keating*, *Michigan Law Review* 98 (2000), 2678, 2678 hat hingegen qualitative Interviews durchgeführt, in deren Rahmen die Personen auch nach ihrer Einschätzung zu möglichen Reformen befragt wurden. *Sommers*, *Yale Law Journal* 129 (2020), 2232, 2232 ff. befasst sich mit „people’s commonsense understanding of when consent has been granted“ im Zusammenhang mit *fraud*. In diesem Kontext untersucht sie auch eine vertragliche Konstellation.

¹²⁰ *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 379 und 387 f.

¹²¹ *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 383 f.

¹²² *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964, S. 383.

¹²³ So *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964, S. 383.

onymisierung und Einnahme einer Beobachterperspektive¹²⁴) und stehen der Ermittlung eines relevanten Rechtsgefühls somit nicht generell entgegen.¹²⁵ Die im Ergebnis bestehende Möglichkeit der empirischen Ermittlung des Rechtsgefühls führt wiederum dazu, dass das Rechtsgefühl doch zu einem tauglichen „Objekt wissenschaftlicher Untersuchungen“ wird. Damit kann das empirisch gemessene Rechtsgefühl potenziell auch eine legitime Bedeutung für die Rechtsordnung entfalten (siehe dazu unter 4. Teil, F.VI).¹²⁶

IV. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Rechtsgefühl in Deutschland

In Rahmen der Siegener Studie wurden in Deutschland 1.884 Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und insbesondere Studierende zu ihrem Rechtsgefühl (Gefühl, wie das Recht sein sollte) befragt.¹²⁷ Wie auch in Bezug auf das Moralverständnis werden im Folgenden zunächst die Ergebnisse der Originalumfrage präsentiert, im Rahmen derer alle Gruppen befragt wurden. Insgesamt 1.076 Personen nahmen an der Originalumfrage in Deutschland teil und beantworteten insofern Fragen zu neun Szenarien mit verschiedenen Täuschungsgegenständen. Im Anschluss an die Erörterung der Originalumfrage, werden dann die Ergebnisse der zweiten Version der Umfrage erörtert, an der in Deutschland 410 Personen teilnahmen. Die zweite Version enthält weitere Szenarien bzw. repliziert bestimmte Szenarien und wurde mit Studierenden und Richtern durchgeführt, weshalb ein Vergleich mit professionellen Verhandlern¹²⁸ und Anwälten entfällt.¹²⁹

1. Originalumfrage

Ein Blick auf die Ergebnisse¹³⁰ der Originalumfrage zeigt, dass die Mehrheit der Teilnehmer für die meisten Fälle von Lügen außerhalb von Leistung und Preis

¹²⁴ Siehe zum Aufbau der Siegener Studie näher unter 1. Teil, C.

¹²⁵ S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 388.

¹²⁶ Stöbr, *Rechtstheorie* 45 (2014), 159, 187 plädiert ebenfalls für eine empirische Ermittlung des Rechtsgefühls, wenn dieses als eigenständiges Argument genutzt werden soll.

¹²⁷ Auf die Siegener Studie und in diesem Rahmen auch auf die Teilnehmer wurde unter 1. Teil, C.I. bereits näher eingegangen.

¹²⁸ Explorativ wurde die zweite Version der Umfrage mit einer kleinen, internationalen Gruppe von professionellen Verhandlern durchgeführt.

¹²⁹ Auf die dritte Version der Umfrage wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Bei der dritten Version wurden die Fragen der Originalversion verwendet (sowie ein zusätzliches Szenario aus der zweiten Version). Der Unterschied zur Originalumfrage besteht darin, dass bei dieser Befragung nicht nur die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl, sondern auch das *Judiz* erfragt wurden.

¹³⁰ Siehe detailliert zu den Ergebnissen auch S. Jung/Krebs/Leszczynska, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

i. e. S. kein Anfechtungsrecht befürwortet. In Übereinstimmung mit der moralischen Bewertung (siehe dazu unter 4. Teil, B.II.) lehnt beispielsweise eine Mehrheit in allen vier befragten Gruppen ein Anfechtungsrecht bei Bluffs über den *reservation price*, über persönliche Präferenzen (Fußballclub) und über Zeitdruck¹³¹ ab.¹³² In Bezug auf vorsätzliche Irreführungen über ein besseres Angebot, welches dem Käufer vorliegt, wird zwar eine etwas differenziertere moralische Bewertung getroffen, sofern man auch die Ergebnisse der zweiten Version berücksichtigt. Aber das Rechtsgefühl spricht dennoch eindeutig gegen ein Anfechtungsrecht (siehe im Folgenden die Ergebnisse der Originalumfrage).

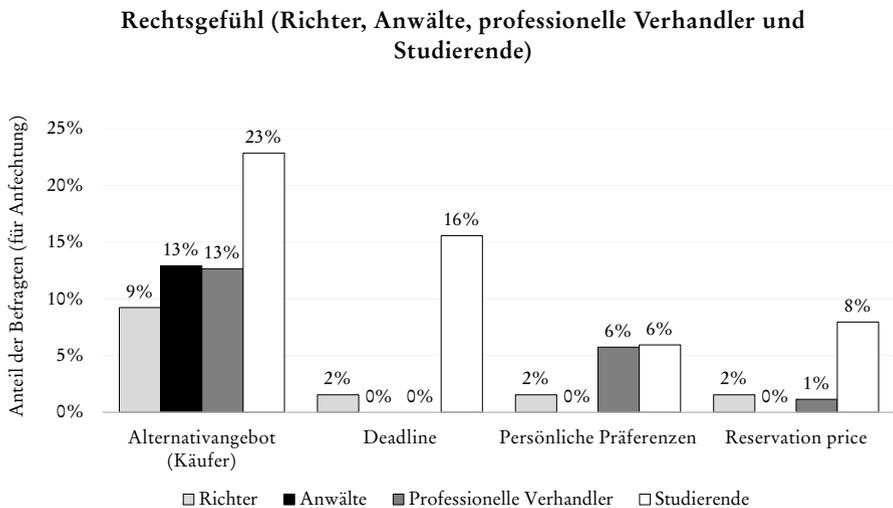


Abb. 40: Ablehnung der Anfechtung in Übereinstimmung mit den Moralvorstellungen (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

Einigkeit, in Form einer Mehrheit, besteht bei den vier befragten Gruppen auch darüber, dass Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigen sollten.¹³³ Dies steht ebenfalls in Ein-

¹³¹ *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 670 untersuchten umgekehrt die Situation, in der ein Verhandler vortäuscht sehr viel Zeit zu haben. Diese Taktik wurde dort ebenfalls als moralisch akzeptabel bewertet.

¹³² Damit ist nicht ausgesagt, dass die Unterschiede zwischen den einzelnen Gruppen nicht dennoch signifikant sind. Siehe dazu *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 28 ff. (unveröffentlichte Fassung).

¹³³ Die Differenz der Anteile zwischen den Studierenden und den Berufstätigen (insgesamt) ist an dieser Stelle auch nicht signifikant. Siehe Abb. 64 in Anhang IV. Siehe dazu näher *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 29 ff. (unveröffentlichte Fassung).

klang mit der moralischen Bewertung (siehe unter 4. Teil, B.II.). Die folgende Graphik zeigt insofern die Ergebnisse der Originalumfrage.

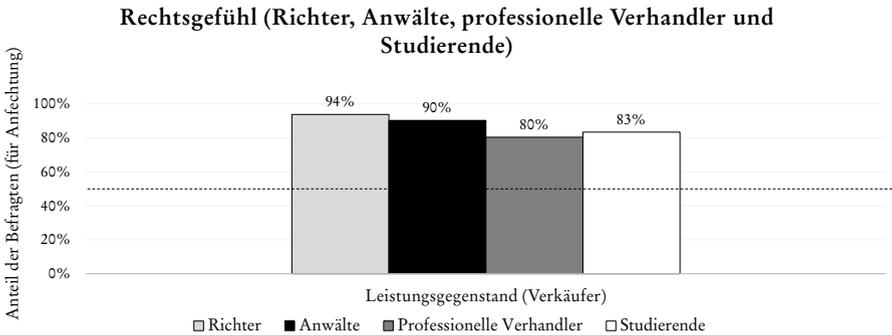


Abb. 41: Rechtsgefühl bzgl. Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

Deutsche Richter, Anwälte und Studierende sprechen sich in Übereinstimmung mit ihren Moralvorstellungen zudem mehrheitlich für die Anfechtbarkeit aus, wenn ein Verhandler über die Rechtslage, in Form einer Lüge über die Zulässigkeit¹³⁴, blufft. Bei den professionellen Verhandlern tun dies jedoch nur 45 %.¹³⁵

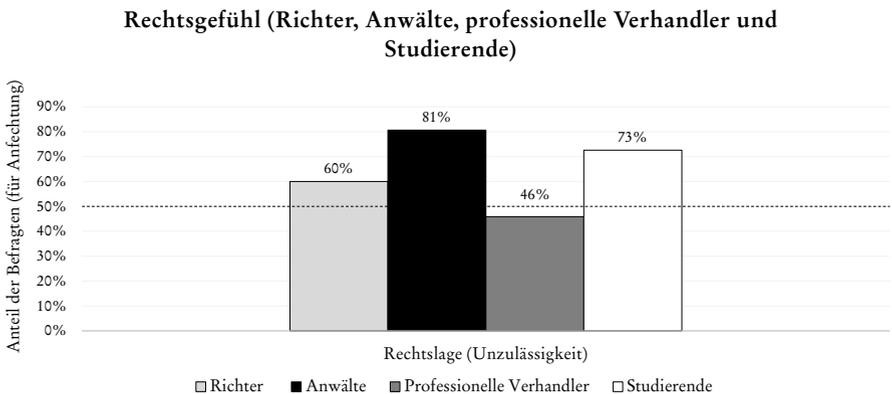


Abb. 42: Rechtsgefühl bzgl. Lügen über die Rechtslage (Unzulässigkeit) (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

¹³⁴ Die Unzulässigkeit (Rechtslage) wurde in der zweiten Version der Siegener Studie abgefragt.

¹³⁵ Die Differenz der Anteile zwischen den einzelnen Berufstätigen (Richtern, Anwälten und professionellen Verhandlern) ist an dieser Stelle auch signifikant. Siehe dazu Abb. 63 in Anhang IV. und näher S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 29 ff. (unveröffentlichte Fassung).

Bemerkenswert ist allerdings, dass die Studierenden bei allen verbleibenden Täuschungen im Rahmen der Originalumfrage mehrheitlich ebenfalls ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite ablehnen, obwohl sie diese Aspekte gleichzeitig mehrheitlich als unmoralisch einstufen (näher zum Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl unter 4. Teil, F.I.). Bei der Lüge über unternehmensinterne Vorgaben sprechen sich aber immerhin noch 47 % für eine mögliche Anfechtung aus.

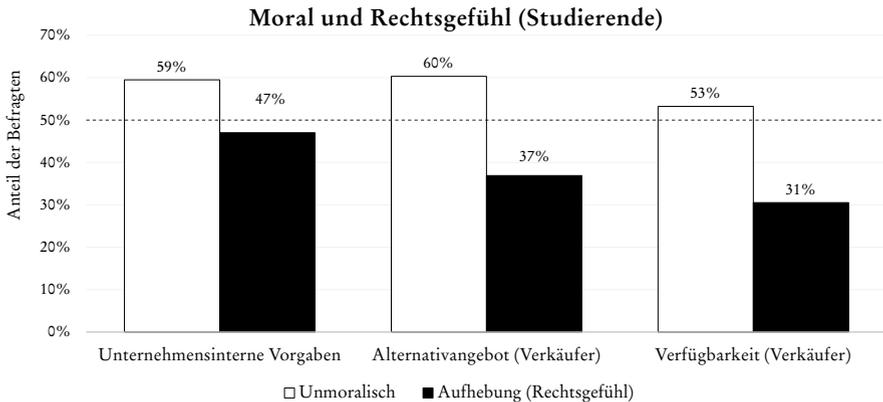


Abb. 43: Auseinanderfallen von Moralverständnis und Rechtsgefühl mit Blick auf die Originalversion (Studierende)

Auch die professionellen Verhandler, Anwälte und Richter lehnen mit Blick auf alle verbleibenden Fälle ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite ab. Im Ergebnis befürworten sowohl Richter als auch Anwälte daher mit Blick auf die in der Originalumfrage abgefragten Szenarien¹³⁶ lediglich im Fall von Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer und die Rechtslage (Zulässigkeit) ein Anfechtungsrecht.¹³⁷ Siehe im Folgenden die Ergebnisse zu den verbleibenden Szenarien:

¹³⁶ Die abgefragten Szenarien werden im 1. Teil, C. erläutert.

¹³⁷ Da die Originalumfrage ausschließlich nach dem Rechtsgefühl fragt, kann insofern keine Aussage darüber getroffen werden, ob die Anwälte und Richter auch davon ausgehen, dass die Rechtslage so ist (Judiz).

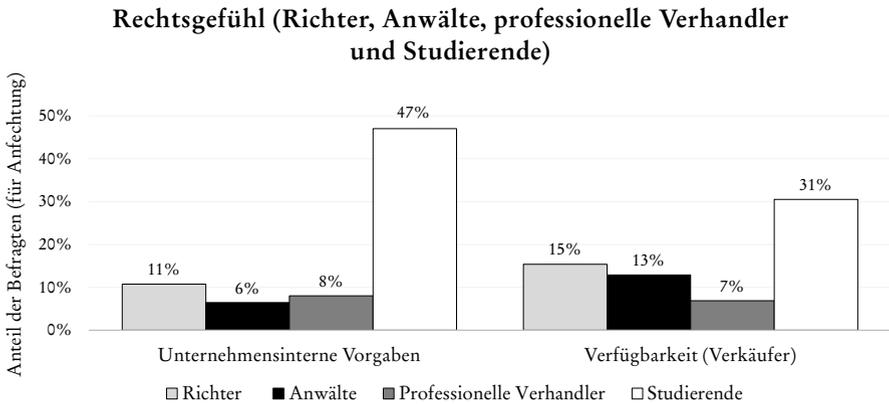


Abb. 44: Ablehnung der Anfechtung bzgl. unternehmensinterner Vorgaben und der Verfügbarkeit (Verkäufer) (aufgeschlüsselt nach den befragten Gruppen) mit Blick auf die Originalversion

Die Antworten zum Rechtsgefühl im Rahmen der Originalumfrage zeigen, dass die Mehrheiten über die verschiedenen Gruppen stabiler sind als bezüglich der Moral. Unabhängig von ihren Moralvorstellungen bewerteten alle vier Gruppen 8 von 9 Szenarien mit Blick auf ihr Rechtsgefühl mehrheitlich gleich. Nur bei einer Frage bewertetet die Mehrheit der professionellen Verhandler die Situation (ganz knapp) anders als die anderen drei Gruppen. Selbst wenn man nicht nur auf die Mehrheitsverhältnisse abstellt, sondern auf die konkreten Unterschiede, so zeigen die Ergebnisse der Studie, dass es beim Rechtsgefühl in Deutschland zumindest zwischen den Berufstätigen weniger große Unterschiede gibt als bei der Moral.¹³⁸ So ist die Differenz der Anteile zwischen den Berufstätigen (Richtern, Anwälten, professionellen Verhaltern) bzgl. des Rechtsgefühls nur mit Blick auf die Täuschung über die Rechtslage signifikant.¹³⁹ Diese Stabilität der Ergebnisse ist bei der Bedeutung des Rechtsgefühls zu berücksichtigen (siehe dazu unter 4. Teil, F.VI.).

¹³⁸ Für eine genauere Auswertung siehe *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 17 ff.* (unveröffentlichte Fassung). Der Blau Index und IQV deuten dies vor allem für die deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler insgesamt an (die Differenz der Varianz ist auch signifikant). Siehe dazu Abb. 65 in Anhang IV. Bei den deutschen Studierenden ist das Ergebnis weniger eindeutig. In anderen Ländern mag dieses Ergebnis hingegen nicht erzielt werden. Eine entsprechende Auswertung wird zukünftig erfolgen.

¹³⁹ Siehe dazu näher *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 29 ff.* (unveröffentlichte Fassung). Die Ergebnisse des Difference of Proportions Tests können in Abb. 63 in Anhang IV. gefunden werden (die Hypothese wurde auf einem Signifikanzniveau von 5 % getestet).

2. Zweite Version der Umfrage

Die zweite Version der Siegener Studie zeigt, dass das Rechtsgefühl bezogen auf die Mehrheitsentscheidung bezüglich der Falschangaben über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer stabil ist. Das Ergebnis der Originalumfrage konnte damit für Richter und Studierende repliziert werden. Es wurde zudem erneut nach Täuschungen über die Rechtslage gefragt. Allerdings ging es im abgefragten Szenario darum, dass eine Maschine angeblich Sicherheitsstandards erfüllt, obwohl dies nicht der Fall ist.¹⁴⁰ In diesem Fall wird ein Anfechtungsgrund ebenfalls sowohl von den Studierenden als auch den Richtern mehrheitlich befürwortet. Die Originalumfrage und die zweite Version der Siegener Studie verdeutlichen somit im Zusammenspiel, dass Lügen über die Rechtslage in Deutschland insgesamt äußerst kritisch gesehen werden. Täuscht ein Händler über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt, so möchte eine Mehrheit der Studierenden und der Richter (in Übereinstimmung mit ihrem Moralverständnis) der getäuschten Seite ebenfalls die Möglichkeit gewähren anzufechten. Gleiches gilt für eine falsche Preiskalkulation (die eine Lüge über den Preis i. e. S. darstellt). Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Ergebnisse.

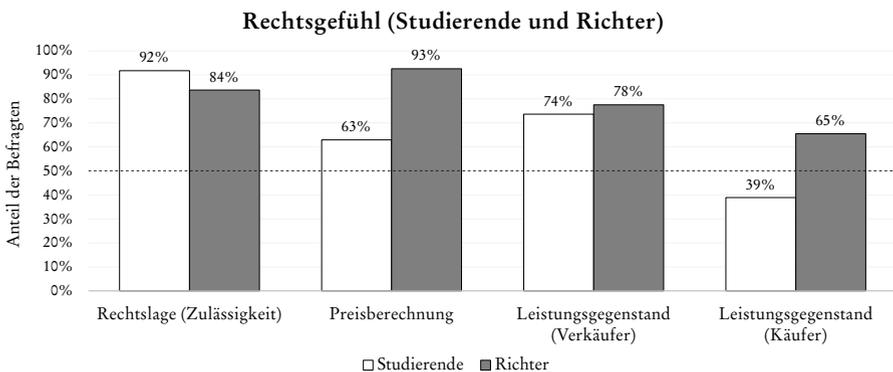


Abb. 45: Befürwortung eines Anfechtungsrechts durch Richter und Studierende mit Blick auf die zweite Version

In allen anderen Fällen sprechen sich die Studierenden hingegen mehrheitlich gegen ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite aus, und zwar unabhängig davon, ob sie die entsprechenden Taktiken mehrheitlich als moralisch oder als unmoralisch bewerten. Das heißt, sie lehnen beispielsweise die Anwendung des § 123

¹⁴⁰ In der Originalumfrage ging es um den umgekehrten Fall, dass eine gewünschte Änderung der Maschine eigentlich zulässig war, der Hersteller diese jedoch mit dem (falschen) Hinweis ablehnte, dass die Maschine die Sicherheitsstandards dann nicht mehr erfüllen würde.

Abs. 1, 1. Alt. BGB mit Blick auf Täuschungen des Verkäufers über seine Verfügbarkeit des Produkts und über Einkaufspreise¹⁴¹ ab. Belügt ein potenzieller Käufer den Verkäufer über den Leistungsgegenstand, so möchten die Studierenden der getäuschten Seite ebenfalls mehrheitlich kein Anfechtungsrecht gewähren. Wie auch schon im Rahmen der Originalumfrage spricht das Rechtsgefühl der Studierenden zudem im Fall einer Täuschung des Käufers über ein anderes Angebot gegen ein Anfechtungsrecht. Gleiches gilt für Bluffs über Interessen, über Emotionen und über das Vorliegen eines Freundschaftspreises.

Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Antworten der Studierenden, wobei insofern die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl gegenübergestellt werden:

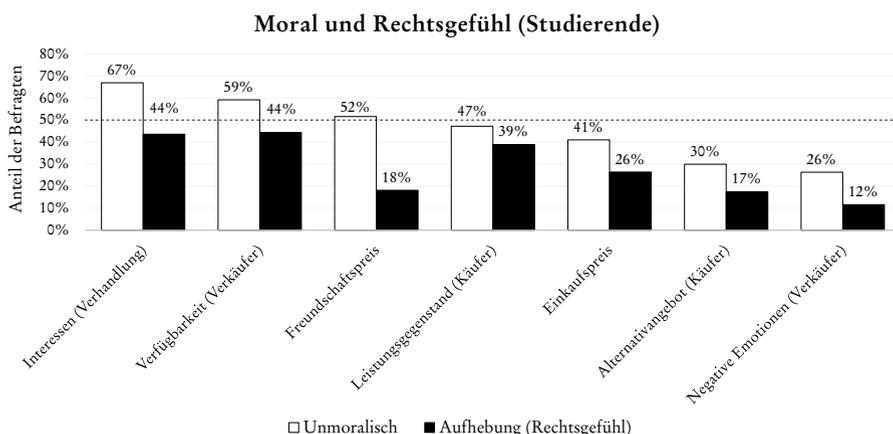


Abb. 46: Moralverständnis und Rechtsgefühl der Studierenden mit Blick auf die zweite Version

Bei den Richtern zeichnet sich ein vergleichbares Bild ab. Auch sie lehnen bezüglich der verbleibenden Szenarien mehrheitlich ein Anfechtungsrecht ab, und zwar unabhängig davon, ob sie die entsprechenden Taktiken mehrheitlich als moralisch oder als unmoralisch bewerten. Der einzige Unterschied zeigt sich in Bezug auf Täuschungen des Käufers über den Leistungsgegenstand. Während die Studierenden insofern mehrheitlich ein Anfechtungsrecht ablehnen, befürwortet die Mehrheit der Richter eine entsprechende Anfechtungsmöglichkeit. Die folgende Graphik gibt einen Überblick über die Antworten der Richter, wobei wiederum die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl gegenübergestellt werden:

¹⁴¹ Der Einkaufspreis wurde in diesem Szenario lediglich als Verkaufsargument genutzt und wurde nicht zur kalkulatorischen Grundlage erhoben.

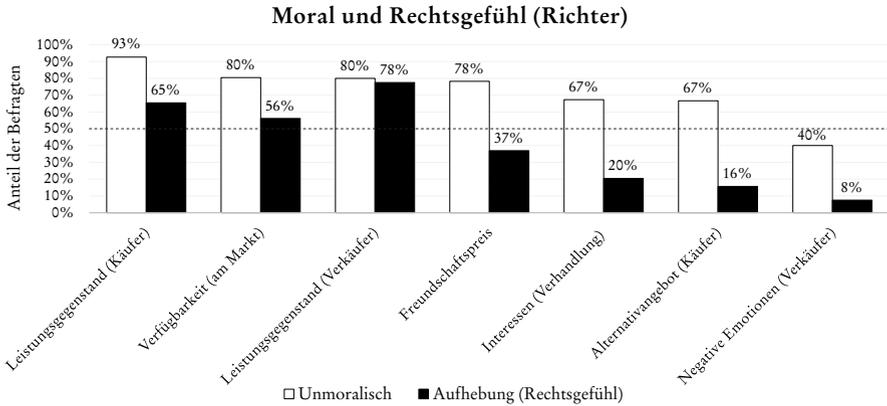


Abb. 47: Moralverständnis und Rechtsgefühl der Richter mit Blick auf die zweite Version

3. Rechtsgefühl weltweit

Die Originalversion der Umfrage wurde in insgesamt 14 Ländern durchgeführt. Eine vollständige Auswertung soll an dieser Stelle unterbleiben, da es in diesem Werk um die Beurteilung von Täuschungstaktiken in Deutschland geht. Ein Blick in andere Länder kann jedoch aufzeigen, inwiefern international Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede bestehen.

Im Ergebnis zeigt die Siegener Studie, dass beim Rechtsgefühl sogar weltweit bestimmte Ergebnisse bezogen auf die erzielten Mehrheiten¹⁴² relativ stabil erscheinen. Die untenstehende Graphik verdeutlicht dies beispielhaft für vier ausgewählte Länder, in denen jeweils Studierende befragt wurden:

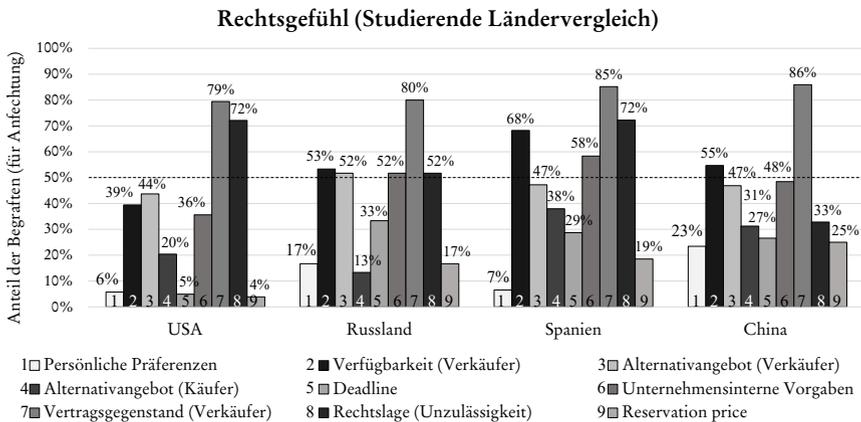


Abb. 48: Rechtsgefühl der Studierenden weltweit mit Blick auf die Originalversion

¹⁴² Es wird an dieser Stelle nichts darüber ausgesagt, ob die Unterschiede zwischen den einzel-

Ebenso wie die deutschen Studierenden lehnt beispielsweise eine Mehrheit der Studierenden in den USA, Russland, Spanien und China ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite bezüglich Täuschungen über persönliche Präferenzen (Fußballclub, Nr. 1), über Deadlines (Rückflug, Nr. 5), über den *reservation price* (Nr. 9) und über ein angebliches Alternativangebot des Käufers (Nr. 4) ab. Bei Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer (Nr. 7) spricht sich hingegen ebenfalls in Übereinstimmung mit den deutschen Studierenden eine Mehrheit der US-amerikanischen, der russischen, der spanischen und der chinesischen Studierenden für ein Anfechtungsrecht aus. Eine solche weltweite Übereinstimmung erscheint überaus beachtlich und kann ggf. als Indiz dafür gewertet werden, dass sich das in dieser Arbeit zu erzielende Ergebnis in gewissem Umfang auch auf andere Rechtsordnungen übertragen ließe.

Täuschungen über ein Alternativangebot, welches dem Verkäufer angeblich vorliegt (Nr. 3), sehen andere Länder allerdings teils etwas kritischer als die deutschen Studierenden. Doch auch dort finden sich keine (klaren) Mehrheiten für eine Anfechtung (in Russland sprechen sich aber immerhin 52 % für eine Anfechtung aus). Bezüglich der anderen Bluffs stimmen die Mehrheitsverhältnisse in Bezug auf das Rechtsgefühl in den verschiedenen betrachteten Ländern dann nicht mehr überein. Auffallend sind insofern wohl vor allem die Unterschiede in Bezug auf die Lüge über die Rechtslage (Nr. 8).¹⁴³

4. Interpretation des empirisch ermittelten Rechtsgefühls

Bislang wurde mit Blick auf die empirisch ermittelten Moralvorstellungen und das empirisch ermittelte Rechtsgefühl aus Vereinfachungsgründen lediglich auf die erzielten Mehrheiten eingegangen.¹⁴⁴ Es spricht jedoch viel dafür, mit Blick auf das Rechtsgefühl nicht auf bloße Mehrheiten abzustellen.¹⁴⁵ Zwar geben rein demokratische Zählweisen im Sinne von „Mehrheit ist Mehrheit“ einen ersten Anhaltspunkt. Da hinter dem Rechtsgefühl jedoch ein „Bündel an Argumenten“ steht, die nicht gleichgewichtig für die Gesellschaft sind, erscheint darüber hinaus eine genauere Betrachtung der Ergebnisse sinnvoll.¹⁴⁶ Befürworten nahezu alle befragten

nen Ländern signifikant sind oder nicht. Es wird insofern allein auf die gegebenen Mehrheiten Bezug genommen.

¹⁴³ Die Siegerner Studie wird diesbezüglich noch näher ausgewertet.

¹⁴⁴ Siehe zu diesem Abschnitt S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 393 ff.

¹⁴⁵ Generell gegen eine Heranziehung einer empirischen Mehrheit der Rechtsunterworfenen (allerdings nicht konkret auf das Rechtsgefühl bezogen, dafür aber wohl auf den Einzelfall ausgerichtet, der hier gerade nicht behandelt wird): *Riehm*, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 167 f.

¹⁴⁶ *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964, S. 409 f. warnt vor der Umdeutung des Mehrheitswillens in einen Gesamtwillen und äußert sich generell kritisch zur Berücksichtigung der Mehrheit mit Blick auf das Rechtsbewusstsein und auf die heutige hochdifferenzierte Gesellschaft.

Personen eine bestimmte Regelung oder lehnen sie diese übereinstimmend ab, so zeichnet das empirisch ermittelte Rechtsgefühl ein klares Ergebnis. Nach hier verretener Ansicht sind Werte von 80 % bis 100 % und von 0 % bis 19,9 % als eindeutig zu werten. Ergebnisse zwischen 40 % und 59,9 % zeigen dagegen nach hier verretener Ansicht, dass sich kein klares Meinungsbild abzeichnet. Im Fall von Ergebnissen, die zwischen 60 % und 79,9 % bzw. 20 % und 39,9 % liegen, besteht nach hier verretener Auffassung hingegen ein gewisser Konsens für ein bestimmtes Ergebnis, dem allerdings eine nicht zu unterschätzende Minderheit gegenübersteht.¹⁴⁷

Im Ergebnis wird für diese Arbeit folgende Abstufung¹⁴⁸ herangezogen.

	Sollte das Verhalten des X den Y zur Aufhebung des Vertrages berechnigen?	
	Ja	Nein
Antworten in %	80 %–100 %	0 %–19,9 %
	60 %–79,9 %	20 %–39,9 %
	40 %–59,9 %	40 %–59,9 %
	20 %–39,9 %	60 %–79,9 %
	0 %–19,9 %	80 %–100 %

Abb. 49: Interpretation der empirischen Ergebnisse¹⁴⁹

Betrachtet man die Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten Rechtsgefühl entsprechend dieser Abstufung genauer, so zeigt sich, dass einige Täuschungstaktiken zumindest nicht ganz unumstritten sind. Die soeben präsentierten Ergebnisse für Deutschland werden daher im Folgenden noch einmal gemäß der oben vorgeschlagenen Kategorisierung aufgeschlüsselt: Hellgrau = sehr eindeutige Mehrheit/Minderheit (80 %–100 % bzw. 0 %–19,9 %), mittelgrau = relativ klare Mehrheit/Minderheit (60 %–79,9 % bzw. 20 %–39,9 %), dunkelgrau = unstritten (40 %–59,9 %), weiß = keine Daten erhoben. Da in der zweiten Version die Szenarien der Originalumfrage teilweise repliziert wurden (teils mit gewissen Änderungen) und die dritte Version die Szenarien aus der Originalumfrage aufgreift, kann es auch bezüglich eines Täuschungsgegenstands zu verschiedenen Einordnungen kommen. Durch die Zahl wird insofern auf die entsprechende Version verwiesen (1 = Originalumfrage; 2 = 2. Version; 3 = 3. Version).

¹⁴⁷ Auf die Bedeutung des Rechtsgefühls für die Rechtsordnung und damit auch der Abstufung wird näher unter 4. Teil, F.VI. eingegangen.

¹⁴⁸ Siehe dazu näher in *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 393 ff.

¹⁴⁹ Graphik ist der entsprechenden Graphik in *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 394 nachgebildet.

Täuschungs- gegenstände	Varianten	Studierenden			Richter			Anwälte			Verhandler
		1	2	3	1	2	3	1	2	3	
Umfrageversion											
Leistung (Vertrags- gegenstand)	Vertragsgegen- stand (Verkäufer)	85%	74%	91%	94%	78%	95%	90%		90%	80%
	Vertragsgegen- stand (Käufer)		39%			65%					
Preis und Zahlungs- bereitschaft	Preisberechnung		63%			93%					
	Einkaufspreis		26%	27%		25%	16%			29%	
	Freundschafts- preis		18%			37%					
Rote Ver- handlungs- linie	<i>Reservation price</i>	9%		11%	2%		2%	0%		11%	1%
Verhand- lungsmacht/ Einigungs- zone	Alternativange- bot (Käufer)	23%	17%	33%	9%	16%	6%	13%		8%	13%
	Alternativange- bot (Verkäufer)	37%		45%	28%		18%	16%		13%	19%
Rechtliche Situation	Rechtslage (Zulässigkeit)		92%			84%					
	Rechtslage (Unzulässigkeit)	73%		68%	60%		68%	81%		72%	46%
Verfügbarkeit	Verfügbarkeit (am Markt)		59%			56%					
	Verfügbarkeit (Verkäufer)	31%	44%	44%	15%	15%	14%	13%		37%	7%
Vorgaben und Anweisun- gen/Verhand- lungsprozess	Unternehmens- interne Vorgaben und bisherige Verhandlungs- gestaltung	47%		48%	11%		12%	6%		15%	8%
Zeitliche Aspekte	Deadline des Verhandlungs- termins	16%		24%	2%		2%	0%		5%	0%
Interessen und Präferenzen	Interessen bezüglich der Verhandlung		44%			20%					
Emotion	Unzufriedenheit/ Ent- setzen (Verkäufer)		12%			8%					

Täuschungs- gegenstände	Varianten	Studierenden			Richter			Anwälte			Verhandler
		1	2	3	1	2	3	1	2	3	
Umfrageversion											
Emotion/ Interessen und Präferenzen	Begeisterung/ Persönliche Präferenzen	6%		9%	2%		2%	0%		1%	6%

Abb. 50: Interpretation der empirisch ermittelten Ergebnisse zum Rechtsgefühl

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass es verschiedene Bluffs gibt, bei denen in allen vier der in Deutschland befragten Gruppen ein sehr eindeutiges Ergebnis erzielt wird (hellgrau). Dies gilt für Täuschungen über persönliche Präferenzen (Fußballclub), negative Emotionen, *Deadlines* (Rückflug) und den *reservation price*. Insofern wird ein Anfechtungsrecht durch die Teilnehmer der Studie ganz eindeutig abgelehnt. Bei Bluffs über ein Alternativangebot durch den Käufer wird ein Anfechtungsrecht ebenfalls grundsätzlich sehr eindeutig nicht befürwortet.¹⁵⁰ Umgekehrt sollen Täuschungen über die Rechtslage (Zulässigkeit) eindeutig zur Anfechtung berechtigen.¹⁵¹ Stellt man allein auf die Gruppe der Berufstätigen ab (Richter, Anwälte und Verhandler), so ist das Ergebnis auch bezüglich weiterer Bluffs unzweifelhaft. So lehnen diese Gruppen beispielsweise eindeutig ein Anfechtungsrecht mit Blick auf Lügen über unternehmensinterne Vorgaben ab. Dasselbe gilt für Irreführungen über die Verfügbarkeit eines Produkts bei einem Händler. Umgekehrt befürworten zumindest die Richter mit klarer Mehrheit ein Anfechtungsrecht bei Lügen über die Preisberechnung.¹⁵² In Bezug auf Bluffs über Einkaufspreise und Freundschaftspreise lehnen die Richter hingegen mit relativer klarer Mehrheit (mittelgrau) ein Anfechtungsrecht ab. Generell befürworten die Berufstätigen auch eindeutig ein Anfechtungsrecht bei Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer.¹⁵³ Umstritten sind bei den Richtern lediglich Lügen über die Gesamtverfügbarkeit am Markt und bei den professionellen Verhandlern Bluffs über die Rechtslage (Unzulässigkeit). Bei den Anwälten fällt

¹⁵⁰ Nur bei den Studierenden ist das Ergebnis im Rahmen der Originalversion lediglich relativ eindeutig (mittelgrau).

¹⁵¹ In der zweiten Umfrageversion stimmten 92 % der Studierenden und 84 % der Richter für eine Anfechtung.

¹⁵² Es liegen insofern keine Ergebnisse von Anwälten und Verhandlern vor.

¹⁵³ Bei der zweiten Umfrage sprachen sich insofern allerdings „nur“ 78 % der Richter und 74 % der Studierenden für ein Anfechtungsrecht aus. Das lässt sich wohl mit dem *framing effect* erklären. In der zweiten Umfrage wurden generell kritischere Lügen betrachtet als in der ersten Version und die Lüge über den Leistungsgegenstand betraf eine Übertreibung mit Blick auf den Test- und Praxisbetrieb. Zudem folgt die Frage auf ein besonders kritisches Szenario, welches sich auf eine Lüge über die Berechnung des Preises bezieht.

auf, dass sie alle Szenarien mit sehr eindeutiger Mehrheit/Minderheit beantworten (hellgrau). Mit Ausnahme von Bluffs über die Rechtslage (Unzulässigkeit) gilt dies ebenso für die professionellen Verhandler.

Insbesondere bei den Studierenden gibt es jedoch einige Täuschungen, bei denen das Meinungsbild geteilt ist (dunkelgrau = umstritten). Das betrifft die Verfügbarkeit (am Markt und ggf. auch beim Verkäufer), unternehmensinterne Vorgaben sowie Interessen bezüglich der Verhandlung. Mit Blick auf Bluffs über die Verfügbarkeit bei einem Händler ist das Ergebnis zumindest mit Blick auf die zweite Umfrageversion umstritten.

Die empirischen Ergebnisse zum Rechtsgefühl belegen somit auch bei genauerer Betrachtung eindrucksvoll, dass über alle Gruppen hinweg und insbesondere unter Berufstätigen ein Konsens besteht, dass einige Bluffs die getäuschte Seite nicht zur Anfechtung berechtigen sollten.

5. Résumé zum Rechtsgefühl

Besonders hervorzuheben bleibt, dass die Siegerner Studie unabhängig von der moralischen Einschätzung zeigt, dass die Befragten bei Täuschungen außerhalb vom Preis im engeren Sinn sowie der Leistung¹⁵⁴ nur ausnahmsweise mehrheitlich ein Anfechtungsrecht befürworten. Eine Ausnahme besteht vor allem für Täuschungen über die Rechtslage und Bluffs über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt. Das Rechtsgefühl unterstreicht somit eindrücklich, dass es „listige“ Täuschungen geben sollte. Beachtlich sind vor allem auch die eindeutigen Einschätzungen der befragten Richter. Die Zustimmung für die Anfechtung lag außerhalb von Lügen über die Leistung, den Preis i. e. S., die Rechtslage und die Gesamtverfügbarkeit fast durchgehend nur zwischen 0 % und 19,9 %. Mit Blick auf eine Täuschung des Verkäufers über sein BATNA befürworteten immerhin 28 % der Richter und in Bezug auf Bluffs über den Einkaufspreis 25 % der Richter eine Anfechtung. Überraschenderweise lag der Wert für eine Anfechtung bei einem Bluff über einen angeblichen Freundschaftspreis bei 37 %.

Die stabilen Ergebnisse für Deutschland über alle Gruppen hinweg geben zudem schon einen Hinweis auf die besondere Relevanz, die dem Rechtsgefühl zukommen sollte. Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, dass die Kernergebnisse so auch international Bestand haben. Unter 4. Teil, F.VI. wird näher diskutiert, welche Bedeutung das Rechtsgefühl daher für die Rechtsordnung entfalten sollte.

Neben den Hinweisen auf die Zulässigkeit bestimmter Täuschungen ist – wie auch bei den Moralvorstellungen – vor allem von Bedeutung, dass die Beurteilung eines Sachverhalts je nach Täuschungsgegenstand variiert. Dies verstärkt die An-

¹⁵⁴ Wobei insofern zu bedenken ist, dass die Studierenden ein Anfechtungsrecht ablehnen, wenn der Käufer den Verkäufer über sein Produkt täuscht.

zeichen dafür, dass es mit Blick auf die Rechtslage ebenfalls sinnvoll sein könnte, stärker nach dem Täuschungsgegenstand zu unterscheiden.

D. Das Judiz zu Täuschungen in Vertragsverhandlungen

Nach den Moralvorstellungen und dem Rechtsgefühl wird im folgenden Abschnitt¹⁵⁵ noch das Judiz bezüglich Täuschungen in Vertragsverhandlungen erörtert. Das heißt, es wird das Gefühl dafür, wie das Recht ausgestaltet ist, untersucht. Da die Bezeichnung „Judiz“ ebenso wie das Rechtsgefühl nicht klar umrissen ist, wird der Begriff zunächst definiert (siehe unter 4. Teil, D.I.) und sodann von der Rechtskenntnis abgegrenzt (siehe unter 4. Teil, D.II.). Im Anschluss daran werden die empirischen Ergebnisse der Siegener Studie zum Judiz näher erörtert (siehe unter 4. Teil, D.III.). In diesem Zusammenhang kann ebenfalls auf die Ergebnisse der Siegener Studie zurückgegriffen werden. Denn die dritte Version der Umfrage ermittelt neben den Moralvorstellungen und dem Rechtsgefühl auch das Judiz und die Rechtskenntnis.¹⁵⁶ Die Bedeutung des Judizes für die Rechtsordnungen wird im Anschluss unter 4. Teil, F.V. erörtert. Unabhängig davon, ob das Judiz Bedeutung für die Rechtsordnung entfalten sollte, erscheint es bereits deshalb wichtig, da es Einfluss auf die tatsächlichen Verhältnisse (z. B. in Bezug auf die Durchsetzung oder Nichtdurchsetzung bestimmter Rechte) nimmt.¹⁵⁷

I. Der Begriff des Judizes

In diesem Werk wird unter Judiz das Gefühl¹⁵⁸ dafür, wie das Recht ausgestaltet ist, verstanden.¹⁵⁹ Das Judiz bezieht sich somit auf die intuitive Erfassung des geltenden Rechts. Es geht darum, (gefühlsmäßig) zu erkennen, wie ein Handeln oder Unterlassen von der Rechtsordnung bewertet wird. Das Judiz richtet sich hingegen nicht darauf, wie das Handeln oder Unterlassen bewertet werden sollte. Letzteres stellt vielmehr das Rechtsgefühl dar, welches bereits untersucht wurde. Beim Judiz geht es somit um das Gefühl dafür, ob die Rechtsordnung einen bestimmten As-

¹⁵⁵ Der folgende Abschnitt (D.) beruht stellenweise auf *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 397 f. Einige Passagen aus dem Beitrag wurden (nahezu) wörtlich übernommen. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

¹⁵⁶ Die Originalumfrage und die zweite Version der Siegener Studie erfragen diese Aspekte hingegen nicht, weshalb sich die folgenden Ausführungen allein auf die Ergebnisse der dritten Version stützen.

¹⁵⁷ Stimmen Rechtslage und Judiz nicht überein, sollte der Gesetzgeber daher überlegen, eine entsprechende Kommunikationsstrategie zu entwickeln, um die Rechtskenntnis zu erhöhen.

¹⁵⁸ Wie auch in Bezug auf das Rechtsgefühl soll hier nicht erörtert werden, ob das Judiz ein Gefühl, eine Emotion, ein Empfinden oder eine Intuition darstellt.

¹⁵⁹ Zu den folgenden Ausführungen bereits *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 397.

pekt tatsächlich regelt und, wenn ja, wie sie ihn regelt.¹⁶⁰ Es wird hier insofern ein weites Begriffsverständnis für das *Judiz* vorgegeben. Denn der Begriff des richterlichen *Judizes* wird meist enger auf die intuitive¹⁶¹ rechtliche Beurteilung eines konkreten Falls bezogen („Vor-Urteil“),¹⁶² während das Gefühl für das, was Recht ist, nicht nur auf einen konkreten Fall gerichtet sein muss, sondern auch in abstrakterer Form (z. B. auch für Fallgruppen oder vollständige Regeln) bestehen kann.¹⁶³ In seiner abstrakteren Form zeigt das Gefühl dafür, wie das Recht ist, z. B. an, wie eine bestimmte Fallgruppe mit Blick auf die Gesetzeslage einzuordnen ist. Genau diese Form des *Judizes* ermittelt die Siegener Studie in der dritten Version der Umfrage, indem sie das *Judiz* bezüglich der einzelnen Szenarien erfragt. Zum *Judiz* wurden im Rahmen der dritten Version der Umfrage deutsche Richter, Anwälte und Studierende befragt. Antworten von professionellen Verhandlern liegen nicht vor. Die dritte Version der Siegener Studie wurde zudem allein in Deutschland durchgeführt, sodass ein internationaler Vergleich der Ergebnisse an dieser Stelle unterbleibt.

II. Abgrenzung von *Judiz* und Rechtskenntnis

Der Übergang des *Judizes* zur „Rechtskenntnis“, d. h. zur Gewissheit über die rechtliche Bewertung eines Aspekts, ist fließend. Allerdings ist davon auszugehen, dass juristisch nicht oder kaum geschulte Personen nur bei relativ wenigen, ganz eindeutigen Fällen eine sichere Rechtskenntnis besitzen werden. In allen anderen Fällen werden die Befragten wohl regelmäßig nach ihrem Gefühl in Form des *Judizes* antworten.¹⁶⁴ Das legt zumindest die Siegener Studie¹⁶⁵ nahe, die zeigt, dass nur ein niedriger Prozentsatz der befragten Studierenden angibt, sich „sehr sicher“ bezüglich ihrer Kenntnis der Rechtslage zu sein. Bei acht von zehn Fragen lagen die Werte der Studierenden insofern zwischen 5 % und 11 %. Lediglich bei zwei Fragen gaben 17 % bzw. 20 % der Studierenden an, sich sehr sicher zu sein. Zwischen 7 % und 14 % der Studierenden gaben umgekehrt jeweils bei den Fragen an, „sehr unsicher“ bezüglich ihrer Einschätzung zu sein. Bei allen 10 Fragen lag der Durchschnitt der Antworten zwischen 2,74 und 3,45 (auf einer Skala von 1 bis 5).

¹⁶⁰ Das Gefühl für das, was Recht ist, ist daher nicht mit dem Gerechtigkeitssinn gleichzusetzen, sondern beide Begriffe sind strikt zu unterscheiden.

¹⁶¹ Gröschner, JZ 1987, 903, 906 grenzt Intuition und Gefühl voneinander ab. Außerdem verlangt er für das *Judiz* neben der intuitiven Bewertung noch eine reflektierte Bewertung.

¹⁶² Gröschner, JZ 1987, 903, 906 definiert *Judiz* folgendermaßen: „*Judiz* ist die Fähigkeit, das wahrscheinliche Ergebnis eines erst noch im Einzelnen zu führenden Dialogs über die Zuordnung des Falles zu einer gesetzlichen Fallreihe mit seinen tragenden Gründen gedanklich vorwegzunehmen.“ Auf S. 906 f. verbindet Gröschner daneben entgegen dem hiesigen Verständnis *Judiz* und Gerechtigkeitssinn.

¹⁶³ Dehnow, ArchSPH 20 (1914), 90, 90 führt allgemein aus, dass das Rechtsgefühl sich „sowohl auf abstrakte Normen wie auf Einzelentscheidungen“ bezieht.

¹⁶⁴ So bereits S. Jung, Rechtswissenschaft 2020, 378, 397.

¹⁶⁵ Näher zum Aufbau der Siegener Studie unter 1. Teil, C.

Richter und Anwälte sind sich – wie zu erwarten war – sicherer bezüglich ihrer Einschätzung wie das Recht ist. Der Übergang zwischen *Judiz* und Rechtskenntnis ist bei ihnen daher in der Tat fließend. Interessant zu sehen ist allerdings, dass dennoch auch bei den Richtern und Anwälten ein erheblicher Anteil der Befragten eben nicht „sehr sicher“ bezüglich ihrer Kenntnis der Rechtslage ist. So gaben bei allen Fragen zwischen 38 % und 64 % der Richter an, sich bei ihrer Einschätzung sehr sicher zu sein. Bei den Anwälten schwankten die Werte sogar zwischen „lediglich“ 25 % und 57 %. Die Durchschnittswerte liegen allerdings sehr hoch und zeigen, dass sich die deutschen Richter und Anwälte zwar nicht sehr sicher, aber doch relativ sicher bzgl. ihrer Rechtskenntnisse sind. Bei allen zehn Fragen lag der Durchschnitt der Antworten bei den Richtern zwischen 4,04 und 4,4 und bei den Anwälten zwischen 3,77 und 4,3 (auf einer Skala von 1 bis 5, wobei 5 „sehr sicher“ entspricht).

III. Ergebnisse der Siegener Studie zum empirisch ermittelten *Judiz* in Deutschland

Die Ergebnisse der Siegener Studie zeigen, dass die Mehrheit der Richter und Anwälte für alle abgefragten Fälle der Täuschung außerhalb des Leistungsgegenstands¹⁶⁶ eindeutig davon ausgeht, dass das deutsche Recht kein Anfechtungsrecht gewährt. Nur bezüglich der Täuschung über die Rechtslage (vorgetäuschte Unzulässigkeit) ist das Meinungsbild weniger eindeutig. Insofern gehen 62 % der Richter und 60 % der Anwälte davon aus, dass auch solche Bluffs von der Rechtsordnung als rechtswidrig angesehen werden. Bei Täuschungen über den Leistungsgegenstand (Übertreibung durch den Verkäufer) nehmen immerhin 89 % der Richter und 79 % der Anwälte ein Anfechtungsrecht an.

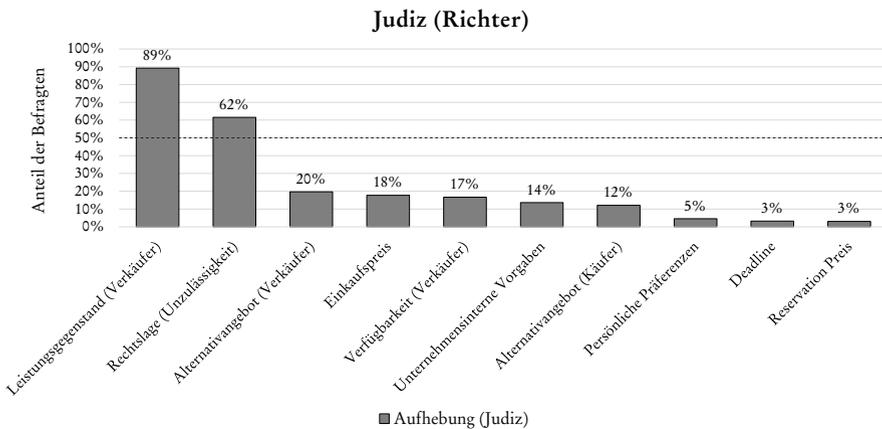


Abb. 51: *Judiz* der deutschen Richter mit Blick auf die dritte Version

¹⁶⁶ Da das *Judiz* nur mit Blick auf die Szenarien aus der Originalumfrage ermittelt wurde, lässt sich keine Aussage darüber treffen, wie die Befragten beispielsweise Lügen über den Preis i. e. S. bewerten würden.

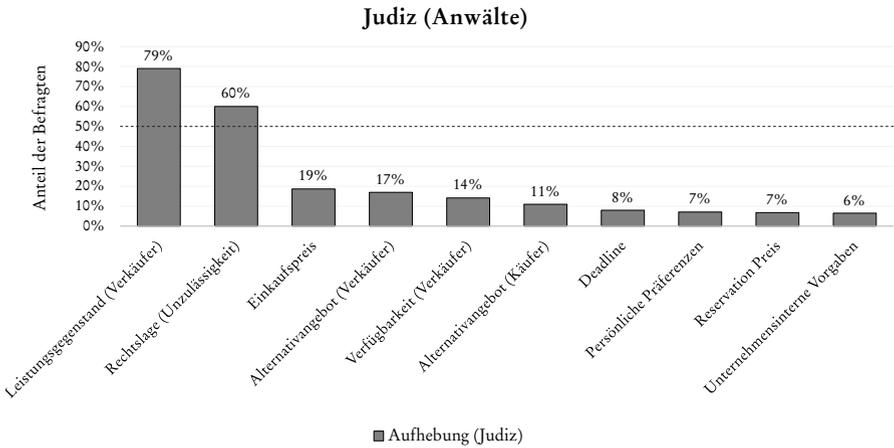


Abb. 52: Judiz der deutschen Anwälte mit Blick auf die dritte Version

Betrachtet man allein die Mehrheiten bezüglich der einzelnen Szenarien, so kommen auch die Studierenden zu vergleichbaren Ergebnissen wie die befragten Richter und Anwälte. Allerdings liegen die Werte bei den Täuschungen außerhalb des Leistungsgegenstands tendenziell höher als bei den Richtern und Anwälten.

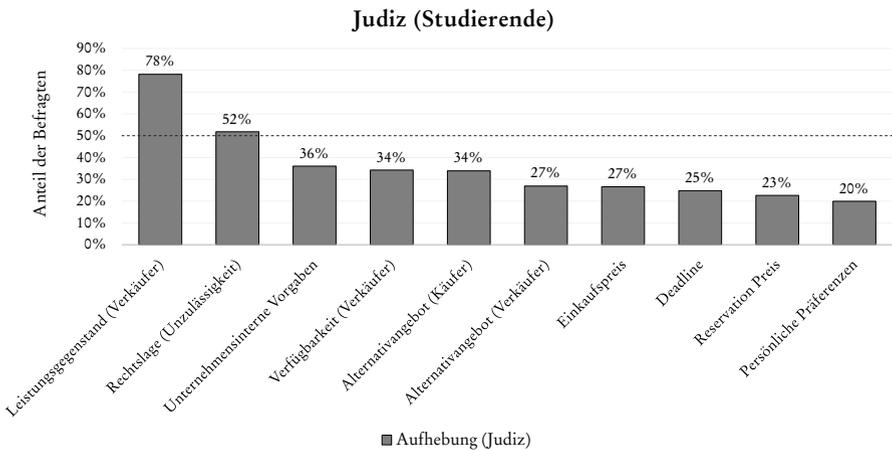


Abb. 53: Judiz der deutschen Studierenden mit Blick auf die dritte Version

Bei der Täuschung über die Rechtslage gehen allerdings lediglich 52 % der Studierenden von einem Anfechtungsrecht aus. Das ist insofern überraschend als sich in Übereinstimmung mit ihren Moralvorstellungen die Studierenden mit einer ein-

deutigeren Mehrheit von 73 %¹⁶⁷ (Abb. 42) für die Anfechtbarkeit aussprechen (Rechtsgefühl). Nicht alle Studierenden glauben daher, dass das Recht die getäuschte Seite schützt, obwohl sie für entsprechende Regeln sind. Bei den Anwälten ist die Situation ähnlich. Innerhalb dieser Gruppe befürworten ebenfalls 81 %¹⁶⁸ eine Aufhebung, aber nur 60 % gehen davon aus, dass das deutsche Recht ein entsprechendes Anfechtungsrecht tatsächlich gewährt. Bei den Richtern befürworten 60 %¹⁶⁹ ein Anfechtungsrecht (Rechtsgefühl) und 62 % glauben auch, dass das deutsche Recht diese Lösung vorsieht. Die Tendenz der Anwälte und Studierenden ein Anfechtungsrecht zwar für Täuschungen über die Rechtslage zu befürworten, aber nicht daran zu glauben, dass dieses tatsächlich besteht, könnte zumindest teilweise erklären, warum sich relativ wenig Rechtsprechung zu diesem Aspekt finden lässt,¹⁷⁰ obwohl ein Anfechtungsrecht in der Literatur einhellig bejaht wird. Denn wenn die Getäuschten und ihre Anwälte nicht daran glauben, dass ihnen ein Anfechtungsrecht zusteht, werden sie wohl zumeist nicht klagen.

IV. Zwischenergebnis zum *Judiz*

Bemerkenswert ist, dass die Ergebnisse der Siegener Studie zeigen, dass die Befragten praktisch nur bei Täuschungen über die Leistung mehrheitlich eindeutig annehmen, dass der deutsche Gesetzgeber die getäuschte Seite nach geltender Rechtslage mit Hilfe eines Anfechtungsrechts schützt.¹⁷¹ Bei der Täuschung über die Rechtslage (Unzulässigkeit) vermutet eine Mehrheit der Richter, der Anwälte und der Studierenden zwar ebenfalls, dass ein Anfechtungsrecht besteht, allerdings erscheint diese Einschätzung weniger eindeutig. Die Befragung unterstreicht somit, dass die Befragten mehrheitlich annehmen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB „listige“ Täuschungen bereits in seiner jetzigen Form – in Übereinstimmung mit ihrem Rechtsgefühl – zulässt (zum Verhältnis von Rechtsgefühl und *Judiz* sogleich im Folgenden unter 4. Teil, F.II.). Diese Ergebnisse sind vor allem mit Blick auf die deutschen Richter und die Anwälte äußerst bemerkenswert, wenn man sie im Verhältnis zum Schrifttum zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sieht. Denn in der Literatur wird *de lege lata* für einen äußerst weitreichenden Schutz durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB plädiert und Ausnahmen dazu, praktisch kaum diskutiert.

¹⁶⁷ Der Wert von 73 % wurde i. R. d. Originalumfrage erzielt. Mit Blick auf die dritte Version der Umfrage befürworteten 68 % der deutschen Studierenden ein Anfechtungsrecht.

¹⁶⁸ Der Wert von 81 % wurde i. R. d. Originalumfrage erzielt. Mit Blick auf die dritte Version der Umfrage befürworteten 72 % der deutschen Anwälte ein Anfechtungsrecht.

¹⁶⁹ Der Wert von 60 % wurde i. R. d. Originalumfrage erzielt. Mit Blick auf die dritte Version der Umfrage befürworteten 68 % der deutschen Richter ein Anfechtungsrecht.

¹⁷⁰ Zu den Gründen für das Fehlen von Rechtsprechung bereits unter 2. Teil, B.II.3.

¹⁷¹ Dies gilt, obwohl es im abgefragten Szenario um eine relativ „schwache“ Täuschung über den Leistungsgegenstand ging. Denn es wurde z. B. keine Qualität frei erfunden, sondern die tatsächliche Leistung der Maschine „lediglich“ übertrieben dargestellt.

Dennoch stellen die vorgestellten Ergebnisse zunächst einmal lediglich eine Beobachtung dar. Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, ob sich dies auch auf die Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auswirken sollte (siehe dazu unter 4. Teil, F.VI.). Dies kann aber wohl zumindest teilweise erklären, warum wegen Täuschungen außerhalb von Preis und Leistung in der Praxis generell nicht angefochten wird. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich keine Urteile zu diesen Bluffs finden lassen (siehe dazu unter 2. Teil, B.II.2.d)). Dies erscheint vor allem insofern einleuchtend, als Anwälte ihren Mandanten in Fällen von Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands wohl zumindest auch aufgrund ihres Judizes¹⁷² nicht selten von einer gerichtlichen Durchsetzung der Anfechtung abraten würden. Noch häufiger werden die Anwälte aufgrund ihres Judizes erst gar nicht an eine Anfechtung denken und diese Option daher nicht mit ihren Mandanten diskutieren.

E. Zwischenergebnis zu Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Judiz

Die vorgestellten Ergebnisse der Siegener Studie zu den Moralvorstellungen, zum Rechtsgefühl und zum Judiz sind auch in ihrem Zusammenspiel interessant. Denn bezüglich einiger Täuschungen in Vertragsverhandlungen weisen alle drei Wertungen in dieselbe Richtung. Bezüglich Lügen über den Leistungsgegenstand (durch den Verkäufer) geben die Wertungen beispielsweise einen Hinweis darauf, dass solche Täuschungen als arglistig eingeordnet werden sollten. Umgekehrt zeigen alle drei untersuchten Faktoren, dass einiges dafürsprechen könnte, Bluffs über den *reservation price*, über Zeitdruck und über persönliche Präferenzen als „listige“ Bluffs zu kategorisieren. Die insofern bestehende Übereinstimmung zwischen den verschiedenen Wertungselementen könnte deren Überzeugungskraft stärken. In Bezug auf andere Bluffs ergeben sich hingegen Unterschiede zwischen dem Moralverständnis, dem Rechtsgefühl und dem Judiz. Daher soll im Folgenden deren Bedeutung und deren Verhältnis zueinander näher untersucht werden.

Ein Blick auf alle drei Wertungen zeigt allerdings noch einmal eindrücklich, dass der Gegenstand der Täuschung jeweils die Bewertung beeinflusst und daher auch in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine Rolle spielen könnte.

¹⁷² Wie bereits an anderer Stelle erörtert, können viele verschiedene Gesichtspunkte gegen eine gerichtliche Durchsetzung der Anfechtung sprechen. Ein entgegenstehendes Judiz stellt lediglich einen Aspekt dar, der dazu beitragen könnte.

F. Die Bedeutung des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes für das Recht sowie deren Verhältnis zueinander

Im Anschluss an die Ausführungen zu den Ergebnissen der Siegener Studie stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem empirisch ermittelten Moralverständnis, dem Rechtsgefühl und dem Judiz für die Auslegung *de lege lata* und die Gesetzesgestaltung *de lege ferenda* zugemessen werden sollte.¹⁷³ Die Frage nach der Bedeutung dieser drei Aspekte ist für das unternehmerische Vertragsrecht von genereller Natur, d. h. sie muss grundsätzlich beantwortet werden und nicht allein mit Blick auf die Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Eine vertiefte Befassung mit dieser Thematik soll in dieser Arbeit jedoch unterbleiben, da die Bearbeitung allein dieser Fragestellung einer eigenen Arbeit würdig ist. Die Relevanz von empirisch ermittelten Moralvorstellungen (siehe unter 4. Teil, F.IV.) und dem empirisch ermittelten Judiz (siehe 4. Teil, F.V.) wird daher im Folgenden lediglich ganz kurz angerissen. Die entsprechenden Erkenntnisse werden in dieser Arbeit dann im Ergebnis als Aufgreifkriterium bzw. als Hinweis genutzt. Allein die Bedeutung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls soll etwas ausführlicher diskutiert werden (siehe 4. Teil, F.VI.), da dieses in dieser Arbeit sowohl mit Blick auf die Lösung *de lege lata* als auch den Vorschlag *de lege ferenda* verstärkt aufgegriffen wird.

Die hier vorgeschlagene Differenzierung zwischen dem Moralverständnis, dem Judiz und dem Rechtsgefühl bezüglich deren Relevanz für die Interpretation und Rechtsetzung setzt voraus, dass dem Rechtsgefühl eine eigenständige Bedeutung zukommt, d. h. dass das Rechtsgefühl nicht mit den Moralvorstellungen und/oder dem Judiz gleichzusetzen ist. Dass dem so ist, soll im Folgenden nachgewiesen werden.

I. Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl¹⁷⁴

In der Literatur wird oftmals eine starke Verbindung zwischen bzw. eine Gleichsetzung von Moral/Ethik und Rechtsgefühl¹⁷⁵ angenommen. Die Siegener Studie zeichnet bezüglich des Verhältnisses von Moral und Rechtsgefühl mit Blick auf Täuschungen in Vertragsverhandlungen allerdings ein differenziertes Bild. Zu-

¹⁷³ Dieser Abschnitt basiert (teils auch wörtlich) auf S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 405 ff. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen.

¹⁷⁴ Dieser Abschnitt basiert (teils wörtlich) auf S. Jung, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 395 ff. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen. Weiterführend zum Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl bezüglich Lügen in Vertragsverhandlungen S. Jung/Krebs/Leszczynska, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023) sowie S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 1 ff. (unveröffentlichte Fassung).

¹⁷⁵ Siehe z. B. Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 1946, S. 81 f.; Kriele in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 23, 23 und 31.

nächst einmal ist eine (durchaus beachtliche) Verbindung zwischen Moral und Rechtsgefühl erkennbar.¹⁷⁶ Für immerhin 18–32 % der in Deutschland befragten Teilnehmer gehen mit Blick auf die Originalumfrage Moral und Rechtsgefühl bezüglich der abgefragten Täuschungsszenarien immer¹⁷⁷ Hand in Hand.¹⁷⁸ Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch gerade, dass für 69–82 % der in Deutschland befragten Teilnehmer Moral und Rechtsgefühl zumindest bzgl. eines oder gleich mehrerer Szenarien auseinanderfallen.¹⁷⁹ Halten die Befragten eine Täuschung mehrheitlich für moralisch akzeptabel, so gilt generell, dass dann eine große Mehrheit zugleich keine Anfechtung befürwortet.¹⁸⁰ Das Rechtsgefühl hält daher ein Eingreifen der Rechtsordnung regelmäßig nur in Fällen für notwendig, die als unmoralisch eingestuft werden. Gleichzeitig gilt jedoch nicht, dass alle Bluffs, die als unmoralisch angesehen werden, nach Ansicht der Befragten auch zu einem Anfechtungsrecht führen sollten. Aus der Angabe, dass ein Teilnehmer eine Irreführung als unmoralisch einstuft, lässt sich somit nicht direkt auf sein Rechtsgefühl schließen. Bei ganz eindeutig unmoralischen Beispielen wie der Lüge über den Leistungsgegenstand durch den Verkäufer stimmen Moral und Rechtsgefühl zumindest bezüglich der Mehrheitsverhältnisse allerdings noch weitgehend überein.¹⁸¹ Insofern überrascht es nicht, dass eine Zusatzbefragung zur Studie zeigt, dass immerhin 67 % der deutschen Studierenden davon ausgehen, dass sie ihre eigenen Moralvorstellungen in das Rechtsgefühl einfließen lassen. Bei den deutschen Richtern und Anwälten liegt der Wert hingegen eindeutig niedriger.¹⁸² Die Studie macht daher vor allem auch deutlich, dass die Teilnehmer in vielen anderen Fällen durchaus zwischen Rechtsgefühl und Moral unterscheiden. Dies gilt für alle Gruppen (d. h. Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende¹⁸³) sowohl in Deutschland als auch in allen anderen untersuchten Ländern. Entgegen der in

¹⁷⁶ Dölling in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 240, 249 ff. zeigt in seiner Studie zum Strafrecht eine starke Verbindung von Rechtsgefühl und moralischer Verbindlichkeit einer Norm auf.

¹⁷⁷ Das bedeutet, dass die Befragten in allen abgefragten Szenarien entweder die Kombination „moralisch akzeptabel/keine Anfechtung“ oder „unmoralisch/Anfechtung“ ankreuzten.

¹⁷⁸ Bezuggenommen wird an dieser Stelle auf die Antworten der deutschen Richter (18 %), der Anwälte (31 %), der professionellen Verhandler (zusammengefasst: 32 %) sowie der deutschen Studierenden (24 %). Dieser Aspekt wird Bestandteil einer zukünftigen Veröffentlichung sein.

¹⁷⁹ Dieser Aspekt wird Bestandteil einer zukünftigen Veröffentlichung sein.

¹⁸⁰ Eine kleine Minderheit in Deutschland gibt teilweise an, dass das Verhalten moralisch akzeptabel ist, befürwortet jedoch rechtliche Konsequenzen. Dieser Aspekt wird Bestandteil einer zukünftigen Veröffentlichung sein. In einigen anderen Ländern, z. B. Kolumbien, lässt sich dieses Antwortmuster häufiger erkennen.

¹⁸¹ Dieser Aspekt wird Bestandteil einer zukünftigen Veröffentlichung sein.

¹⁸² Bei den Richtern geben 42 % an, dass Sie davon ausgehen, dass ihre persönlichen Moralvorstellungen ins Rechtsgefühl einfließen, bei den Anwälten sind es 38 %.

¹⁸³ Wobei insofern Gruppenunterschiede festzustellen sind. Siehe dazu näher S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 28 ff. (unveröffentlichte Fassung).

der Literatur vertretenen Hypothese von der Einheit von Moral und Rechtsgefühl¹⁸⁴ sind die beiden Aspekte damit nicht gleichzusetzen.

Die Betrachtung zeigt im Ergebnis für Deutschland, dass die Moralvorstellungen grundsätzlich höhere Standards setzen als das Rechtsgefühl.¹⁸⁵ Dies entspricht zugleich allgemeinen Vorstellungen, wonach moralische Ansprüche in aller Regel strenger sind als das Recht¹⁸⁶ und es nur ganz wenige Fälle gibt, in denen ein Verhalten gesetzwidrig ist und diese Regel auch befürwortet wird, aber das Verhalten dennoch moralisch akzeptiert ist. Das gilt nicht nur für die Überlegungen der Moralphilosophen, die häufig zu strengeren Moralvorstellungen tendieren als die Allgemeinheit.¹⁸⁷ Die Siegener Studie unterstreicht vielmehr, dass die persönlichen Moralvorstellungen von den Befragten ebenfalls strenger sind als deren Ansprüche an das Recht.



Abb. 54: Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl¹⁸⁸

Gerade dieses Stufenverhältnis von Moral und Rechtsgefühl verdeutlicht, dass das Rechtsgefühl und nicht die Moral den zentralen Untersuchungsgegenstand mit Blick auf das unternehmerische Vertragsrecht darstellen sollte. Denn die Moral ist nur ein Faktor, der in das Rechtsgefühl einfließt. Zudem deuten die Ergebnisse der Studie auch darauf hin, dass es beim Rechtsgefühl in Deutschland weniger große Unterschiede gibt als bei der Moral.¹⁸⁹ Die größere Homogenität des Rechtsge-

¹⁸⁴ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 50 im 4. Teil.

¹⁸⁵ Vgl. bereits *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 994.

¹⁸⁶ Vgl. zu Lügen beispielsweise *Parsons*, *The Law of Contracts*, Bd. 2, 9. Aufl. 1904, S. 935 f. (Rn. 768) („The law of morality, which is the law of God, acknowledges but one principle, and that is the duty of doing to others as we would that others should do to us, and this principle absolutely excludes and prohibits all cunning [...] But this would be perfection; and the law of God requires it, because it requires perfection; that is, it sets up a perfect standard, and requires a constant and continual effort to approach it. But human law, or municipal law, is the rule which men require each other to obey“).

¹⁸⁷ Vgl. z. B. *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*: 4. Buch, übersetzt v. Adolf Stahr, 1863, S. 146; *Augustinus*, *Die Lüge und gegen die Lüge*, übersetzt v. Keseling, 1953, 3. Aufl. 2007, S. 123, 123; *Kant* in: Weischedel (Hrsg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. 8, 19. Aufl. 2021, S. 562 ff. und 637 ff. Zu den Ergebnissen der Siegener Studie zu den Moralvorstellungen der Befragten auch *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 977 ff.

¹⁸⁸ Die Graphik entstammt *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 396. In *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019), 973, 994 findet sich zudem eine Graphik, die rechtsvergleichend für die USA und Deutschland das Verhältnis von Moralphilosophie, Moralvorstellungen, Rechtsgefühl und Recht zeigt.

¹⁸⁹ Ein Beispiel dafür sind die Antworten der deutschen und US-amerikanischen Anwälte

fühls im Vergleich zur Moral macht das Rechtsgefühl unter dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit ggü. der Moral zum überzeugenderen Abwägungskriterium.

II. Verhältnis von Judiz und Rechtsgefühl¹⁹⁰

In der Praxis und auch in der Literatur wird zwischen Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht ist) und Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte) oftmals nicht differenziert.¹⁹¹ Beide Aspekte sind jedoch nicht deckungsgleich. Es bestehen vielmehr Unterschiede zwischen dem Rechtsgefühl und dem Judiz, auf die im Folgenden eingegangen werden soll. Eben diese Unterschiede rechtfertigen im Ergebnis eine getrennte Erörterung beider Aspekte.

Erste empirische Untersuchungen belegen eine relativ starke Verbindung von Judiz und Rechtsgefühl.¹⁹² Eine Zusatzbefragung zur Siegener Studie deutet zudem darauf hin, dass den Befragten diese Verbindung auch bewusst ist bzw. dass sie die Berücksichtigung als legitim erachten. Denn immerhin 45 % der deutschen Studierenden geben an, dass sie ihre Vorstellungen davon, wie die Rechtslage in Deutschland tatsächlich ist, in ihre Antwort zum Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie die Rechtslage sein sollte) einfließen lassen. Bei den deutschen Anwälten sind es sogar 51 % und bei den deutschen Richtern 71 %. Damit ist aber noch kein Kausalzusammenhang zwischen beiden Aspekten nachgewiesen. Ob und, wenn ja, inwiefern ein Zusammenhang zwischen dem Rechtsgefühl und dem Judiz besteht, ist Gegenstand weiterer Untersuchungen.¹⁹³ In jedem Fall sind das Judiz und das Rechtsgefühl nicht gleichzusetzen. Denn bzgl. der abgefragten Konstellationen geht jeweils immerhin eine Minderheit von 16 % bis 31 % (je nach Konstellation) der deutschen Studierenden davon aus, dass ihr Judiz und ihr Rechtsgefühl nicht übereinstim-

bezüglich einer Lüge über die Verfügbarkeit eines Produkts. 81 % der US-amerikanischen Anwälte beurteilten diese Täuschung als unmoralisch, während nur 45 % der deutschen Anwälte dies angaben. Für eine Anfechtung sprachen sich 14 % der US-amerikanischen Anwälte aus sowie 13 % der deutschen Anwälte. Eine genauere Auswertung wird folgen. Der Blau Index und IQV deuten dies allerdings vor allem für die deutschen Richter, Anwälte und professionellen Verhandler insgesamt an (die Differenz der Varianz ist auch signifikant). In anderen Ländern mag dieses Ergebnis hingegen nicht erzielt werden. Die Ergebnisse des Levene-Tests für Varianzhomogenität können in Abb. 65 im Anhang IV. gefunden werden.

¹⁹⁰ Dieser Abschnitt basiert (teils wörtlich) auf S. Jung, Rechtswissenschaft 2020, 378, 397f. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen. Weiterführend zum Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl bezüglich Lügen in Vertragsverhandlungen S. Jung/Krebs/Gélvez-Alvarez, Group differences regarding moral and legal beliefs, working paper 2022, S. 1, 1 ff. (unveröffentlichte Fassung).

¹⁹¹ In der Praxis scheint z. B. auch Richtern nicht immer klar zu sein, was unter Judiz genau zu verstehen ist. Siehe Berndt, Richterbilder, 2010, S. 182f.

¹⁹² Dölling in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 240, 246f. zeigt anhand eines Beispiels die weitgehende Übereinstimmung zwischen dem Gefühl dafür, was Recht ist und was Recht sein sollte. Ebenso die Studie von Darley/Sanderson/LaMantia, American Behavioral Scientist 39 (1996), 405, 414ff.

¹⁹³ Eine genauere Auswertung der Siegener Studie wird zukünftig erfolgen.

men.¹⁹⁴ Bei den deutschen Anwälten liegen die Werte hingegen mit 6 % bis 21 % eindeutig niedriger. Dasselbe gilt auch für die deutschen Richter (2 % bis 17 %). Die Minderheit, die ein Spannungsverhältnis zwischen beiden Aspekten verspürt, verdeutlicht jedoch, dass es sich lohnt, Judiz und Rechtsgefühl zu unterscheiden.

III. Eigenständigkeit des Rechtsgefühls und intuitive Erfassung relevanter Aspekte¹⁹⁵

Die soeben benannten Unterschiede zwischen Moral und Rechtsgefühl sowie zwischen Judiz und Rechtsgefühl unterstreichen zunächst die eigenständige Bedeutung des Rechtsgefühls. Gleichzeitig zeigen die Ausführungen, dass das Gefühl dafür, wie das Recht sein *sollte*, wohl zu einem nicht unerheblichen Grad von diesen Aspekten beeinflusst wird. Im Ergebnis wird hier daher vertreten, dass das Rechtsgefühl nicht mit einem der genannten Aspekte gleichzusetzen ist, sondern vielmehr einen Zusammenfluss aus den verschiedensten Erwägungen darstellt.¹⁹⁶ Das Rechtsgefühl kann somit als summarische Entscheidung beschrieben werden. Menschen berücksichtigen wohl die verschiedensten Aspekte mit Blick auf das Rechtsgefühl und lassen sich gleichzeitig von den unterschiedlichsten Gesichtspunkten beeinflussen. Diese Vermutung wird durch die dritte Version der Siegener Studie¹⁹⁷ unterstrichen, im Rahmen derer die Teilnehmer befragt wurden, welche

¹⁹⁴ Bei *Dölling* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 240, 251 sind die meisten Unterschiede zwischen Judiz und Rechtsgefühl hingegen nicht signifikant. *Darley/Sanderson/LaMantia*, *American Behavioral Scientist* 39 (1996), 405, 414 ff. geht nicht näher auf die Unterschiede ein, sondern erklärt lediglich, dass Judiz und Rechtsgefühl praktisch übereinstimmen.

¹⁹⁵ Dieser Abschnitt basiert (teils wörtlich) auf *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 398 ff. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen. Weiterführend zum Verhältnis von Moral und Rechtsgefühl bezüglich Lügen in Vertragsverhandlungen *S. Jung/Krebs/Leszczynska*, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 1 ff. (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.20223); *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 1 ff. (unveröffentlichte Fassung).

¹⁹⁶ *Weimar* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 162 führt insofern an, dass das Rechtsgefühl „neben den emotionalen auch intellektuelle Entstehungsmomente in sich trägt“. *Kriele* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 23, 23 unterstreicht hingegen, dass das Rechtsgefühl „seinen Sitz nicht im Intellekt hat, sondern im ‚Herzen‘“. *Meier*, *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*, 1986, S. 44 ff. listet zwar nicht auf, woraus sich das Rechtsgefühl speisen könnte, nennt jedoch verschiedene Sachverhalte, die bereits untersucht wurden. Das Rechtsgefühl gilt gerade deshalb teilweise als unzuverlässig bzw. störanfällig. Kritisch z. B. *Stammler*, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1922, S. 299 f.: Das Rechtsgefühl sieht er als „eine beliebig zusammengeraffte Kenntnis von Recht und gesellschaftlichem Leben und eine subjektive und zufällige Weise des Urteilens“.

¹⁹⁷ Im Rahmen einer Befragung von Studierenden wurde eine Zusatzfrage gestellt, bei der die Beteiligten ankreuzen bzw. freihändig angeben sollten, welche Überlegungen ihren Antworten zum Rechtsgefühl zugrunde liegen. Die Befragung ist insofern limitiert, als sie voraussetzt, dass den Befragten bewusst wird, welche Aspekte sie berücksichtigt haben. Einige Aspekte könnten

Aspekte sie bei der Bildung ihres Rechtsgefühls berücksichtigt haben. Dabei waren Mehrfachnennungen ausdrücklich gestattet.¹⁹⁸ Im Durchschnitt kreuzten die deutschen Studierenden und die deutschen Anwälte vier verschiedene Punkte an. Die deutschen Richter nannten durchschnittlich drei verschiedene Aspekte.¹⁹⁹ Dies liefert einen Anhaltspunkt dafür, dass das Rechtsgefühl tatsächlich einen Zusammenfluss aus den verschiedensten Erwägungen darstellt. Im Ergebnis kommt dem Rechtsgefühl somit in jedem Fall eine eigenständige Bedeutung zu, wobei es gleichzeitig einen Zusammenfluss aus den unterschiedlichsten Erwägungen darstellt.

IV. Die Bedeutung von empirisch ermittelten Moralvorstellungen für das Recht

Die Debatte zum Verhältnis von Moral und Recht ist so umfangreich, dass an dieser Stelle nicht einmal eine Zusammenfassung erfolgen soll.²⁰⁰ In jedem Fall sind Moral und Recht nicht gleichzusetzen.²⁰¹ In der deutschsprachigen Literatur wurde beispielsweise die Idee des Richters als Sozialingenieur diskutiert.²⁰² Außerdem wird mit Blick auf sozialetische Wertungen teilweise betont, dass „die Rechtsord-

jedoch gerade unterbewusst einfließen und würden daher nicht von den Befragten genannt werden.

¹⁹⁸ Es standen zehn verschiedene Antwortmöglichkeiten zur Auswahl. Darüber hinaus hätten die Befragten auch ankreuzen können, dass keine der Antwortmöglichkeiten passt bzw. im Freitext ihre bevorzugte Antwort aufschreiben können.

¹⁹⁹ Interessant ist insofern auch, dass 83 % der deutschen Studierenden mindestens drei verschiedene Aspekte ankreuzte. Bei den befragten deutschen Anwälten kreuzten sogar 86 % mindestens drei verschiedene Aspekte an. Bei den deutschen Richtern waren es immerhin noch 70 %.

²⁰⁰ Aus rechtsphilosophischer Sicht z. B. einen Überblick gebend: *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, § 8; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 260 ff.

²⁰¹ Vgl. auch *Frühhauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Richterrechts, 2006, S. 198 („Darüber hinaus gilt die unbestrittene Formel, dass Moral nicht gleich Recht ist. Nicht jede ethische Forderung eignet sich per se als solche des Rechts.“).

²⁰² Zur Idee des Richters als Sozialingenieur siehe bspw. *Wasserman*, Der politische Richter, 1972, passim; *Zweigert*, Die Zeit 8 (1969), S. 56; ablehnend sowie zu den Konsequenzen einer solchen Idee *F. Kirchhof*, NJW 2020, 1492, 1493 („Etwa zur gleichen Zeit suchte ein Teil der Rechtswissenschaft Raum für ein politisches ‚Aktions‘-Potenzial der Gerichte mit dem Vorschlag, der Richter sei zum Sozialingenieur berufen und könne sich in dieser Funktion auch von der Rechtsbindung entfernen. Erfreulicherweise hat dieser Ansatz keine Anhänger in der Gerichtsbarkeit gefunden. Er hätte die Kontrolle auf gesellschaftliche Maßstäbe erweitert und das demokratisch legitimierte Rechtssystem gesprengt.“); diese Idee wird ebenso in der Presse und von der deutschen Bevölkerung diskutiert vgl. *Kaupen/Rasehorn*, NJW 1971, 497, 497 f. (Titel: Das Verhältnis der Bevölkerung der Bundesrepublik zur Rechtspflege – Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage: „Die Bevölkerung, und innerhalb der Bevölkerung vor allem die am besten informierten Angehörigen der Oberschicht, verlangt nicht eine technokratische Perfektionierung der bestehenden Organisation der Rechtspflege, sondern eher die Verlagerung der Aufgaben von der (bisher herrschenden) Lösung von Rechtskonflikten zur Bewältigung gesellschaftlicher Konflikte. Hier werden die – bisher erst vereinzelt – Bestrebungen unterstützt, die den Richter zu einem ‚Sozialarzt‘ oder ‚Sozialingenieur‘ machen wollen.“) sowie *Berchtold* in: *Berchtold* (Hrsg.), SGG, 6. Aufl. 2021, Vorwort, S. 5.

nung nicht [...] ein besonderes ethisches Handeln zur rechtlichen Pflicht machen, sondern lediglich [...] gegen sozialetisch inakzeptabel schädliche Handlungsweisen einschreiten will.“²⁰³ Das Recht soll danach in einem liberalen Staat wie der BRD einen sozialetischen Mindeststandard schützen.²⁰⁴ Selbst wenn man dieser Ansicht zustimmt, lässt sich daraus allerdings nicht zwingend schließen, dass harmlose Bluffs, die bereits als moralisch akzeptabel angesehen werden, vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen sind. Denn der Gesetzgeber besitzt bezüglich einzelner Aspekte durchaus die Möglichkeit, höhere moralische Standards durchzusetzen.²⁰⁵ Ohne an dieser Stelle näher auf das Verhältnis von Moral und Recht eingehen zu wollen, könnte aber aus § 138 Abs. 1 BGB ggf. der Schluss gezogen werden, dass moralische Bewertungen zumindest in bestimmten Fällen eine gewisse Relevanz entfalten können.²⁰⁶ In der Literatur wird allerdings grundsätzlich betont, dass es generell nicht auf die Moralvorstellungen Einzelner ankommen kann,²⁰⁷ weshalb überlegt werden könnte, die Moralvorstellungen empirisch zu ermitteln.²⁰⁸

Im Ergebnis scheinen moralische Wertungen mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht im Vordergrund zu stehen, weshalb sie – wenn überhaupt – nur sehr begrenzt zur Lösung *de lege lata* oder *de lege ferenda* beitragen können und in dieser Arbeit lediglich als Aufgreifkriterium bzw. als (weiterer) Hinweis genutzt werden.

V. Die Bedeutung des empirisch ermittelten Judizes für das Recht

Wie unter 4. Teil, D.I. erörtert, kann sich das empirisch ermittelte Judiz sowohl auf einen konkreten Fall beziehen als auch in abstrakterer Form, z. B. mit Blick auf eine Fallgruppe abgefragt werden. Außerdem ist zwischen dem Judiz von Laien und von Richtern zu unterscheiden.

²⁰³ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 203. Zum Verhältnis von Moral und Recht statt vieler auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 260 ff. (Rn. 404) („Recht und Moral sind nicht deckungsgleich.“).

²⁰⁴ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 203. Vgl. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 264 (Rn. 408). Vgl. *dies.* auch auf S. 262 f. (Rn. 405) („Eine funktionsfähige Rechtsordnung setzt ein Minimum als verbindlich anerkannter moralischer Normen voraus.“).

²⁰⁵ Zu den Problemen in totalitären Systemen, die sich daraus ergeben können, dass das Recht der Moral diametral gegenübersteht z. B. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 264 f. (Rn. 409).

²⁰⁶ Siehe dazu auch noch mal näher unter 4. Teil, H.V.

²⁰⁷ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 198 f.

²⁰⁸ Gegen die Heranziehung von Umfragen mit Blick auf sittliche und sozialetische Standards *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 200, die hingegen eine Berücksichtigung der „in der Rechtsordnung bereits verankerten sittlichen Wertungen“ fordern.

1. Das Judiz von Laien

Das Judiz von Laien (d. h. juristisch nicht geschulten Personen) bezogen auf einen ganz konkreten, gerichtlich verhandelten Fall sollte unter keinen Umständen mit Blick auf die Rechtsanwendung oder die Rechtssetzung herangezogen werden. Hinsichtlich der Rechtsetzung leuchtet dies bereits insofern ein, als es um einen speziellen Fall mit all seinen Details geht. Daraus lässt sich kaum eine allgemeine Regel ableiten. Problematisch ist zudem, dass dieses Judiz von Laien wohl regelmäßig „gefärbt“ ist, da es mit Blick auf einen ganz konkreten Fall gebildet und daher gerade von irrelevanten Fakten und ggf. deren Darstellung in den Medien beeinflusst wird. Das heißt, es werden in einer solchen Konstellation häufig Details diskutiert (z. B. Nationalität, Geschlecht, Alter, Aussehen), die bei der Bildung eines relevanten Judizes keine Rolle spielen sollten. Zugleich liegt regelmäßig eine emotionale Betroffenheit vor. Denn gerade Schilderungen in den Medien (insbesondere in den sozialen Netzwerken), die Laien als Informationsquelle dienen, sind oftmals darauf ausgerichtet, bestimmte Emotionen zu erzeugen. Das Judiz wird zudem praktisch durchgängig gebildet, obwohl den Außenstehenden zentrale Informationen zum konkreten Tatbestand nicht bekannt sind. Mit Blick auf die Berichterstattung in den Medien ist zudem nicht immer gewährleistet, dass die rechtliche Entscheidung in ihren Nuancen und in ihrem Verhältnis zum rechtlichen Rahmen vollkommen richtig dargestellt wird. Im Gegensatz zu Richtern folgt bei Laien auch nicht unbedingt immer ein Abgleich mit der tatsächlichen Rechtslage und damit mit der konstruktiven Lösung. Unterschiede beim Judiz von Richtern und Laien ergeben sich zudem aus dem regelmäßig unterschiedlichen Kenntnisstand über die Rechtslage. Das Judiz von Laien mit Blick auf einen konkreten Fall hat (und sollte) damit keinen direkten Einfluss auf die Rechtsprechung oder die Gesetzeslage (haben).

Weniger problematisch ist hingegen das Judiz (Gefühl dafür, wie das Recht ist) von Laien hinsichtlich einer Fallgruppe (sofern nicht ein spektakulärer Einzelfall Grundlage der Bewertung wird²⁰⁹). Doch auch dieses Judiz entfaltet zunächst keine direkten Auswirkungen auf die Rechtsprechung oder die Gesetzeslage. Im Bereich der (vertraglichen) Schuldverhältnisse ist jedoch – wie bereits erwähnt – wohl ein Einfluss des Judizes auf die tatsächlichen Verhältnisse festzustellen (z. B. in Bezug auf die Durchsetzung oder Nichtdurchsetzung bestimmter Rechte). Dieser Aspekt soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden, da diese Fragestellung nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist.

2. Das richterliche Judiz

Das richterliche Judiz bzgl. eines konkreten Falls spielt in der erstinstanzlichen Praxis richterlicher Entscheidungen im Zivilrecht wohl *de facto* eine große Rolle.

²⁰⁹ Vgl. insofern den Gedanken: „Hard cases make bad law“.

Rein tatsächlich ist zu vermuten, dass nicht wenige Richter mit der Bildung eines Judizes für den zu entscheidenden Fall beginnen und angesichts der Komplexität des Rechts das Judiz zugleich als Kontrolle für die gefundene konstruktive Lösung nutzen.²¹⁰ Stimmt also die gefundene konstruktive Lösung nicht mit dem Judiz überein, wird die konstruktive Lösung noch einmal überprüft, ggf. aber auch das eigene Judiz hinterfragt. Insofern kann von einer Kontroll- und Fundierungsfunktion des Judizes gesprochen werden.²¹¹ In diesem Sinne kommt dem Judiz wohl in der gerichtlichen Praxis Bedeutung zu,²¹² wobei allerdings zu vermuten ist, dass die Relevanz des Judizes je nach Richtertyp unterschiedlich ausfällt.²¹³ An dieser Stelle soll keine generelle Aussage darüber getroffen werden, ob diese Relevanz, die das Judiz *de facto* entfaltet, wünschenswert ist oder nicht. In der Literatur wird dies ausführlich diskutiert,²¹⁴ wobei allerdings zwischen Judiz und Rechtsgefühl

²¹⁰ Oestreich, Im Dschungel der Paragraphen, 1984, S. 13 führt an, dass es Juristen gibt, die zugeben „erst nach ihrer Intuition zu entscheiden und danach die rationale Begründung zu konstruieren.“; Meier, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986, S. 17: „Praktiker dagegen haben zu allen Zeiten bezeugt, daß der Entscheid zunächst eher intuitiv und spontan gefällt werde und auf einer persönlich wertenden Stellungnahme beruhe. Erst nachträglich werde er mit Hilfe der juristischen Methoden und Techniken dargestellt und begründet.“ und ders. auf S. 23: „Die Erfahrung, daß die Lösung eines juristischen Falles oft zunächst spontan und intuitiv erfaßt und erst nachträglich ausformuliert und mit rechtlichen Argumenten begründet wird, ist heut kaum mehr bestritten“. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung II/1, 1951, S. 212: Juristen bekennen alle, „daß sie die Entscheidung zunächst aus ihrem instinktiven, aber durch langjährige Praxis geschulten ‚Rechtsgefühl‘ geschöpft und für sie erst nachträglich die gesetzliche Bestätigung durch logische Subsumtionsschlüsse eingeholt haben“. Larenz, NJW 1965, 1, 9f.: „Es ist zwar eine Tatsache, die jeder Referendar spätestens am Amtsgericht erfährt, daß viele Richter sich lieber auf ihr Rechtsgefühl, ihre Erfahrung und ihr dadurch gebildetes ‚Judiz‘ verlassen als auf methodische Erwägungen.“; Hoche, Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, 1932, S. 59 nennt ein Beispiel aus seiner Erfahrung: „mir ist immer das Bild eines hohen badischen Richters besonders sympathisch gewesen, der es aussprach, daß er seine Entscheidungen aus dem Gefühl heraus treffe und sich die nötigen Paragraphen hinterher suche“.

²¹¹ Diese Funktion aus der Literatur herausarbeitend Schützeichel in: Landwehr/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, 2016, S. 65, 73 (konjunktive Tradition).

²¹² Weimar in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 162: „Es liegt nahe, das Rechtsgefühl als einen mitbestimmenden ‚Entscheidungsfaktor‘ bei der Behandlung von Rechtsfragen anzusehen, der wohl kaum ausgeschaltet werden kann.“

²¹³ Berndt, Richterbilder, 2010, S. 137ff. erarbeitet durch Selbsttypisierungen eine Typologie von Richterbildern, die gerade auch den Methoden- und Gesetzesbezug erfasst.

²¹⁴ Kritisch zur Berücksichtigung des Rechtsgefühls z.B. Riezler, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 190: „Der Raum für eine Gefühlsjurisprudenz muss immer enger werden, das ist eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft“. Weimar in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 162: „Daß man im Allgemeinen wenig geneigt ist, dem Rechtsgefühl einen bestimmenden Einfluß einzuräumen oder seinen real vorhandenen Einfluß anzuerkennen, erklärt sich aus dem Bestreben der Rechtspflege, die nach Klarheit, Bestimmtheit, Berechenbarkeit tendiert, während dem Rechtsgefühl jedenfalls auch das Unklare, Unbestimmte, etwas Verschwommene eigen ist, das die Rechtssicherheit gefährden kann.“. Hingegen Hoche, Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, 1932, S. 58: „ein guter Richter [...] ist derjenige, dessen Entscheidungen im Falle des Konfliktes zwischen Paragraphen und Rechtsgefühl dem letzteren zuneigen“. Ebenfalls für eine Berücksichtigung Venzlaff, Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, 1973, S. 61. Siehe auch Larenz, NJW 1965, 1, 9: „Der Richter der gemäß

regelmäßig nicht trennscharf differenziert wird. Kritisch soll hier lediglich vermerkt werden, dass das Judiz der Richter bezüglich konkreter Einzelfälle ebenfalls die Gefahr einer gewissen Identifikation mit dem „Opfer“ oder dem „Täter“ birgt.²¹⁵ Da dem Richter zahlreiche für das Recht eigentlich nicht relevante Details bekannt sind, besteht zudem das Risiko, dass Faktoren, die eigentlich keine Rolle spielen sollten (z. B. Geschlecht, Alter, Beruf, Aussehen), das Judiz beeinflussen. Das (richterliche) Judiz bezüglich Fallgruppen ist insofern unproblematischer.

Im weiteren Sinn erscheint es auch denkbar, dass das richterliche Judiz Auswirkungen auf die Rechtslage haben kann. Denn schlägt sich ein parallel ausgerichtetes Judiz der Richterschaft in den tatsächlichen Entscheidungen nieder, so führt dies zu einer bestimmten Auslegung innerhalb des Auslegungsspielraums, d. h. zu einer ständigen Rechtsprechung. In bestimmten Fällen mag das Judiz sogar Einfluss auf die Bildung einer anerkannten Rechtsfortbildung (z. B. in Form einer teleologischen Reduktion) haben. Auch an dieser Stelle soll nicht diskutiert werden, ob dies wünschenswert ist oder nicht. Es sei lediglich auf das Risiko hingewiesen, dass die Rechtsfortbildung zu stark mit Blick auf den Einzelfall und weniger mit Blick auf die gesamte Fallgruppe durchgeführt wird. Zu bedenken ist insofern noch, dass der Gesetzgeber wiederum jederzeit eingreifen kann, wenn er sich durch die durch das Judiz geprägte Rechtsprechung schwerwiegend missverstanden fühlt und daher eine (klarstellende) Gesetzesänderung für notwendig erachtet, um die aus seiner Sicht unerwünschte Entscheidungspraxis zu unterbinden.²¹⁶ In der Praxis ist eine solche Korrektur durch den Gesetzgeber jedoch sehr selten.

Im Ergebnis wird das Judiz – auch das Judiz der Richter – in dieser Arbeit lediglich als Aufgreifkriterium bzw. als (zusätzlicher) Hinweis genutzt und wird nicht im Rahmen der Lösung *de lege lata* oder des Vorschlags *de lege ferenda* herangezogen.

VI. Bedeutung des Rechtsgefühls für das Recht

In Bezug auf die Relevanz des Rechtsgefühls für das Recht sollen an dieser Stelle umfassend die Ausführungen in „S. Jung, *Rechtswissenschaft 2020*, 378, 405 ff.“ in

seinem Eid der ‚Wahrheit und Gerechtigkeit‘ verpflichtet ist, überwindet den Zweifel, der ihm nach Abschluß der methodischen Erwägungen etwa noch verbleibt, dadurch, daß er sich für diejenige Lösung entscheidet, die nach einer Überzeugung *der Gerechtigkeit näher kommt*“.

²¹⁵ Daher versuchen Zivilrechtsanwälte in der ersten Instanz oft, die eigene Seite als seriös und die Gegenseite als unseriös darzustellen. Auf die Gefahr der Sympathie/Antipathie hinweisend *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 431.

²¹⁶ Als Beispiel könnte hier die weitere Parallelanwendung der alten Rechtsprechung zu kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen neben §§ 32a, b GmbH a. F. angeführt werden. BGHZ 90, 372, 376 ff., 380. Siehe dazu z. B. *Gehrlein* in: MüKo InsO, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, § 135 Rn. 1 ff. Die eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen sind dann zugleich auch ein Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber durch eine Gesetzesänderung konkret der Rechtspraxis entgegentrat. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG, der durch das MoMiG 2008 in Kraft trat, formuliert insofern konkret, wann § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht angewendet werden darf. Vgl. auch *Gehrlein* in: MüKo InsO, Bd. 2, 4. Aufl. 2019, § 135 Rn. 4.

Bezug genommen werden. Der folgende Abschnitt soll die dort erzielten Kernergebnisse in Bezug auf das Rechtsgefühl kurz und prägnant wiedergeben und deren Bedeutung für § 123 Abs., 1. Alt. BGB herausstellen.

Im Ergebnis wird in dieser Arbeit angenommen, dass das empirisch ermittelte Rechtsgefühl (wie auch die Moralvorstellungen und das Judiz) in jedem Fall als Aufgreifkriterium für die Notwendigkeit der Befassung mit einer Thematik angesehen werden kann. Dies sagt allerdings noch nichts darüber aus, ob das empirisch ermittelte Rechtsgefühl bei der Auslegung oder bei der Entwicklung einer Lösung *de lege ferenda* eine Rolle spielen sollte.

In diesem Werk wird im Ergebnis die Berücksichtigung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls als ein Wertungsargument im Rahmen der Auslegung im deutschen Vertragsrecht und damit mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befürwortet. Das empirisch ermittelte Rechtsgefühl kann nach hier vertretener Ansicht dem Grunde nach überall dort Bedeutung erlangen, wo es für den Rechtsanwender einen Interpretationsspielraum gibt.²¹⁷ Es sollte vor allem dann Relevanz entfalten, wenn das entsprechende Gesetz ein Wertungselement enthält, und damit den Rechtsanwender zur Wertung auffordert.²¹⁸ Ein Gesetz enthält beispielsweise ein Wertungselement, wenn es Formulierungen wie „angemessen“, „rechtswidrig“ oder „widerrechtlich“ verwendet. Das empirisch ermittelte Rechtsgefühl könnte daher mit Blick auf die § 123 Abs. 1., 1. Alt. BGB Wirkung als Wertungselement entfalten, sofern der Widerrechtlichkeit in diesem Zusammenhang Bedeutung zukommen sollte. Es bleibt insofern zu diskutieren, ob und, wenn ja, inwiefern die Rechtswidrigkeit i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu prüfen ist.²¹⁹ Dieser Aspekt wird näher i. R. d. Lösung *de lege lata* unter 5. Teil, A.III.3 sowie unter A.IV.4.b)

²¹⁷ *Christoph*, MschrKrim 103 (2020), 58, 72 befürwortet für das Strafrecht die Heranziehung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls als Orientierungshilfe für die Prüfung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe. *Stöbr*, AcP 216 (2016), 558, 558 ff. fordert zwar nicht die Berücksichtigung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls bei unbestimmten Rechtsbegriffen, dafür aber eine empirische Herangehensweise, wenn z. B. auf das Verständnis eines objektiven Durchschnittsarbeitnehmers abgestellt wird. Denn dieses Verständnis kann ebenfalls empirisch ermittelt werden. Grundsätzlich skeptisch zur Heranziehung von Umfragen (allerdings vornehmlich mit Blick auf sittliche und sozialetische Standards) *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 200. Aus US-amerikanischer Perspektive wohl generell skeptisch zur Bedeutung des Rechtsgefühls *Sommers*, Science 373 (2021), 394, 395 („Experiments cannot settle deep, contested, normative questions about what the law should be.“). Ausführlich dazu, warum *Kant* die Berücksichtigung des Rechtsgefühls ablehnt *Meder*, JZ 2023, 1041, 1046.

²¹⁸ *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 405. Allgemein kritisch zur Berücksichtigung des Rechtsgefühls z. B. *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 190; *Weimar* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 158, 162. Hingegen *Hoche*, Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, 1932, S. 58: „ein guter Richter [...] ist derjenige, dessen Entscheidungen im Falle des Konfliktes zwischen Paragraphen und Rechtsgefühl dem letzteren zuneigen“. Ebenfalls für eine Berücksichtigung *Venzlaff*, Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, 1973, S. 61. *Stöbr*, Rechtstheorie 45 (2014), 159, 186 fordert die Berücksichtigung des Rechtsgefühls mit Blick auf die Ermittlung des angemessenen Interessensausgleichs. Zum Common Law *Holmes*, The Common Law, 2009, S. 28.

²¹⁹ Vgl. z. B. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, BGB § 123 Rn. 23; *Armbrüster* in:

und c) erörtert. In der Literatur wird zudem erwogen, das Rechtsgefühl zur Entscheidung heranzuziehen, wenn die klassischen Auslegungsmethoden zu zwei oder mehreren in etwa gleichwertigen Interpretations- oder Rechtsfortbildungsmöglichkeiten führen.²²⁰ In diesem Werk wird das empirisch ermittelte Rechtsgefühl jedoch stattdessen als ein Wertungsargument herangezogen.²²¹ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das empirisch ermittelte Rechtsgefühl nur eines von mehreren Wertungsargumenten darstellt.

Generell bleibt bei der Anwendung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls als Wertungselement zu bedenken, dass dieses nicht unbedingt die ganz konkrete Auslegung andeutet, da es dafür nicht präzise genug ist. Vielmehr kann das empirisch ermittelte Rechtsgefühl vor allem Hinweise auf positiv gewünschte Regelungen geben sowie Anhaltspunkte dafür liefern, wie das Recht nicht ausgestaltet sein sollte.²²² Bezogen auf die hier betrachteten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) könnte das empirisch ermittelte Rechtsgefühl somit für die verschiedenen Fallgruppen eine Tendenz in eine bestimmte Richtung, d. h. für oder gegen eine Erfassung des Bluffs durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, aufzeigen. Insofern sollte gelten, dass das Wertungsargument umso stärker ist, je eindeutiger das Rechtsgefühl auf ein bestimmtes Ergebnis hinweist (siehe zur Interpretation der Ergebnisse bereits unter 4. Teil, C.IV.4.).

Empirisch ermittelte Moralvorstellungen könnten die Argumentation mit dem empirisch ermittelten Rechtsgefühl ggf. verstärken oder abschwächen. Darüber hinaus wird den empirisch ermittelten Moralvorstellungen jedoch – wie bereits erläutert – in diesem Werk keine weitere Bedeutung beigemessen. Wird das empirisch ermittelte Rechtsgefühl als Wertungsargument genutzt, erscheint es weniger zentral, daneben die Moral noch als gesondertes Wertungsargument aufzugreifen. Denn die Moral fließt bereits zu einem gewissen Grad in das Rechtsgefühl ein.²²³

Die in der Literatur vertretene Ansicht, dass das Rechtsgefühl auch zu einer Korrektur des positiven Rechts berechtigen kann (rechtskreative Funktion),²²⁴

MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19. Die zunehmende Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals konstatierend S. Lorenz, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 315.

²²⁰ Für eine Berücksichtigung Venzlaff, *Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung*, 1973, S. 61; Larenz, NJW 1965, 1, 9 bezeichnet das Rechtsgefühl sogar als unentbehrlich (bezieht sich im Folgenden dann allerdings auf die Gerechtigkeit).

²²¹ Vgl. S. Jung, *Rechtswissenschaft 2020*, 378, 408 auch zur Lückenfüllung durch das empirisch ermittelte Rechtsgefühl, sofern keine Bezugnahme zur Verkehrssitte und zu Gebräuchen mehr erfolgt. Diese Bedeutung des Rechtsgefühls spielt allerdings für die Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB keine Rolle, weshalb dazu keine näheren Ausführungen gemacht werden.

²²² S. Jung, *Rechtswissenschaft 2020*, 378, 386.

²²³ Einen entsprechenden Schluss lässt die Siegener Studie zu. Siehe dazu S. Jung, *Rechtswissenschaft 2020*, 378, 395f. sowie Blankenburg in: Hof et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 1994, S. 83, 85ff.; Karstedt-Henke in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 210, 213.

²²⁴ Diese Funktion beschreibend Schützeichel in: Landwehr/Koppelberg (Hrsg.), *Recht und Emotion I*, 2016, 78. In diese Richtung tendierend Hoche, S. 58: „ein guter Richter [...] ist derjenige, dessen Entscheidungen im Falle des Konfliktes zwischen Paragraphen und Rechtsgefühl dem letzteren zuneigen“. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, S. 5 erklärt das Rechtsgefühl als

wird hier in Bezug auf Gesetze²²⁵ abgelehnt.²²⁶ In Deutschland ist dieses Ergebnis durch die Gesetzesbindung der Richter gem. Art. 97 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG auch vorgegeben.²²⁷

Mit Blick auf einen Lösungsvorschlag *de lege ferenda* sollte dem empirisch ermittelten Rechtsgefühl nach hier vertretener Ansicht ebenfalls eine herausgehobene Stellung zukommen. Denn das Rechtsgefühl entfaltet bereits *de facto* Wirkungen auf die hier betrachtete Problemstellung von Lügen in Vertragsverhandlungen, da das Rechtsgefühl von Einzelpersonen (hier geht es nicht um das empirisch ermittelte Rechtsgefühl) sowohl auf die Rechtsprechung als auch auf die Verhaltensweisen der betroffenen Personenkreise Einfluss nimmt. Zentral ist insofern vor allem, dass sich das Rechtsgefühl wohl auf die Rechtsbefolgung und die Rechtsdurchsetzung der betroffenen Personenkreise auswirkt.²²⁸ Gehen die Beteiligten beispielsweise davon aus, dass das Recht der getäuschten Seite bezüglich bestimmter Täuschungen kein Anfechtungsrecht gewähren sollte, so wird die getäuschte

„Quelle [...], welche allein Recht erzeugen“ kann. Zur Interpretation von *Isays* Rechtsgefühlstheorie siehe *Rofßmann*, Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung, 1975, S. 59ff. Der Autor sieht in *Isays* Ausführungen eine „irrationale Naturrechtslehre“ (S. 70).

²²⁵ Zur in diesem Zusammenhang stehenden Problematik von verfassungswidrigen Gesetzen *Hirsch* ZRP 2012, 205, 208.

²²⁶ In der Literatur wurde öfter diskutiert, inwiefern das Rechtsgefühl zur Korrektur des Rechts herangezogen werden könnte. Die Literatur stellt allerdings dabei regelmäßig nicht auf das Vertragsrecht ab und bezieht sich zumeist auf Extremsituationen. Beides bleibt im vorliegenden Artikel außer Acht. Sieh gegen die rechtskreative Funktion aussprechend *Geiger*, S. 387ff. Vgl. auch *Husserl*, Recht und Welt, 1964, S. 7, welcher sich zwar nicht explizit auf das Rechtsgefühl bezieht, sich aber allgemein zur Rechtsgeltung (in beinahe poetischer Form) äußert: „Ein Recht gilt, auch wenn alle seinem Bann unterworfenen Rechtssubjekte traumlos schlafen.“

²²⁷ Siehe zur Gesetzesbindung z. B. *Hillgruber* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 97 Rn. 25ff.; *Morgenthaler* in: BeckOK GG, Stand: 15.08.2023, Art. 97 Rn. 7ff.

²²⁸ Siehe dazu ausführlich *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 400ff. Vgl. auch bereits *v. Jhering*, JBl 1 (1872), 29, 32: „Für den Staat erwächst aber gerade hieraus die dringende Pflicht, dieses Rechtsgefühl in jeder Weise zu nähren und zu kräftigen, den Weg zur Rechtsdurchsetzung zu erleichtern; denn darauf beruht in letzter Instanz die Sicherheit für die jeweilige Verwirklichung des Privatrechtes.“ Vgl. auch *Schütze* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, 2016, S. 78f.: „Die Durchsetzung von Rechtsnormen ist darauf angewiesen, in einem bestimmten positiven Adäquanzverhältnis zu den Rechtsgefühlen zu stehen. Von daher werden den Rechtsgefühlen eine entscheidende Kraft und ein entscheidender Einfluss auf die praktische Chance der Rechtsverwirklichung zugesprochen.“ Ebenfalls in diese Richtung tendierend allerdings dabei auf die Legitimität des Rechts abstellend *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1985, S. 185: „Jede Rechtsordnung ist für ihre Effektivität auf weitgehende Normkonformität der Rechtsunterworfenen angewiesen. Nur insoweit als die Legitimität des Rechts unbestritten und bestimmte Normen als individuell und sozial verbindlich angesehen werden, ist eine Akzeptanz des geltenden Rechts zu erwarten.“ *Oestreich*, Im Dschungel der Paragraphen, 1984, S. 13 führt an, dass Normen kaum eine Chance auf Anerkennung haben, wenn nicht ein entsprechendes Rechtsgefühl besteht. Die Autorin bezieht die Bedeutung explizit sowohl auf die Gesetzfindung als auch auf die Gesetzanwendung. Siehe außerdem *Rehbinder* in: Gruter/Rehbinder (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, 1983, S. 261, 262 („als eine Norm kaum die Chance hat, befolgt zu werden, wenn ihr in der Gesellschaft [...] ausgeprägte Rechtsgefühle entgegenstehen.“).

Seite wohl oftmals auf eine gerichtliche Durchsetzung verzichten. Das Recht kann dann seine intendierte Steuerungswirkung nicht entfalten.²²⁹ Wenn Judiz und Rechtsgefühl parallel laufen, können diese Effekte noch verstärkt werden. Umgekehrt kann das Phänomen abgeschwächt werden, wenn beide Aspekte auseinanderfallen.²³⁰ In dieser Arbeit wird im Ergebnis somit vertreten, dass das empirisch ermittelte Rechtsgefühl im Gesetzgebungsprozess ebenfalls berücksichtigt werden sollte,²³¹ weshalb es bei der unter 5. Teil, B. zu entwickelnden Lösung *de lege ferenda* zu beachten ist. Es sei jedoch auch an dieser Stelle noch einmal darauf hingewiesen, dass das empirisch ermittelte Rechtsgefühl mit Blick auf das unternehmerische Vertragsrecht nicht dazu genutzt werden kann oder sollte, die exakte gesetzliche Ausgestaltung zu ermitteln. Denn das Rechtsgefühl ist dafür nicht ausreichend präzise. Das empirisch ermittelte Rechtsgefühl kann eher aufzeigen, ob eine Regel in ihrer Grundtendenz oder bezüglich eines bestimmten Aspektes eher abgelehnt oder befürwortet wird.

VII. Zwischenergebnis

Die folgende Tabelle fasst die Ergebnisse bezüglich des empirisch ermittelten Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes zusammen. Auf die bestehenden Unterschiede zwischen den befragten Gruppen wurde unter den einzelnen Punkten detailliert eingegangen. Die folgende Tabelle fokussiert sich auf die Ergebnisse der befragten deutschen Richter als besonders relevante Gruppe. Dunkelgrau signalisiert i. R. d. Tabelle, dass eine Mehrheit von über 60 % die Lüge unmoralisch findet, das Anfechtungsrecht befürwortet (Rechtsgefühl) bzw. davon ausgeht, dass das deutsche Recht in diesem Fall ein Anfechtungsrecht vorsieht (Judiz). Hellgrau signalisiert umgekehrt, dass eine Mehrheit von über 60 % den Bluff für moralisch akzeptabel hält, kein Anfechtungsrecht befürwortet (Rechtsgefühl)

²²⁹ Es lässt sich dadurch allein keine Aussage darüber treffen, wie eine Person handeln wird. Das hängt von den verschiedensten Faktoren ab, u. a. wohl auch von den Moralvorstellungen. Selbst wenn eine Person glaubt, bestimmte Bluffs in unternehmerischen Vertragsverhandlungen seien rechtlich gestattet, mögen z. B. moralische Überlegungen die Person davon abhalten, eine entsprechende Täuschung tatsächlich einzusetzen. In der Literatur wird aber generell auf die Bedeutung der freiwilligen Befolgung von Gesetzen hingewiesen. *Hilbert/Rauber* in: *Hilbert/Rauber* (Hrsg.), *Warum befolgen wir Recht?*, 2019, S. 3; *F.-X. Kaufmann* in: *Lampe* (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*, 1985, S. 185: „Jede Rechtsordnung ist für ihre Effektivität auf weitgehende Normkonformität der Rechtsunterworfenen angewiesen.“

²³⁰ *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 2020, 378, 400.

²³¹ Die Einbindung in den Gesetzgebungsprozess könnte beispielsweise in Form einer Erweiterung des Konsultationsprozesses umgesetzt werden. Aufgrund der genannten möglichen Durchsetzungsschwierigkeiten des Rechts gegen ein bestehendes Rechtsgefühl sollte der Aspekt zudem ggf. im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung Berücksichtigung finden. Die Arbeitshilfe zur Gesetzesfolgenabschätzung des Bundesministeriums des Inneren (abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/arbeitshilfe-gesetzesfolgenabschaetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023) enthält bislang allerdings keine entsprechende Empfehlung.

bzw. davon ausgeht, dass das deutsche Recht in diesem Fall auch kein Anfechtungsrecht gewährt (Judiz). Mittelgrau signalisiert den Bereich dazwischen (d.h. zwischen 39,9% und 59,9%). Es handelt sich daher um eine vereinfachte Darstellung der Ergebnisse.²³² Die Abbildung soll optisch verdeutlichen, für wie moralisch verwerflich die Richter die verschiedenen Szenarien halten und wie stark sie ein Anfechtungsrecht befürworten bzw. davon ausgehen, dass ein solches besteht.

Täuschungsgegenstände	Varianten	Moral			RG			Judiz
		1	2	3	1	2	3	3
Umfrageversion								
Leistung	Leistungsgegenstand (Verkäufer)	91%	80%	98%	94%	78%	95%	89%
	Leistungsgegenstand (Käufer)		93%			65%		
Preis	Preisberechnung		98%			93%		
	Einkaufspreis		82%	58%		25%	16%	18%
	Freundschaftspreis		78%			37%		
Rote Verhandlungslinie	<i>Reservation price</i>	15%		16%	2%		2%	3%
Verhandlungsmacht/ Einigungszone	Alternativangebot (Käufer)	42%	67%	36%	9%	16%	6%	17%
	Alternativangebot (Verkäufer)	75%		62%	28%		18%	20%
Rechtliche Situation	Rechtslage (Zulässigkeit)		100%			84%		
	Rechtslage (Unzulässigkeit)	88%		86%	60%		68%	60%
Verfügbarkeit	Verfügbarkeit (am Markt)		80%			56%		
	Verfügbarkeit (Verkäufer)	66%	84%	61%	15%	15%	14%	14%
Vorgaben und Anweisungen/ Verhandlungsprozess	Unternehmensinterne Vorgaben und bisherige Verhandlungsgestaltung	43%		38%	11%		12%	12%
Zeitliche Aspekte	Deadline des Verhandlungstermins	9%		18%	2%		2%	3%
Interessen und Präferenzen	Interessen bezüglich der Verhandlung		67%			20%		

²³² Die Darstellung weicht somit von der unter 4. Teil, C.IV.4. vorgeschlagenen Interpretation der Ergebnisse zum Rechtsgefühl ab. Dort ging es um die Aussagekraft, die das empirisch ermittelte Rechtsgefühl potenziell entfalten könnte. Diese Abbildung soll verdeutlichen, wie die verschiedenen Täuschungen bewertet werden.

Täuschungsgegenstände	Varianten	Moral			RG			Judiz
		1	2	3	1	2	3	3
Umfrageversion								
Emotion	Unzufriedenheit/ Entsetzen (Verkäufer)		40%			8%		
Emotion/ Interessen und Präferenzen	Begeisterung/Persönliche Präferenzen	28%		20%	2%		2%	5%

Abb. 55: Zwischenergebnis zu Moral, Rechtsgefühl und Judiz

Die Tabelle zeigt, dass einige Bluffs bezüglich aller betrachteten (empirisch ermittelten) Dimensionen (Moral, Rechtsgefühl und Judiz) von den Richtern als unproblematisch angesehen werden. Dazu zählen Täuschungen über persönliche Präferenzen (die nicht auf die Vertragsverhandlung bezogen sind), über Deadlines und über den *reservation price*. Bluffs über negative Emotionen sowie unternehmensinterne Vorgaben sind moralisch nicht unumstritten, werden aber ansonsten als unproblematisch angesehen. Die verbleibenden, abgefragten Irreführungen werden aus moralischer Sicht als problematisch und/oder diskussionswürdig angesehen. Das Rechtsgefühl der Richter sieht hingegen auch einige dieser Täuschungen als unproblematisch an, d.h. die Richter sprechen sich insofern gegen ein Anfechtungsrecht aus. Dies gilt z.B. für Bluffs über Freundschaftspreise, über Einkaufspreise sowie über falsche Angaben des Verkäufers über ihm vorliegende Alternativangebote. Vergleichbares kann für Lügen über Interessen bezüglich der Verhandlung und Täuschungen über die Verfügbarkeit bei einem Händler festgestellt werden. Bei den genannten Irreführungen glauben die Richter zudem nicht, dass die Rechtsordnung nach derzeitigem Stand ein Anfechtungsrecht gewährt. Umgekehrt werden Bluffs über den Leistungsgegenstand (sowohl durch den Käufer als auch den Verkäufer), die Preisberechnung und die Rechtslage von den Richtern durchgehend – d.h. bezüglich der Moral, des Rechtsgefühls und des Judizes – als problematisch bewertet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das hier für die wertungsmäßige Betrachtung als besonders relevant eingestufte Rechtsgefühl eindeutig dafürspricht, dass verschiedene Bluffs nicht sanktioniert werden sollten. Ein gewisser „Täuschungsspielraum“ erscheint somit i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wünschenswert. Gleichzeitig unterstreicht die Betrachtung, dass eine Unterscheidung nach dem Täuschungsgegenstand sinnvoll sein könnte. Insbesondere außerhalb von Lügen über den Preis i. e. S. sowie den Leistungsgegenstand und die Rechtslage²³³ spricht zumindest das Rechtsgefühl nicht für ein Anfechtungsrecht.

²³³ Lügen über die Identität der anderen Vertragspartei wurden nicht abgefragt. Es kann hier daher nur vermutet werden, dass diese ebenfalls als äußerst problematisch angesehen würden.

G. Ökonomische Analyse von Täuschungen in Vertragsverhandlungen

I. Einführung

Im Folgenden werden die ökonomischen Konsequenzen von Lügen in Vertragsverhandlungen analysiert.²³⁴ Insofern wird zunächst untersucht, ob und, wenn ja, inwieweit die Ergebnisse der ökonomischen Betrachtung Auswirkungen auf die Lösung *de lege lata* bzw. *de lege ferenda* entfalten können (siehe 4. Teil, G.II.). Daran schließt sich ein Überblick über die aktuelle Diskussion zur ökonomischen Analyse von Lügen in B2B-Vertragsverhandlungen an (siehe 4. Teil, G.III.). Im Folgenden wird sodann das Zusammenspiel von moralischen, rechtlichen und ökonomischen Effekten sowie die Abhängigkeiten dieser Aspekte von der Häufigkeit von Lügen erörtert (siehe 4. Teil, G.IV.), bevor auf die ökonomischen Ansätze und Argumentationslinien eingegangen wird. Durch deren Anwendung auf die verschiedenen möglichen Gegenstände der Täuschung²³⁵ in Vertragsverhandlungen werden daraufhin die ökonomischen Effekte ermittelt (siehe 4. Teil, G.VII.). Dafür ist es notwendig, ein sog. Baseline Szenario und ein Vergleichsszenario zu definieren. Nur der Vergleich der Effekte für diese zwei Szenarien kann aufzeigen, ob und, wenn ja, inwiefern das Anfechtungsrecht des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB positive Effekte entfalten kann. Als Baseline Szenario wird eine Situation ohne rechtliche Sanktionen für Täuschungen gewählt, da Verbote in freiheitlich orientierten Rechtssystemen eine Rechtfertigung voraussetzen.

II. Ökonomische Argumente im Rahmen der Auslegung und der Gesetzgebung

Sofern das Gesetz nicht auf die ökonomischen Konsequenzen Bezug nimmt, stellen ökonomische Überlegungen ein außerrechtliches Argument dar, welches jedoch zumindest mit Blick auf Lösungsvorschläge *de lege ferenda* an Bedeutung gewinnt.²³⁶ Denn der deutsche Gesetzgeber ist im unternehmerischen Vertrags-

²³⁴ Die Ausführungen zur ökonomischen Analyse basieren auf Vorarbeiten, deren Ergebnisse in S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 255 ff. veröffentlicht wurden. Passagen werden daher teils (nahezu) wörtlich aus dem Englischen übersetzt. Darauf wird im Folgenden nicht gesondert hingewiesen. Der genannte Aufsatz bewertete die ökonomischen Konsequenzen von vier ausgewählten Täuschungstaktiken. Hier geht es allerdings um eine umfassendere Bewertung der Problematik sowie um die Relevanz für die Bewertung *de lege lata* und *de lege ferenda*, weshalb zusätzlich zwei weitere Taktiken untersucht und die Effekte für die verbleibenden Taktiken zumindest abgeschätzt werden. Außerdem befasst sich dieser Abschnitt zusätzlich mit den auftretenden rechtsmethodischen Fragen. Insgesamt wird der ursprünglich veröffentlichte Beitrag an dieser Stelle an vielen Stellen nicht unerheblich weiterentwickelt und bestimmte Argumentationen vertieft, was sich bereits am deutlich größeren Umfang dieses Abschnitts zeigt.

²³⁵ Zur Auflistung der Täuschungsgegenstände siehe näher unter 3. Teil, D.IX.4.

²³⁶ Zur Möglichkeit der Berücksichtigung der Wirtschaftswissenschaften *de lege ferenda* F. Bydlinski/P. Bydlinski, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Aufl. 2023, S. 62 („Beachtet man dies, kann der ökonomische Ansatz allerdings durchaus Rationalitätsgewinne mit sich bringen. Das gilt ganz besonders für die Rechtssetzung“); Stürner, *AcP* 214 (2014), 7, 30 („Na-

recht durchaus darauf bedacht, ökonomisch sinnhafte Regeln zu implementieren. Gerade in diesem Bereich geht es ihm darum, durch die Privatautonomie eine freie Marktwirtschaft zu schaffen.²³⁷ Die Regeln dienen insofern dazu, einen funktionierenden Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, der faire Wettbewerbsbedingungen schafft.²³⁸ In diesem Sinn möchte der deutsche Gesetzgeber die Willensbildung und die Willenserklärung der Parteien ohne unzulässige Beeinflussungen sicherstellen.²³⁹ Konkret ist § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darauf ausgerichtet, dass „die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete“²⁴⁰ im Sinne fairer Wettbewerbsbedingungen nicht „widerrechtlich beeinträchtigt“ wird. Denn die mit Hilfe von Willenserklärungen eingegangenen Rechtsgeschäfte verwirklichen gerade die Privatautonomie²⁴¹ und dadurch gleichzeitig den Gedanken der freien Marktwirtschaft. Bereits deshalb ist davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen seiner gestalterischen Tätigkeit ökonomische Argumente im unternehmerischen Vertragsrecht und insbesondere auch mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigen möchte.²⁴² Mittlerweile sind die Bundesministerien

türlich lassen sich Erkenntnisse dieser Wissenschaften am stärksten dort einbringen, wo durch die Gesetzgebung Recht neu geschaffen wird.“). Allg. zur rechtspolitischen Funktion *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 122 („Die ökonomische Analyse beansprucht deshalb eine ausgeprägte rechtspolitische Funktion, die sich zunächst an den Gesetzgeber richtet.“). *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482, 485 hält eine Folgenanalyse des Gesetzgebers für fast unvermeidbar („Für den Gesetzgeber dürfte eine solche Folgenanalyse meist unvermeidbar sein, da nur auf dieser Grundlage beurteilt werden kann, ob die intendierten Zwecke einer bestimmten Regelung mit den gewählten Mitteln auch realer erreicht werden können.“). Der Autor stellt gleichzeitig aber auch fest, dass es dem Gesetzgeber freisteht, ob er das Effizienzkriterium berücksichtigen will oder nicht (S. 486).

²³⁷ Vgl. auch *Horn*, AcP 176 (1976), 307, 332 („Markt setzt voraus, daß die Rechtsordnung überhaupt Freiheitsräume wirtschaftlichen Handelns zuläßt. Privatrecht ist – soweit es Privatautonomie gewährt und gestaltet – auf diese zugeschnitten.“) und auf S. 333 („Dieser Freiheitsraum ist in den westlichen Rechtssystemen prinzipiell hoch bewertet.“). Nach hier vertretener Ansicht schützt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die Verhandlungsfreiheit, die ebenso wie die Vertragsfreiheit ein Ausfluss der Privatautonomie ist. Siehe zur Verhandlungsfreiheit *S. Jung*, Die Verhandlungsfreiheit als Pendant zur Vertragsfreiheit (demnächst).

²³⁸ Ähnlich auch *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 364 („Das Privatrecht hat den Hauptzwecke, die Privatautonomie einfachgesetzlich auszugestalten und somit als Betätigungsraum praktisch nutzbar zu machen“).

²³⁹ Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und ökonomischen Vertragsparadigma siehe *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 6. Aufl. 2020, S. 501 f.

²⁴⁰ *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Motive, § 103 (S. 465).

²⁴¹ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 413; *Martens* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179, 202. Vgl. auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1 („rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung, wie sie von der Privatautonomie vorausgesetzt wird“) und mit Blick auf § 145 BGB auch *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 2 („Vertrag als Instrument der individuellen Rechtsverwirklichung“); *Neumer*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 1: „Nur dann, wenn die vertragliche Regelung im Augenblick des Vertragsschlusses vom erklärten Willen beider Vertragspartner getragen wird, ist sie Ausdruck und Verwirklichung der Privatautonomie der Beteiligten.“; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, VBem. zu §§ 116–124 Rn. 6; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 19.

²⁴² Die ökonomische Bewertung neuer Regeln wird auch vehement eingefordert. Siehe z. B.

zudem zumindest dazu verpflichtet, die Gesetzesfolgen neuer Regelungen zu ermitteln (§ 43 Abs. 1 Nr. 5 und § 44 Abs. 1 GGO).²⁴³ Das Verhältnis von der ökonomischen Analyse und den Realfolgen soll an dieser Stelle allerdings nicht diskutiert werden.²⁴⁴

Daneben könnten ökonomische Erkenntnisse bei der Rechtsanwendung, d. h. bereits *de lege lata*, eine gewisse Rolle spielen.²⁴⁵ Eine Berücksichtigung ökonomischer Argumente bei der Auslegung wird zunächst über den Telos befürwortet.²⁴⁶ Durch die Einbeziehung ökonomischer Überlegungen sollen dann gewisse „Rationalitätsfortschritte“ erzielt werden.²⁴⁷ Es soll insofern darauf ankommen, ob ökonomische Argumente bereits in der Vorschrift, also dem Sinn und Zweck der Norm, angelegt sind.²⁴⁸ Teils wird allerdings auch angeführt, dass eine Interpreta-

F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61 f. (die eine möglichst sorgfältige Ermittlung fordern); vgl. auch *Rühl* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 248, 254 f. (§ 12 Rn. 19) (verlangt, dass sich der Gesetzgeber mit den Folgen seiner Regelungen befassen muss und fordert damit indirekt auch eine ökonomische Bewertung); siehe zudem *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 234 („Zum Verständnis vieler Realbereiche und vieler Aspekte des Rechtssystems in der Theorie und Praxis ist die Einbeziehung ökonomischer Analysen also unentbehrlich.“).

²⁴³ Wie die Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) erfolgt kann der „Arbeitshilfe zur Gesetzesfolgenabschätzung“ (veröffentlicht vom Bundesministerium des Innern) entnommen werden. Abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/arbeitshilfe-gesetzesfolgenabschaetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

²⁴⁴ Zur Unterscheidung von Rechts- und Realfolgen siehe grundlegend *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, passim. Zur Folgenorientierung i. R. d. Gesetzgebung und Gesetzesanwendung auch *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2001, S. 146 ff. *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 283 spricht davon, dass es zur Folgenanalyse eine „kaum mehr überschaubare“ Anzahl an Literatur gibt (siehe die dortigen Nachweise).

²⁴⁵ Teilweise wird noch weitergehend unterschieden, wann eine Interpretation gem. ökonomischen Argumenten erfolgen kann. So diskutiert *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 301 f. ökonomische Überlegungen beispielsweise mit Blick auf gesetzesübersteigendes Richterrecht als außerrechtliche Inspirationsquelle. Er plädiert dafür, ökonomische Argumente einfließen zu lassen, sofern sie mit den „grundlegenden Wertungsentscheidungen des geltenden Rechts kompatibel sind“. *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 302. Für eine mögliche Berücksichtigung der Wirtschaftswissenschaften i. R. d. Rechtsfortbildung auch *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 30.

²⁴⁶ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61; *Grundmann*, RabelsZ 66 (1997), 423, 434; *ders.*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 69; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2011, 529, 532; *Zickgraf*, ZfPW, 482, 488 ff.; vgl. auch *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1997, S. 30 zu dieser Möglichkeit sowie *Oehrich*, JURA 2020, 887, 887.

²⁴⁷ *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 305; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61 generell zu Rationalitätsgewinnen durch eine ökonomische Betrachtung.

²⁴⁸ Vgl. *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61 zur unterschiedlichen Bedeutung ökonomischer Argumente in verschiedenen Rechtsbereichen; *Grundmann*, RabelsZ 66 (1997), 423, 434; *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 69; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2011, 529, 532; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 5 Rn. 137; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 234; *Rühl* in: Krüper (Hrsg.) Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. 2021, S. 248, 257 (§ 12 Rn. 23).

tion gemäß den Ergebnissen der ökonomischen Analyse selbst dann möglich sei, wenn der Telos weder eindeutig eine ökonomische noch eine ethische Bewertung vorgibt.²⁴⁹ Dieser Aspekt bedarf hier allerdings keiner vertieften Auseinandersetzung. Denn mit Blick auf die arglistige Täuschung kann – in Übereinstimmung mit den soeben gemachten Ausführungen – angenommen werden, dass die Vorschrift im unternehmerischen Bereich zumindest (indirekt) auch auf eine ökonomisch sinnhafte Regelung des Sachverhalts abzielt.²⁵⁰ Die Berücksichtigung ökonomischer Überlegungen kann daher nach hier vertretener Ansicht im Rahmen eines ggf. bestehenden Auslegungsspielraums erfolgen.²⁵¹

Ökonomische Argumente können insofern bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale eine Rolle spielen.²⁵² Besonders groß ist der Interpretationsspielraum generell bei unbestimmten Rechtsbegriffen,²⁵³ sodass mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ökonomische Argumente vor allem in Bezug auf die Widerrechtlichkeit eine Rolle spielen könnten. Das setzt allerdings voraus, dass die Widerrechtlichkeit i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB überhaupt zu berücksichtigen ist.²⁵⁴ Noch höher ist der Konkretisierungsbedarf bei Generalklauseln, weshalb insofern ebenfalls das Einfließen ökonomischer Überlegungen befürwortet wird.²⁵⁵ Für die hier betrachtete Problematik ist dies jedoch weniger relevant, da

²⁴⁹ Grundmann, RabelsZ 66 (1997), 423, 442; vgl. auch Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 5 Rn. 139 (der grds. die Möglichkeit der Heranziehung von ökonomischen Argumenten bei der Auslegung annimmt, wenn keine spezifischen gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Werte entgegenstehen); zustimmend Zickgraf, ZfPW 2021, 482, 488 f. und 494.

²⁵⁰ Wobei damit nicht ausgesagt werden soll, dass der Gesetzgeber nicht auch die Berücksichtigung ethischer Argumente fordert. Zur ursprünglich moralischen Perspektive des Arglistbegriffs siehe näher im rechtshistorischen Abschnitt unter 3. Teil, A.

²⁵¹ Zickgraf, ZfPW, 482, 498 nimmt an, dass sich der Effizienzgedanke in der Rechtsprechung zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB widerspiegelt. Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 203 fordern mit Blick auf ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe (unbestimmte Rechtsbegriffe) die Berücksichtigung der Folgen der verschiedenen Auslegungen (wobei insofern nicht explizit ausgeführt wird, ob damit auch ökonomische Konsequenzen gemeint sind).

²⁵² Stürner, AcP 214 (2014), 7, 32 (der allerdings betont, dass dies gerade aber mit Blick auf die Wirtschaftswissenschaften seltener möglich sein wird). Vgl. Zickgraf, ZfPW 2021, 482, 494 zu unbestimmten Rechtsbegriffen.

²⁵³ Teilweise wird auch die Bezeichnung „Wertbegriff“ oder „Ermessensbegriff“ verwendet. Vgl. z. B. E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 77 f.; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 133 unterscheiden „unscharf begrenzte Begriffe“, „unbestimmte Rechtsbegriffe“ und „ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe“. Zu unbestimmten Rechtsbegriffen z. B. auch Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 234 ff.; Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 115 ff. (Rn. 164 ff.) (zur Unbestimmtheit von Wortbedeutungen).

²⁵⁴ Zu den entsprechenden Überlegungen *de lege lata* siehe näher unter 5. Teil, A.III.3., A.IV.4.b) und A.IV.4.c).

²⁵⁵ E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 302 (konkret für die Konkretisierung der zentralen haftpflichtrechtlichen Generalklausel der Fahrlässigkeit) und auf S. 305 (auf dem Gebiet des privaten Vermögensrechts). Beide Ausführungen erfolgen im Rahmen des Gesetzesübersteigenden Richterrechts. Vgl. auch Stürner, AcP 214 (2014), 7, 31 bzgl. des Einflusses wirtschaftswissenschaftlicher Aspekte auf das Verständnis von Grundprinzipien wie Vertragsfreiheit, die sich wiederum in Generalklauseln widerspiegeln. Siehe auch Zickgraf, ZfPW 2021,

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eben keine Generalklausel darstellt.²⁵⁶ Ökonomische Argumente erscheinen somit aber im Ergebnis zumindest potenziell bereits bei der Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *de lege lata* in Bezug auf die Widerrechtlichkeit berücksichtigungsfähig.

In diesem Zusammenhang wird teils noch die Bedeutung ökonomischer Argumente diskutiert. Stellenweise wird insofern gar verlangt, dass die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts generell das Hauptwertungsargument bei der Auslegung darstellen bzw. als vorrangig gegenüber anderen Wertungen angesehen werden sollten.²⁵⁷ Es wird allerdings umgekehrt in der Literatur auch angemahnt, ökonomische Argumente nicht einseitig in den Vordergrund zu stellen.²⁵⁸ Teils wird noch darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber die Hierarchie der Argumente selbst festlegen kann und dies aus der Norm heraus zu ermitteln ist.²⁵⁹ Der Befürchtung der zu starken Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse wird in dieser Arbeit insofern entgegengewirkt, als verschiedene Wertungsargumente umfassend berücksichtigt werden (z.B. auch das empirisch ermittelte Rechtsgefühl, siehe unter 4. Teil, C.).

Außerdem wird mit Blick auf ökonomische Argumente vor Scheinrationalität²⁶⁰ gewarnt. Diese Sorge scheint ebenfalls berechtigt, insbesondere in Berei-

482, 494 („Relevant werden rechtsökonomische Erwägungen insbesondere bei der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln.“). Siehe allgemein zur Handhabung von Generalklauseln *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 662 ff.

²⁵⁶ Die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln soll an dieser Stelle nicht herausgearbeitet werden. Gemein ist beiden, dass ein Konkretisierungsbedürfnis besteht, weshalb insofern auch ökonomische Überlegungen einfließen können.

²⁵⁷ Vgl. z. B. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 6. Aufl. 2020, Einl. XVIII in Bezug auf Verkehrssicherheit und Rechtssicherheit. Ähnlich wohl auch *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, S. 103 („in der Praxis [...] sind [...] wirtschaftliche Erwägungen das wichtigste und häufig, wenn nicht immer, auch das ausschlaggebende Kriterium“). Dies sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* ablehnend *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 304. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. 2015, S. 321 („Ein prima-facie Vorrang für das ökonomische Effizienzziel läßt sich [...] nicht begründen.“).

²⁵⁸ Vgl. *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61 f.; abwägend *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2011, 529, 532 („Ökonomische Effizienzkriterien können also weder ungefiltert [...] übernommen noch von vornherein ausgeklammert werden“); vgl. auch *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 5 Rn. 139 („Zusammenfassend kann die ökonomische Analyse des Rechts deshalb die klassische Rechtsdogmatik nicht ersetzen, aber ergänzen.“); *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, S. 104 („Daraus erklärt sich auch die größte Gefahr der ökonomischen Analyse des Rechts, nämlich die der unkritischen und undifferenzierten Übernahme durch Juristen und gegebenenfalls den Gesetzgeber.“).

²⁵⁹ Vgl. *Grundmann*, *RabelsZ* 66 (1997), 423, 444 („Der Vorrang der einen oder anderen Methode ist jedoch nicht pauschal, sondern muß jeweils aus der konkreten Norm und den diesbezüglichen gesetzgeberischen Wertungen hergeleitet werden.“).

²⁶⁰ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 62; ohne den Begriff der Scheinrationalität zu nennen, aber vom Grundgedanken her ähnlich *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991,

chen, in denen die ökonomischen Konsequenzen noch nicht abschließend erforscht sind und/oder eine Quantifizierung der Effekte schwerfällt. Genau diese Problematik besteht zu einem gewissen Grad bei der ökonomischen Analyse von Lügen in Vertragsverhandlungen und damit in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Aus diesem Grund wird im Folgenden eine grobe Abschätzung der ökonomischen Effekte vorgenommen, die zu einer Dreiteilung führt: 1. Die rechtliche Regelung ist ökonomisch sinnvoll. 2. Die rechtliche Regelung ist ökonomisch nicht sinnvoll. 3. Es kann kein eindeutiges Ergebnis bzgl. der Sinnhaftigkeit erzielt werden (ggf. erfolgt insofern ein Hinweis darauf, ob die rechtliche Regelung wohl eher ökonomisch sinnvoll bzw. wohl eher ökonomisch nicht sinnvoll ist; siehe dazu im Ergebnisteil dieses Abschnitts unter 4. Teil, G.VIII.). Von einer detaillierteren Unterscheidung der ökonomischen Konsequenzen wird in dieser Arbeit abgesehen, um gerade dem Bedenken der Scheinrationalität vorzubeugen.

Im Ergebnis werden im folgenden Abschnitt somit die ökonomischen Konsequenzen bestimmter Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen ermittelt, um die so gewonnenen Erkenntnisse dann sowohl i. R. d. Interpretation *de lege lata* als auch den Überlegungen *de lege ferenda* zu nutzen.

III. Aktueller Diskussionsstand

Bei der ökonomischen Betrachtung von Lügen in Vertragsverhandlungen geht das Schrifttum²⁶¹ im Ergebnis auf verschiedene Teilaspekte ein.²⁶² Die Literatur erörtert insbesondere die Frage, ob bestimmte Lügen aus ökonomischer Sicht zulässig sein sollten oder nicht.²⁶³ In diesem Zusammenhang wird manchmal der Begriff „optimale Unehrlichkeit“ (*optimal dishonesty*) verwendet.²⁶⁴ Ein Teil dieses Lite-

S. 104f. („Die Gefahr liegt insbesondere darin, daß von den plausibel klingenden ökonomischen Theorien und den sie stützenden mathematischen Modellen, die der ganzen Theorie eine Aura mathematischer Richtigkeit und Verifizierbarkeit verleihen, eine solche Blendwirkung ausgeht, daß darüber eine kritische Untersuchung des Unterbaues der Theorie vernachlässigt wird“).

²⁶¹ Die folgenden Ausführungen zu diesem Abschnitt (II.) basieren auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 257 ff.

²⁶² *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 60 geht sogar noch weiter: „Während die Rechtsdogmatik die aktive Täuschung stets für unzulässig hält, schweigt sich die ökonomische Analyse zu diesem Punkt aus.“. Der Autor zitiert auf S. 61 außerdem aus einem Schreiben von *Kötz*, welches dieser an *Wagner* richtete: „zumal auch die Ökonomen, soweit ich sehe, bislang sich mit dieser Frage nicht beschäftigt haben – was ja vielleicht für sie typisch ist“. (Früher) Ebenfalls eine relativ geringe Beschäftigung mit der Thematik feststellend *Gerschlager* in: *Gerschlager* (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 3 („deception and other tricks have therefore only received modest conceptual attention thus far.“). Vgl. *dies.* auch auf S. 8. Die Autorin erläutert auf S. 2 ff. verschiedene diskutierte Ansätze.

²⁶³ *Levmore*, *Texas Law Review* 85 (2007), 1359, 1366: „it is the fact that deception is sometimes acceptable and sometimes not that makes the subject interesting.“.

²⁶⁴ Siehe unter anderem *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 137; *ders.*, *Texas Law Review* 85 (2007), 1359, 1369; *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 261–264 (der dies allerdings ablehnt). So auch *Easterbrook* in: *Ackerman v. Schwartz*, 947 F.2d 841, 847

raturstrangs befasst sich dann wiederum überwiegend mit der Unterscheidung zwischen Offenlegungspflichten (die in diesem Werk nicht behandelt werden) und dem Recht zu schweigen.²⁶⁵ Diese Beiträge gehen dann oftmals nicht direkt auf Täuschungen ein. Die in diesem Kontext gewonnenen Erkenntnisse bilden jedoch die Grundlage für die Diskussion, ob Lügen notwendig sind, sofern ein Recht zu schweigen befürwortet wird.²⁶⁶ Diese Debatte wird wiederum sehr ausdifferenziert geführt und ist vor allem deshalb interessant, weil es insofern – ausnahmsweise – um positive Effekte geht, die durch Täuschungen möglicherweise entstehen. Im Übrigen werden mögliche positive Auswirkungen von Lügen nur selten diskutiert.²⁶⁷ Soweit sich Beiträge mit positiven Konsequenzen von Lügen befassen, stehen Anti-Missbrauchs-Lügen (*anti-abuse lies*), paternalistische Lügen und Bluffs, die die Wahrheit ans Licht bringen sollen (*truth-revealing lies*), im Vordergrund.²⁶⁸ Diese Debatte kreist jedoch zumeist um ganz spezifische Konstellationen (z. B. Lügen eines Arztes gegenüber einem todkranken Patienten), die – wenn überhaupt – nur eingeschränkt auf unternehmerische Vertragsverhandlungen übertragen werden können und bestenfalls einen sehr kleinen Ausschnitt der relevanten Lügen im unternehmerischen Bereich abbilden.

Daneben werden vor allem die negativen Effekte von Täuschungen in Vertragsverhandlungen unter anderem mit Hilfe der Transaktionskostentheorie sowie der Theorie des *cheapest cost avoider* erörtert.²⁶⁹ Darüber hinaus werden in der Literatur die (negativen) Konsequenzen von Lügen auf das Wahrheitssignal und das Vertrauen analysiert²⁷⁰ und auch Spillover-Effekte²⁷¹ finden Beachtung. Die Aus-

(7th Circ. 1991) („The optimal amount of fraud is zero“). Diese Formulierung sogar im Titel aufgreifend *Darby/Karni*, *The Journal of Law & Economics* 16 (1973), 67, 67 („Free Competition and the Optimal Amount of Fraud“). Da diese Arbeit nicht darauf ausgerichtet ist, das optimale Maß an Lügen zu ermitteln, wird der Begriff im Folgenden nicht verwendet. Es kann nur darum gehen, welche Bluffs als rechtlich (noch) zulässig gelten sollten. Damit ist gerade keinerlei Empfehlung für den Einsatz solcher Bluffs verbunden. Es soll auch nicht angezeigt werden, dass solche Bluffs sinnvoll erscheinen. Die Bezeichnung ist zudem wohl bewusst provokativ gewählt. Auch aus diesem Grund wird der Begriff hier abgelehnt.

²⁶⁵ Siehe dazu z. B. *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 7; *Cooter/Ulen*, *Law and Economics*, 6. Aufl. 2016, S. 357; *Shavell*, *The RAND Journal of Economics* 25 (1994), 20, 20ff. und *ders.*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 331–334.

²⁶⁶ Z. B. aufgegriffen von *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 625–631; *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 134–142 (insb. 137–142); *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 261–264.

²⁶⁷ Vgl. zur Fokussierung auf die negativen Aspekte auch *Gerschlagler* in: *Gerschlagler* (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 8.

²⁶⁸ Grundlegend dazu *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 633–661.

²⁶⁹ Siehe z. B. *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 122. Die Konzepte werden unter 4. Teil, G.V.2. bereits näher erörtert.

²⁷⁰ So z. B. *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 624 (ab S. 631 konkret angewandt). Dieser Effekt wird unter 4. Teil, G.V.4. näher erörtert. Generell zum Verhältnis von Vertrauen und Täuschung in Verhandlung (auch aus interkultureller Perspektive) *Zhang/L. Liu/W. Liu*, *Management and Organization Review* 11 (2015), 123, 123ff.

²⁷¹ Siehe dazu unter 4. Teil, G.V.5.

wirkungen von Lügen auf das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*²⁷²) und das ZOPA (*zone of possible agreement*²⁷³) wurden bislang hingegen praktisch nicht untersucht.²⁷⁴ Dies überrascht, da das BATNA und das ZOPA als Schlüsselindikatoren für die Verhandlungsmacht dienen und den ggf. bestehenden rationalen Einigungsbereich beschreiben.²⁷⁵ Auf diesen Aspekt wird daher im Folgenden näher eingegangen. Wohlfahrtsökonomische Überlegungen,²⁷⁶ insbesondere im Hinblick auf die Allokationseffizienz,²⁷⁷ sind in der Diskussion hingegen präsent. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die ökonomischen Ansätze sehr ausdifferenziert sind. Die einschlägigen Beiträge konzentrieren sich in der Regel auf einen der soeben genannten Aspekte (oder wenige Aspekte) und analysieren diesen (diese) tiefgreifend.

Um die Ergebnisse der ökonomischen Analyse für die angemessene rechtliche Lösung von Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB fruchtbar zu machen, müssen die ökonomischen Konsequenzen an dieser Stelle allerdings möglichst vollumfänglich untersucht werden. Es werden daher im Folgenden alle zentralen ökonomischen Ansätze aufgegriffen, d. h. konkret die Idee des *cheapest cost avoider*, die Transaktionskostentheorie, das Recht zu lügen, um das Recht zu schweigen zu schützen, Überlegungen zum Wahrheitssignal und zum Vertrauen, Spillover-Effekte und die Geschäftspraxis (als Indikator). Zusätzlich werden wohlfahrtsökonomische Überlegungen berücksichtigt. In diesem Zusammenhang gilt ein besonderes Augenmerk den Auswirkungen auf das BATNA und das ZOPA sowie Überlegungen zur Pareto-Effizienz. Zudem soll auf der Grundlage evolutionsbiologischer Erkenntnisse untersucht werden, ob Lügen zur Stärkung der wirtschaftlich schwächeren Partei beitragen.

Die genannten ökonomischen Ansätze werden – sofern möglich – dann unter 4. Teil, G.VII. auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände (z. B. Lügen über bessere Angebote, die Verfügbarkeit eines Produkts, unternehmensinterne Vorgaben²⁷⁸) angewandt. Diese Vorgehensweise kann als *Novum* bezeichnet werden. Denn bisher behandeln ökonomische Beiträge Lügen oft entweder als ein einheitliches Phänomen²⁷⁹ oder sie differenzieren nur grob nach verschiedenen „Konstel-

²⁷² Siehe dazu unter 2. Teil, A.V.1.

²⁷³ Siehe dazu unter 4. Teil, G.V.2.

²⁷⁴ So daher S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 273 ff.

²⁷⁵ Maude, *International Business Negotiation: Principles and Practice*, 2014, S. 69f.; Ponschab, *ZKM* 2014, 4, 4ff. (beide zur Verhandlungsstärke). Innerhalb des ZOPA ist jede Einigung aus Sicht beider Seiten rational. M. Liu/Chai in: Benoliel (Hrsg.), *Negotiation Excellence*, 2. Aufl. 2014, S. 1, 18. S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 104.

²⁷⁶ Dies sogar in der Überschrift aufgreifend Porat/Yadlin, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 617.

²⁷⁷ Siehe nur Kronman, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 11–12 (mit Blick auf Informationspflichten). Dies aufgreifend Levmore, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 135.

²⁷⁸ Eine Auflistung verschiedener Täuschungsgegenstände wurde bereits unter 3. Teil, C.X.4. vorgenommen.

²⁷⁹ Vgl. Tietzel in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 17ff. (der

lationen“ von Lügen (siehe z.B. die Unterscheidung zwischen produktiven und distributiven Informationen²⁸⁰, *casually acquired information*²⁸¹ und *deliberately acquired information*²⁸², *socially valuable information*²⁸³ und *privately valuable information*²⁸⁴ sowie Notlügen oder paternalistischen Lügen).²⁸⁵ Hier soll die Dekonstruktion von Lügen und damit die differenzierte Ermittlung von ökonomischen Konsequenzen systematisch weiterentwickelt werden. Entsprechend den Ergebnissen der Siegener Studie (siehe unter 1. Teil, C.) werden daher die ökonomischen Effekte bzgl. der einzelnen Täuschungsgegenstände ermittelt (zur Kategorisierung siehe bereits unter 3. Teil, D.IX.), was so bislang in der Literatur noch nicht versucht wurde.²⁸⁶

sich allgemein mit Lügen bezogen auf den Leistungsgegenstand befasst); R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 118–122 (allgemein zu Betrug/Täuschung). Auch v. der Crone, *Rahmenverträge*, 1993, S. 136 fordert aus ökonomischer Sicht wohl pauschal ein Täuschungsverbot.

²⁸⁰ In der entsprechenden englischsprachigen Literatur wird insofern von *productive information* und *redistributive information* gesprochen.

²⁸¹ Die Bezeichnung *casually acquired information* bezieht sich auf Informationen, die zufällig erlangt werden.

²⁸² Die Bezeichnung *deliberately acquired information* bezieht sich auf Informationen, deren Erhalt mit Aufwand verbunden ist.

²⁸³ Die Bezeichnung *socially valuable information* bezieht sich auf Informationen, die sozial wertvoll sind. Eine sozial wertvolle Information soll immer dann vorliegen, wenn eine Information von anderen Marktteilnehmern genutzt werden kann, um eine werterhöhende Aktion durchzuführen. Vgl. Shavell, *The RAND Journal of Economics* 25 (1994), 20, 21 sowie Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 334.

²⁸⁴ Die Bezeichnung *privately valuable information* bezieht sich auf Informationen von privatem Wert. Eine Information ist allein von privatem Wert, wenn die Information keine werterhöhende Aktion hervorrufen kann. Vgl. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 334.

²⁸⁵ Porat/Yadlin, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 633–661 (diskutieren *anti-abuse lies*, *truth revealing lies* und paternalistische Lügen). Kronman, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 13 (zu *casually acquired information* und *deliberately acquired information*). Bezugnehmend auf Kronmans Differenzierung Levmore, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 137–142. Cooter/Ulen, *Law and Economics*, 6. Aufl. 2016, S. 357 zu produktiven und distributiven Informationen. Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse*, 6. Aufl. 2020, S. 627 unterscheiden mit Blick auf Aufklärungspflichten zwischen produktiven, unproduktiven und kontraproduktiven Informationen. Ebenso Porat/Yadlin, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 626ff., die dann weitergehend auch ein „Recht auf Lüge“ für produktive Informationen befürworten. Dies ebenfalls mit Blick auf Aufklärungspflichten aufgreifend Kötz in: FS Drobniig, 1998, S. 563, 569ff. Vgl. auch Hirschleifer, *The American Economic Review* 61 (1971), 561, 561ff.; Shavell, *The RAND Journal of Economics* 25 (1994), 20, 20ff. sowie ders., *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 334 zu *socially valuable information und privately valuable information*.

²⁸⁶ Diesen Ansatz so wohl erstmals verfolgend S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 259ff. i. V. m. 281 ff.

IV. Die Wechselbeziehung verschiedener Faktoren

Die ökonomische Analyse ist aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeiten verschiedener Faktoren äußerst komplex.²⁸⁷ Diese Interdependenzen sind jedoch nicht das primäre Thema dieser Arbeit. Zum besseren Verständnis werden in diesem Abschnitt dennoch einige zentrale Interdependenzen kurz umrissen. In dieser Hinsicht scheinen sich insbesondere sechs verschiedene Faktoren gegenseitig zu beeinflussen:

- Moral²⁸⁸
- Rechtsgefühl
- Judiz
- Recht²⁸⁹
- Ökonomische Effekte
- Häufigkeit von Lügen

Die genannten Faktoren werden wiederum von anderen Faktoren beeinflusst. Die Häufigkeit von Lügen beispielsweise wird nicht nur von wirtschaftlichen Erwägungen, der Moral, dem Rechtsgefühl und dem Gesetz beeinflusst, sondern auch vom Geschlecht, der Nationalität, dem Bildungsgrad, der religiösen Einstellung, der Arbeitserfahrung sowie der persönlichen Einstellung des Verhandlers zu Verhandlungen.²⁹⁰ Diese Aspekte und die Häufigkeit von Lügen wurden in diesem Werk bereits ausführlich unter 2. Teil, A.II. erörtert,²⁹¹ sodass hier auf die dort erzielten Ergebnisse verwiesen werden kann. Im Folgenden sollen die verbleibenden Wechselwirkungen diskutiert werden.

²⁸⁷ Der folgende Abschnitt (IV.) basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 262 ff.

²⁸⁸ Diese umfasst die Moralvorstellungen von Einzelpersonen, von verschiedenen Gruppen (z. B. der Rechtsberufe) und von Moralphilosophen.

²⁸⁹ Diese Kategorie bezieht sich nicht allein auf das materielle Recht, sondern auch auf die Durchsetzbarkeit von Rechten und Ansprüchen, die Aufdeckungswahrscheinlichkeit und Beweismöglichkeiten sowie Handlungsalternativen (z. B. Neuverhandlungen).

²⁹⁰ Vgl. u. a. *Lewicki/Robinson*, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), 665, 675 und 678 (persönliche Einstellung und Nationalität); *Maier/Lavrakas*, *Perceptual & Motor Skills* 42 (1976), 575, 576 (Bildungsgrad und religiöse Einstellung); *Anton*, *The International Journal of Conflict Management* 1 (1990), 265, 274 (Alter); *Robinson/Lewicki/Donahue*, *Journal of Organizational Behavior* 21 (2000), 649, 656 (Geschlecht und Nationalität); *Dreber/Johannesson*, *Economics Letters* 99 (2008) 197, 197 ff. (Geschlecht); *Erat/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 727 (Geschlecht differenziert nach Art der Lüge); *Olekalns/Kulik/Chew*, *Journal of Business Ethics* 120 (2014), 13, 13–26 (Geschlecht im Zusammenspiel mit anderen Faktoren wie Vertrauen und Strategie); *Leming*, *The Journal of Educational Research* 74 (1980), 83, 83–87 (diskutiert „cheating“ statt „lying“ in einer Testsituation und untersucht, inwiefern sich Sanktionen unterschiedlich auf das Verhalten von Frauen und Männern auswirken). Einen Überblick über die Diskussion gebend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 351 ff.

²⁹¹ Siehe auch *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 263 f.

1. Kosten-Nutzen-Relation

Die Kosten-Nutzen-Relation²⁹² von Bluffs²⁹³ hängt in hohem Maße von der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung der Täuschung,²⁹⁴ der Wahrscheinlichkeit der Nutzung der verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten sowie der Intensität und der Auswirkung dieser Reaktionsmöglichkeiten ab.²⁹⁵

Das Risiko der Entdeckung der Täuschung variiert wiederum je nach Art der Lüge, d. h. je nach dem Gegenstand des Bluffs (zu den verschiedenen Täuschungsgegenständen näher unter 4. Teil, G.VII.).²⁹⁶ Dasselbe gilt für die möglichen negativen Folgen für den Lügner.²⁹⁷ Insofern kommt es vor allem auf die von der getäuschten Partei gewählte Reaktionsmöglichkeit auf den Bluff an, auf die Reaktion von Personen, die von der Täuschung erfahren sowie auf die Reaktion des Marktes insgesamt.²⁹⁸ Insofern ist zu bedenken, dass dem Getäuschten selbst ohne gesetzliche (oder vertragliche) Ansprüche bzw. Rechte ein breites Repertoire an Reaktionsmöglichkeiten (d. h. Handlungsalternativen) auf Täuschungen zur Verfügung steht. Wie bereits unter 2. Teil, A.VII. erörtert, gehören dazu u. a. Nachverhandlungen, das Verlangen eines Austauschs des betrügerischen Verhandlungsführers, Gegenlügen, die Änderung des Verhandlungsverhaltens, eine Kompensation bei Folgegeschäften, die Beendigung der Geschäftsbeziehung und die Aufdeckung der

²⁹² Dieser Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 265 f.

²⁹³ *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, S. 187, 191 (allgemein zum Einfluss der Kosten-Nutzen-Relation auf Lügen). Ebenfalls zum Einfluss der Kosten-Nutzen-Relation auf die Häufigkeit *Lukesch* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), *Die Lüge*, 2007, S. 87, 98.

²⁹⁴ Siehe *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373 (zum Einfluss der Möglichkeit der Aufdeckung der Täuschung); siehe auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, 187, 191 (der darauf hinweist, dass die Schätzung der Wahrscheinlichkeit verzerrt sein könnte). Siehe zur Aufdeckung in dieser Arbeit auch näher unter 4. Teil, G.IV.2.a).

²⁹⁵ Vgl. z. B. *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunter (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, 187, 192 (der Reputationsschäden und Rechtskosten nennt). Vgl. allgemein auch *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 168 f., die verschiedene Faktoren auflisten. Siehe zu den verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten für die getäuschte Seite in dieser Arbeit bereits ausführlich unter 2. Teil, A.VII.

²⁹⁶ Vgl. zu Informationsasymmetrien und den höheren Anreizen zu täuschen, wenn entsprechende Informationsasymmetrien vorliegen *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 23–26. Traditionell wird insofern zwischen verschiedenen Arten von Gütern (bzw. Gütereigenschaften) unterschieden, bei denen unterschiedlich starke Informationsasymmetrien vorliegen (z. B. Suchgüter, Erfahrungsgüter etc.). Siehe ebenfalls *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 23–26; vgl. dazu auch *Faust*, *Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss*, 2001, S. 36 ff. (unveröffentlichte Fassung).

²⁹⁷ Siehe auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunter (Hrsg.), *Wharton on Making Decisions*, 2001, 187, 192 (zu Einmalverhandlungen).

²⁹⁸ *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 28 f. („Alle genannten individuellen Reaktionen auf Betrugsversuche wirken verhaltensregulierend auf alle Beteiligten; sie erhöhen die Kosten des Betrugs für den Betrüger, vermindern die indirekten Betrugskosten für Dritte und senken die Such- und Informationskosten für potenzielle Betrugsopfer.“).

Lüge gegenüber Dritten. Besonders in dauerhaften Geschäftsbeziehungen und in miteinander verflochtenen Wirtschaftsbeziehungen erweisen sich soziale Sanktionen (einschließlich der Rufschädigung²⁹⁹) als schwerwiegend.³⁰⁰ Die genannten Handlungsmöglichkeiten, wie z.B. Nachverhandlungen und Rufschädigungen, sind zudem regelmäßig selbst in Fällen effektiv, in denen die Lüge erst nach Abschluss des Vertrags aufgedeckt wird.³⁰¹ Infolgedessen schrecken diese potenziellen negativen Maßnahmen, die die getäuschte Seite ergreifen kann, von Lügen ab, weil sie das Kosten-Nutzen-Verhältnis zum Nachteil des Täuschenden verschieben.³⁰²

Ob mögliche soziale Sanktionen in die Tat umgesetzt werden, hängt jedoch unter anderem auch von der moralischen Bewertung des Bluffs und dem diesbezüglichen Rechtsgefühl ab. Soziale Sanktionen werden grundsätzlich dann angewandt, wenn jemand gegen eine soziale Norm³⁰³ verstößt.³⁰⁴ Die Entwicklung dieser sozialen Normen wird wiederum von der Moral und dem Rechtsgefühl beeinflusst.³⁰⁵ Kurz gesagt: Wenn Verhandler glauben, dass in ihren Kreisen ein bestimmtes Verhalten moralisch (noch) akzeptabel ist, ist es unwahrscheinlich, dass sie soziale Sanktionen ergreifen werden.³⁰⁶

Rationale Verhandlungsführer auf der getäuschten Seite werden zudem die Kosten und den Nutzen der Anwendung der ihnen zur Verfügung stehenden Hand-

²⁹⁹ Vgl. *Piddocke*, *Anthropologica New Series* 10 (1968), 261, 261, der eine Klassifizierung von sozialen Sanktionen vornimmt.

³⁰⁰ Siehe allg. z.B. *W. Johnson/Xie/Yi*, *Journal of Corporate Finance* 25 (2014), 16, 16ff. zu Reputationsschäden in Gütermärkten. Zu den Auswirkungen von Reputationsverlusten im Bereich des strafrechtlich relevanten Betrugs siehe *Karpoff/Lott Jr.*, *The Journal of Law & Economics* 36 (1993), 757, 757ff. *Faust*, *Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluß*, 2001, S. 52ff. (unveröffentlichte Fassung) diskutiert ausführlich die Bedeutung des Verlusts von *goodwill* aufgrund von Falschinformationen. Siehe zu diesem Aspekt in dieser Arbeit bereits unter 2. Teil, A.VII.12.

³⁰¹ *Bhide/Stevenson*, *Harvard Business Review* 126 (1990), 121, 124ff. die behaupten, dass viele Unternehmen keine Vergeltungsmaßnahmen ergreifen, wenn sie belogen werden.

³⁰² *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 168 formulieren allgemein: „Thus, consequences-rewards and punishments that arise from using a tactic or not using it – should not only motivate a negotiator’s present behavior, but also affect the negotiator’s predisposition to use similar strategies in similar circumstances in the future.“

³⁰³ *Ellickson* in: *Hechter/Opp* (Hrsg.), *Social Norms*, 2001, S. 35, 35 gibt an, dass in der Literatur folgende Definition von „sozialen Normen“ akzeptiert ist: „They (d.h. relevante Autoren, Anm. der Autorin) regard a social norm as a rule governing an individual’s behavior that is diffusely enforced by third parties other than state agents by means of social sanctions.“

³⁰⁴ *Piddocke*, *Anthropologica New Series* 10 (1968), 261, 267 („The third method of reinforcing the normative order is that of social sanctions. This is the provision of rewards for compliance with the norms [positive social sanctions] and of punishments for deviance therefrom [negative social sanctions].“).

³⁰⁵ Zur Rolle von Pfadabhängigkeit mit Blick auf soziale Normen vgl. *Hechter/Opp* in: *Hechter/Opp* (Hrsg.), *Social Norms*, 2001, S. 394, 406ff.

³⁰⁶ *Gössling*, *Journal of Business Ethics* 45 (2003), 121, 124. Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass die moralische Bewertung auch davon abhängt, ob das Verhalten aus einer neutralen Perspektive beurteilt wird oder aus Sicht des Lügners bzw. Opfers.

lungsmöglichkeiten abwägen. Neuverhandlungen führen z.B. zu Transaktionskosten (für beide Seiten).³⁰⁷ Außerdem kann die Konfrontation der anderen Seite mit ihrem betrügerischen Verhalten zum Abbruch der langfristigen Geschäftsbeziehung führen (darin besteht das sog. Betrugsdilemma, siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.4.).³⁰⁸ Schwierigkeiten bzgl. der Aufdeckung und dem Nachweis von Täuschungen sind im Zusammenhang mit sozialen Sanktionen und alternativen Reaktionsmöglichkeiten hingegen weniger entscheidend als im Zusammenhang mit rechtlichen Sanktionen, da echte „Beweise“ für die Anwendung von sozialen Sanktionen meist nicht erforderlich sind.³⁰⁹ In vielen Fällen kann sogar der Verdacht auf eine Lüge eine bestimmte Reaktion oder soziale Sanktion rechtfertigen.³¹⁰

2. Rechtliche Reaktionsmöglichkeiten

Wenn das Rechtssystem der getäuschten Partei bestimmte Rechte und Ansprüche zugesteht, beeinflusst auch die Rechtslage die Häufigkeit von Lügen.³¹¹ Ebenso wie drohende Reaktionen in Form von Nachverhandlungen oder sozialen Sanktionen durch die getäuschte Partei wirken sich drohende (negative) Rechtsfolgen für den Täuschenden das Kosten-Nutzen-Verhältnis von Lügen aus. In diesem Zusammenhang wird der Täuschende berücksichtigen, wie wahrscheinlich eine erfolgreiche Rechtsdurchsetzung ist. Der Begriff Durchsetzung wird hier in einem weiten Sinn verstanden. Es ist damit nicht nur die gerichtliche Durchsetzung gemeint, sondern auch Situationen, in denen eine Partei ihre Rechte bzw. Ansprüche gegenüber der anderen Partei unter Hinweis auf die Rechtslage geltend macht und die andere Partei dem nachkommt.

Je höher die Wahrscheinlichkeit, dass die getäuschte Seite ihren Anspruch bzw. ihr Recht erfolgreich durchsetzen kann und wird, desto unattraktiver wird es für die andere Seite, zu lügen, was somit die Häufigkeit von Lügen verringert. Insofern ist zu bedenken, dass die tatsächliche Durchsetzung einer Rechtsposition (hier des Anfechtungsrechts) von der konkreten Rechtsvorschrift abhängt. Unter der Annahme, dass sich der Lügner rational (im Sinne eines juristischen Risikomanagements) verhält, ergibt sich folgende Tendenz: Je einschneidender die Rechtsfolgen, desto weniger Täuschungen sind zu erwarten.³¹²

³⁰⁷ Siehe zu Transaktionskosten auch im Folgenden unter 4. Teil, G.V.1.

³⁰⁸ Vgl. generell zum Betrugsdilemma z.B. S. *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 92.

³⁰⁹ Anders kann dies gesehen werden, wenn es darum geht, die Lüge gegenüber Dritten aufzudecken (um z.B. die Reputation des Lügners zu schädigen).

³¹⁰ Vgl. z.B. *Horton*, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 223.

³¹¹ Dieser Abschnitt basiert auf S. *Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 267.

³¹² *Dees/Cramton*, Business Ethics Quarterly 1 (1991), 135, 150 weisen darauf hin, dass die rechtlichen Konsequenzen umso stärker ausfallen müssten, wenn die Durchsetzbarkeit (z.B. aufgrund mangelnder Nachweisbarkeit) gering ist. Die Autoren machen gleichzeitig deutlich, dass

Darüber hinaus hängt die Durchsetzung der Anfechtung bzw. die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von der Verfügbarkeit an attraktiven Handlungsalternativen ab. Wenn es wirksamere und billigere Reaktionsmöglichkeiten auf Lügen gibt, werden die beteiligten Parteien auf diese effizienteren Optionen zurückgreifen (z. B. Neuverhandlungen oder soziale Sanktionen).³¹³ Bei der Entscheidung zwischen der Durchsetzung von Rechtsansprüchen und der Nutzung von Handlungsalternativen ist zudem in der Regel das Verhältnis der Parteien ausschlaggebend. Wie bereits angeklungen, werden die Vertragsparteien in langfristigen Beziehungen wohl regelmäßig alternative Vorgehensweisen wählen, um eine Schädigung der langfristigen Beziehung zu vermeiden.³¹⁴ Außerdem wird das Rechtsgefühl auf die Rechtsdurchsetzung Einfluss nehmen (dazu im Folgenden näher unter 4. Teil, G.IV.2.c)). Im Übrigen ist auf die Ausführungen unter 2. Teil, B.II.3. zu den Gründen für das Fehlen von Rechtsprechung zu Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. Preis und Leistung) in Deutschland zu verweisen.

a) Aufdeckung und Beweisführung

Im Rahmen der rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten ist zudem zu bedenken, dass das Opfer einer Täuschung überhaupt nur dann gesetzliche oder vertragliche Rechtsfolgen geltend machen kann, wenn es die Täuschung zunächst bemerkt, dann auch aufdecken und zudem nachweisen kann.³¹⁵ Siehe zur Aufdeckung bereits unter 4. Teil, G.IV.2.a). Die Aufdeckung der Lüge verursacht dabei regelmäßig Transaktionskosten.³¹⁶ Bezüglich einiger Bluffs macht es daher für die (möglicherweise) getäuschte Seite bereits aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn, in die Aufklärung zu investieren. Das gilt vor allem dann, wenn alternativ Maßnahmen ergriffen werden können, die unabhängig von der Aufklärung der vermuteten Täuschung eingesetzt werden können (z. B. das Ausblenden von Emotionen).³¹⁷ Ob die Partei tatsächlich Ressourcen in die Aufdeckung möglicher Bluffs investiert, hängt somit auf der einen Seite von den Kosten für die Aufklärung sowie von den weiteren Kosten für die Durchsetzung der gesetzlich bzw. vertraglich gewährten Rechte (oder nichtgesetzlicher bzw. vertraglicher Alternativen) und auf der anderen Seite von den möglichen finanziellen Vorteilen aus der erfolgreichen Durchset-

dies dann aber wohl regelmäßig dem Rechtsgefühl (die Autoren sprechen von *sense of justice*) widersprechen würde.

³¹³ Siehe zu den einzelnen Handlungsoptionen in dieser Arbeit bereits ausführlich unter 2. Teil, A.VII.

³¹⁴ Siehe zum Verhältnis von Streitigkeiten und langfristigen Geschäftsbeziehungen grundlegend *Macaulay*, *American Sociological Review* 28 (1963), 55, 55ff. Siehe beispielsweise auch *Cheit/Gersen*, *Law and Social Inquiry* 25 (2000), 789, 789ff.

³¹⁵ Dieser Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 267f.

³¹⁶ Auf Transaktionskosten wird im Folgenden unter 4. Teil, G.V.1. näher eingegangen.

³¹⁷ Zum möglichen Umgang mit Täuschungen siehe bereits unter 2. Teil, A.VII.

zung ab.³¹⁸ In jedem Fall entstehen Transaktionskosten, die entweder von einer Partei oder beiden Seiten getragen werden müssen und im Allgemeinen die Wohlfahrt schmälern. Darüber hinaus werden die möglichen Vorteile einer erfolgreichen Durchsetzung einer Anfechtung oder von Schadensersatzansprüchen oftmals begrenzt sein. Bei Falschdarstellungen, die lediglich zu einer Umverteilung innerhalb des ZOPA führen, ist die betrogene Partei im Allgemeinen – d. h. unabhängig von der konkreten Rechtslage – nicht an einer Anfechtung des Vertrags interessiert, da ihr keine bessere Alternative (d. h. kein besseres BATNA) zu diesem Geschäft vorliegt (unter der Annahme eines im Laufe der Zeit nicht dynamischen ZOPA). Die getäuschte Partei könnte jedoch in diesem Fall Schadensersatzansprüche geltend machen wollen. Insofern könnte es für die getäuschte Partei allerdings in der Praxis schwierig sein, ihren konkreten Schaden nachzuweisen.

Grundsätzlich stellen Aufdeckungs- und Beweisprobleme die Hauptschwierigkeiten bei der Durchsetzung gewährter Rechtspositionen im Fall von Täuschungen dar, wenn es um Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen geht.³¹⁹ Die getäuschte Partei trägt somit die Probleme und Kosten, die mit der Beweislast verbunden sind.³²⁰ Lügen über den Leistungsgegenstand, den Preis i. e. S. und die Vertragsparteien können in der Regel oftmals mit (noch) vertretbarem Aufwand aufgeklärt und bewiesen werden. Schriftliche Lügen sind in der Regel ebenfalls leichter beweisbar als mündliche Falschdarstellungen. Zumindest ist die Beweisbarkeit bei mündlichen Täuschungen nicht generell ausgeschlossen.³²¹ Gleiches gilt für Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstandes. Im letzteren Fall ist es für die getäuschte Seite aber oftmals besonders schwer, die bestehenden Informationsasymmetrien zu überwinden. Dennoch stellt die Beweislast selbst dann nicht unbedingt ein unüberwindbares Hindernis dar (siehe dazu bereits unter 4. Teil, G. IV.2.a). In beiden Fällen würde sich die rechtliche Durchsetzung allerdings regelmäßig hauptsächlich auf Zeugen stützen können.³²² Im Ergebnis verbleibt somit wohl meist ein hohes Maß an Unsicherheit bezüglich des Ausgangs eines mögli-

³¹⁸ Vgl. *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 374, die anführen, dass auch Reputationsfolgen berücksichtigt werden müssen. Eine gerichtliche Durchsetzung mag sich im Einzelfall beispielsweise nicht lohnen, kann aber aufgrund der Ausstrahlungswirkung andere Verhandlungspartner davon abhalten, solche Täuschungstaktiken anzuwenden.

³¹⁹ Zur Beweisführung im deutschen Recht siehe bereits ausführlich unter 2. Teil, B.I.11. Vgl. allgemein auch *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 378 („Unfortunately, the civil law is a rather blunt instrument for the enforcement of norms.“).

³²⁰ Siehe zur Beweislast mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausführlich unter 2. Teil, B.I.11.

³²¹ Bei unternehmerischen Verhandlungen liegt eine Prinzipal-Agenten-Problematik vor (dazu bereits unter 2. Teil, A.III.). Die eigenen Angestellten und selbständigen Vertreter der Gesellschaft können daher im Prozess als Zeugen aussagen, vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2.

³²² Dazu, dass Mitarbeiter eines Unternehmens als Zeugen auftreten können, vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 114.2. Auch eine sekundäre Darlegungslast erscheint nicht ausgeschlossen. Siehe zur sekundären Darlegungslast mit Blick auf § 123 BGB: BGH NJW-RR 2008, 343, 343; OLG Brandenburg BeckRS 2020, 35738; vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95.

chen Rechtsstreits. Diese Unsicherheit wird die geschädigte Partei in vielen Fällen davon abhalten, potenzielle Ansprüche notfalls gerichtlich zu verfolgen. Mit anderen Worten: Sie vermindert die Häufigkeit der gerichtlichen Durchsetzung. Das bestätigt bereits ein Blick auf die deutsche Rechtsprechung (siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.).

b) Die Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen

Unabhängig von einzelnen Arten von Lügen ist die Durchsetzbarkeit von Rechtsfolgen wegen Täuschungen über Meinungen, also über subjektive Bewertungen, besonders schwierig.³²³ Gemeint sind hier Fälle, in denen eine Person den Verhandlungspartner über das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer bestimmten Meinung täuscht. Solche Bluffs sind im Ergebnis zwar von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst, weshalb darauf basierende Willenserklärungen im Prinzip angefochten werden können.³²⁴ Es ist aber regelmäßig unmöglich bzw. zumindest äußerst schwer zu beweisen, welche Meinung eine Person tatsächlich vertritt, da diese nur der Person bekannt ist und diese ihre Meinung im Laufe der Zeit zudem ändern kann.³²⁵ Dies erschwert die Möglichkeit nachzuweisen, dass eine Meinung zu einem bestimmten Zeitpunkt vertreten wurde. Dasselbe gilt für innere Einstellungen und Absichten. Insofern besteht nach deutschem Verständnis ebenfalls grundsätzlich ein Anfechtungsrecht, wenn die vorgetragene Absicht bzw. Einstellung in Wahrheit nicht besteht.³²⁶ Nur in Einzelfällen wird es der getäuschten Seite somit gelingen, die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast zu erfüllen. Dies kann wohl am ehesten mit Blick auf Lügen über die Bereitschaft zu leisten der Fall sein. Aufgrund der Beweisprobleme ist es für ein Rechtssystem jedoch im Ergebnis nicht möglich, der getäuschten Partei in solchen Fällen generell eine effektiv durchsetzbare Rechtsposition zu verschaffen. Aus diesem Grund kann ein Anfechtungsrecht in diesem Bereich – wie es z. B. das deutsche Recht gewährt – die mit diesen Lügen verbundenen negativen Auswirkungen aus ökonomischer Sicht nicht wirk-

³²³ Dieser Abschnitt basiert auf *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 268.

³²⁴ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.2.b)aa). Allgemein zur Erfassung innerer Tatsachen *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 27; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 8. Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 (im Zusammenhang mit Absichten); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3 (allgemein unter Nennung von Absichten als Beispiel).

³²⁵ Selbst wenn der Täuschende einem Kollegen erzählt, dass er in der Verhandlung den Verhandlungspartner über seine wahre Meinung belogen hat, kann die Aussage des Kollegen des Täuschenden die Lüge nicht sicher beweisen. Das liegt daran, dass der Täuschende behaupten könnte, statt des Verhandlungspartners seinen Kollegen belogen zu haben. Nur der Täuschende kennt im Ergebnis die Wahrheit und könnte bestätigen, dass er gelogen hat.

³²⁶ *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.1 und 16.6; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 konkret zur Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen.

sam abmildern. Da jedoch ökonomische Argumente nur eines von mehreren Argumenten für eine bestimmte Vorschrift sind,³²⁷ bedeutet dies nicht unbedingt, dass ein Rechtssystem solche Lügen grundsätzlich nicht regeln sollte. Insofern bedarf es vielmehr einer umfassenden Abwägung. So haben beispielsweise die Überlegungen zu den Regelungselementen gezeigt, dass eine Abgrenzung über diesen Aspekt regelmäßig nicht sinnvoll ist (siehe dazu unter 3. Teil, C.4). Es könnte daher durchaus sinnvoll sein, auch Meinungen zu erfassen und bestimmte Täuschungen über einen anderen Mechanismus anzunehmen.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass in unternehmerischen Verhandlungen grundsätzlich eine Prinzipal-Agenten-Situation vorliegt. Wie bereits unter 2. Teil, A.III.3. ausgeführt wurde, könnte der betrogene Agent dazu tendieren, seinem Prinzipal nicht zu enthüllen, dass er vom Verhandlungspartner getäuscht wurde, da dies sein eigenes Standing im Unternehmen gefährden könnte. Dadurch könnte sich die Prinzipal-Agenten-Situation negativ auf die Durchsetzung möglicher Rechte und Ansprüche auswirken.³²⁸

Es sollte zudem berücksichtigt werden, dass es bei der Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen unabhängig von der Prinzipal-Agenten-Problematik zu Fehlern kommen kann.³²⁹ Anwälten mag z. B. bei der Darlegung der Fakten ein Fehler unterlaufen oder sie mögen nicht optimal vor Gericht argumentieren. Selbst Gerichte können bestimmte Situationen falsch einschätzen und im schlimmsten Fall ein fehlerhaftes Urteil fällen. Die Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines solchen Risikos hängt in erster Linie von der Rechtssicherheit, d. h. der rechtlichen Bestimmtheit und Transparenz, der einschlägigen Vorschriften ab. In dieser Hinsicht sind komplexe Vorschriften anfälliger für Fehler als pauschale Vorschriften.³³⁰ Ebenso führen weite, interpretationsbedürftige Formulierungen eher zu Rechtsunsicherheit als klare und eindeutige Formulierungen.³³¹ In Bezug auf Letzteres kann allerdings nicht von „Fehlern“ gesprochen werden. Vielmehr bestehen bzgl. solcher Regeln Interpretationsspielräume und die gerichtlichen Entscheidungen bzw. die anwaltlichen Ausführungen sind insofern vertretbar. Für die getäuschte Seite bleibt jedoch die Ungewissheit, ob das Gericht (im Rahmen des Vertretbaren) zu ihren Gunsten entscheiden wird. Ob Ansprüche durchgesetzt werden, hängt daher u. a. von der „Fehlerquote“, den bestehenden Interpretations-

³²⁷ Vor einer einseitigen Fokussierung auf ökonomische Argumente warnend *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 61 f.

³²⁸ Dazu bereits unter 2. Teil, A.III.3. Vgl. *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 268.

³²⁹ Die folgenden Ausführungen basieren auf *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 269.

³³⁰ Die pauschale Lösung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist somit grundsätzlich als weniger fehleranfällig einzustufen.

³³¹ *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 141 weist darauf hin, dass das Risiko von Fehlern in Rechtsordnungen, die „optimal dishonesty“ erlauben, höher läge.

spielräumen und der Rechtssicherheit ab.³³² Im Ergebnis sind klare und sichere rechtliche Bestimmungen aus ökonomischer Sicht vorzuziehen, da sie diesen Effekt minimieren.

c) Das Verhältnis von Rechtsgefühl und Judiz zur Rechtsdurchsetzung und Rechtsbefolgung³³³

Wie bereits angeklungen wird zudem insbesondere das Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte³³⁴) die tatsächliche Durchsetzung von Ansprüchen beeinflussen.³³⁵ Es lässt sich vermuten, dass die Beteiligten ihr Handeln zumindest zu einem gewissen Grad auch³³⁶ an ihrem Rechtsgefühl ausrichten werden,³³⁷ wobei insofern noch einmal danach zu unterscheiden ist, ob Ge- oder Verbote bestehen oder nicht.³³⁸ Gleiches wird für das Judiz gelten.

In Bezug auf Täuschungen in Vertragsverhandlungen kennen alle in dieser Arbeit betrachteten Rechtsordnungen entsprechende Regeln. In Deutschland wird der getäuschten Seite beispielsweise gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ein (scheinbar) sehr umfassendes Anfechtungsrecht gewährt. Wie unter 4. Teil, C.IV. gezeigt, spricht das Rechtsgefühl der Befragten in vielen Fällen von Täuschungen außerhalb der Leistung und des Preises i. e. S. allerdings gegen ein entsprechendes An-

³³² Vgl. *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 141, der anführt, dass sich Gerichte irren können.

³³³ Der folgende Abschnitt basiert nicht nur auf *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 269f., sondern auch auf *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 400ff. Es wird nicht gesondert darauf hingewiesen, wenn Abschnitte wörtlich übernommen werden.

³³⁴ Dazu bereits ausführlich unter 4. Teil, C.II.

³³⁵ Das Zusammenspiel und Verhältnis von Judiz und Rechtsgefühl wird hier nicht behandelt. Vgl. dazu knapp *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 400: „Insofern lässt sich allgemein anmerken, dass die Effekte wohl verstärkt werden, wenn Judiz und Rechtsgefühl parallel laufen. Umgekehrt werden die Auswirkungen des Rechtsgefühls abgeschwächt, wenn das Judiz in die gegenläufige Richtung zeigt. Es ist außerdem zu vermuten, dass es darauf ankommt, wie stark jeweils das Judiz bzw. das Rechtsgefühl ist. Gibt es ein starkes Rechtsgefühl, wird es ggf. stärker wirken als das Judiz. Ist das Judiz hingegen stark und es besteht nur ein schwaches Rechtsgefühl, wird sich wohl eher das Judiz durchsetzen.“

³³⁶ Das Rechtsgefühl ist nur einer von vielen Aspekten, die sich auf das Verhalten der Beteiligten auswirken können. Zu den anderen Aspekten zählen u. a. Moralvorstellungen und Kosten-Nutzen-Überlegungen. Siehe dazu *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 402.

³³⁷ So bereits *v. Jhering*, JBl 1 (1872), 29, 32: „Für den Staat erwächst aber gerade hieraus die dringende Pflicht, dieses Rechtsgefühl in jeder Weise zu nähren und zu kräftigen, den Weg zur Rechtsdurchsetzung zu erleichtern; denn darauf beruht in letzter Instanz die Sicherheit für die jeweilige Verwirklichung des Privatrechtes.“ Vgl. auch *Schützeichel* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I, 2016, S. 65, 78f. Ebenfalls in diese Richtung tendierend allerdings dabei auf die Legitimität des Rechts abstellend *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, 1985, S. 185, 185. *Oestreich*, Im Dschungel der Paragraphen, 1984, S. 13 führt an, dass Normen kaum eine Chance auf Anerkennung haben, wenn nicht ein entsprechendes Rechtsgefühl besteht.

³³⁸ Siehe zu den verschiedenen Konstellationen *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 403.

fechtungsrecht. Der formal sehr weitreichende Schutz des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entspricht bzgl. bestimmter Bluffs somit nicht dem Rechtsgefühl der in Deutschland befragten Teilnehmer, was dazu führen könnte, dass die Anfechtung mit Blick auf solche Täuschungen aus diesem Grund seltener durchgesetzt wird.³³⁹ Ein Blick in die deutsche Rechtsprechung zeigt denn auch, dass sich zu vielen Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands praktisch keine Rechtsprechung finden lässt.³⁴⁰ Umgekehrt wird das Auseinanderfallen von Recht und Rechtsgefühl wohl zugleich eine geringeren Befolungsquote begünstigen (d. h. zu mehr Bluffs in Vertragsverhandlungen führen).³⁴¹

Dass das Auseinanderfallen von Recht und Rechtsgefühl tendenziell zu einer geringeren Durchsetzungsquote der Anfechtung führt, dürfte zu einem gewissen Grad selbst dann der Fall sein, wenn sich die getäuschte Partei bewusst ist, dass sie anfechten könnte³⁴² und sogar dann, wenn die Anfechtung ökonomisch sinnvoll erscheint.³⁴³ Oftmals wird die getäuschte Partei allerdings nicht oder nicht genau wissen, ob sie wegen der konkreten Täuschung anfechten kann und sich dann einfach nach ihrem Gefühl dafür richten, wie die Rechtslage ihrer Auffassung nach sein sollte (Rechtsgefühl)³⁴⁴ oder wie sie denkt darüber nach, wie das Recht ist (Judiz). Insofern ist zudem zu bedenken, dass eine Anfechtung oftmals nicht nur gegen das eigene, sondern auch gegen das Rechtsgefühl bzw. Judiz der eigenen Gruppe (*peer group*) verstoßen würde. Die Partei müsste damit entgegen dem *common sense* des betroffenen Verkehrskreises, also hier des unternehmerischen Rechtsverkehrs, agieren.³⁴⁵ Das mag ebenfalls erklären, warum Anfechtungen nicht entgegen des allgemeinen Rechtsgefühls bzw. Judiz erklärt werden.

Die Tatsache, ob das Anfechtungsrecht (notfalls vor Gericht) durchgesetzt würde, beeinflusst wiederum sowohl das Verhalten des konkret Täuschenden, als auch das Verhalten aller Marktteilnehmer.³⁴⁶ Denn wird das Anfechtungsrecht in der Praxis nicht durchgesetzt, senkt dies die potenziellen Kosten für die Lüge, da die belastende Rechtsfolge entfällt und damit gleichzeitig die Steuerungswirkung des

³³⁹ *Cramton/Dees*, Business Ethics Quarterly 3 (1993), 359, 371 („[T]he parties must be willing to spend the resources [time and money] to seek remedies.“).

³⁴⁰ Siehe zur Rechtsprechung näher unter 2. Teil, B.II.2. Dennoch stellt das abweichende Rechtsgefühl nur einen von mehreren Gründen für das Fehlen von Rechtsprechung dar. Siehe zu den möglichen Gründen näher unter 2. Teil, B.II.3.

³⁴¹ *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 404. Vgl. auch *Goodenough/Prehn*, Biological Sciences 359 (2004), 1709, 1720f., die sich zwar nicht explizit auf das Rechtsgefühl beziehen, jedoch eine ähnliche Erklärung liefern (mit Blick auf Urheberrechte).

³⁴² Das heißt ihr Judiz entspricht der Rechtslage.

³⁴³ *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 404 allgemein zum Rechtsgefühl.

³⁴⁴ *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 404 allgemein zum Rechtsgefühl.

³⁴⁵ *S. Jung*, Rechtswissenschaft 2020, 378, 404 allgemein zum Rechtsgefühl.

³⁴⁶ Insofern ließe sich daher auch von negativen Externalitäten sprechen.

Gesetzes.³⁴⁷ Die täuschende Seite hat dann umso mehr Anreize zu bluffen.³⁴⁸ Dar- aus darf jedoch nicht geschlossen werden, dass alle Kosten entfallen. Denn ein (Groß-)Teil der Kosten des Bluffs kann auch durch soziale Sanktionen bzw. andere Handlungsmöglichkeiten entstehen (d. h. beispielsweise durch einen Reputationsverlust oder Nachverhandlungen). Die Marktteilnehmer werden dann ihr Verhalten wohl nicht an die gesetzlichen Regeln, sondern i. S. e. *legal risk management* an die tatsächliche Praxis (mit ihren möglichen sozialen Sanktionen und Handlungsmöglichkeiten) anpassen. Für den Einzelfall bedeutet dies schlicht, dass die Rechtswidrigkeit einer Täuschung wenig Einfluss auf das Verhalten der Marktteilnehmer haben wird (sofern das Rechtssystem keine Zwangsmaßnahmen ergreift). Ein nicht unerheblicher Teil der negativen Auswirkungen, die durch Lügen verursacht werden, tritt somit selbst dann auf, wenn das Rechtssystem pauschal (fast) alle Täuschungen als rechtswidrig ansieht, wie dies in Deutschland der Fall ist.³⁴⁹

Ob potenziell mögliche soziale Sanktionen oder Handlungsalternativen von der getäuschten Seite realisiert werden und dadurch das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflussen, hängt nach hier vorgegeben Verständnis allerdings nicht nur vom Rechtsgefühl, sondern – wie bereits erwähnt – auch von den vorherrschenden Moralvorstellungen ab. Wird das Verhalten gleichzeitig noch als moralisch akzeptabel bewertet, entfallen vermutlich die Kosten von sozialen Sanktionen und die Befolungsquote dürfte noch weiter sinken. Dies ist gerade mit Blick auf Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands relevant, da mehrere der hier untersuchten Bluffs von den verschiedenen Gruppen gleichzeitig als moralisch akzeptabel eingestuft werden (z. B. Bluffs über den *reservation price*, siehe näher unter 4. Teil, B.II.).

Wirft man einen noch weitreichenderen Blick auf mögliche ökonomische Konsequenzen, so ist außerdem zu bedenken, dass die mangelnde Durchsetzung der Anfechtung (oder von Schadensersatzansprüchen) das Ansehen des Rechtssystems als Ganzes schädigen könnte.³⁵⁰ Dies wiederum könnte dazu führen, dass die Steuerungswirkung des Rechts in anderen Bereichen ebenfalls reduziert wird. In-

³⁴⁷ Vgl. *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 133 ff., 158 ff. zur Verhaltenssteuerung als Wirkung des Rechts; *ders.* zur sog. „latenten Rechtsunwirksamkeit“ im Anfechtungsrecht auch auf S. 503 f.; vgl. auch *Krimphove*, Rechtsethologie, 2021, S. 134 m. w. N. zur Verhaltenssteuerung als vorrangiges Ziel des Rechts sowie S. 136 dazu, dass eine Durchsetzung notwendig ist, um eine Steuerungswirkung zu erzielen.

³⁴⁸ Wobei sie allerdings weiter mögliche soziale Sanktionen und andere Handlungsmöglichkeiten im Blick behalten muss.

³⁴⁹ Siehe zur Rechtslage ausführlich unter 2. Teil, B.

³⁵⁰ *T. Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 390 („Die Sanktionstätigkeit der Instanz Δ kann dann einfach nicht mit dieser Kriminalitätsfrequenz Schritt halten und verspielt ihr Ansehen durch Ineffektivität.“). Umgekehrt die Bedeutung und die positiven Effekte einer effektiven Durchsetzung betonend *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, S. 57 f. (Rn. 85) („Geltendes und wirksames [durchgesetztes] Recht schafft Rechtsbewusstsein und macht aus Rechtsgehorsam bei entsprechender Geltungsdauer Rechtsüberzeugung. Die Zustimmung der Bürger zu und ihre Identifikation mit der Rechtsordnung verändert deren Geltungsqualität und deren Ausstrahlung.“).

sofern ließe sich von einem gewissen Spillover-Effekt sprechen.³⁵¹ Im konkreten Fall dürften entsprechende Spillover-Effekte allerdings höchstens im unternehmerischen Vertragsrecht auftreten und nicht darüber hinaus reichen. Selbst wenn dazu keine konkreten Untersuchungen vorliegen, werden die beschriebenen Spillover-Effekte an dieser Stelle als nicht besonders erheblich angesehen und daher auch nicht näher behandelt.

d) Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt die Analyse, dass sich das Recht, die Durchsetzbarkeit von Rechtspositionen, die Möglichkeit, Lügen zu erkennen, aufzudecken und zu beweisen sowie das Vorhandensein bzw. das Nichtvorhandensein alternativer Handlungsmöglichkeiten gegenseitig beeinflussen. Zusätzlich zu den oben genannten Faktoren ist zu beachten, dass sich schon die bloße Existenz eines Rechts bzw. eines Anspruchs (z. B. des Anfechtungsrechts oder eines Schadensersatzanspruchs) auf die zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen (z. B. den Verlauf von Neuverhandlungen) auswirken kann. Interdependenzen finden sich zudem zwischen dem Moralverständnis und dem Rechtsgefühl sowie zwischen dem Rechtsgefühl und dem Judiz. Die Beziehung zwischen diesen drei Faktoren ist sehr komplex und wurde bereits unter 4. Teil, F. erörtert.

V. Die ökonomischen Ansätze zur Bewertung von Täuschungen

Die folgenden Überlegungen³⁵² orientieren sich am *homo oeconomicus*³⁵³, denn unternehmerische Vertragsverhandlungen sind in der Regel durch ein hohes Maß

³⁵¹ An dieser Stelle ist damit gemeint, dass durch die ineffektive Durchsetzung des Rechts an einer Stelle negative Externalitäten in Form eines Ansehensverlusts für andere Rechtsbereiche entstehen können.

³⁵² Der folgende Abschnitt (V.) basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 271 ff.

³⁵³ Der *homo oeconomicus* zeichnet sich dadurch aus, dass er rational agiert, eigennützig ist und so handelt, dass sein Nutzen maximiert wird. Siehe beispielsweise die folgenden Definitionen: Mill in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics*, 3. Aufl. 2008, S. 41, 45 („Just in the same manner does Political Economy presuppose an arbitrary definition of man, as a being who invariably does that by which he may obtain the greatest amount of necessaries, conveniences, and luxuries, with the smallest quantity of labour and physical self-denial with which they can be obtained in the existing state of knowledge.“). Vgl. auch Doucouliagos, *Journal of Economic Issues* 28 (1994), 877, 877 („The neoclassical economists’ Homo Economicus has several characteristics, the most important of which are (1) maximizing [optimizing] behavior; (2) the cognitive ability to exercise rational choice; and (3) individualistic behavior and independent tastes and preference“); vgl. in deutscher Sprache zudem Latzel, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, S. 54–60 (und konkret auf S. 54: „Das neoklassische Standardmodell des *homo oeconomicus* geht von einem Menschen aus, der durchweg rational, eigennutzenmaximierend und stets auf optimaler Informationsbasis nach klaren, widerspruchsfreien Präferenzen entscheidet, die sich nicht ändern“) sowie Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse*, 6. Aufl. 2020,

an Rationalität gekennzeichnet. Auch nationale Gesetzgeber erwarten in der Regel Rationalität von den Parteien einer B2B-Verhandlung.³⁵⁴ Daher kann die Rationalität der Geschäftsparteien hier als Ausgangspunkt gewählt werden. Die klassischen ökonomischen Ansätze, die auf dem *homo oeconomicus* basieren, sind somit auf die hier betrachtete Fragestellung im Prinzip anwendbar. Generell wird in diesem Abschnitt nicht auf mögliche Abweichungen eingegangen, die durch psychologische Effekte bzw. Effekte der *behavioural economics*³⁵⁵ verursacht werden. Psychologische Effekte bzw. Effekte der *behavioural economics* werden daher lediglich ergänzend herangezogen, sofern die betrachtete Lüge auf einen ebensolchen Effekt abzielt (wie dies z. B. im Rahmen der Taktik der kleinen Menge der Fall ist, siehe dazu näher 2. Teil, A.VI.2.). Im Übrigen wird Rationalität der Parteien unterstellt.

In den folgenden Abschnitten werden die zentralen ökonomischen Ansätze kurz und prägnant vorgestellt. Einige dieser ökonomischen Ansätze betrachten Lügen abstrakt und geben an, ob Täuschungen in der Regel zu negativen oder positiven Auswirkungen führen. Sie können daher im Anschluss nicht auf die unterschiedlichen Täuschungsgegenstände angewandt werden. Aus ihnen können aber möglicherweise allgemeine Schlussfolgerungen bezüglich ökonomisch sinnvoller rechtlicher Konsequenzen gezogen werden. Andere Ansätze eignen sich hingegen zur Analyse der unterschiedlichen Täuschungstaktiken und führen insofern auch zu differenzierten Ergebnissen. Die Analyse bezieht sich hier in der Regel auf einmalige Verhandlungen. Sollten die Ergebnisse bei langfristigen Geschäftsbeziehungen jedoch deutlich anders ausfallen, wird darauf hingewiesen.

S. 108ff. zur Annahme des *homo oeconomicus*. Vgl. außerdem Eidenmüller, JZ 2005, 216, 216ff. zur Bedeutung des Konzepts des *homo oeconomicus* für die Abschätzung der Realfolgen im Schuldrecht.

³⁵⁴ Selbst im B2C-Bereich wird generell ein gewisser Grad an Rationalität erwartet. So gilt beispielsweise in Europa selbst für den Tatbestand der Täuschung im Lauterkeitsrecht der Begriff des fiktiven, wirtschaftlich vernünftigen Durchschnittsverbrauchers. Vgl. Richtlinie 2005/29/EG, Erwägungsgrund 18 („Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend und um die wirksame Anwendung der vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu ermöglichen, nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs als Maßstab“).

³⁵⁵ *Kahneman/Tversky* können als Begründer der *behavioral economics* bezeichnet werden. Grundlegend ist beispielsweise der Beitrag *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263, 263 ff., in dem es um Urteilsheuristiken unter Unsicherheit geht (*prospect theory*). Vgl. außerdem *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453, 453ff.; *dies.*, *Journal of Risk and Uncertainty* 5 (1992), 297, 297ff. Neben *Kahneman/Tversky* hat auch *Thaler* ganz entscheidend zur Entwicklung der *behavioral economics* beigetragen. Siehe z. B. *Thaler*, *Science* 4 (1985), 199, 199ff.; *dies.*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 1 (1980), 39, 39ff.

1. Transaktionskosten

Bei Verhandlungen³⁵⁶ entstehen Transaktionskosten³⁵⁷, die in der Literatur z.T. in vier verschiedene Kategorien³⁵⁸ untergliedert werden:

- Informations- und Suchkosten,³⁵⁹
- Verhandlungskosten (durch den Aufwand für die eigentliche Verhandlung [Zeit- und Ressourcenaufwand] und für den Vertragsabschluss [z.B. Gebühren]),
- Überwachungskosten und
- Durchsetzungskosten/Kosten für Nachverhandlungen.

Die Transaktionskosten lassen sich entsprechend auch in *ex ante* und *ex post* anfallende Transaktionskosten untergliedern, wobei die ersten beiden gerade genannten Arten von Kosten bereits vor Vertragsschluss anfallen (*ex ante*), die letzten beiden Kostengruppen dagegen nach Vertragsschluss (*ex post*).³⁶⁰

Mit Blick auf unternehmerische Verhandlungen besteht die Möglichkeit, dass Lügen die Transaktionskosten für die Parteien erheblich erhöhen.³⁶¹ Zu differenzieren ist insofern zwischen folgenden Transaktionskosten:

- Transaktionskosten, die mit der „Erfindung“ und dem Erzählen der Lüge einhergehen (sie entstehen für den Täuschenden),

³⁵⁶ Der folgende Abschnitt basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 271 f.

³⁵⁷ Es gibt keine einheitliche Definition für Transaktionskosten. Eine Übersicht über verschiedene Definitionen gebend Suematsu, *Transaction Cost Management*, 2014, S. 213–215. Die folgenden Ausführungen basieren auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 271 f.

³⁵⁸ Grundlegend zu Transaktionskosten Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, siehe insb. S. 15–42; ders. in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Bd. 1, 1989, S. 135, 135 ff. Vgl. zu den verschiedenen Arten von Transaktionskosten auch Reimers, *Normungsprozesse* (1995), S. 29; S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 377. Cordella, *Journal of Information Technology* 21 (2006), 195, 196 unterscheidet drei verschiedene Arten von Transaktionskosten. Vgl. aber auch Dahlman, *The Journal of Law & Economics* 22 (1979), 141, 144 („it is really necessary to talk only about one type of transaction cost: resource losses incurred due to imperfect information“). Antonenko/Baev, *SHS Web Conference* 35 (2017), 1, 2 gehen davon aus, dass Transaktionskosten traditionell in sieben Kategorien unterteilt werden. Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 228 unterscheiden fünf Kostenkategorien. Auf die konkrete Anzahl der Kategorien kommt es an dieser Stelle nicht an, weshalb dies hier nicht weiter diskutiert wird.

³⁵⁹ Zu den Gründen für zu viel oder zu wenig Aufwand mit Blick auf die Suche nach Vertragsalternativen Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 325 f.

³⁶⁰ Zu *ex ante* und *ex post* anfallenden Transaktionskosten auch Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, S. 388; Benaroch/Lichtenstein/Fink, *MIS Quarterly* 40 (2016), 1, 8f. (dort insb. die entsprechende Graphik); da Fonseca/Vanalle/Camarotto, *Journal of Civil Engineering and Management* 24 (2018), 424, 426; Anderlini/Felli, *The Economic Journal*, 116 (2006), 223, 224 f. Vgl. in der deutschsprachigen Literatur auch Kieser/Ebers, *Organisationstheorien*, 8. Aufl. 2019, S. 228; Clement et al., *Internet-Ökonomie*, 4. Aufl. 2019, S. 157 ff.

³⁶¹ Es soll an dieser Stelle nicht untersucht werden, ob durch Verhandlungen hervorgerufene Transaktionskosten Täuschungen in Verhandlungen begünstigen. Es geht hier vielmehr um die Frage, inwiefern durch die Lüge selbst Transaktionskosten entstehen.

- Transaktionskosten, die mit der Befürchtung einhergehen, vom Verhandlungspartner belogen zu werden (sie entstehen für die potenziell getäuschte Seite) und
- Transaktionskosten, die mit der Aufdeckung einer Täuschung einhergehen (sie können für beide Seiten entstehen).

Zunächst einmal erfordert bereits der Bluff selbst einen gewissen Ressourceneinsatz des Täuschenden.³⁶² Denn der Täuschende muss Energie (und Ressourcen) in die Irreführung investieren. Das bedeutet, dass er zunächst eine Lüge „erfinden“ muss, die plausibel und überzeugend klingt, nicht zu kritischen Überlegungen einlädt, schwer als Bluff zu enttarnen ist und gleichzeitig das vom Täuschenden gewünschte Ziel erreicht. In längeren Verhandlungen und ständigen Geschäftsbeziehungen muss der Täuschende auch bei allen folgenden, damit verbundenen Aussagen darauf achten, dass diese zur Lüge passen. Dies wiederum kann weitere *cover-up lies* notwendig machen.³⁶³ Je wahrscheinlicher die Aufdeckung, umso mehr Aufwand wird der Täuschende betreiben müssen, damit sein Bluff unentdeckt und damit wirksam bleibt (und keine unerwünschten negativen Konsequenzen nach sich zieht). Die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung hängt wiederum unter anderem von den bestehenden Informationsasymmetrien³⁶⁴ ab sowie davon, wie leicht diese Informationsasymmetrien durch den Verhandlungspartner abgebaut werden können. Ein höherer Aufwand muss z.B. betrieben werden, wenn Dokumente manipuliert werden, um die Lüge glaubhaft zu untermauern. Die Einbindung mehrerer Personen in eine Täuschung erfordert zudem z.B. einen gewissen Koordinierungsaufwand. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Ressourceneinsatz bei „einfachen“ Bluffs, wie falschen (mündlichen) Äußerungen, die praktisch nicht überprüfbar sind, wohl (sehr) gering ausfällt.³⁶⁵ Das ist z.B. sowohl bei Bluffs über Meinungen und Präferenzen, die persönliche Interna darstellen, als auch bei Täuschungen über den *reservation price*, die als Unternehmensinterna eingeordnet werden können, der Fall. Da durch die Lüge jedoch generell kein direkter Wert geschaffen wird, ist sie gesamtwirtschaftlich gesehen dennoch nicht wünschenswert.³⁶⁶

³⁶² L. Alexander/Sherwin, *Law and Philosophy* 22 (2003), 393, 438; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 119 (spricht von „positive investment“).

³⁶³ Siehe allgemein zur Aufdeckungsvermeidung und in diesem Zusammenhang zu *cover-ups* (nicht spezifisch zu *cover-up lies*) *Sanchirico*, *New York University Law Review* 81 (2006), 1331, 1331 ff. Vgl. zudem *Bok*, *Lying*, 1999, S. 25 zur Idee der *cover-up lie* (ohne den Begriff zu verwenden).

³⁶⁴ Vgl. zum Verhältnis von Lügen und Informationsasymmetrien sowie der Möglichkeit der Aufdeckung auch *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373.

³⁶⁵ Ähnlich auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 100f.

³⁶⁶ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 119; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 330 (mit Blick auf den Leistungsgegenstand); ähnlich auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 89.

Umgekehrt entstehen Transaktionskosten für die Seite, die befürchten muss, in der Verhandlung angelogen zu werden. Einige Transaktionskosten entstehen somit nicht nur im Fall einer tatsächlichen Täuschung, sondern bereits dann, wenn eine Partei eine Irreführung befürchtet. Daher hängen diese Kosten teilweise von der Erwartung der potenziell getäuschten Partei ab. Diese Seite kann bei einer realen Gefahr einer inhaltlich nicht unerheblichen Täuschung nicht ohne Weiteres auf die von der Gegenseite gemachten Angaben vertrauen. Bei der potenziell getäuschten Seite entstehen dadurch zusätzliche Transaktionskosten. In diesem Zusammenhang ist zunächst an Kosten für präventive Maßnahmen zu denken. Insofern sind unterschiedliche Handlungsalternativen vorstellbar. Ein Verhandler, der Bluffs befürchtet, kann sich beispielsweise besonders gut vorbereiten, um durch die Reduzierung der Informationsasymmetrien Manipulationen besser zu erkennen zu können bzw. die andere Seite davon abzuschrecken, Bluffs einzusetzen.³⁶⁷ Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, ein besonderes Vertrauensverhältnis zur Gegenseite aufzubauen, um so das Risiko zumindest von schweren Täuschungen zu minimieren.³⁶⁸ Außerdem werden Verhandlungsparteien, die Bluffs befürchten, ggf. auch Ressourcen aufwenden, um mögliche Lügen sofort aufzudecken.³⁶⁹ Die potenziell getäuschte Seite kann zudem versuchen, sich tendenziell von den Informationen des potenziell Täuschenden unabhängig zu machen,³⁷⁰ indem sie Angaben überprüft³⁷¹ oder von vornherein unabhängig besorgt. Die parallele Informationsgewinnung durch die Seite, die eine Irreführung befürchtet, führt jedoch zu einer doppelten Investition in die Informationsgewinnung, was sich wiederum wohlfahrtsmindernd auswirkt.³⁷² Außerdem können vertragliche Absicherungen gegen mögliche Täuschungen angestrebt werden.³⁷³ Der beschriebene Aufwand

³⁶⁷ Wird ein Verhandler als kompetent wahrgenommen, so wird er seltener belogen. *Olekalns/Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 360.

³⁶⁸ Eine langfristige Geschäftsbeziehung könnte die Angst belogen zu werden und die damit verbundenen Transaktionskosten somit reduzieren. Aber selbst wenn die Parteien eine sehr gute Beziehung pflegen, wird das Risiko mit Blick auf einige „harmlosere“ Lügen bestehen bleiben. Siehe zum Einfluss entsprechender Rahmenumstände näher unter 2. Teil, A.I.2. Vgl. insofern die unterschiedlichen Ergebnisse der folgenden Untersuchungen: *Schweitzer/Crosan*, *International Journal of Conflict Management* 10 (1999), 225, 231 und 233; *Jap/Robertson/Hamilton*, *Management Science* 57 (2011), 1610, 1615 ff.; *van der Wijst/Krahmer*, *Friendship, deception, and punishment in negotiations*, 2009, S. 1, 4; *Olekalns/Smith*, *Journal of Business Ethics* 85 (2009), 347, 356 und 360. Ohne konkrete Untersuchung davon ausgehend, dass Freundschaft das Risiko von Lügen reduziert, *Horton*, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 85.

³⁶⁹ *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 330 (zu Aufdeckungskosten).

³⁷⁰ *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 263 (zu Kosten durch Nachprüfungen).

³⁷¹ *Cooter/Ulen*, *Law and Economics*, 6. Aufl. 2016, S. 361 gehen davon aus, dass ein Anfechtungsrecht diese Kosten senken kann.

³⁷² *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 138.

³⁷³ Vgl. so unter Berufung auf die Ausführungen von *Williamson* (*Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, der allerdings nicht konkret auf Täuschungen eingeht); vgl. auch *Gerschlager* in: *Gerschlager* (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 3f.

schmälert die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt ebenfalls,³⁷⁴ da die Ressourcen nicht dazu genutzt werden, etwas von Wert zu schaffen.³⁷⁵

Außerdem entstehen Transaktionskosten, wenn der getäuschten Seite konkrete Hinweise auf eine Lüge vorliegen, wobei es insofern wiederum darauf ankommt, ob die Lüge vor oder nach Vertragsschluss erkannt wird. Die Hinweise auf den Bluff können dazu führen, dass in die Aufdeckung der möglichen Täuschung investiert wird, was Kosten für die Beweissicherung umfassen kann, sofern der getäuschten Seite rechtliche Mittel zur Verfügung stehen und sie diese ggf. nutzen möchte. Ob die getäuschte Seite diesen Aufwand tatsächlich betreibt, hängt unter anderem von der Bedeutung der befürchteten Lüge für den abgeschlossenen bzw. noch abzuschließenden Vertrag ab. Wird tatsächlich eine Lüge aufgedeckt und das entsprechende Recht sieht für die getäuschte Seite mögliche Rechtsmittel vor, so kann es zudem zu Rechtsverfolgungskosten (z. B. Gerichtskosten, Anwaltskosten, Beweissicherungskosten) kommen, die so hoch ausfallen können, dass es bereits aus Sicht des Getäuschten ökonomisch sinnvoller sein kann, keine gerichtliche Klärung anzustreben. Dies gilt vor allem in Rechtssystemen, in denen diese Kosten selbst im Erfolgsfall nicht oder lediglich zum Teil von der anderen Seite übernommen werden. Beweisprobleme können ebenfalls von der (gerichtlichen) Rechtsdurchsetzung abschrecken. Gleiches gilt, wenn die Komplexität des Rechts keine sichere Prognose auf den Ausgang des Gerichtsverfahrens zulässt. Ob tatsächlich geklagt wird, hängt zudem von den Alternativen zu einer gerichtlichen Klärung ab (wie Nachverhandlungen, Möglichkeit sozialer Sanktionen etc.). Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch Nachverhandlungen wieder Transaktionskosten für beide Seiten hervorrufen.

Im Allgemeinen entstehen Transaktionskosten im Rahmen von Verhandlungen aufgrund des Zeit-, Arbeits- und Ressourcenaufwands für den Verhandlungsprozess.³⁷⁶ Daher erhöht die Verlängerung des Verhandlungsprozesses die Transaktionskosten für beide Parteien. Es gibt jedoch scheinbar keine Studien, die konkret untersuchen, ob Lügen zu längeren oder kürzeren Verhandlungen führen.³⁷⁷ Täuschungen mit Verteilungseffekten innerhalb des ZOPA könnten es den Parteien unter Umständen sogar ermöglichen, leichter und damit in kürzerer Zeit Kompromisse zu erzielen. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass solche Bluffs dazu benutzt werden können, ein günstiges Ergebnis für die andere Seite vorzutäuschen. Die Vortäuschung eines guten Ergebnisses erhöht wiederum die Wahrscheinlichkeit, dass die Gegenseite den jeweiligen Bedingungen des Vertrags

³⁷⁴ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 263; vgl. auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 89.

³⁷⁵ *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 330.

³⁷⁶ Siehe zur möglichen Kategorisierung von Transaktionskosten bereits oben unter 4. Teil. G.V.1.

³⁷⁷ *Dees/Cramton*, Business Ethics Quarterly 1 (1991), 135, 138 gehen mit Blick auf Lügen über *settlement issues* davon aus, dass diese zu längeren Verhandlungen führen könnten.

schneller zustimmt. Doch selbst wenn dies der Fall sein sollte, erscheint die entsprechend mögliche Reduzierung der Transaktionskosten relativ gering. Denn regelmäßig wäre der Zeitgewinn im Vergleich zum Gesamtaufwand für die Vertragsverhandlungen wohl marginal.

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass gesetzliche Regelungen wie § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einen erheblichen Teil der negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der Lüge in Form von Transaktionskosten grundsätzlich nicht verhindern können. Das liegt im Ergebnis zum einen daran, dass Transaktionskosten selbst dann entstehen, wenn die Täuschung nicht erfolgreich war (d. h. wenn die Täuschung nicht kausal wurde, da die getäuschte Partei ihre Entscheidung nicht auf die falsche Aussage gestützt hat oder die Lüge vor Vertragsabschluss aufgedeckt wurde).³⁷⁸ Ein Gesetz, das nur kausale Täuschungen erfasst, wie dies mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB der Fall ist, kann daher die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen der Lüge in Form von Transaktionskosten, die durch nicht kausale Täuschungen entstehen, nicht verringern.³⁷⁹ Zudem entstehen Transaktionskosten allein durch die Befürchtung der Beteiligten getäuscht zu werden. Diese Auswirkungen kann ein Gesetz, das nicht sicherstellen kann, dass alle Bluffs unterbunden werden, ebenfalls nicht vollständig verhindern.

Die Transaktionskostentheorie bestätigt jedoch, dass Täuschungen, die ursächlich für den Abschluss eines Vertrages sind und aufgedeckt werden, besonders hohe Transaktionskosten verursachen können. Die Transaktionskostentheorie spricht daher generell für eine Sanktionierung von solchen Lügen. Es ist allerdings zu bedenken, dass viele Rechtssysteme nicht alle Schäden durch (kausale) Lügen kompensieren. Das gilt auch für das deutsche Recht. Die hier im Vordergrund stehende Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist beispielsweise generell nicht auf die Kompensation dieser negativen Konsequenzen ausgelegt, da sie keinen Ersatz aller verursachten Schäden vorsieht, sondern vielmehr die Nichtigkeit des Vertrags *extunc*.³⁸⁰ Aber selbst in Bezug auf Schadensersatzforderungen im Rahmen der *culpa in contrahendo* (siehe dazu unter 4. Teil, H.IV.) sind Kosten, die dadurch entstehen, dass sich eine Partei besser informiert oder in gute Beziehungen investiert, typische Beispiele für Aufwendungen, die gerade nicht ersetzt werden.³⁸¹ Auch die Kosten, die z. B. durch den Einsatz von Mitarbeitern des eigenen Unternehmens entstehen, bekommt der Getäuschte (d. h. die juristische Person) nach deutscher

³⁷⁸ Vgl. Hölzle, Verstrickung durch Desinformation, 2012, S. 11 (zu Informations- und Suchkosten).

³⁷⁹ Der Frage, ob der Gesetzgeber daher auch Lügen regeln sollte, die nicht kausal werden, soll in dieser Arbeit nicht nachgegangen werden.

³⁸⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.13.

³⁸¹ Dies lässt sich aus den Ausführungen in der Literatur schließen, die darauf abzielen, dass Aufwendungen nur erfasst sind, wenn sie darauf ausgerichtet sind, einen konkreten Schaden zu vermeiden oder zu verringern. Das ist bei Investitionen in eine gute Beziehung jedoch beispielsweise eben gerade nicht der Fall. Vgl. Oetker in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 198 (ohne Bezugnahme auf gute Beziehungen).

Rechtslage grds. nicht ersetzt.³⁸² Dies verringert die Anreize für betrogene Parteien, das Gesetz durchzusetzen, wodurch der Steuerungseffekt des Rechts reduziert wird.

2. *Cheapest cost avoider*

Das Konzept *cheapest cost avoider*³⁸³ befasst sich mit der Frage, welche beteiligte Partei bestimmte Kosten³⁸⁴ günstiger vermeiden kann und daher das insofern bestehende wirtschaftliche Risiko tragen sollte.³⁸⁵ Dabei wird unterstellt, dass ein Marktmechanismus besteht, der dafür sorgt, dass die Kosten so oder so anteilig auf die Gegenseite abgewälzt werden können. Soweit es überhaupt eine ökonomisch sinnvolle Kostenvermeidung gibt, d. h. die Kosten der Vermeidung niedriger als die vermiedenen Kosten liegen, ist es wegen der höheren Vermeidungseffizienz ökonomisch sinnvoll, dem *cheapest cost avoider* die Pflicht zur Kostenvermeidung aufzubürden.³⁸⁶ Bestimmt wird dies situationsabhängig. Zu ermitteln sind daher zunächst die Kosten, auf die abgestellt werden soll. Mit Blick auf Lügen in Vertragsverhandlungen sind gesamtwirtschaftlich vor allem die soeben diskutierten Transaktionskosten zu bedenken. Hinzu kommen die Kosten, die dadurch entstehen, dass ökonomisch sinnvolle Verträge aufgrund von Lügen nicht abgeschlossen bzw. ökonomisch nicht sinnvolle Verträge aufgrund von Täuschungen vereinbart wurden (siehe dazu unter 2. Teil, A.V.2.). Ein erheblicher Teil dieser Kosten entsteht, weil eine Partei aufgrund einer Täuschung einem Irrtum unterliegt. Insofern führt *Kronman* treffend aus: „Information ist das Gegengift zum Irrtum“³⁸⁷. Im Fall der in dieser Arbeit betrachteten Täuschungen³⁸⁸ ist zu bedenken, dass eine

³⁸² Vgl. z. B. *Oetker* in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 205 (der auch auf die diesbezüglich teilweise geäußerte Kritik eingeht); vgl. auch *Niederländer*, JZ 1960, 617, 618 f.

³⁸³ Auf Deutsch teilweise „günstigster Kostenvermeider“ genannt. Diesen Begriff z. B. verwendend *Haustein* in: Festgabe Forschungsstelle RobotRecht, 2020, S. 235, 247. Die folgenden Ausführungen basieren auf *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 273.

³⁸⁴ Es geht damit nur um Situationen, in denen überhaupt Kosten entstehen. Es wird hier davon ausgegangen, dass mit der Wahrheitsfindung für die belogene Partei gewisse Kosten verbunden sind. Unter bestimmten Umständen können diese Kosten jedoch sehr gering ausfallen (z. B. wenn es möglich ist, die Informationen leicht online zu finden oder zuverlässige Informationen zu erhalten, indem man jemanden fragt).

³⁸⁵ Grundlegend zum Konzept des *cheapest cost avoider* siehe *Calabresi/Hirschhoff*, The Yale Law Journal 81 (1972), 1055, 1055, 1060 sowie *Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970, S. 136 ff., der insofern an die Überlegungen von *Coase* anschließt. Siehe z. B. auch *Gilles*, Virginia Law Review 78 (1992), 1291, 1291 ff.; *Sharkey*, NYU Law and Economics Research Paper No. 18-36 (2018), 1017, 1041, 1045.

³⁸⁶ Es wird hier davon ausgegangen, dass mit der Wahrheitsfindung für die belogene Partei gewisse Kosten verbunden sind. Unter bestimmten Umständen können diese Kosten jedoch sehr gering ausfallen. Dies ist z. B. immer dann der Fall, wenn die Information leicht online zu finden ist oder durch Nachfrage bei einer anderen Person zuverlässig ermittelt werden kann.

³⁸⁷ Freie Übersetzung von: „Information is the antidote to mistake.“ *Kronman*, Journal of Legal Studies 1 (1978), 1, 4.

³⁸⁸ Siehe die Definition von Täuschung unter 1. Teil, B.

Seite die andere Partei aktiv und vorsätzlich täuscht. Das heißt, der Täuschende besitzt in der hier untersuchten Konstellation die relevante (korrekte) Information und zielt durch eine vorsätzliche Falschinformation darauf ab, dass die andere Seite einem Irrtum unterliegt.³⁸⁹ Indem der Lügner schlicht die Wahrheit sagt (oder schweigt – sofern dann keine Täuschung durch Verschweigen vorliegt), kann er somit den absichtlich provozierten Irrtum der getäuschten Partei leicht vermeiden. Der Täuschende ist daher in dieser Situation der *cheapest cost avoider*. Dies gilt selbst dann, wenn die getäuschte Partei in der Lage wäre, die Täuschung mit (sehr) geringem Aufwand zu erkennen.³⁹⁰ Aus diesem Grund erscheint das Konzept des *cheapest cost avoider* für eine mögliche rechtliche Gestaltung von Täuschungen durchaus relevant zu sein. Aus ihm lässt sich nach hier vertretener Ansicht der im deutschen Recht verankerte Grundgedanke „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“ ableiten.³⁹¹ Das heißt, das Gesetz sollte vorsätzlich getäuschten Parteien das Recht einräumen, Verträge anzufechten oder Schadensersatz zu verlangen, selbst wenn sie fahrlässig die Täuschung nicht erkannt haben. Im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist dieses Konzept anerkannt.³⁹² Andere Rechtsordnungen, wie das US-amerikanische Recht,³⁹³ setzen diesen Gedanken hingegen nicht vollumfänglich um.

Allerdings trägt das Konzept des *cheapest cost avoider* nicht dazu bei, festzustellen, welche Lügen rechtmäßig und welche unrechtmäßig sein sollten.³⁹⁴ Eine gänzlich andere Frage ist zudem, ob der Lügner auch der *cheapest cost avoider* bezüglich der konkreten Informationsbeschaffung ist. Diesem Aspekt wird in dieser Arbeit

³⁸⁹ Zur Notwendigkeit von Letzterem *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 8 („Of course, if the mistake is one which cannot reasonably be known by the non-mistaken party [...], there is no reason to assume the non-mistaken party is the better [more efficient] mistake-preventer“).

³⁹⁰ R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. 2014, S. 122.

³⁹¹ Siehe zum deutschen Recht insofern näher unter 2. Teil, B.I.3. Im US-Recht ist dieser Grundsatz hingegen nicht vollumfänglich verankert. Siehe dazu unter 3. Teil, B.II.4.

³⁹² So bereits *Kuhlenbeck*, *Von den Pandekten zum BGB*, Bd. 1, 1898, S. 442 („der *dolus* des Beklagten überwiegt die *culpa* des Klägers“, der dies aus dem römischen Recht ableitet). Der Grundsatz wird nicht nur in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigt. Er findet sich z. B. auch in § 442 Abs. 1 S. 2 BGB. Vgl. auch *Büdenbender* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 442 Rn. 12 („Insoweit wiegt die Arglist [...] schwerer als die grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers“). Zur Tatsache, dass der Getäuschte selbst bei grober Fahrlässigkeit anfechten kann BGH NJW 1971, 1795, 1798; BGH WM 1988, 1669, 1672; BGH WM 2005, 1287, 1288f.; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 107532; *Feuerborn* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38; *Armbrüster* in: *MüKo BGB*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 23; *Rehberg* in: *BeckOGK BGB*, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 22; *Moritz* in: *jurisPK-BGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, Bd. 1, § 123 BGB Rn. 68; vgl. auch *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 316; *Johannsen* in: *BGB – RGRK*, Bd. 1, 12. Aufl. 1982, § 123 Rn. 15; *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 29, 1 = S. 542.

³⁹³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.I.5.

³⁹⁴ Seine tendenzielle Aussage ginge vielmehr in Richtung einer Pauschallösung, wonach vorsätzliche Lügen immer erfasst sein müssten, weil der Täuschende hier grundsätzlich der *cheapest cost avoider* in Bezug auf die Wahrheit ist. Deshalb wird auf dieses Konzept auch nicht im Rahmen der einzelnen Konstellationen eingegangen.

nicht nachgegangen, da dies für die hier bearbeitete Fragestellung nicht relevant ist.³⁹⁵

3. Wohlfahrtsökonomie (Allokationseffizienz)

Korrekte Informationen sind mit Blick auf die Allokationseffizienz zentral für Märkte.³⁹⁶ Denn Märkte dienen (bei vollständiger Konkurrenz³⁹⁷) generell dazu, knappe³⁹⁸ Ressourcen so zu verteilen, dass ein effizientes Wohlfahrtsergebnis entsteht.³⁹⁹ Um eine hohe Allokationseffizienz zu erreichen, benötigen Märkte daher schnellstmöglich die bestmöglichen Informationen. Nur so wird gewährleistet, dass die Märkte die Signale, die diese Informationen enthalten, aufnehmen, verarbeiten und darauf reagieren können.⁴⁰⁰ Aus dieser Perspektive können Täuschungen die Verbreitung wichtiger (und korrekter) Informationen im Markt stören und zu suboptimalen Allokationen von Ressourcen führen.⁴⁰¹

a) BATNA und ZOPA

Auf der individuellen Ebene orientieren sich rationale Verhandler bei Verhandlungen (zumindest sofern möglich) an ihrem eigenen BATNA, wenn sie eine Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Vertragsabschluss treffen.⁴⁰² Rational agierende Parteien werden somit regelmäßig einen gewissen Aufwand in die Ermittlung möglicher Handlungsalternativen investieren. Diese Suche nach dem attraktivsten Angebot ruft Suchkosten (Transaktionskosten, siehe unter 4. Teil, G.V.1.) hervor. Diese Kosten entstehen allerdings unabhängig von etwaigen Täuschungen. Im Folgenden geht es darum, zu ermitteln, wie sich Irreführungen unter Bezugnahme auf das ZOPA auf das Verhandlungsergebnis auswirken. Im Ergebnis

³⁹⁵ Mit Blick auf Aufklärungspflichten sind hingegen auch solche Kosten zu berücksichtigen. Siehe *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 16.

³⁹⁶ Die folgenden Ausführungen basieren auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 273 ff. und wurden entsprechend weiterentwickelt.

³⁹⁷ Engl.: *Perfect competition*.

³⁹⁸ Zur Grundannahme der Knappheit siehe z. B. auch *Oeblich*, *JURA* 2020, 887, 887.

³⁹⁹ Vgl. z. B. *Marlow*, *Public Finance*, 1995, S. 61; *Arrow* in: *Neyman* (Hrsg.), *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability*, 1951, S. 507, 508; *ders.*, *The American Economic Review* 53 (1963), 941, 942 ff.

⁴⁰⁰ *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 11 f. Dies aufgreifend *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 135. *Wagner* in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 89 weist darauf hin, dass die Güterallokation durch die Täuschung nicht verbessert wird. Vgl. auch *Kötz* in: *FS Drobnič*, 1998, S. 563, 566.

⁴⁰¹ Allgemeiner noch *Gerschlager* in: *Gerschlager* (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*, 2001, S. 1, 3 („Accordingly, welfare economics examines deception in terms of failure.“). Vgl. auch *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), 1, 19 (Fn. 50).

⁴⁰² Siehe dazu bereits ausführlich unter 2. Teil, A.V.1. Vgl. auch *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 428 und *S. Jung/Matejek*, *ZKM* 2021, 102, 103.

können Täuschungen auf ganz unterschiedliche Art und Weise auf BATNA und ZOPA einwirken:

- Eine Möglichkeit besteht darin, dass bestimmte Täuschungen keine Auswirkungen auf die BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) der beiden Parteien haben und damit auch das ZOPA/NOPA (*zone of possible agreement/no possible agreement*) unverändert lassen (dazu gleich unter 4. Teil, G.V.3.a)aa)).
- Daneben gibt es Täuschungen, die in vielfältiger Weise auf die BATNA der beiden Parteien und damit auch auf das ZOPA/NOPA (*zone of possible agreement/no possible agreement*) Einfluss nehmen können (dazu gleich unter 4. Teil, G.V.3.a)bb)).

Mit Blick auf die Anwendung der folgenden Ausführungen auf die einzelnen Täuschungsgegenstände bleibt zu bedenken, dass Irreführungen über bestimmte Aspekte potenziell bestimmte Auswirkungen haben können (wie z. B. eine Einigung außerhalb des ZOPA), aber im konkreten Einzelfall nicht unbedingt haben müssen. So kann eine Täuschung über den Leistungsgegenstand (dazu unter 2. Teil, A.VI.5.) potenziell dazu führen, dass ein Vertrag außerhalb des ZOPA geschlossen wird (da die getäuschte Partei eine bessere Alternative zum abgeschlossenen Vertrag gehabt hätte). Es ist ebenfalls gut möglich, dass im Einzelfall zwar über den Leistungsgegenstand getäuscht wurde, die getäuschte Seite aber dennoch keine bessere Alternative hatte⁴⁰³ und im konkreten Fall daher ein Abschluss innerhalb des ZOPA erzielt wurde. Im Folgenden wird insofern auf die potenziellen negativen Auswirkungen abgestellt. Denn das erscheint auch für den Gesetzgeber die bessere Lösung zu sein. Eine Fokussierung allein auf die tatsächlich eingetretenen Auswirkungen würde nach hier vertretener Ansicht aus regelungstechnischer Sicht zu Rechtsunsicherheit und weniger Anreizen zur Rechtsdurchsetzung führen.⁴⁰⁴ Das liegt vor allem daran, dass sich das BATNA und das ZOPA häufig nicht eindeutig bestimmen lassen⁴⁰⁵ und somit darüber selbst im Nachhinein meist Unsicherheiten bestehen werden.

aa) Täuschungen, die das ZOPA/NOPA nicht beeinflussen

Bestimmte Lügen führen bei rationalem Verhalten der Beteiligten in aller Regel nicht zu einer Veränderung des ZOPA (*zone of possible agreement*) bzw. des NOPA (*no zone of possible agreement*). Sie beeinflussen vielmehr distributive Fragen innerhalb des ZOPA, sofern ein solches gegeben ist.⁴⁰⁶ Solche Bluffs zeichnen sich dadurch aus, dass sie keinen Einfluss auf die BATNA der beiden Parteien haben.

⁴⁰³ Das ist vor allem denkbar, wenn die Alternativen zu dem konkreten Vertragschluss eindeutig schlechter sind oder nur über einen geringfügigen Aspekt des Vertragsgegenstands getäuscht wurde.

⁴⁰⁴ Im Ergebnis ebenso S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 275.

⁴⁰⁵ Zu den entsprechenden Herausforderungen siehe S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 104 f.

⁴⁰⁶ Vgl. S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 274 f. Gibt es kein ZOPA (d. h.

Diese Lügen führen somit weder dazu, dass die täuschende Seite ihr BATNA besser darstellt, als es ist, noch dazu, dass sich die getäuschte Seite über ihr BATNA täuscht oder aufgrund der Täuschung nicht mehr in ihr BATNA investiert. Die Täuschung zielt vielmehr generell darauf ab, bei einem gegebenen BATNA ein besseres Verhandlungsergebnis für die eigene Seite zu erreichen. Ist eine solche Täuschung erfolgreich, führt sie daher zu einer anderen Verteilung des „Verhandlungskuchens“⁴⁰⁷ als dies ohne die Lüge der Fall gewesen wäre. Da jedoch weiterhin ein Vertragsschluss innerhalb des ZOPA erreicht wird, ist der Vertrag – rein rational betrachtet – aus ökonomischer Perspektive weiterhin sinnvoll für beide Parteien⁴⁰⁸ und daher auch wohlfahrtsmehrend. Denn selbst der durch Täuschung beeinflusste Vertrag ist besser als die Alternativen zu diesem Vertragsschluss. In der Praxis besteht – wie bereits soeben angesprochen – insofern das Problem, dass sich regelmäßig weder das eigene noch das fremde BATNA (leicht) exakt bestimmen lassen und beide BATNA zudem im Zeitverlauf dynamisch sind, was die Ermittlung generell erschwert.⁴⁰⁹ Dieses Problem besteht allerdings unabhängig von einer möglichen Irreführung.

Ohne die Täuschung hätte der getäuschte Verhandlungspartner jedoch bei der Verteilungsfrage unter Umständen besser abgeschnitten. Solche Täuschungen führen damit – sofern sie erfolgreich sind – zu einer (partiellen) Umverteilung des *negotiation value*⁴¹⁰ (d. h. des Verhandlungsgewinns) von der ehrlichen auf die täuschende Partei. Dieser Verteilungseffekt kann dazu führen, dass die ehrliche Seite weniger investieren kann, als dies ohne Lüge der Fall gewesen wäre. Allerdings ist zu bedenken, dass eine Partei oftmals mit vielen Parteien über gleichgeartete Verhandlungsgegenstände verhandelt. Der Effekt ist daher vor allem relevant, wenn die ehrliche Partei in allen Verhandlungen entsprechend getäuscht wird oder ein Abhängigkeitsverhältnis zu einem bestimmten Verhandlungspartner besteht.

Umgekehrt könnte überlegt werden, ob Täuschungen, die das ZOPA unberührt lassen, nicht auch positive Effekte erzielen können. Wie bereits unter 4. Teil, G.V.3.a)aa) angeklungen, ließe sich argumentieren, dass die Parteien durch die Lüge eventuell die Verhandlungszeit verkürzen und dadurch Transaktionskosten sparen können. Die positiven Effekte würden aber wohl höchstens marginal ausfallen.

lieg ein NOPA vor), haben solche Täuschungen – rationale Verhandlungen unterstellt – gar keinen Einfluss auf das Verhandlungsergebnis.

⁴⁰⁷ Unter Verhandlungskuchen wird hier der Mehrwert verstanden, der durch den Vertrag entsteht.

⁴⁰⁸ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 275. Vgl. allgemein auch S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 104 („Innerhalb des ZOPA stellt jede mögliche Einigung eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung für beide Seiten dar“). Vgl. auch M. Liu/Chai in: Benoliel (Hrsg.), *Negotiation Excellence*, 2. Aufl. 2014, S. 1, 18.

⁴⁰⁹ Vgl. S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 78 ff. Siehe auch S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 102 ff. zu den Herausforderungen bezüglich der Bestimmung des BATNA.

⁴¹⁰ Siehe zum *negotiation value* S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 281 f.

Entdeckt ein Verhandlungspartner eine Täuschung während der Verhandlung, die potenziell zu einer Umverteilung innerhalb des ZOPA führt, so ergibt sich für den Getäuschten das sogenannte „Betrugsdilemma“⁴¹¹. Ein solches „Betrugsdilemma“ führt für den Getäuschten in folgende „Zwickmühle“:⁴¹² Deckt der Getäuschte den „Betrug“ gegenüber dem Täuschenden auf, so verliert der Verhandlungspartner dadurch regelmäßig sein Gesicht, was den an sich vorteilhaften Vertragsschluss gefährdet.⁴¹³ Ein Verhandlungsabbruch wäre jedoch wohlfahrtsmindernd. Zwar ist es für beide Seiten trotz der Aufdeckung regelmäßig rational, den Vertrag abzuschließen. An dieser Stelle ist allerdings entgegen der Grundannahme des *homo oeconomicus* zu bedenken, dass in einer entsprechenden Situation in der Praxis nicht mehr unbedingt mit einem rein rationalen Verhalten zu rechnen ist. Es kann daher aufgrund des Gesichtsverlusts dennoch zu einem Verhandlungsabbruch kommen. Deckt der Getäuschte den Irreführungsversuch hingegen nicht auf, so könnte dies ein falsches Signal an den Täuschenden senden, da dieser dadurch darin bestärkt werden könnte, auch in Zukunft Lügen in Verhandlungen einzusetzen.⁴¹⁴ Dies ist aber nur dann zu befürchten, wenn der Täuschende das Gefühl hat, dass er aus der Lüge einen Vorteil ziehen konnte.⁴¹⁵ Ein Mittelweg besteht für den Getäuschten mithin darin, den Verhandlungspartner nicht direkt mit seinem Bluff zu konfrontieren, sondern vielmehr zu demonstrieren, dass die Lüge erfolglos bleibt (dazu näher unter 2. Teil, A.VII.4.).

bb) Täuschungen, die das ZOPA/NOPA beeinflussen

Mit Blick auf Täuschungen, die das ZOPA (vermeintlich) beeinflussen, sind mehrere Situationen zu unterscheiden, wobei insofern drei unterschiedliche Dimensionen zu berücksichtigen sind:⁴¹⁶

⁴¹¹ Siehe zum Betrugsdilemma u. a. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 92.

⁴¹² Siehe dazu bereits näher unter 2. Teil, A.VII.4.

⁴¹³ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 92. Allgemein zur Bedeutung von Gesichtswahren und Gesichtsverlust (in Bezug auf China) siehe u. a. Yau-fai, American Journal of Sociology 81 (1976), 867, 867 ff.; Hu, American Anthropologist 46 (1944), 45, 45 ff.; vgl. auch Huang/Anderson, Minnesota Law Review 90 (2006), 1045, 1045 ff. (zum Verhältnis von Gesichtsverlust und Recht).

⁴¹⁴ Vgl. dazu und möglichen Verhaltensoptionen S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 92. Siehe auch Schweitzer in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, 2001, S. 187, 192, der allgemein darauf hinweist, dass Verhandler, die in der Vergangenheit erfolgreich geblufft haben, übertrieben selbstbewusst mit Blick auf zukünftige Lügen sein könnten. Ähnlich auch Gaspar/Schweitzer, Negotiation and Conflict Management Research 6 (2013), 160, 167 („Ultimately, the successful use of deception may embolden negotiators to use more deception in the future.“).

⁴¹⁵ Denn dadurch wird die wahrgenommene Kosten-Nutzen-Relation zu Gunsten von Täuschungen beeinflusst.

⁴¹⁶ Einige der folgenden Aspekte bereits anführend S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 275.

- Einwirkungen auf die BATNA beider Parteien:
 - Täuschungen über das eigene BATNA,
 - Täuschungen über das fremde BATNA,
 - Täuschungen sind darauf ausgerichtet, dass die andere Seite nicht in ihr eigenes BATNA investiert und
 - Täuschungen sind darauf ausgerichtet, das eigene Angebot attraktiver erscheinen zu lassen, um damit auf die Relation des eigenen Angebots zum fremden BATNA einzuwirken.
- (Vermeintliche) Einwirkungen auf das ZOPA/NOPA:
 - Täuschungen, die dazu führen, dass die Parteien irrig annehmen, dass das ZOPA kleiner oder größer ist, als dies tatsächlich der Fall ist,
 - Täuschungen, die dazu führen, dass die Parteien glauben, dass kein ZOPA besteht, obwohl tatsächlich ein ZOPA gegeben ist,
 - Täuschungen, die den (richtigen) Eindruck der Partei verstärken, dass kein ZOPA besteht (also ein NOPA vorliegt) und
 - Täuschungen, die dazu führen, dass die Parteien irrig annehmen, es bestünde eine Einigungszone (d. h. ein ZOPA), obwohl in Realität ein NOPA gegeben ist.
- Einwirkungen auf das durch die Parteien erzielte Ergebnis:
 - Die Parteien erzielen keine Einigung, obwohl ein ZOPA besteht,⁴¹⁷
 - die Parteien erzielen keine Einigung und es besteht auch kein ZOPA,
 - die Parteien erzielen eine Einigung innerhalb des (wahren) ZOPA,
 - die Parteien erzielen eine Einigung außerhalb des (wahren) ZOPA und
 - die Parteien erzielen eine Einigung, obwohl kein ZOPA besteht (also ein NOPA vorliegt).

Theoretisch gibt es somit zahllose Kombinationsmöglichkeiten. In der Praxis zeigen sich hingegen nur eine Handvoll wahrscheinlicher Szenarien. Es soll im Folgenden daher lediglich exemplarisch aufgezeigt werden, welche ökonomischen Konsequenzen mit den verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten verbunden sind.

Unabhängig davon, ob über das eigene oder das fremde BATNA getäuscht wird, sind Täuschungen, die den (korrekten) Eindruck der Partei verstärken, dass kein ZOPA besteht (d. h. ein NOPA gegeben ist), aus ökonomischer Sicht in Bezug auf das konkrete Verhandlungsergebnis beispielsweise relativ unproblematisch. Die Täuschung hat dann keine signifikanten Auswirkungen auf die konkrete Verhandlung,⁴¹⁸ da der Vertrag auch ohne die Lüge nicht abgeschlossen worden wäre. Es ließe sich insofern sogar andenken, dass eine solche Täuschung unter Umständen Transaktionskosten (dazu näher unter 4. Teil, G.V.1.) senken könnte, da die Ver-

⁴¹⁷ Dees/Cramton, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 138f. nennen diese mögliche Folge mit Blick auf Täuschungen über *settlement issues*.

⁴¹⁸ Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, wie die Täuschung auf zukünftige Verhandlungen oder andere Marktteilnehmer wirkt.

handlungen dadurch vielleicht zügiger abgebrochen werden. Diese Täuschungen werden hinsichtlich des Verhandlungsergebnisses ohnehin nicht kausal (da es bereits nicht zum Vertragsschluss kommt) und sind wegen der als Prämisse gesetzten Kausalität nicht näherer Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Das gilt für alle Täuschungen, die im Ergebnis zu keiner Einigung führen.⁴¹⁹

Täuscht eine Seite über ihr eigenes BATNA, bezweckt sie damit generell ein besseres eigenes BATNA zu simulieren als es tatsächlich gegeben ist. Dadurch erscheint das ZOPA kleiner als es in Wahrheit ist und die täuschende Seite erhält ggf. ein größeres Stück vom „Verhandlungskuchen“.⁴²⁰ Es soll also eine Einigung innerhalb des ZOPA gefunden werden, aber die Verteilung des *negotiation value* soll zu Gunsten der täuschenden Seite beeinflusst werden. Kommt es dann zum Vertragsabschluss, ist die Einigung allerdings für beide Seiten weiterhin ökonomisch sinnvoll.⁴²¹

Kann der Täuschende das BATNA der anderen Seite jedoch nicht gut einschätzen, kann es versehentlich dazu kommen, dass die Lüge dazu führt, dass scheinbar kein ZOPA besteht. Eine mögliche Konsequenz der Lüge besteht dann darin, dass die Parteien trotz eines vorliegenden ZOPA keinen Vertrag abschließen. Zu bedenken ist insofern allerdings, dass sich ökonomisch denkende Lügner in Verhandlungen wohl regelmäßig eine „Rückzugsoption“ offenhalten werden. Erkennen sie, dass der an sich sinnvolle Vertragsabschluss innerhalb des ZOPA aufgrund der Lüge scheitern könnte, werden sie daher versuchen, die Täuschung (gesichtswahrend) zu relativieren, um doch noch einen Vertragsabschluss zu erreichen. Dies mag aber nicht in allen Fällen gelingen. Scheitert der Vertragsabschluss daher aufgrund dieser Lüge, müssen beide Parteien auf ihre Alternative zum Vertragsabschluss zurückgreifen und stehen (eine ansonsten vorgenommene Aufteilung des ZOPA unterstellt) beide schlechter als ohne die Täuschung. Insofern kann die Lüge zu einer sogenannten Lose-lose-Situation führen. Gesamtvolkswirtschaftlich betrachtet bedingen solche Täuschungen daher einen Rückgang wohlfahrtsmehrender Markttransaktionen, der allerdings im Ergebnis nach hier vertretener Ansicht wohl relativ gering ausfallen dürfte.⁴²² Diese Täuschungen werden hinsichtlich des Verhandlungsergebnisses nicht kausal (da es bereits nicht zum Vertragsschluss kommt) und sind wegen der als Prämisse gesetzten Kausalität – wie soeben angemerkt – nicht näherer Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit.⁴²³

⁴¹⁹ Siehe zur Thematik bereits S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 293.

⁴²⁰ So bereits mit Blick auf die Better-offer-Taktik unter 2. Teil, A.IV. Siehe auch S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 293.

⁴²¹ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 275. Siehe dazu allgemein wiederum S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 104 („Innerhalb des ZOPA stellt jede mögliche Einigung eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung für beide Seiten dar“).

⁴²² Siehe zur beschriebenen Problematik bereits S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 293.

⁴²³ Die deutsche Regelung (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) erfasst solche Konstellationen daher nicht.

Wird der Verhandlungspartner über sein eigenes BATNA getäuscht, so geht es dem Täuschenden spiegelbildlich darum, dass BATNA der anderen Seite schlechter aussehen zu lassen als es in Wahrheit ist. Dadurch kann das ZOPA entweder größer erscheinen als es tatsächlich ist oder die getäuschte Partei nimmt z. B. irrig an, es bestünde ein ZOPA (obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall ist). In beiden Fällen besteht die Gefahr, dass es zu einer Einigung außerhalb des wahren ZOPA kommt bzw. zu einer Einigung obwohl kein ZOPA besteht. Entsprechende Einigungen sind aus ökonomischer Sicht generell problematisch, weil eine Vertragspartei dann einen Vertrag schließt, zu dem es aus ihrer Sicht eine bessere Alternative gegeben hätte (vorausgesetzt diese Seite hätte die Lüge erkannt). Auf der Individualebene kann eine Täuschung, die zu einem Vertragsabschluss führt, der schlechter als das BATNA der getäuschten Seite ist, damit erhebliche ökonomische Nachteile für die getäuschte Seite zur Folge haben. Volkswirtschaftliche Konsequenz ist, dass keine Wohlfahrtsmaximierung stattfindet. Außerdem wird die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gefährdet. Denn es bekommt aufgrund der erfolgreichen Täuschung nicht derjenige den Zuschlag, der das wirtschaftlichste Angebot abgibt, sondern derjenige, der erfolgreich blufft. Die Effizienz des Wettbewerbs als Institution beruht jedoch darauf, dass sich der wirtschaftlichste Anbieter (gemessen an den Präferenzen der Gegenseite) durchsetzt.

Bestimmte Täuschungen sind allerdings nicht direkt darauf gerichtet, einen falschen Eindruck über das konkrete fremde BATNA zu erwecken. Die Lüge zielt vielmehr darauf ab, dass die andere Seite nicht in ihr BATNA investiert, d. h. der Täuschende möchte unterbinden, dass die andere Seite nach besseren Alternativen zum konkreten Vertragsschluss sucht. Die täuschende Seite möchte damit verhindern, dass ihr eigenes Angebot an relativer Wettbewerbsfähigkeit verliert. Solche Irreführungen sind besonders erfolgreich, wenn die andere Seite sich zu dem Zeitpunkt noch kaum oder gar nicht bezüglich ihrer Alternativen erkundigt hat (und daher beispielsweise ein vergleichsweise schwaches BATNA besitzt). Entsprechende Täuschungen führen dann nicht zu einer Änderung des (möglicherweise bestehenden) ZOPA. Der Bluff ist gerade darauf ausgelegt, dass sich das BATNA der getäuschten Seite nicht ändert (konkret: nicht verbessert). Es wird eine Einigung innerhalb dieses „ursprünglichen“ ZOPA angestrebt. Problematisch ist insofern, dass die getäuschte Seite aufgrund der Lüge nicht nach einer besseren Alternative sucht und somit keine attraktivere Alternative finden kann.

Lügen zielen zudem oftmals gerade darauf ab, die eigene Leistung (die Gegenstand der Verhandlung ist) besser aussehen zu lassen als sie ist. Dies wiederum verändert die Relation des eigenen Angebots zum fremden BATNA. Das kann zu den unterschiedlichsten Konsequenzen führen. Es kann sein, dass die getäuschte Partei dadurch irrig annimmt, es bestünde ein ZOPA, was zu einer Einigung führen kann, obwohl in Wahrheit kein ZOPA besteht. Es ist außerdem denkbar, dass der Bluff zu einer Einigung außerhalb eines bestehenden ZOPA führt. Beide Möglichkeiten rufen die bereits beschriebenen negativen ökonomischen Effekte hervor.

b) Pareto-effiziente Lügen und die *hypothetical bargain theory*

Es ließe sich bei der Betrachtung von Lügen argumentieren, dass es auf die Auswirkungen der Täuschung auf beide Parteien ankommt.⁴²⁴ Führt eine Lüge dazu, dass beide Parteien bessergestellt werden oder dass zumindest eine Partei dadurch bessergestellt wird und die andere gleichzeitig nicht schlechter, so ließe sich von einer Pareto-effizienten Lüge sprechen.⁴²⁵ Teilweise wird auch der Begriff *Pareto-white lies*⁴²⁶ verwendet. Es kann dabei sowohl Täuschungen geben, die sich positiv für den Täuschenden und gleichzeitig zumindest nicht negativ für den Getäuschten auswirken, sowie Bluffs, die den Getäuschten besser und gleichzeitig den Täuschenden zumindest nicht schlechter stellen. Letztere können auch als „paternalistische“ Lügen⁴²⁷ bezeichnet werden. Das Pareto-Kriterium ist somit mit Blick auf die Ressourcenallokation ein weiteres mögliches Effizienz-Kriterium.

Der Anwendungsbereich von den soeben beschriebenen paternalistischen Lügen ist im Bereich unternehmerischer Verhandlungen allerdings geringer als in anderen Gebieten. Das klassische Beispiel für eine „paternalistische“ Lüge stellt in der Literatur die Täuschung des Patienten durch den Arzt dar, mit der der Arzt dem Patienten Stress und Angst in alternativlosen Situationen ersparen möchte.⁴²⁸ In Verhandlungen erscheint es hingegen am wahrscheinlichsten, dass eine Seite die andere täuscht, um eine Einigung zum beiderseitigen Vorteil (*win-win*) zu erreichen.⁴²⁹ In den allermeisten Fällen wird die andere Seite jedoch die Vorteilhaftigkeit eines Vertrags unproblematisch selbst beurteilen können – was insbesondere für unternehmerische Verhandlungen gilt –, sodass wohl generell kein Bedürfnis für paternalistische Lügen besteht. Grundsätzlich sind *Pareto-white lies* wohl ein Randphänomen in unternehmerischen Verhandlungen. Wie unter 2. Teil, A.IV. dargelegt liegt das vor allem daran, dass Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen im Allgemeinen darauf abzielen, die Situation des Lügners auch auf Kosten der anderen Partei zu verbessern.

⁴²⁴ Der folgende Abschnitt (4. Teil, G.V.3.b)) basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 279f.

⁴²⁵ Das Konzept wurde nach *Vilfredo Pareto* benannt. Als Einführung zu Pareto-Verbesserungen siehe z.B. *Hall/Lieberman*, *Principles and Applications of Microeconomics*, 6. Aufl. 2012, S. 429ff.; vgl. auch *Mathur*, *The Journal of Economic Education* 22 (1991), 172, 172–178 und in deutscher Sprache *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse*, 6. Aufl. 2020, S. 13ff.

⁴²⁶ *Sanjiv/Gneezy*, *Management Science* 58 (2012), 723, 724 verwenden diese Terminologie und untersuchen den Einsatz von *Pareto-white lies*.

⁴²⁷ *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 656–661 (zu dieser Form von Lügen und den entsprechenden ökonomischen Effekten); *Bok*, *Lying*, 1999, S. 203–219 (zu dieser Form von Lügen).

⁴²⁸ Zu dieser Form der Lüge und deren ökonomischen Auswirkungen ausführlich *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 656ff.

⁴²⁹ Notwendig erscheint dies allerdings nur, wenn die andere Seite die Vorteilhaftigkeit nicht erkennt oder z.B. positionelle Vorgaben für den Verhandler dieser Seite bestehen. Es geht insofern also zumeist um die Überwindung irrationalen Verhaltens der anderen Seite.

In diesem Zusammenhang wird zudem teilweise auf die *hypothetical bargain theory* bzw. die Theorie von *implied consent* abgestellt.⁴³⁰ Eine Täuschung wird insofern damit gerechtfertigt, dass die Parteien dies theoretisch vorab so verhandelt hätten. *Ex ante* betrachtet hätte die getäuschte Partei damit rein hypothetisch ihre Zustimmung zur Lüge gegeben.⁴³¹ Es soll dabei nicht darauf ankommen, ob die Partei die Lüge auch *ex post* akzeptiert, weil die hypothetische Zustimmung *ex ante* bereits signalisiert, dass die Lüge zu einem Wohlfahrtsgewinn führt und zumindest *ex ante* als Pareto-effizient angesehen wird.⁴³² Eine hypothetische Zustimmung wird insofern in Fällen angenommen, in denen die getäuschte Partei *ex ante* die Chance hat, von der Lüge zu profitieren.⁴³³ Zurückgegriffen wird in der Literatur diesbezüglich auf das Beispiel des Restaurantkritikers, der unter Angabe eines falschen Namens im Restaurant speist (um anonym zu bleiben), um anschließend seine Bewertung zu veröffentlichen.⁴³⁴ Die meisten Restaurants würden gemäß dieser Argumentationslinie *ex ante* einem Besuch inkognito zustimmen, weil sie sich von einer positiven Bewertung einen Gewinn erhoffen.⁴³⁵ Insofern werden allerdings zugleich auch die verschiedensten Probleme, die mit der *hypothetical bargain theory* verbunden sind, diskutiert. Zum einen kann die Zustimmung nur generalisierend angenommen werden. Das heißt, auf alle Restaurants abgestellt ergibt sich, dass die meisten wohl *ex ante* zugestimmt hätten. Im Einzelfall muss jedoch nicht unbedingt eine hypothetische Zustimmung vorliegen.⁴³⁶ Weitergehend kann dann diskutiert werden, wie die Situation zu bewerten ist, wenn eine Partei ausdrücklich deutlich macht, dass nicht angenommen werden kann, dass sie einer entsprechenden Täuschung zustimmen würde (z. B. durch einen Aushang am Eingang, der ankündigt, dass Restaurantkritiker unerwünscht sind).⁴³⁷ Für die hiesige Analyse fragt sich, ob aus der *hypothetical bargain theory* ein allgemeinerer Schluss bezüglich Lügen in Vertragsverhandlungen gezogen werden kann. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass Täuschungen eine Art Geschäftspraxis⁴³⁸ darstellen können. Bluffs mögen dann bis zu einem gewissen Grade den

⁴³⁰ So z. B. *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366. *Dees/Cramton*, Business Ethics Quarterly 1 (1991), 135, 151 geben zu bedenken: „Acquiescence is not the same as free consent.“

⁴³¹ *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366. Vgl. zudem *Coleman/Heckathorn/Maser*, Harvard Journal of Law & Public Policy 12 (1989), 639, 648, die mit Blick auf dispositive Regeln und „hypothetical consent“ erklären, dass es nicht so sehr darum geht, ob sich die Parteien tatsächlich auf dieses Ergebnis geeinigt haben, sondern um Rationalität.

⁴³² *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366.

⁴³³ *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366.

⁴³⁴ *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366.

⁴³⁵ *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1366.

⁴³⁶ Ein Restaurant, das sich seiner schlechten Qualität bewusst ist, würde beispielsweise dem Besuch des Restaurantkritikers auch *ex ante* nicht zustimmen.

⁴³⁷ Dazu *Levmore*, Texas Law Review 85 (2007), 1359, 1368.

⁴³⁸ Der deutsche Gesetzgeber führte in Bezug auf die UWG-Novelle 2008 aus, dass der Begriff „geschäftliche Praxis“/„Praktiken“ eine negative Konnotation besitzt. Vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 39. Hier soll der Begriff neutral verwendet werden.

rules of the game entsprechen.⁴³⁹ Es wird insofern argumentiert, dass Gruppen im Zeitverlauf solche Geschäftspraktiken entwickeln, die für die Beteiligten am erfolgreichsten sind.⁴⁴⁰ Kann also festgestellt werden, dass bestimmte Täuschungen zur Geschäftspraxis gehören, könnte dies als Indiz dafür gewertet werden, dass das Verhalten für die Beteiligten effizient ist. Es handelt sich dabei – wie erwähnt – nur um ein Indiz und keinen konkreten Beleg. Insofern ließe sich eventuell generalisierend (d. h. nicht in jedem Einzelfall) annehmen, dass Parteien, die verhandeln, sich mit kleinen Bluffs *ex ante* einverstanden erklären würden.⁴⁴¹

Das Argument der Geschäftspraxis als Indiz für deren Effizienz gilt allerdings nur, sofern die Kosten dieser Geschäftspraxis auf die Gruppenmitglieder verteilt und nicht auf Dritte abgewälzt werden.⁴⁴² Außerdem muss es sich um Situationen handeln, in denen die Beteiligten wiederholt miteinander interagieren und die Praxis somit einvernehmlich entwickelt wird.⁴⁴³ Nur dann lässt sich andenken, eine implizite Zustimmung zu kleineren Täuschungen herzuleiten. Problematisch könnte insofern der Nachweis sein, dass die Praxis „einvernehmlich“ entwickelt wurde, da es bei Täuschungen gerade darum geht, dass die getäuschte Seite die Lüge nicht aufdeckt. Die Nutzung von Bluffs durch eine Vielzahl der Beteiligten sowie die Nichtdurchsetzung möglicher juristischer Rechtsmittel und das Abstandnehmen von ernsthaften sozialen Sanktionen sowie die moralische Akzeptanz entsprechender Taktiken mögen jedoch als Hinweise auf die Einvernehmlichkeit oder zumindest die Tolerierung gewertet werden.

Problematisch ist zudem die Bestimmung, inwieweit Lügen zur gängigen Geschäftspraxis gehören. Wie bereits unter 2. Teil, A.II. erläutert, gibt es keine aussa-

⁴³⁹ Carr, Harvard Business Review 46 (1968), 143, 145 zieht einen Vergleich zum Poker. Vgl. für Bazarverhandlungen Bok, Lying, 1999, S. 131: „In a bazaar, for instance, false claims are a convention; to proclaim from the outset one’s honest intention would be madness. If buyers and sellers bargain knowingly and voluntarily, one would be hard put to regard as misleading their exaggerations, false claims to have given their last bid, or words of feigned loss of interest. Both parties have then consented to the rules of the game“. Vgl. auch Lewicki/Barry/Saunders, Negotiation, 8. Aufl. 2020, S. 161 („tacitly-agreed upon rules of the game in negotiations“). Ebenfalls diskutierend, ob Lügen zu den *rules of the game* gehören können Korobkin, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1236. Hamayon in: Gerschlager (Hrsg.), Expanding the Economic Concept of Exchange, 2001, S. 133, 141 setzt „illusion“/„trickery“ in Beziehung zu „exchanges“ und geht davon aus, dass dies zu Verhandlungen dazugehört. Der Autor betont, dass es darauf ankommt, ob diese Handhabung anerkannt wird. Kritischer hingegen Piker, Journal of Business Ethics 36 (2002), 337, 338 f., der die Unterschiede zum Spiel betont (wie z. B., dass bei Verhandlungen mehr auf dem Spiel steht und dass die Parteien sich nicht darüber einig sind, dass solche Praktiken gestattet sind).

⁴⁴⁰ R. Epstein in: Newman (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, 1998, S. 579, 581.

⁴⁴¹ Dees/Cramton, Business Ethics Quarterly 1 (1991), 135, 152 sehen nur einen begrenzten Anwendungsbereich für diese Argumentationslinie. Skeptisch ebenfalls Piker, Journal of Business Ethics 36 (2002), 337, 338 f.

⁴⁴² L. Alexander/Sherwin, Law and Philosophy 22 (2003), 393, 446 f. zu Lügen und Recht.

⁴⁴³ R. Epstein in: Newman (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, 1998, S. 579, 580.

gekräftigen Studien zur Häufigkeit bestimmter Bluffs in Vertragsverhandlungen. Es lässt sich aber vermuten, dass die Häufigkeit solcher Irreführungen zumindest auch eng verknüpft ist mit den jeweiligen Moralvorstellungen und dem Rechtsgefühl der Beteiligten. Werden Täuschungen sogar als moralisch noch akzeptabel von den am Geschäftsverkehr Teilnehmenden akzeptiert, könnte dies auf eine entsprechende Geschäftspraxis hindeuten. Denn Personen bluffen wohl eher, wenn sie die Täuschung vor sich selbst rechtfertigen können.⁴⁴⁴ Ein eindeutiger Schluss auf die Geschäftspraxis lässt sich aus den Moralvorstellungen wohl aber nicht ziehen, da die moralische und ethische Bewertung von vielen Feinheiten abhängt. Wie stark sich vom Rechtsgefühl auf die Praxis schließen lässt, muss ebenfalls noch näher erforscht werden. Aber es lässt sich insofern zumindest eine Korrelation vermuten. Im Ergebnis scheinen bestimmte Täuschungen gängiger zu sein als andere (siehe generell zur Häufigkeit von Täuschungen unter 2. Teil, A.II.), sodass auch ohne genauere Untersuchungen davon ausgegangen werden kann, dass einige Lügen zur gängigen Geschäftspraxis gehören. Nimmt man dann an, dass die Parteien *ex ante* diesen „Spielregeln“ zugestimmt hätten, ist dies ein Indiz dafür, dass die akzeptierten Täuschungen insgesamt als effizient anzusehen sind.

4. Wahrheitssignal und Vertrauen

Eine umfassende ökonomische Betrachtung von Täuschungen muss zudem die Auswirkungen auf das Wahrheitssignal (*truth signal*) und die Konsequenzen für das Vertrauen in getätigte Aussagen berücksichtigen.⁴⁴⁵ Insofern ist zwischen Effekten für den Lügner und für den konkret Getäuschten sowie für die anderen Marktteilnehmer zu differenzieren. Generell können Täuschungen dazu führen, dass das Wahrheitssignal verwässert wird⁴⁴⁶ und das Vertrauen sinkt.⁴⁴⁷ Der Ver-

⁴⁴⁴ Denn können Lügner ihre Bluffs nicht rechtfertigen, so kann dies psychologische „Kosten“ hervorrufen (*lying costs*). Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.2. Siehe auch *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1217 ff. zu verschiedenen Rechtfertigungsmustern durch Lügner. *Volckema*, Journal of Business Research 45 (1999), 59, 63 zeigt eine Korrelation zwischen der Bewertung der Angemessenheit einer Taktik und der Wahrscheinlichkeit eine solche Taktik einzusetzen.

⁴⁴⁵ Siehe dazu *Porat/Yadlin*, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 631. Generell zum Verhältnis von Vertrauen und Täuschung in Verhandlungen (auch aus interkultureller Perspektive) *Zhang/L. Liu/W. Liu*, Management and Organization Review 11 (2015), 123, 123 ff. Vgl. auch *Yu-Te*, International Journal of Business, Humanities and Technology 3 (2013), 45, 45 ff. Der folgende Abschnitt basiert auf *S. Jung*, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 275 f.

⁴⁴⁶ *Porat/Yadlin*, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 631 ff.

⁴⁴⁷ Siehe zum Vertrauensverlust durch Täuschung und Möglichkeiten Vertrauen zurückzugewinnen z.B. *Schweitzer/Hershey/Bradlow*, Organizational Behavior and Human Decision Processes, 101 (2006), 1, 1 ff. Allgemein von einem Vertrauensverlust ausgehend *Lewicki/Barry/Saunders*, Negotiation, 8. Aufl. 2020, S. 169; *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace, 2012, S. 211, 212 f. (auf S. 222 f. auch einen Überblick zur Zurückgewinnung von Vertrauen gebend) sowie *Lewicki* in: Bazerman/Lewicki (Hrsg.), Negotiating in Organizations, 1983, S. 68, 71; *Gunia*, Academy of Management Perspectives 33 (2019), 43, 44. *Horton*, The Leader's Guide to Negotiation, 2016, S. 223 (generell

trauensverlust führt wiederum zu erhöhten Transaktionskosten (z. B. Einsatz von Ressourcen in Vertrauensbildung sowie Überprüfung von Informationen).⁴⁴⁸ Fehlendes Vertrauen kann dann auch zur Konsequenz haben, dass ökonomisch sinnvolle Verträge nicht zustande kommen.⁴⁴⁹

Lügt ein Verhandler, so hat dies zunächst Konsequenzen für sein eigenes Wahrheitssignal sowie das Vertrauen, welches von der Gegenseite in ihn bzw. in sein Unternehmen gesetzt wird.⁴⁵⁰ Lügt ein Verhandler seinen Vertragspartner an und deckt dieser die Lüge auf, so ist anzunehmen, dass das Vertrauen des Getäuschten in den Täuschenden sinken wird. Wie stark das Vertrauen beeinträchtigt wird und was für Konsequenzen dies hat, hängt dann wiederum von weiteren Umständen ab, wie z. B. der Tatsache, worüber der Lügner geblufft hat (siehe unten 4. Teil, G.VII.). Der Täuschende schwächt somit in erster Linie sein eigenes Wahrheitssignal und das von der Gegenseite in ihn gesetzte Vertrauen.⁴⁵¹ Der Lügner mag dann vor allem in ständigen Geschäftsbeziehungen Ressourcen investieren, um erneut Vertrauen aufzubauen,⁴⁵² was zu Transaktionskosten führt. Darüber hinaus

zu *dirty tricks*); zur möglichen Beschädigung der Beziehung *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 41 („One of the most common ways for trust to be broken is through one or both parties' use of deception“). Zum Vertrauensverlust bei *settlement issues* auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 139. Siehe zudem *Zamir/Medina*, *Law, Economics, and Morality*, 2010, S. 276 allgemein zum Vertrauensverlust im Sozialleben („Every lie undermines the mutual faith and trust underlying social life“). Vgl. auch *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 355 (einen kurzen Überblick zu Täuschungen und Vertrauen gebend). Hingegen darauf hinweisend, dass die Stärke des Vertrauensverlustes auch von den Einstellungen des Verhandlers abhängt *Haselhubn et al.*, *Journal of Business Ethics* 145 (2017), 215, 215 ff.

⁴⁴⁸ *Williamson*, *The Journal of Law & Economics* 36 (1993), 453, 463 (auch S. 469) warnt in Bezug auf *calculative trust* vor einem missverständlichen Gebrauch von „Vertrauen“ im Zusammenhang mit Transaktionskosten („I argue that it is redundant at best and can be misleading to use the term ‚trust‘ to describe commercial exchange for which cost-effective safeguards have been devised in support of more efficient exchange“). *Williamson* diskutiert sodann den Effekt der institutionellen Umgebung auf Transaktionskosten und spricht insofern u. a. von *societal-trust* (S. 467). Er erörtert auch *personal trust* (S. 482 ff.), sieht diese Form von Vertrauen jedoch vor allem bei „family, friends, and lovers“ (S. 484). Vgl. ganz allg. auch *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 30 f., der die Überprüfung von Informationen und die Gestaltung aufwendigerer und komplexerer Verträge als Konsequenz nennt (ohne konkret die Bezeichnung „Transaktionskosten“ zu verwenden).

⁴⁴⁹ Vgl. z. B. *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 213.

⁴⁵⁰ Es soll an dieser Stelle nicht zwischen den verschiedenen Formen und Ausprägungen von Vertrauen unterschieden werden. Siehe z. B. *McAllister*, *Academy of Management Journal* 38 (1995), 24, 25 ff., der zwischen *cognition-based trust* und *affect-based trust* unterscheidet. Es wird auch diskutiert, inwiefern das Konzept Vertrauen auf interpersonelle Kontakte beschränkt ist oder auch auf interorganisationelle Beziehungen ausgeweitet werden kann. Siehe z. B. *Mouzas/Henneberg/Naudé*, *European Journal of Marketing* 41 (2007), 1016, 1016 ff.

⁴⁵¹ Zum Reputationsverlust vgl. auch *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 43.

⁴⁵² Einen Überblick zur Wiederherstellung von Vertrauen gebend *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 43 ff.

besteht die Möglichkeit, dass die Täuschung weiteren Marktteilnehmern bekannt wird⁴⁵³ und der Lügner insofern einen Reputationsverlust⁴⁵⁴ erleidet, der sich auf seine folgenden Verhandlungen mit anderen Marktteilnehmern auswirken kann.

In ständigen Geschäftsbeziehungen ist zudem damit zu rechnen, dass der Getäuschte sein Verhalten aufgrund der Lüge und des damit verbundenen Vertrauensverlusts sowie der Verwässerung des Wahrheitssignals anpassen wird.⁴⁵⁵ Im Fall einer Verhaltensanpassung müssen die bereits erörterten Argumentationslinien herangezogen werden, um mögliche Konsequenzen zu ermitteln (z.B. Transaktionskosten, ZOPA und BATNA etc.). Beispielhaft können insofern folgende Reaktionen genannt werden: So könnte die Geschäftsbeziehung im schlimmsten Fall abgebrochen⁴⁵⁶ und ökonomisch sinnhafte Verträge dadurch nicht geschlossen werden. Ebenfalls denkbar ist, dass der Getäuschte zukünftig einen hohen Aufwand betreiben wird, um Täuschungen aufzudecken oder sich die relevanten Informationen selbst zu besorgen (was Transaktionskosten hervorrufen würde, siehe dazu unter 4. Teil, G.V.1.).⁴⁵⁷ Der Getäuschte könnte zudem beginnen, ebenfalls zu lügen (und damit sog. Spillover-Effekte erzeugen, siehe dazu sogleich unter 4. Teil, G.V.5.).⁴⁵⁸ Die Reaktion des Getäuschten hängt dabei wohl zumindest auch maßgeblich davon ab, wie er die Täuschung moralisch bewertet sowie von seinem Rechtsgefühl.⁴⁵⁹ Wird eine Lüge als moralisch akzeptabel angesehen, so lässt sich z.B. annehmen, dass es höchstens zu einem geringen Vertrauensverlust kommt⁴⁶⁰ und die Geschäftsbeziehung deshalb beispielsweise nicht abgebrochen wird. Im Rahmen der ökonomischen Untersuchung der einzelnen Konstellationen (zur Aufzählung der Gegenstände der Täuschung, siehe unter 3. Teil, D.IX.4.) wird daher auf die Siegener Studie zu diesem Aspekt Bezug genommen, die Aufschluss über das Moralverständnis und das Rechtsgefühl gibt.

Im Fall einmaliger Verhandlungen und der Aufdeckung der Täuschung erst nach Vertragsschluss hat der Getäuschte hingegen keine Möglichkeit, sein Verhalten auf mögliche Täuschungen durch denselben Verhandler auszurichten. Etwas Anderes

⁴⁵³ Ggf. ist dies Teil einer bewussten sozialen Sanktion des Lügners. Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.12.

⁴⁵⁴ Generell dazu das Lügner Reputationschäden in ihre Kosten-Nutzen-Überlegungen von Lügen einbeziehen werden *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, 2001, S. 187, 192. Ähnlich auch *Zhang/L. Liu/W. Liu*, Management and Organization Review 11 (2015), 123, 126.

⁴⁵⁵ Zur Anpassung des Verhandlungsverhaltens siehe 2. Teil, A.VII.5.

⁴⁵⁶ Zu dieser Reaktionsmöglichkeit siehe näher unter 2. Teil, A.VII.11.

⁴⁵⁷ Vgl. zu den Kosten durch die Informationsbeschaffung *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 138; *Hölzle*, Verstrickung durch Desinformation, 2012, S. 77 (zu Informationskosten und Überprüfungskosten).

⁴⁵⁸ Zur Gegenlüge als Reaktion siehe auch näher unter 2. Teil, A.VII.7.

⁴⁵⁹ Siehe dazu bereits ausführlich unter 4. Teil, B. (Moralverständnis) und C. (Rechtsgefühl)

⁴⁶⁰ Ähnlich auch *Lewicki/Polin* in: Adair/Olekalns (Hrsg.), Handbook of Research on Negotiation, 2013, S. 161, 176, die die Beziehung von Vertrauen, angemessenen Taktiken und dem *honesty dilemma* diskutieren.

gilt nur, wenn noch eine Möglichkeit zur Nachverhandlung besteht oder die Täuschung bereits während der Verhandlung erkannt wird. Dann kann der Getäuschte sein Verhalten für die Nachverhandlung bzw. die restliche Verhandlung anpassen.

Darüber hinaus schwächt der Täuschende allerdings auch das Wahrheitssignal anderer, ehrlicher Verhandler sowie das anderen Verhandlern entgegengebrachte Vertrauen.⁴⁶¹ Insofern lässt sich von negativen Externalitäten sprechen. Die Effekte entstehen dadurch, dass es ehrlichen Verhandlern schwerfallen mag, ihre Ehrlichkeit überzeugend zu signalisieren. Sie können sich daher nicht effektiv von unehrlichen Verhandlern abgrenzen.⁴⁶² Selbst wenn es ihnen gelingt Ehrlichkeit zu signalisieren (z. B. durch den Aufbau einer guten Beziehung) führt dies im Ergebnis zu erhöhten Transaktionskosten (siehe dazu unter 4. Teil, G.V.I.).⁴⁶³ Denn der Ressourceneinsatz in das positive Signal ist allein durch die Lüge bedingt. Es kommt somit im Markt generell zu einer Verwässerung des Wahrheitssignals, wenn einige Verhandler bluffen,⁴⁶⁴ wodurch das Vertrauen in die Ehrlichkeit von Verhandlern allgemein sinkt.⁴⁶⁵ Das wiederum führt zu einem Ansteigen der bereits angesprochenen Transaktionskosten (siehe 4. Teil, G.V.1.), da die Verhandler

⁴⁶¹ Vgl. *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 631 ff., die das Phänomen noch weiter ausdifferenzieren. Ebenfalls Externalitäten mit Blick auf Lügen über *settlement issues* anführend *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 139. Siehe zudem *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 191 (allgemein zu unethischem Verhalten).

⁴⁶² *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 621. Ähnlich auch *Murnighan*, *The Dynamics of Bargaining Games*, 1991, S. 191 (allgemein zu unethischem Verhalten). Dadurch könnte ein ähnliches Problem entstehen, wie *Akerlof* es bzgl. des *Lemon*-Markts beschreibt. Siehe *Akerlof*, *The Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), 488, 489. Allerdings ist nicht unbedingt direkt mit einem Marktversagen zu rechnen.

⁴⁶³ *Borden*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 692 (spricht von „bonding costs“).

⁴⁶⁴ *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 263 führt aus, dass „eine allgemeine Verunsicherung des Geschäftsverkehrs als unerwünschte Nebenwirkung nicht auszuschießen“ ist.

⁴⁶⁵ Siehe zum Vertrauensverlust durch Täuschung und Möglichkeiten Vertrauen zurückzugewinnen z. B. *Schweitzer/Hershey/Bradlow*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 101 (2006), 1, 1ff. Allgemein von einem Vertrauensverlust ausgehend *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 169; *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*, 2012, S. 211, 212f. (auf S. 222f. auch einen Überblick zur Zurückgewinnung von Vertrauen gebend) sowie *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in organizations*, 1983, S. 68, 71; *Gunia*, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), 43, 44; *Horton*, *The Leader's Guide to Negotiation*, 2016, S. 223 (generell zu *dirty tricks*); zur möglichen Beschädigung der Beziehung und *Lewicki/Polin* in: *Bachmann/Zaheer* (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, 2013, S. 29, 41 („One of the most common ways for trust to be broken is through one or both parties' use of deception“). Zum Vertrauensverlust bei *settlement issues* auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1991, 135, 139. Siehe zudem *Zamir/Medina*, *Law, Economics, and Morality*, 2010, S. 276 allgemein zum Vertrauensverlust im Sozialleben („Every lie undermines the mutual faith and trust underlying social life“). Vgl. auch *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 355 (einen kurzen Überblick zu Täuschungen und Vertrauen gebend). Hingegen darauf hinweisend, dass die Stärke des Vertrauensverlustes auch von den Einstellungen des Verhandlers abhängt *Haselhubn et al.*, *Journal of Business Ethics* 145 (2017), 215, 215ff.

dann vorbeugende Maßnahmen ergreifen und versuchen werden, Täuschungen aufzudecken.⁴⁶⁶ Befürchtet wird zudem ein allgemeiner Rückgang an „wohl-fahrtsmehrenden Markttransaktionen“⁴⁶⁷, was ebenfalls mit den erhöhten Transaktionskosten begründet werden kann. Wie stark diese Effekte ausfallen, hängt damit maßgeblich vom Vertrauensverlust in andere Marktteilnehmer ab, auf den wiederum wohl zumindest auch die moralische Bewertung der Täuschung Einfluss hat (dazu näher unter den einzelnen Konstellationen unter 4. Teil, G.VII.). Außerdem treten die genannten Effekte nur ein, wenn die Lüge aufgedeckt (oder fälschlicherweise an eine Lüge geglaubt) wird und gleichzeitig außerhalb der konkreten Verhandlung bekannt wird, dass geblufft wurde. Denn nur, wenn sich die Information verbreitet, dass es Verhandler gibt, die täuschen, werden die anderen Marktteilnehmer ihr Verhalten daran ausrichten.

Im Rahmen von Verhandlungen ist insofern zu bedenken, dass der Täuschende in den meisten Fällen nicht preisgeben wird, dass er zu Täuschungstaktiken greift. Denn Lügen werden generell nicht positiv bewertet,⁴⁶⁸ weshalb der Lügner immer mit einem Reputationsverlust rechnen muss. Aber auch der Getäuschte wird wohl in vielen Situationen nicht dazu tendieren, offenzulegen, dass er in einer Verhandlung irreführt wurde. Das liegt u. a. an der Prinzipal-Agenten-Situation, die in unternehmerischen Verhandlungen grundsätzlich vorliegt. Wie bereits unter 2. Teil, A.III. dargelegt, möchte der Agent gegenüber seinem Vorgesetzten wohl nicht gerne eingestehen, dass er von der Gegenseite getäuscht wurde (siehe 2. Teil, A.III.3.) und deshalb womöglich einen ungünstigeren Vertrag abgeschlossen hat. Dies gilt wohl vor allem dann, wenn er leichtgläubig auf den Bluff „hereingefallen“ ist. Gleiches gilt gegenüber anderen Verhandlern (die keine Prinzipale sind). Denn gerade in unternehmerischen Geschäftsbeziehungen wird eine Person, die sich täuschen lässt, schnell als inkompetent und naiv angesehen.⁴⁶⁹ Das kann damit begründet werden, dass im unternehmerischen Bereich insofern von einer gewissen Eigenverantwortung bei der Informationsbeschaffung und Informationsprüfung ausgegangen wird sowie damit, dass zumindest ein Mindestmaß an Aufmerksam-

⁴⁶⁶ Borden, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 692; Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 263 spricht allgemein von „größerer Vorsicht“.

⁴⁶⁷ Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 263.

⁴⁶⁸ Eigennützige Bluffs, wie sie in dieser Arbeit im Fokus stehen, werden wohl regelmäßig höchstens als akzeptabel bewertet.

⁴⁶⁹ So gibt es beispielsweise Studien, die zeigen, dass Frauen häufiger belogen werden. Die Autoren erklären dieses Phänomen damit, dass Frauen als naiver und weniger kompetent wahrgenommen werden und daher häufiger belogen werden. Es wird somit insofern von einem Zusammenhang ausgegangen. Vgl. *Kray/Kennedy/van Zant*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 125 (2014), 61, 68f.; vgl. auch *Yurtsever/Ben-Asher*, *African Journal of Business Management* 7 (2013), 976, 976ff. (dazu, dass Männer häufiger Frauen belügen als andere Männer). In einer anderen Studie konnten die Autoren zeigen, dass Verhandler scheinbar öfter belogen werden, wenn die Gegenseite davon ausgeht, dass diese Seite nicht so erfahren ist (im konkreten Fall ging es um Verhandler, die für junge Unternehmen arbeiten). *Rottenburger/L. Kaufmann*, *Journal of Purchasing and Supply Management* 26 (2020), 1, 5 und 7.

keit darauf gerichtet werden muss, Bluffs zu erkennen. Lässt sich ein Verhandler leicht irreführen, könnte dies von seinem Prinzipal oder anderen Verhandlern daher als „Fehler“ gewertet werden. Der Getäuschte möchte diesen „Fehler“ dann regelmäßig nicht zugeben und könnte ihn daher sogar unkorrigiert lassen. Die Information, dass Lügen in Verhandlungen eingesetzt wurden, wird sich daher wohl weniger schnell verbreiten, als zunächst angenommen werden könnte. Bei Bluffs, die über das gewöhnliche Maß hinausgehen, ist jedoch eine stärkere Verbreitung zu vermuten.

5. Spillover-Effekt hinsichtlich der Bereitschaft zu lügen

Eng verbunden mit der Verwässerung des Wahrheitssignals ist der Spillover-Effekt.⁴⁷⁰ Denn lügt ein Verhandler in einer Verhandlung, so kann dies die Bereitschaft anderer Marktteilnehmer, ebenfalls zu lügen, erhöhen.⁴⁷¹ Es kann somit ein Spillover-Effekt angenommen werden. Das bedeutet, es wird befürchtet, dass durch die Lüge eines Verhandlers ein Anreiz für andere Verhandler entsteht, ebenfalls zu bluffen.⁴⁷² Täuschungen können somit zu negativen Externalitäten führen.⁴⁷³ Insofern könnte auch nach der Position des Täuschenden unterschieden werden. Zum einen kann der konkrete Verhandlungspartner entweder in der konkreten Verhandlung (sog. Gegenlüge⁴⁷⁴) oder in Verhandlungen mit Dritten dazu veranlasst werden, zu täuschen. Zum anderen ist denkbar, dass andere Marktteilnehmer, die schlicht von der Lüge erfahren, damit beginnen, in ihren eigenen Verhandlungen zu bluffen.

a) Gegenlüge

Täuscht beispielsweise der Anbieter einer Leistung, könnte diese Irreführung den belogenen Nachfrager zu Lügen anregen. Denn Studien zeigen, dass die Erwar-

⁴⁷⁰ Porat/Yadlin, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 663 erklären den Unterschied zwischen beiden Aspekten. Der folgende Abschnitt (5.) wurde basierend auf S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 276 f. weiterentwickelt.

⁴⁷¹ Porat/Yadlin, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 663; Tietzel in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204/1 (1988), S. 17, 31. Allgemein zu unethischem Verhalten bspw. auch Ostermaier/Uhl, PLoS ONE 12 (2017), 1, 2.

⁴⁷² Porat/Yadlin, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 663 prüfen diesen möglichen Einwand gegen die von ihnen entwickelte Theorie. Dees/Cramton, Business Ethics Quarterly 1 (1991), 135, 139 erwähnen pauschal Spillover-Effekte mit Blick auf Lügen über *settlement issues*. Spillover-Effekte werden ansonsten in den verschiedensten Bereichen diskutiert, z. B. auch mit Blick auf manipulierte Finanzberichterstattungen. Siehe dazu u. a. Beatty/Liao/Yu, Journal of Accounting and Economics 55 (2013), 182, 183 ff.; Holzman/B. Miller/Williams, Contemporary Accounting Research 38 (2021), 1542, 1542 ff.

⁴⁷³ Davon zu unterscheiden ist der Aspekt, dass der Täuschende womöglich noch mehr Lügen verbreiten wird, wenn seine ursprüngliche Lüge erfolgreich war. Zum Einfluss von Kosten-Nutzen-Erwägungen siehe bereits unter 4. Teil, G.IV.1. Dies ist nicht vom Spillover-Effekt umfasst.

⁴⁷⁴ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VII.7.

tung an die Ehrlichkeit eines konkreten Verhandlungspartners Einfluss auf das Täuschungsverhalten des Gegenübers hat. Erwartet ein Verhandlungspartner, dass die andere Seite Lügen einsetzen wird, so ist er selber eher bereit, Bluffs zu nutzen.⁴⁷⁵ Die Bereitschaft zur Irreführung dürfte damit noch höher liegen, sofern ein Nachfrager weiß, dass er vom Anbieter betrogen wurde. Insofern lässt sich für eine konkrete, ständige Geschäftsbeziehung vermuten, dass die Lüge eines Verhandlers in einer Verhandlung bei derselben oder bei der nächsten Verhandlung mit demselben Verhandlungspartner eine Gegenlüge der anderen Seite provozieren könnte. Denn durch die erste Lüge wird das Wahrheitssignal (siehe unter 4. Teil, G.V.4.) des Verhandlers geschwächt, wodurch das Vertrauen in die Ehrlichkeit des Verhandlungspartners sinkt, was dann wiederum die Bereitschaft des Getäuschten, ebenfalls zu lügen, erhöht. Da der getäuschten Seite allerdings auch andere Handlungsoptionen zur Verfügung stehen,⁴⁷⁶ sollte dieser Effekt nicht überschätzt werden. Ob sich dieser Spillover-Effekt realisiert, wird zudem wohl vom Gegenstand der Lüge abhängen.⁴⁷⁷ Nimmt der Anbieter eine anbieterspezifische Täuschung vor, kann der Nachfrager diese zunächst nicht eins zu eins kopieren. So kann der Anbieter beispielsweise über die Verfügbarkeit eines Produkts täuschen. Diese Option besteht jedoch für den Nachfrager nicht. Der Nachfrager könnte aber aus dem täuschenden Verhalten des Anbieters schließen, dass sich eventuell auch andere Lügen lohnen und daher beispielsweise über sein eigenes BATNA bluffen. Ist tatsächlich ein Spillover-Effekt festzustellen, so führt dies wiederum zu erhöhten Transaktionskosten (dazu bereits 4. Teil, G.V.1.).

⁴⁷⁵ In diese Richtung weisen die Studien von *Mason/Wiley/Ames*, *Journal of Experimental Social Psychology* 76 (2018), 239, 244 ff.; *Boles/Croson/Murnighan*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 252 f. zeigen eine negative Korrelation zwischen Lügen und der Vertrauenswürdigkeit der anderen Partei auf. Allgemein liegen Studien dazu vor, wie Personen auf Täuschungen reagieren. Sie tendieren dann zu Bestrafungen der getäuschten Seite sowie Vergeltung. Einen Überblick gebend *Barry/Rebel* in: *Ayoko/Ashkanasy/Jehn* (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 354.

⁴⁷⁶ Dazu bereits ausführlich unter 2. Teil, B.VII.

⁴⁷⁷ Am Lehrstuhl der Autorin wurde im Rahmen eines Seminars von einer Studentin eine kleine, explorative Umfrage zur Thematik durchgeführt. Sie zeigt, dass viele der Befragten in der konkreten Situation zu anderen Handlungsalternativen gegriffen hätten. Ein relativ kleiner Teil zog eine „Gegenlüge“ in Betracht. Bei einer Lüge über den Leistungsgegenstand sprach sich beispielsweise kein Teilnehmer dafür aus, ein falsches Angebot vorzutäuschen und lediglich 3 % gaben an, dass sie fälschlicherweise damit drohen würden, das Angebot eines Konkurrenten anzunehmen. Bei der Lüge über den Einstandspreis (Einkaufspreis) würden hingegen knapp 14 % ein falsches Angebot vortäuschen, jedoch keiner eine falsche Drohung aussprechen. Täuscht der Verkäufer ein falsches Angebot vor, so wählten jeweils 6 % die Täuschungsoption bzw. die falsche Drohung. Täuscht ein Verkäufer vor, keine Verhandlungsmacht für einen Preisnachlass zu haben, so gaben 8 % an, fälschlicherweise damit zu drohen, dass sie das Angebot eines anderen Händlers annehmen würden. 5 % würden ein falsches Angebot vortäuschen.

b) Lügen des Getäuschten gegenüber Dritten

Ebenso ist es denkbar, dass die getäuschte Seite zwar nicht mit einer Gegenlüge innerhalb der konkreten Geschäftsbeziehung reagiert, dafür aber damit beginnt, in ihren Verhandlungen mit Dritten zu bluffen. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die getäuschte Seite den Bluff als wirkungsvoll (und akzeptabel) bewertet. Insofern lässt sich ebenfalls von einem Spillover-Effekt reden.

c) Täuschungen durch andere Marktteilnehmer

Darüber hinaus wird der Spillover-Effekt mit Blick auf andere Marktteilnehmer diskutiert,⁴⁷⁸ womit Personen außerhalb der konkreten Verhandlung gemeint sind. Fangen einzelne Verhandler an zu lügen, so wird argumentiert, dass auch andere Marktteilnehmer damit beginnen zu bluffen.⁴⁷⁹ Insofern bezieht sich der Spillover-Effekt ebenfalls auf Externalitäten. Der Spillover-Effekt soll zumindest dann eintreten, wenn die anderen Marktteilnehmer erkennen, dass der „Lügner ungestraft davonkommt“ oder sogar von seiner Täuschung profitiert. Der Spillover-Effekt wird also damit begründet, dass die Beobachtung der Täuschung zu einer neuen Kosten-Nutzen-Einschätzung führt und rational agierende Verhandler daher häufiger bluffen werden.⁴⁸⁰ Hier ist vor allem an folgendes Szenario zu denken: Täuscht der Anbieter einer Leistung den Nachfrager erfolgreich und erfahren andere Anbieter davon, könnten sie geneigter sein, ebenfalls zu bluffen, da für sie aufgrund der neuen Kosten-Nutzen-Einschätzung die Attraktivität von Bluffs gestiegen ist.

Diese Argumentationskette arbeitet wiederum mit der Annahme, dass Regelübertritte (hier Täuschungen) außerhalb der konkreten Geschäftsbeziehung bekannt werden, d. h. dass diese Information im Markt verbreitet wird. Hier sind wiederum die bereits unter 4. Teil, G.V.5. erwähnten Bedenken zu berücksichtigen. Nach hier vertretener Ansicht ist eher davon auszugehen, dass sich die Information über entsprechende Täuschungen relativ langsam verbreiten dürfte, da erfolgreich täuschende Anbieter andere Anbieter über ihre Taktiken wohl nicht informieren werden (um einen Wettbewerbsvorteil zu behalten). Eine gewisse Verbreitung der Information könnte allerdings insbesondere durch den Wechsel von Arbeitskräften, die solche Taktiken einsetzen, eintreten. Die erfolgreich getäuschten Nachfrager können die Lüge hingegen nicht offenlegen, da sie diese nicht erkannt haben

⁴⁷⁸ Einen Überblick über den Einfluss unethischen Verhaltens auf andere Personen gebend Gino/Ayal/Ariely, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 393 ff.

⁴⁷⁹ Dieses Argument benennend Tietzel in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 31.

⁴⁸⁰ In diese Richtung weisen die Ergebnisse von Hill/Kochendorfer, *Development Psychology* 1 (1969), 231, 231 ff. Vgl. auch die Ergebnisse von Michaels/Miethe, *Social Science Quarterly* 70 (1989), 870, 878 zum Täuschen im akademischen Kontext mit Blick auf *rational choice* und *social learning*.

(sonst wäre sie eben nicht erfolgreich). Selbst wenn die Nachfrager den Bluff (nachträglich⁴⁸¹) erkennen, bestehen dann die schon erwähnten Barrieren, die sich im unternehmerischen Bereich gewöhnlich aus der Prinzipal-Agenten-Situation ergeben.

d) Mögliche Einschränkungen des Spillover-Effekts

In der Literatur ist bislang noch nicht intensiv untersucht worden, ob sich Spillover-Effekte bei Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen nur auf Lügen „derselben Art“ beschränken oder ob Bluffs über einen Aspekt dazu führen, dass auch über andere Gesichtspunkte häufiger getäuscht wird. Lügen beispielsweise einige Verhandler über ihr BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*), so lässt sich zunächst vermuten, dass dies dazu führt, dass andere Verhandler ebenfalls über ihr BATNA täuschen werden. Aber führen solche Lügen über das BATNA auch dazu, dass andere Verhandler z. B. über die Rechtslage täuschen? Provoziert eine unerhebliche, kleine Lüge, ebenfalls nur eine unerhebliche, kleine Gegenlüge? Oder lassen die Verhandler psychologisch motiviert die Situation eskalieren (und täuschen über bedeutendere Aspekte)? Die Beantwortung dieser Frage wird wahrscheinlich wiederum von der Art der Lüge, und damit von der moralischen Bewertung beeinflusst werden (siehe unter 4. Teil, B.). Auch wenn insofern bislang keine gesicherten Ergebnisse vorliegen, so wird an dieser Stelle vermutet, dass der Spillover-Effekt zunächst einmal Lügen „derselben Art“ betrifft und somit im Umfang beschränkt ist. Als schwerwiegender wahrgenommene Lügen könnten jedoch im Sinn einer „Erst-Recht-Argumentation“ (*argumentum a maiore ad minus*⁴⁸²) den Einsatz „harmloser“ Lügen rechtfertigen und somit einen stärkeren Spillover-Effekt hervorrufen. Folgt man dieser Argumentation, so legt dies nahe, dass ein Gesetzgeber insbesondere als schwerwiegend wahrgenommene Irreführungen unterbinden sollte, um Spillover-Effekte zu reduzieren. Ob der Spillover-Effekt überhaupt eintritt, hängt – wie bei der Verwässerung des Wahrheitssignals – zudem zunächst einmal davon ab, ob die Lüge entdeckt wird. Zum Betrugsdilemma, das aus einer Täuschung entstehen kann, siehe bereits unter 2. Teil, A.VI.4.

In der Praxis zeigt sich zudem, dass die Regelübertritte (hier Täuschungen) Einzelner nicht direkt dazu führen, dass im Rahmen eines Spillover-Effekts alle Marktteilnehmer vergleichbare Regelübertritte begehen. Untersuchungen zeigen vielmehr, dass ein Spillover-Effekt nur unter bestimmten Umständen auftritt und

⁴⁸¹ Erkennt die andere Seite die Lüge vor Vertragsschluss, wird sie nicht erfolgreich sein und damit das Kosten-Nutzen-Verhältnis nicht positiv beeinflussen. Dass sie hinterher aufgedeckt wird, schränkt den „Erfolg“ des Bluffs ebenfalls ein, sofern dadurch langfristige Geschäftsbeziehungen gefährdet werden.

⁴⁸² Zu dieser Argumentationsform aus juristischer Sicht unter anderem *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 389f.

in seinem Ausmaß zudem häufig begrenzt ist.⁴⁸³ So scheint der Effekt davon abzuhängen, wie sehr sich die Beobachter mit demjenigen identifizieren können, der den Regelübertritt (hier also die Täuschung) begeht.⁴⁸⁴ Können sie sich mit der Person identifizieren (In-group-Szenario), steigt danach die Bereitschaft, ebenfalls zu täuschen, allerdings nicht so stark, wie es eine reine Kosten-Nutzen-Analyse nahelegen würde.⁴⁸⁵ Identifizieren sich die anderen Teilnehmer hingegen nicht mit der Person des Täuschenden (Out-group Szenario), so wird sogar weniger geblufft als in einer Vergleichsgruppe, in der den Teilnehmern nicht bekannt ist, ob andere Teilnehmer täuschen.⁴⁸⁶ Erklärt werden könnte dieses Ergebnis eventuell damit, dass Täuschungen durch andere dazu führen, dass Marktteilnehmer ihre Vorstellungen über soziale Normen mit Blick auf Lügen anpassen. In Zusammenhang mit der Social-identity-Theorie (In-group-/Out-group-Szenarien) lassen sich dann auch die Unterschiede begründen.⁴⁸⁷ Die Erkenntnisse legen zumindest nahe, dass die Lüge eines Autohändlers ggf. andere Autohändler dazu veranlassen könnte, ebenfalls zu bluffen. Ein Antiquitätenhändler wird durch die Lüge des Autohändlers danach allerdings nicht unbedingt zum Lügen verleitet, weshalb der Spillover-Effekt insofern beschränkt ist.

e) Einfluss der Häufigkeit der Täuschung auf den Spillover-Effekt

Nicht berücksichtigt wurde hier bislang die Häufigkeit der Täuschung (siehe dazu auch unter 2. Teil, A.II.). Es liegt nahe, dass der Spillover-Effekt umso stärker wirkt, je häufiger eine (erfolgreiche) Täuschung in der Praxis vorkommt. Denn ab einem bestimmten Punkt wird eine gewisse Verhaltensweise (wie Ehrlichkeit) wohl nicht mehr als soziale Norm⁴⁸⁸ angesehen. Wird daher eine „kritische Masse“ an Unwahrheiten erreicht, wird die Regel der „Ehrlichkeit“⁴⁸⁹ bei Verhandlungen zu bröckeln beginnen.⁴⁹⁰ An dieser Stelle wird vermutet, dass es, statt auf die

⁴⁸³ Siehe dazu folgende Untersuchung (allerdings nicht im Verhandlungskontext) *Gino/Ayal/Ariely*, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 398.

⁴⁸⁴ *Gino/Ayal/Ariely*, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 396.

⁴⁸⁵ *Gino/Ayal/Ariely*, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 396. Mit einer anderen Untersuchung zeigten *Gino/Gu/Zhong*, *Journal of Experimental Social Psychology* 45 (2009), 1299, 1299 ff. allerdings auch, dass es mit Blick auf unethisches Verhalten zu kompensierenden Handlungen kommen kann, wenn es Beobachter außerhalb der Gruppe (*out-group observers*) gibt.

⁴⁸⁶ *Gino/Ayal/Ariely*, *Psychological Science* 20 (2009), 393, 396.

⁴⁸⁷ Zur Schnittstelle zwischen *social norm theory* und *social identity theory* kurz auch *Moore/Gino*, *Research in Organizational Behavior* 33 (2013), 53, 57.

⁴⁸⁸ *Cialdini/Reno/Kallgren*, *Journal of Personality and Social Psychology* 58 (1990), 1015, 1015 unterscheiden zwei Arten von sozialen Normen. *Descriptive norms* befassen sich damit, wie die meisten Menschen in einer bestimmten Situation tatsächlich reagieren würden. *Injunctive norms* zeigen an, welche Regeln Personen befürworten oder ablehnen. Ebenso auch *Cialdini/Trost* in: Gilbert/Fiske/Lindzey (Hrsg.), *The Handbook of Social Psychology*, Bd. 2, 4. Aufl. 1998, S. 151, 152, die dann näher auf soziale Normen eingehen.

⁴⁸⁹ Zur *honesty norm* und *lying costs* siehe auch bereits unter 2. Teil, B.I.2.

⁴⁹⁰ *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 31.

konkrete Anzahl der Lügner unter den Marktteilnehmern, vor allem auf die Wahrnehmung der Marktteilnehmer ankommt. Die Wahrnehmung wird von eigenen Erfahrungen sowie Hörensagen und ggf. der medialen Berichterstattung beeinflusst und muss nicht immer vollständig mit der tatsächlichen Situation übereinstimmen. Die ausgeführten Überlegungen legen außerdem nahe, dass der Markt ein gewisses Maß an (leichten) Täuschungen verkraften kann, ohne dass es zu gravierenden Missständen kommt. Insofern darf allerdings wohl die „kritische Masse“ nicht überschritten werden.

f) Spillover-Effekte und gesetzliche Regeln

Wie bei den Transaktionskosten, der Verwässerung des Wahrheitssignals und dem Vertrauensverlust könnten Spillover-Effekte nicht nur dann auftreten, wenn die ursprüngliche Täuschung für den Vertragsabschluss kausal wurde, sondern auch dann, wenn der ursprüngliche Bluff erfolglos blieb. Allerdings dürfte der Spillover-Effekt im letzteren Fall geringer ausfallen, da erfolglose Bluffs das Kosten-Nutzen-Verhältnis der Teilnehmer nicht zu Gunsten von Täuschungen beeinflussen sollten.⁴⁹¹ Das Anfechtungsrecht sowie die Schadensersatzansprüche wirken daher aber dennoch von vornherein nur einem Teil der Spillover-Effekte entgegen. Zu beachten ist vor allem, dass andere Marktteilnehmer, die durch die Lügen aufgrund des Spillover-Effekts negativ betroffen sind, nicht entschädigt werden, da sie nach dem Gesetz keinen Schadensersatz vom Täuschenden verlangen können.⁴⁹² Nur das UWG kann ihnen einen gewissen Schutz bieten.⁴⁹³

6. Lügen zum Schutz des Rechts zu Schweigen

Die Frage, ob Lügen⁴⁹⁴ auch positive ökonomische Effekte hervorrufen können und daher ein sogenanntes „Recht zur Lüge“⁴⁹⁵ bestehen sollte, wird aus ökonomischen

⁴⁹¹ Der *overconfidence bias* könnte allerdings erklären, warum einige Verhandler glauben könnten, dass sie selbst eine entsprechende Lüge erfolgreicher einsetzen könnten als der Lügner.

⁴⁹² Täuscht Autohändler A Käufer K und führt dies zu einem Spillover-Effekt, von dem andere Autohändler negativ betroffen sind, so sind ihnen das Anfechtungsrecht (§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) und Ansprüche aus c.i.c. (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) keine Hilfe. Nur die Regeln des UWG schützen auch Mitbewerber (Die Normzweckklausel des § 1 S. 1 UWG legt den Schutzzwecktrias fest, der auch Mitbewerber umfasst: „Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen“).

⁴⁹³ Siehe dazu im Rahmen der rechtlichen Umfeldwertungen unter 4. Teil, H.

⁴⁹⁴ Der folgende Abschnitt 6. wurde basierend auf S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 277 ff. entwickelt.

⁴⁹⁵ Teilweise wird in der deutschen (juristischen) Literatur auch von „Recht zur Lüge“ gesprochen. Siehe allg. Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 25, 27, 33 f.; Armbrüster in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45; Dörner in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4;

mischer Sicht kontrovers diskutiert. Prominent wird dieser Aspekt mit Blick auf Lügen als Schutz vor (erzwungener) Informationspreisgabe erörtert. Der Fokus dieser stark ausdifferenzierten ökonomischen Diskussion⁴⁹⁶ liegt allerdings nicht auf dem Recht zur Lüge, sondern auf der ökonomisch begründeten Ablehnung von Aufklärungspflichten und damit der Etablierung eines Rechts zu schweigen. Das Recht zur Lüge erscheint in dieser Diskussion vielmehr als Konsequenz der fehlenden Pflicht zur Aufklärung (Recht zu schweigen), und zwar als Schutz zur effektiven Wahrung und Durchsetzung des Rechts zu schweigen. Die Debatte um Aufklärungspflichten und das Recht zu schweigen wird wiederum sehr intensiv geführt. Generell wird dabei unterschieden, wie Informationen gewonnen werden (*casually acquired information/deliberately acquired information*)⁴⁹⁷ und um welche Art von Informationen es sich handelt (*productive information/redistributive information* bzw. *socially valuable information/privately valuable information*).⁴⁹⁸ Dann wird bei der Betrachtung auch noch danach differenziert, wer die Information besitzt (Nachfrager oder Anbieter). Die besprochenen Ansätze beruhen zudem auf mehr oder weniger weitreichenden Annahmen, wie z. B. der Risikoneutralität der Parteien.⁴⁹⁹ Diese differenzierte Diskussion soll hier jedoch ausgeklammert werden, da es sich in Bezug auf die ökonomischen Effekte von Lügen um eine Vorfrage handelt. Außerdem erscheint der Mehrwert der Debatte für die hiesige Fragestellung begrenzt. Das liegt daran, dass viele der in der Praxis besonders häufig vorkommenden und wirtschaftlich relevanten Konstellationen nicht konkret

Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 263; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315; *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321.

⁴⁹⁶ Die juristische Diskussion wurde mit Blick auf den Status quo des deutschen Rechts bereits unter 2. Teil, B.I.7. erörtert und wird auch noch einmal im Rahmen der Lösungsmöglichkeiten *de lege lata* aufgegriffen (siehe unter 5. Teil, A.).

⁴⁹⁷ *Kronman*, Journal of Legal Studies 1 (1978), 1, 18. Bezugnehmend auf *Kronmans* Differenzierung *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 137–142. Die Bezeichnung *casually acquired information* bezieht sich auf Informationen, die zufällig erlangt werden. Die Bezeichnung *deliberately acquired information* bezieht sich auf Informationen, deren Erhalt mit Aufwand verbunden ist.

⁴⁹⁸ Die Bezeichnung *socially valuable information* bezieht sich auf Informationen, die sozial wertvoll sind. Eine sozial wertvolle Information soll immer dann vorliegen, wenn eine Information von anderen Marktteilnehmern genutzt werden kann, um eine werterhöhende Aktion durchzuführen. Vgl. *Shavell*, The RAND Journal of Economics 25 (1994), 20, 21 sowie *ders.*, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 334. Die Bezeichnung *privately valuable information* bezieht sich auf Informationen von privatem Wert. Eine Information ist allein von privatem Wert, wenn die Information keine werterhöhende Aktion hervorrufen kann. Vgl. *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 6. Aufl. 2016, S. 357 zu produktiven und distributiven Informationen. Ebenso *Porat/Yadlin*, Indiana Law Journal 91 (2016), 617, 626 ff., die dann weitergehend auch ein „Recht auf Lüge“ für produktive Informationen befürworten. Dies ebenfalls mit Blick auf Aufklärungspflichten aufgreifend *Kötz* in: FS Drobniig, 1998, S. 563, 569 ff.; siehe auch *Hirshleifer*, The American Economic Review 61 (1971), 561, 561 ff. (zu Wissen und Aufdeckung). Vgl. zudem *v. Hayek*, The American Economic Review 35 (1945), 519, 522 ff. (der zwischen wissenschaftlichen [statistischen] und praktischen Informationen unterscheidet).

⁴⁹⁹ Beispielsweise Risikoneutralität annehmend *Shavell*, The RAND Journal of Economics 25 (1994), 20, 22.

untersucht werden. Noch schwerer wiegt, dass eine exakte Klassifizierung von praxisrelevanten Konstellationen kaum möglich erscheint.⁵⁰⁰ Letzteres erschwert die Anwendung dieser Theorien auf die in diesem Beitrag betrachteten Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. Lügen außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) und schränkt die Verwertbarkeit der Ergebnisse für die rechtliche Gestaltung ein. Es wird im Folgenden daher allein das Recht zu lügen erörtert. Die Problematik wurde schon unter 2. Teil, B.I.7.b) mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland kurz angerissen, soll im Folgenden jedoch noch einmal in Bezug auf den ökonomischen Diskurs vertieft werden.

Dem Konzept des „Rechts zur Lüge“ zum Schutz der Freiheit zu schweigen, liegt insofern die generelle Idee zugrunde, dass es Informationen gibt, die ein Verhandler nicht preisgeben muss. Vereinfacht ausgedrückt, würden die soeben ausgeklammerten Theorien aufzeigen, dass die Verhandlungspartner zu verschiedenen Aspekten schweigen dürfen. Der Schutz durch das Recht zu schweigen stellt auch den gesetzgeberischen Normalfall dar. In allen Rechtsordnungen gilt in Vertragsverhandlungen grundsätzlich das Recht zu schweigen.⁵⁰¹ Ausnahmen dazu stellen auf der einen Seite Auskunft- und Aufklärungspflichten⁵⁰² sowie auf der anderen Seite die hier im Vordergrund stehenden rechtmäßigen Lügen dar.⁵⁰³

Zunächst ließe sich annehmen, dass ein Verhandler relevante Informationen allein durch das ihm gewährte „Recht zu schweigen“ schützen kann und es daher keines „Rechts zur Lüge“ bedarf. Denn wird einem Verhandler eine Frage gestellt, so besteht für ihn – abgesehen von Fällen einer Aufklärungspflicht bzw. einer Auskunftspflicht – grundsätzlich die Möglichkeit, die Frage unbeantwortet zu lassen. Es wird jedoch argumentiert, dass das Recht zu schweigen bei geschickter Befragung⁵⁰⁴ durch die Gegenseite nicht zum Schutz der Informationen ausreicht und der Schutz durch geschickte Fragen somit ausgehebelt werden kann. Dies wird damit begründet, dass sich aus dem Schweigen oder dem Ablehnen der Beantwortung

⁵⁰⁰ Siehe nur *Kronman*, der die Unterscheidung zwischen *casually acquired information/deliberately acquired information* vorschlägt, aber bereits selbst auf das Problem hinweist, dass die beiden verschiedenen Arten von Informationen im Einzelfall tatsächlich kaum zu unterscheiden sind. *Kronman*, *Journal of Legal Studies* 1 (1978) 1, 13. Ebenso *Kull*, *Washington University Law Review* 70 (1992), 57, 66 and *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 141.

⁵⁰¹ Dazu, dass mit Blick auf das deutsche Recht grds. die Möglichkeit besteht eine Frage unbeantwortet zu lassen, siehe z. B. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 10; *Emmerich*, *JuS* 2006, 1015, 1015; *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 254; *Feuerborn* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 32. Ebenfalls die Antwortverweigerung als Option benennend *Mankowski*, *JZ* 2004, 121, 122, 124.

⁵⁰² Zu Aufklärungspflichten grundlegend *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, passim. Zum Kaufvertrag z. B. auch *Armbrüster* in: *MüKo BGB*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 38.

⁵⁰³ Zur deutschen Rechtslage (insbesondere mit Blick auf Lügen im Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis) siehe bereits unter 2. Teil, B.I.7.

⁵⁰⁴ Zu möglichen Fragetechniken in Verhandlungen siehe die entsprechende Themenliste in *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 467f.

der Frage häufig auf die verweigernde Aussage schließen lässt.⁵⁰⁵ Entgegen der Annahme, dass Schweigen keine Aussagekraft besitze, wird somit angeführt, dass auch dem Schweigen unter bestimmten Umständen ein Aussagewert zugemessen wird.⁵⁰⁶

Die Fragestellung wird in der ökonomischen Literatur vor allem mit Blick auf Ölvorkommen unter einem Grundstück diskutiert (siehe sogleich im Folgenden).⁵⁰⁷ Hier soll jedoch zunächst das Beispiel der Frage des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft der potenziellen neuen Mitarbeiterin angeführt werden, da dies in Deutschland ein praktisch sehr relevanter Fall ist, der die Rechtsprechung und Literatur zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB intensiv beschäftigt hat.⁵⁰⁸ Fragt ein Arbeitgeber eine potenzielle Arbeitnehmerin (obwohl die Frage unzulässig ist), ob sie schwanger ist, so kann sich der Arbeitgeber ausrechnen, dass alle nichtschwangeren Bewerberinnen die Frage verneinen werden, da sie wiederum wissen, dass dies zu ihrem Vorteil ist. Nur Schwangere werden für gewöhnlich die Auskunft verweigern. Das Schweigen ist damit beinahe so aussagekräftig wie eine Antwort, da es sich *de facto* nur in eine Richtung deuten lässt.⁵⁰⁹ Aus dem Schweigen auf eine Frage bzw. der Verweigerung der Antwort kann somit im konkreten Fall die gewünschte Information (weitgehend) abgeleitet werden,⁵¹⁰ da das Normalverhalten der Befragten dem Arbeitgeber bekannt ist. Dieses Problem ist umso akuter, je konkreter Informationen abgefragt werden. Während es oftmals noch möglich ist, weiten und unpräzise formulierten Fragen auszuweichen, ohne den Verdacht der Gegenpartei zu wecken, ist dies bei präzise ausgedrückten Informationsverlangen (z. B. nach der Schwangerschaft) nahezu unmöglich. Deshalb entsteht der Druck, zu lügen, um die Information zu schützen.⁵¹¹ Unter Umständen kann der Fragende daher durch eine geschickte Fragestellung⁵¹² die gesamte wertvolle Information

⁵⁰⁵ Siehe *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 627f.; basierend auf *J. L. Mackie* führt *Nyberg*, *The Varnished Truth*, 1992, S. 179 aus, dass eine Frage aufdringlich sein kann und dass eine Lüge insofern notwendig sein könnte, um die eigene Privatsphäre zu schützen.

⁵⁰⁶ Vgl. in der deutschen Literatur beispielsweise *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 99ff. zum „bereden“ Schweigen.

⁵⁰⁷ Es handelt sich dabei um eine theoretische Fallgestaltung und nicht um einen konkreten Fall.

⁵⁰⁸ Zur entsprechenden Rechtslage in Deutschland daher bereits ausführlich unter 2. Teil, B.I.7.

⁵⁰⁹ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 99. Vgl. auch *Preis/Bender*, *NZA* 2005, 1321, 1322.

⁵¹⁰ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, S. 59, 99 zum „bereden“ Schweigen.

⁵¹¹ Vgl. auch *v. Lübtow* in: *FS Bartholomeyczik*, 1973, S. 250, 276 („Gewiß ist eine solche Lösung [...] unerfreulich, aber es bietet sich sonst kein gangbarer Ausweg aus der vorhandenen Konfliktsituation“).

⁵¹² Für einen Überblick über Fragetechniken in Vertragsverhandlungen siehe u. a. *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, Themenliste: Kommunikationstechniken – Fragetechniken (S. 467f.).

erlangen,⁵¹³ wie dies beispielsweise mit Blick auf die Schwangerschaft der Fall ist. Um entsprechende Informationen zu schützen, wird daher argumentiert, dass es eines „Rechts zur Lüge“ bedürfe.⁵¹⁴ Es könnte zudem befürchtet werden, dass daher vor allem die stärkere Partei profitiert. Denn gerade für schwächere Parteien mag es teils schwieriger sein, der stärkeren Partei Fragen zu stellen.⁵¹⁵

Der beschriebene Ansatz rechtfertigt eine Lüge allerdings nur dann, wenn sie z.B. durch eine Frage oder ein Auskunftsverlangen provoziert wird. Bluffs, die nicht als Reaktion auf eine Frage oder ein Auskunftsverlangen eingesetzt werden,⁵¹⁶ sind nach der vorgebrachten Argumentation zunächst nicht gerechtfertigt. Weder der deutsche Gesetzgeber noch die Gesetzgeber der anderen betrachteten Rechtsordnungen unterscheiden in ihren jeweiligen Vorschriften jedoch explizit nach der Handlungsintensität von Lügen.⁵¹⁷ Das sog. „Recht zur Lüge“ wird in Deutschland allerdings praktisch ausschließlich mit Blick auf Bluffs auf eine entsprechende Frage diskutiert und befürwortet.⁵¹⁸ Im Ergebnis erscheint eine detaillierte Differenzierung nach der Handlungsintensität aus gesetzgebungstechnischer Sicht nicht empfehlenswert, da sie zu Rechtsunsicherheit führen würde und daher praktisch nur schwer umsetzbar wäre (dazu bereits unter 3. Teil, D.II.). Selbst die bloße Unterscheidung zwischen Lügen auf ein Informationsverlangen und solchen ohne, ist zumindest nicht völlig unproblematisch. Denn auch ohne konkretes, vorheriges Anfragen von Informationen kann aus dem Schweigen der Gegenpartei unter Umständen ein Rückschluss gezogen werden. Insofern ist allerdings zu bedenken, dass die gewonnene Information regelmäßig (viel) vager und unsicherer sein wird als im Fall einer konkreten, präzisen Frage. Es können im Ergebnis daher durchaus Gründe dafür bestehen, zwischen Lügen auf ein Informationsverlangen und solchen ohne zu differenzieren.

Gegen ein Recht zur Lüge kann allerdings eingewandt werden, dass trotz des Einsatzes geschickter Fragetechniken nicht immer alle Informationen erlangt werden können.⁵¹⁹ Das lässt sich gut mit Blick auf das in der US-amerikanischen Li-

⁵¹³ *Borden*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 689ff. beschreibt mögliche Reaktionen des Anbieters (*two-sided modell*) und vor allem Situationen, in denen dieser nicht die volle Information gewinnt. Der Autor differenziert insofern zwischen „tiefen“ und „seichten“ Geheimnissen.

⁵¹⁴ Für ein Recht zu Lügen *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 624ff. (mit Blick auf produktive Informationen) und 638f. (mit Blick auf Selbstbelastungen).

⁵¹⁵ Vgl. *Goody* in: *Goody* (Hrsg.), *Questions and Politeness*, 1978, S. 17, 38f.; *Samaha/Strablewütz*, *California Law Review* 103 (2015), 919, 929 (unter Verweis auf *Goody*).

⁵¹⁶ Siehe zur möglichen Unterscheidung nach der Handlungsintensität näher unter 3. Teil, D.II. Vgl. auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 155 („It accounts for settlement-issue concealment, not settlement-issue deception. Presumably, deception would be permitted only as a last resort to protect private information, when releasing this information would have harmful effects.“). Ebenfalls anerkennend, dass eine Unterscheidung notwendig ist *Barnett*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 15 (1992), 783, 799 (Fn. 49).

⁵¹⁷ Siehe dazu unter 3. Teil, D.II.

⁵¹⁸ Siehe dazu auch unter 2. Teil, B.7.b).

⁵¹⁹ *Borden*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 689ff. beschreibt mögliche Reaktionen des

teratur beliebte Beispiel aufzeigen, bei dem es um Ölvorkommen unter einem Grundstück geht: Fragt beispielsweise der Veräußerer eines Grundstücks den potenziellen Erwerber, ob er von irgendwelchen Gründen wüsste, warum das Grundstück mehr wert sein sollte als der Preis, für den es der Veräußerer anbietet,⁵²⁰ würde der Verkäufer in der Regel misstrauisch, wenn der potenzielle Erwerber die Aussage verweigern würde, statt sie zu verneinen. Er würde daraus vermutlich schließen, dass der potenzielle Käufer Anhaltspunkte für einen höheren Wert des Grundstücks hat (Literaturbeispiele betreffen eventuelle Öl- oder Goldvorkommen).⁵²¹ Wenn der Verhandlungspartner sich beispielsweise weigert, die konkrete Frage zu beantworten, ob sich unter dem fraglichen Grundstück Ölvorkommen befinden, kann der Veräußerer daraus regelmäßig lediglich ableiten, dass der Befragte wahrscheinlich über Informationen bzgl. eines möglichen Ölvorkommens verfügt. Der Verkäufer kann jedoch weder vorhersagen, wie wahrscheinlich ein Ölvorkommen ist, noch wie viel förderbares Öl es möglicherweise gibt oder wie umfangreich eine mögliche Förderung ausfallen könnte. In diesem Fall trägt das Stellen weiterer Fragen wohl regelmäßig nicht dazu bei, diese spezifischen Informationen zu erhalten, wenn sich die andere Partei bezüglich aller Nachfragen konsequent weigert, zu antworten. Fragen können somit nur Teilinformationen über komplexere Aspekte liefern.⁵²² Das bedeutet im Umkehrschluss, dass das Recht zu schweigen einen Teil der Informationen zu schützen vermag. Im Hinblick auf die Anreizstruktur bietet ein Recht zu lügen allerdings noch stärkere Anreize, bestimmte Informationen zu generieren, da der Verhandler dann weiß, dass er die dadurch erlangten Informationen nicht nur teilweise, sondern vollständig schützen und zum eigenen Vorteil einsetzen kann. Allein ein Recht zu schweigen beseitigt allerdings umgekehrt nicht notwendigerweise alle Anreize, Ressourcen einzusetzen, um bestimmte Informationen zu generieren, was darin begründet liegt, dass eine Befragung in der Regel nur zur Gewinnung von Teilinformationen führt.

Anbieters (*two-sided modell*) und vor allem Situationen in denen dieser nicht die volle Information gewinnt. Der Autor differenziert insofern zwischen „tiefen“ und „seichten“ Geheimnissen.

⁵²⁰ Eine entsprechende Frage formulierend *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 139.

⁵²¹ Vgl. *Porat/Yadlin*, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 628. *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 137 („Silence, however, will protect the buyer only until the seller learns to ask questions that require the buyer either to reveal the information in question or to be affirmatively dishonest“). A. A. *Borden*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 687 ff. der stattdessen für eine „minimal truthful disclosure rule“ plädiert.

⁵²² *Borden*, *Missouri Law Review* 73 (2008), 667, 689–691 beschreibt mögliche Reaktionen des Anbieters (*two-sided modell*) und vor allem Situationen, in denen dieser nicht die volle Information gewinnt. Der Autor differenziert insofern zwischen „tiefen“ und „seichten“ Geheimnissen. Die Unterscheidung zwischen *deep secrets* und *shallow secrets* soll an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden. Hier sei nur kurz angemerkt, dass die andere Seite nach tiefen Geheimnissen (*deep secrets*) nicht gut fragen kann, da ihr oftmals keine Anhaltspunkte für ein solches Geheimnis vorliegen werden. Im Gegenzug dazu werden seichte Geheimnisse (*shallow secrets*) leichter erfragt werden können. Vgl. *Scheppele*, *Legal Secrets*, 1988, S. 21.

Die Betrachtung des Grundstück-Beispiels zeigt jedoch im Ergebnis, dass es selbst im Fall der Preisgabe lediglich einer Teilinformation durch das Informationsverlangen zu einer Vermögensverschiebung vom potenziellen Käufer zum Verkäufer kommt, während ein Recht zu lügen dies verhindern könnte. Die Möglichkeit, Informationen einzufordern, ermöglicht dem Fragesteller somit eine Art *windfall profit*, weil er durch geschickte Befragung zumindest einen Teil der Informationen erlangen und sich dadurch einen Vorteil sichern kann.⁵²³ Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob er die vorgenannten Vermögensverschiebungen durch Befragung verhindern will. Ein Recht zur Lüge könnte diese Vermögensverschiebung wirksam unterbinden, sofern keine Differenzierung nach der Art der Lüge erforderlich ist. Allerdings kann die Möglichkeit zu lügen weitere negative wirtschaftliche Folgen nach sich ziehen. Auf diese Folgen wurde bereits in den Ausführungen zu erhöhten Transaktionskosten,⁵²⁴ einem verwässerten Wahrheits-signal und dem Vertrauensverlust⁵²⁵ sowie den Spillover-Effekten⁵²⁶ eingegangen.

Gegen die Notwendigkeit zu lügen wird allerdings noch weitergehender eingewandt,⁵²⁷ dass die beschriebene Problematik durch den Einsatz eines Agenten⁵²⁸ umgangen werden könnte.⁵²⁹ In dieser Pauschalität ist diesem Einwand nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht zuzustimmen. Es ist diesem Argument zwar zuzugestehen, dass durch einen niedrigeren Informationsstand des Agenten zumindest Fragen des Typs: „Haben Sie Kenntnis von ...?“ vom Agenten wahrheitsgemäß mit „Nein“ beantwortet werden können, während dies dem Geschäftsherrn nicht möglich wäre. Allerdings funktioniert dies nur, wenn der Prinzipal vorher weiß oder es zumindest für möglich hält, dass eine solche Frage gestellt werden wird und das jeweils anwendbare Recht keine Zurechnung der Handlung zum Prinzipal vorsieht (vgl. in Deutschland § 166 Abs. 2 BGB, der allerdings nur den nach Weisung handelnden Vertreter erfasst). Zudem ist zu bedenken, dass die „Umgehung“ der Lüge durch den Einsatz eines (unwissenden) Agenten zu nicht unerheblichen Transaktionskosten (dazu unter 4. Teil, G.V.1.) führt⁵³⁰ und es in

⁵²³ *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 142 (der die Situation daher auch mit der Enteignung vergleicht). *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 13 empfiehlt daher: „Nutzen Sie Ihre Macht als ‚Nachfrager‘, indem Sie Ihren Vertragspartner vorvertraglich umfassend und konkret gerade zu problematischen Aspekten befragen. Dokumentieren Sie dessen Antworten. Eine redliche Partei wird in der Praxis nur selten Antworten verweigern“.

⁵²⁴ Siehe dazu näher unter 4 Teil, G.V.1.

⁵²⁵ Siehe dazu näher unter 4 Teil, G.V.4.

⁵²⁶ Siehe dazu näher unter 4 Teil, G.V.5.

⁵²⁷ Nicht näher ausgeführt werden soll an dieser Stelle, dass auch die Tatsache, wie geheim eine Information ist, die Situation beeinflusst. Nach tiefen Geheimnissen (*deep secrets*) kann die andere Seite nicht fragen, da sie keine Anhaltspunkte für ein solches Geheimnis hat. Im Gegenzug dazu werden seichte Geheimnisse (*shallow secrets*) leichter erfragt werden können. *Scheppele*, Legal Secrets, 1988, S. 21.

⁵²⁸ Siehe zur Prinzipal-Agenten-Problematik bereits unter 2. Teil, A.III.

⁵²⁹ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 263.

⁵³⁰ *Levmore*, Virginia Law Review 68 (1982), 117, 140.

diesem Beispiel ökonomisch sinnvoller sein könnte, die Lüge einfach zu gestatten. Zudem wird angeführt, dass der Einsatz eines Vertreters eventuell ebenfalls keinen Schutz bietet, weil der Agent in unternehmerischen Verhandlungen üblicherweise offenlegt, für wen er arbeitet und es dann Praxis sein bzw. werden könnte, dass potenzielle Nachfrager den Prinzipal direkt kontaktieren, um die entsprechende Frage zu stellen.⁵³¹ Im unternehmerischen Bereich ist insofern daran zu denken, dass der Agent im Regelfall für eine juristische Person agieren wird. Es ist für den Verhandlungspartner daher nicht unbedingt ersichtlich, wer innerhalb des Unternehmens konkret für die Fragestellung verantwortlich ist. In anderen Situationen müsste zudem auch der Agent lügen oder zumindest Angaben „ins Blaue hinein“ machen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Agent nach dem verhandelten Produkt oder beispielsweise der Solvenz des Geschäftsherrn gefragt wird. Verweigert der Agent die Antwort, würde sein Gegenüber auf eine Nachfrage beim Geschäftsherrn oder die Vorlage entsprechender Informationen drängen. Antwortet er hingegen „ins Blaue hinein“, weil er die Antwort nicht kennt, kommt es darauf an, ob eine Rechtsordnung dies als „Lüge“ ansieht oder nicht.⁵³²

7. Strukturelle Begünstigung der schwächeren Partei und Stärkung der Vielfalt

Weiterhin könnte überlegt werden, ob strukturell die schwächere Partei (die weniger Verhandlungsmacht besitzt) häufiger täuscht und mehr von Lügen profitiert als die stärkere Partei (mit mehr Verhandlungsmacht).⁵³³ Sollte sich dies bestätigen, könnte die Rechtmäßigkeit bestimmter Täuschungen strukturelle Ungleichgewichtslagen in den Verhandlungen zu einem gewissen Grad kompensieren. Schwächere Akteure könnten sich durch Bluffs somit eher auf dem Markt halten. Dies könnte wiederum zu einer geringeren Machtkonzentration beitragen, den Wettbewerb stärken und somit den Markt als Ganzes flexibler und anpassungsfähiger machen. Die hohe Bedeutung der Anpassungsfähigkeit von Märkten zeigt sich vor allem in Krisensituationen – wie zuletzt z. B. der sog. Corona-Krise. Denn ein hohes Maß an Anpassungsfähigkeit trägt dazu bei, schwierige Situationen schneller

⁵³¹ Ähnlich *Levmore*, *Virginia Law Review* 68 (1982), 117, 140.

⁵³² Im deutschen Recht können Angaben „ins Blaue hinein“ die getäuschte Seite zur Anfechtung berechtigen (siehe näher unter 2. Teil, B.I.5.a)). Vgl. BGH NJW 2008, 2912, 2914; OLG München BeckRS 2010, 21200; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 118018; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 18; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 64; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 5; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 75; *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 315.

⁵³³ Dieser Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 280 f. Siehe zu diesem Aspekt auch bereits in dieser Arbeit unter 2. Teil, A.I.2. PON staff, Harvard Law School, Daily Blog, 7.12.2021, diskutieren diesen Aspekt unter dem Schlagwort „the power of powerlessness“ abrufbar unter: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealing-with-difficult-people-daily/dealing-with-difficult-people-when-youre-tempted-to-deceive/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

und besser zu überwinden.⁵³⁴ Die vorgetragene Hypothese ließe sich eventuell durch die Evolutionstheorie stützen, die davon ausgeht, dass Täuschungen sowohl innerhalb einer Spezies als auch zwischen den Spezies⁵³⁵ der Arterhaltung dienen können,⁵³⁶ da sie eine größere Variationsbreite ermöglichen. Dies wirkt sich vor allem in Evolutionskrisen positiv auf die Art aus, da Intelligenz⁵³⁷ und Anpassungsfähigkeit unter diesen Umständen wertvoller werden als bloße Stärke.⁵³⁸

Dass die schwächere Partei in Verhandlungen häufiger bluffen könnte, mag auch damit erklärt werden, dass sie im Verhältnis zur stärkeren Partei weniger alternative Handlungsmöglichkeiten besitzt. Die stärkere Partei kann das von ihr gewünschte Ergebnis beispielsweise nicht nur durch Lügen, sondern auch durch Druck erreichen.⁵³⁹ Diese Option steht der schwächeren Partei hingegen grundsätzlich höchstens eingeschränkt zur Verfügung. Entsprechend konnte in einer Studie nachgewiesen werden, dass Käufer häufiger täuschen, wenn ihnen ihre Handlungsoptionen nicht bekannt sind,⁵⁴⁰ was gleichzeitig bedeutet, dass sich diese Verhandler in einer schwachen Verhandlungsposition befanden. Eine andere Untersuchung kam ebenfalls zu dem Ergebnis, dass Personen in einer *low power position* häufiger zu Bluffs greifen. Die Täuschung soll dann helfen, ein besseres Ergebnis zu erzielen.⁵⁴¹ Stehen Personen hingegen andere attraktive Handlungsoptionen zur Verfügung, um ein gutes Ergebnis zu erreichen, ist die Bereitschaft zu lügen geringer. Der Forschungsstand ist insofern allerdings nicht ganz eindeu-

⁵³⁴ Eine hohe Machtkonzentration führt umgekehrt zu einer geringeren Anpassungsfähigkeit des Marktes. Generell versuchen Rechtsordnungen durch das Kartellrecht einer zu hohen Marktmacht entgegenzuwirken.

⁵³⁵ Vgl. Jolly in: Lock/Peters (Hrsg.), *Handbook of Human Symbolic Evolution*, 1999, S. 167, 172; Byrne/Whiten, *Man (New Series)* 27 (1992), 609, 609 beide zu Intra-species-Täuschungen; vgl. generell Stevens, *Cheats and Deceits*, 2016, passim der diskutiert, wie Tiere und Pflanzen in die Irre führen.

⁵³⁶ Searcy/Nowicki, *The Evolution of Animal Communication*, 2005, S. 219–223 („individual selection, rather than group selection, has been increasingly accepted as the primary engine of adaptation, making cooperation appear less likely, and intraspecific deception conversely seem more probable [...]. Thus, we believe that it is realistic to expect deception to be widespread in animal signaling systems.“).

⁵³⁷ Talwar/Crossman in: Benson (Hrsg.), *Advances in Child Development and Behavior*, Bd. 40, 2011, S. 139, 144 („The development of deception may be viewed as a cognitive milestone in any species.“).

⁵³⁸ Siehe Sommer, *Lob der Lüge*, 2016, S. 11, der erklärt, dass die Intelligenz im Laufe der Evolution gerade deshalb zugenommen hat, weil der Mensch versucht hat, Lügner zu entlarven, während er gleichzeitig selbst darum bemüht war, andere besser zu belügen.

⁵³⁹ So auch Koning et al., *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 65. Zu möglichen Drucktaktiken in Verhandlungen u. a. S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, Themenliste: Kompetitives Verhandeln – Druck und Drohungen (S. 470f.).

⁵⁴⁰ Boles/Crosron/Murnighan, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), 235, 237 und 248.

⁵⁴¹ Vgl. in Bezug auf ein Ultimatum-Spiel Koning et al., *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 57 („Results showed that recipients of an ultimatum used deception to obtain better offers and that more recipients did so in a low power position.“). Vgl. auch Koning et al., *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), 35, 38f.

tig.⁵⁴² So konnte eine andere Studie zu diesem Aspekt beispielsweise gar keinen Einfluss bestehender bzw. nicht bestehender Alternativen auf das Täuschungsverhalten feststellen.⁵⁴³ Umgekehrt legt eine ältere Studie nahe, dass die stärkere Partei eher zu Täuschungen neigt als die schwächere Partei.⁵⁴⁴ Erklärt wird dieses Verhalten teilweise damit, dass die mit der Informationsasymmetrie verbundene Macht die Verhandlungspartei „korrumpiert“.⁵⁴⁵ Dieses Ergebnis könnte aber auch damit erklärt werden, dass die starke Partei weniger Konsequenzen fürchten muss und für sie daher ein günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis in Bezug auf Täuschungen besteht. Allerdings ist mit Blick auf die schwächere Partei zu bedenken, dass sie regelmäßig stärker von der Zulässigkeit der Lüge profitieren wird als die Partei mit der größeren Verhandlungsmacht. Denn ob eine Person lügt oder nicht, hängt auch davon ab, wie sehr sich eine mögliche Täuschung auszahlen würde.⁵⁴⁶ Angesichts geringer Alternativen zur Durchsetzung eigener Verhandlungsinteressen und insbesondere bei einer schwierigen wirtschaftlichen Lage besteht für die schwächere Partei somit im Ergebnis wohl ein erheblicher Anreiz, sich einen Vorteil durch den Einsatz von Lügen zu verschaffen.⁵⁴⁷ Außerdem muss die schwache Seite vielleicht weniger Konsequenzen fürchten, da ihr unter Umständen mit Verständnis begegnet wird. So konnte eine Untersuchung beispielsweise zeigen, dass der täuschenden Seite eher mit Verständnis für die Täuschung begegnet wird, wenn sie sich in einer schwachen Verhandlungsposition befunden hat.⁵⁴⁸

Auch Forschungen aus dem Tierreich unterstützen die These, dass die schwächere Partei wohl häufiger zu Täuschungen greifen wird. So zeigt ein Experiment mit *Kune Kune* Schweinen beispielsweise, dass nur die in der Hierarchie niederrangigen Schweine gegenüber höherrangigen Schweinen Täuschungen einsetzen. Höherrangige Schweine verwenden diese Taktik gegenüber niederrangigen Schweinen hingegen nicht. *Kune Kune* Schweine mit einem geringeren sozialen Status versuchten bei dem Experiment durch täuschendes Verhalten einen Teil des Futters zu erlangen. Höherrangige Schweine konnten sich das Futter allein durch ihre körperliche Stärke und Stellung sichern und nutzten diese Verhaltensweise daher nicht.⁵⁴⁹

⁵⁴² Einen Überblick zu Macht und Täuschungen gebend *Gaspar/Schweitzer*, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), 160, 163 f.

⁵⁴³ *Aquino*, *The International Journal of Conflict Management* 9 (1998), 195, 207 f.

⁵⁴⁴ *Crott/Kayser/Lamm*, *European Journal of Social Psychology* 10 (1980), 149, 157.

⁵⁴⁵ *Lewicki/Barry/Saunders*, *Negotiation*, 8. Aufl. 2020, S. 163 ff.

⁵⁴⁶ *Tenbrunsel*, *Academy of Management Journal* 41 (1998), 330, 334.

⁵⁴⁷ Wie motivierend schwierige wirtschaftliche Lagen für rechtswidrige Handlungen sind, ist z. B. aus der Kartellpraxis bekannt. Kartellbildungen werden durch Notlagen begünstigt, weshalb man auch von Notlagen- und Krisenkartellen spricht.

⁵⁴⁸ *Koning et al.*, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), 57, 68.

⁵⁴⁹ Siehe Bericht des Messerli Forschungsinstituts: <https://www.vetmeduni.ac.at/de/messerli/forschung/for-schung-kognition/haustiere/clever-pig-lab/kune-kune-forschung/> (zuletzt abgerufen am: 04.09.2021).

Allerdings ist mit Blick auf unternehmerische Verhandlungen zu bedenken, dass im Fall von starken, verfestigten Machtungleichgewichten, wie sie gerade in ständigen Geschäftsbeziehungen nicht selten sind, die stärkere Partei mehr Möglichkeiten besitzt, sich vor Bluffs zu schützen. Denn sie kann regelmäßig ihr Informationsverlangen durchsetzen und durch entsprechende Belege absichern lassen. Der Kompensationsmechanismus wird dadurch abgeschwächt. Er existiert aber selbst dann noch zu einem gewissen Grad, da z. B. interne Präferenzen nicht gut von außen überprüft werden können.

Selbst wenn man im Ergebnis davon ausgehen sollte, dass die schwächere Partei stärker von einem gewissen „Täuschungsspielraum“ profitieren könnte, gibt die Argumentation jedoch keine Hinweise darauf, welche Bluffs gestattet sein sollten und welche nicht. Sie kann daher keine zentralen Hinweise für eine sinnvolle gesetzliche Regelung der Problematik liefern. Außerdem sind strukturelle Ungleichgewichtslagen, bei denen diese Argumentationslinie noch am ehesten zu Ergebnissen führen könnte, nicht Gegenstand dieser Arbeit. Aus diesen Gründen wird diese Argumentationslinie daher im Folgenden ausgeklammert.

8. Zwischenergebnis

Die erörterten ökonomischen Ansätze und Argumentationslinien scheinen wertvolle Erkenntnisse für die Frage nach einer möglichen rechtlichen Lösung des Problems zu liefern. Aus einigen Ansätzen und Argumentationslinien lassen sich jedoch ausschließlich allgemeine Einsichten für das Phänomen der Lüge bei B2B-Vertragsverhandlungen gewinnen. Mit anderen Worten: Sie führen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn sie auf die verschiedenen Konstellationen, d. h. die unterschiedlichen Täuschungsgegenstände (dazu bereits unter 3. Teil, C.X.4.), angewendet werden. Dies ist bei den folgenden Ansätzen der Fall:

- *Cheapest cost avoider*
- Recht zu lügen, um das Recht zu schweigen zu schützen
- (Strukturelle Begünstigung der schwächeren Partei und Vielfalt)

Demgegenüber soll im Folgenden gezeigt werden, dass andere ökonomische Ansätze und Argumentationslinien in Bezug auf die einzelnen Täuschungsgegenstände unterschiedliche Konsequenzen haben. Dies gilt für:

- Transaktionskosten
- Wohlfahrtsökonomie (mit besonderem Augenmerk auf die Auswirkungen auf das BATNA und das ZOPA)
- Geschäftspraxis (als Indikator)
- Wahrheitssignal und Vertrauen
- Spillover-Effekte.

VI. Baseline Szenario und Vergleichsszenario

Im Folgenden werden das Baseline Szenario und das Vergleichsszenario skizziert,⁵⁵⁰ welche für die Ermittlung der ökonomischen Konsequenzen der verschiedenen Täuschungsgegenstände herangezogen werden. Kurz gesagt, stellt das Baseline Szenario eine Situation ohne rechtliche Sanktionen für Lügen dar, während sich das Vergleichsszenario auf eine Situation bezieht, in der das Gesetz rechtliche Konsequenzen anordnet. Ein Vergleich der ökonomischen Auswirkungen in beiden Szenarien erlaubt es, festzustellen, ob ein Gesetz dabei helfen kann, mögliche negative ökonomische Konsequenzen abzumildern. Im Ergebnis wird dann eine grobe Abschätzung in Form der folgenden Dreiteilung vorgenommen: 1. Die rechtliche Regelung ist ökonomisch sinnvoll. 2. Die rechtliche Regelung ist ökonomisch nicht sinnvoll. 3. Es kann kein eindeutiges Ergebnis bzgl. der Sinnhaftigkeit der Regelung erzielt werden (ggf. erfolgt insofern ein Hinweis darauf, ob die rechtliche Regelung wohl eher ökonomisch sinnvoll bzw. wohl eher ökonomisch nicht sinnvoll ist).

1. Baseline Szenario

Für die ökonomische Analyse der unten dargestellten Konstellationen skizziert das Baseline Szenario,⁵⁵¹ d. h. das Ausgangsszenario, eine Situation ohne rechtliche Konsequenzen für Lügen. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass sich die Parteien nicht vertraglich auf Sanktionen einigen und vertraglich vereinbarte Konsequenzen für Lügen daher nicht vor Gericht durchsetzen können.⁵⁵² Der Lügner muss also nicht befürchten, dass die getäuschte Partei vom Vertrag zurücktritt oder Schadenersatz fordert. Allerdings ist zu bedenken, dass Verhandler auch ohne rechtliche bzw. vertraglich vereinbarte Konsequenzen nicht immer und nicht über alles lügen werden. Wie bereits oben ausgeführt (siehe 4. Teil, G.IV.1.), hängt die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person blufft vielmehr vor allem von der Kosten-Nutzen-Relation ab.⁵⁵³ Insofern müssen die Handlungsalternativen (einschließlich Neuverhandlungen und sozialer Sanktionen), die der betrogenen Partei auch im Baseline Szenario zur Verfügung stehen, berücksichtigt werden. Daher spielen das Risiko der Aufdeckung⁵⁵⁴ sowie die moralische Bewertung einer bestimmten Lüge im Baseline Szenario dennoch eine Rolle. Mit Blick auf die einzelnen Täuschungs-

⁵⁵⁰ Der folgende Abschnitt (VI.) basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 281 ff.

⁵⁵¹ Der folgende Abschnitt basiert auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 281 f.

⁵⁵² Andernfalls würde die Diskussion lediglich auf die Frage hinauslaufen, ob vertragliche Vereinbarungen genauso wirksam oder sogar wirksamer sein können als gesetzliche Regelungen.

⁵⁵³ Zur Tendenz von Menschen zum eigenen Vorteil zu lügen *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 376.

⁵⁵⁴ Zum Einfluss der Möglichkeit der Aufdeckung siehe *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373. Vgl. auch *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), *Whar-*

gegenstände werden daher die Ergebnisse der Siegener Studie⁵⁵⁵ herangezogen, um die entsprechenden Auswirkungen von Lügen zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Marktteilnehmer wohl relationale Lösungen suchen würden, um die negativen Auswirkungen des Lügens zu minimieren.

In Wirklichkeit gibt es kein Rechtssystem, wie es im Baseline Szenario idealisiert dargestellt wird. Freiheitlich orientierte Rechtssysteme setzen jedoch für ein Verbot eine Rechtfertigung voraus. Aus diesem Grund erscheint eine Situation ohne Verbot als adäquater Ausgangspunkt für die Prüfung, ob eine Regulierung der Thematik aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt ist. Die Alternative zu diesem Ansatz bestünde darin, den Status quo, d. h. z. B. die derzeit bestehende Rechtslage in Deutschland (siehe 2. Teil, B.), als Ausgangsszenario zu wählen.⁵⁵⁶ Die nationalen Rechtssysteme unterscheiden sich jedoch z. T. sehr stark (siehe dazu bereits unter 3. Teil, B.). Das hier gewählte Baseline Szenario weist daher den Vorteil auf, unabhängig von der betrachteten Rechtsordnung – hier also der Rechtslage in Deutschland – neue Erkenntnisse zu liefern. In dieser Arbeit wird daher im Ergebnis „keine rechtlichen oder vertraglich vereinbarten Konsequenzen“ als Ausgangsszenario gewählt.

2. Vergleichsszenario

Das Vergleichsszenario⁵⁵⁷ dient als Maßstab für die wirtschaftlichen Auswirkungen, die ein Verbot bestimmter Täuschungen bei Vertragsverhandlungen hätte. An dieser Stelle werden die in den meisten Rechtsordnungen bekannten Anforderungen und Rechtsfolgen des Vertragsrechts berücksichtigt. Es wird also nicht konkret auf das deutsche Recht abgestellt, sondern auf übliche Anforderungen, die aus den betrachteten Rechtsordnungen bekannt sind. Auch dies dient dazu, neue Erkenntnisse zu erlangen, die unabhängig vom deutschen Recht sind und somit auch Anregungen für andere Rechtsordnungen liefern. Bezüglich der üblichen Anforderungen wird mit Vereinfachungen gearbeitet. Das Vergleichsszenario sieht daher ein Anfechtungsrecht bzw. Schadensersatzansprüche bei kausal gewordenen, vorsätzlichen Täuschungen über Tatsachen vor. Im Umkehrschluss wird somit davon ausgegangen, dass der belogenen Partei im Fall einer nicht kausal gewordenen Lüge

ton on Making Decisions, 2001, 187, 191, der darauf hinweist, dass bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung *biases* wirken könnten.

⁵⁵⁵ Für nähere Angaben zur Studie siehe unter 1. Teil, C.

⁵⁵⁶ Mit Blick auf die *impact assessments*, die im Rahmen europäischer Gesetzgebungsverfahren durchgeführt werden, wird generell der Status quo als Baseline Szenario gewählt („no policy change scenario“), vgl. z. B. European Commission, Better Regulation Toolbox, 2023, S. 113 f. (abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/9c8d2189-8abd-4f29-84e9-abc843cc68e0_en?filename=BR%20toolbox%20-%20Jul%202023%20-%20FINAL.pdf, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁵⁵⁷ Der folgende Abschnitt basiert auf S. Jung, Journal of Dispute Resolution 2021 (2021), 255, 282 f.

keine Rechte oder Ansprüche zustehen. Eine Unterscheidung zwischen *dolus incidens* und *dolus causam dans* wird nicht vorgenommen. Der getäuschten Partei wird auch keine Eigenverantwortung auferlegt. Die weiteren rechtlichen Details werden ausgeblendet. Mögliche deliktische Ansprüche und strafrechtliche Sanktionen bleiben unberücksichtigt. Das Lauterkeitsrecht wird ebenfalls nicht berücksichtigt.⁵⁵⁸ Daher wird auch angenommen, dass neben der getäuschten Partei keine anderen Marktteilnehmer berechtigt sind, Rechte oder Ansprüche geltend zu machen. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass die betrogene Partei die relevanten Tatsachen beweisen muss. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast stimmt mit den entsprechenden Vorgaben der unter 3. Teil, B. betrachteten Rechtsordnungen überein. Da die Spezifika von Schadenersatzansprüchen in den verschiedenen Rechtssystemen sehr unterschiedlich sind, wird dieser Aspekt zudem nicht im Detail erörtert.

Mit Blick auf das Vergleichsszenario ist der zu erwartenden Durchsetzung gewährter Rechtspositionen besondere Aufmerksamkeit zu widmen (zur Wechselbeziehung der Durchsetzbarkeit mit den anderen Faktoren siehe bereits unter 4. Teil, G.IV.2.b)). Denn nur wenn die gewährten Rechtspositionen wirksam durchgesetzt werden, können sie das Kosten-Nutzen-Verhältnis von Täuschungen spürbar beeinflussen und aufgrund der damit verbundenen Kosten im Ergebnis das Ausmaß der Täuschungen verringern. Hinsichtlich der Durchsetzung der Wahrheitspflicht wird insofern treffend festgestellt:

„Was immer man tut: Betrug wird wohl weder vollständig auszurotten sein, noch würde sich der Versuch dazu lohnen; denn da auch hier Kosten-Nutzen-Überlegungen eine Rolle spielen, wird die optimale Eindämmung von Betrug stets geringer sein als die maximal mögliche.“⁵⁵⁹

VII. Ökonomische Konsequenzen von Lügen gemäß dem Täuschungsgegenstand

Im Folgenden werden die ökonomischen Folgen von Lügen bezogen auf einzelne, ausgewählte Täuschungsgegenstände *en détail* ermittelt. Eine ausführliche Analyse aller ermittelten Täuschungsgegenstände (siehe die Auflistung unter 3. Teil, D.IX.4.) würde allerdings zu viel Raum in dieser Arbeit einnehmen. Die Komplexität der Thematik und die hier angestellten Vorüberlegungen lassen zudem keine präzisen Ergebnisse erwarten. Es ist daher zu vermuten, dass die ökonomische Analyse nur für einen Teil der Konstellationen zu eindeutigen Ergebnissen führen wird. Sollte sich dies bestätigen, wäre keine Prüfung für alle Szenarien erforderlich.

⁵⁵⁸ Die rechtlichen Umfeldwertungen werden im Folgenden näher unter 4. Teil, H. erörtert.

⁵⁵⁹ *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17, 33. Vgl. auch *L. Alexander/Sherwin*, *Law & Philosophy* 22 (2003), 393, 431 („To some extent, the comparative leniency of law may be due to institutional limitations on law: perfect enforcement of moral standards is not possible, and the means for approaching perfect enforcement would not be desirable.“).

Im Folgenden wird die Untersuchung daher zunächst exemplarisch für Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter sowie Bluffs über den Preis, über Emotionen, über Alternativangebote, über die Rechtslage und über unternehmensinterne Vorgaben durchgeführt. Für die anderen Irreführungen werden die ökonomischen Auswirkungen überblicksartig in einer Tabelle dargestellt.

Zuerst werden in Bezug auf die ökonomische Analyse insofern im Folgenden jeweils die Auswirkungen der einzelnen Bluffs im Rahmen des Baseline Szenarios untersucht. Wenn die Täuschung keine negativen ökonomischen Konsequenzen nach sich zieht, besteht von vornherein kein Regelungsbedarf.⁵⁶⁰ Sind negative Folgen jedoch zu bejahen, stellt sich die Frage, ob und, wenn ja, inwieweit eine gesetzliche Regelung helfen kann, diese negativen Folgen zu überwinden.⁵⁶¹ Denn Gesetze sind nur dann ökonomisch gerechtfertigt, wenn sie zumindest dazu beitragen, die negativen Folgen abzumildern.⁵⁶²

1. Leistungsgegenstand – Täuschung durch Anbieter

Als „Klassiker“ lassen sich Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter bezeichnen.⁵⁶³ Es kann insofern grundsätzlich über alle Eigenschaften des Leistungsgegenstands getäuscht werden. Typische Beispiele für Bluffs über den Leistungsgegenstand sind unwahre Angaben über die Leistungsfähigkeit, die Lebensdauer und den Verbrauch des Gegenstands. Im Allgemeinen hat insofern der potenzielle Anbieter bessere Informationen über den Leistungsgegenstand als der potenzielle Nachfrager. Es besteht somit gewöhnlich ein entsprechendes Informationsgefälle zwischen Anbieter und Nachfrager, weshalb regelmäßig der Anbieter der Leistung über den Gegenstand blufft. Eher die Ausnahme stellen Situationen dar, in denen sich das Informationsgefälle umkehrt und der Nachfrager mehr Informationen über den Leistungsgegenstand besitzt als der Anbieter (Beispiel aus der Literatur: Ölvorkommen unter Grundstücken). Dies gilt insbesondere im hier allein betrachteten B2B-Verhältnis. Die beiden Situationen unterscheiden sich allerdings hinsichtlich der ökonomischen Bewertung. Im Folgenden soll vom „Regelfall“ ausgegangen werden, d. h. dass der Anbieter einen besseren Informationsstand über den Leistungsgegenstand hat und daraufhin den potenziellen Nachfrager täuscht.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 283.

⁵⁶¹ S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 283.

⁵⁶² S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 283.

⁵⁶³ Der folgende Abschnitt (VII.1.) basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 283 ff.

⁵⁶⁴ Der umgekehrte Fall, in dem der Nachfrager über den Leistungsgegenstand täuscht, wird lediglich in der Tabelle aufgegriffen.

a) Baseline Szenario

Wie oft Anbieter über den Leistungsgegenstand lügen würden, sofern es keine gesetzlichen Regelungen gäbe, kann nur grob geschätzt werden. Im Ergebnis hängt dies unter anderem von den bestehenden Informationsasymmetrien zwischen dem Anbieter und dem Nachfrager ab. Die Informationsasymmetrien werden wiederum von der Art des Leistungsgegenstandes bestimmt.⁵⁶⁵ Ohne rechtliche Konsequenzen ist jedoch bei bestimmten Gütern im Baseline Szenario mit einer erheblichen Anzahl von Lügen zu rechnen, da der Täuschende durch die Lüge potenziell signifikante Vorteile erzielen kann. Zu unterscheiden ist außerdem noch nach der Art der Geschäftsbeziehung. So ist insbesondere bei einmaligen Verhandlungen mit mehr Bluffs zu rechnen. Im Rahmen einer langfristigen Geschäftsbeziehung wird die Häufigkeit von Lügen dagegen wohl geringer ausfallen, sofern ein nicht unerhebliches Risiko der Entdeckung besteht.

Die Tatsache, dass Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter über alle Länder und alle Gruppen hinweg als unmoralisch angesehen werden,⁵⁶⁶ deutet zudem darauf hin, dass Lügner sogenannte *lying costs*⁵⁶⁷ erleiden würden (vgl. dazu unter 2. Teil, A.I.2.), die eine gewisse moralische Regulierungswirkung entfalten könnten. Allerdings könnten auch diese *lying costs* solche Bluffs nicht gänzlich verhindern. Da Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter aber durchweg als unmoralisch angesehen werden, ist mit erheblichen sozialen Sanktionen bzw. anderen Reaktionen der getäuschten Seite zu rechnen, sofern solche Bluffs aufgedeckt werden. Doch selbst diese sozialen Sanktionen, mit denen der Täuschende im Fall der Aufklärung rechnen müsste, würden solche Bluffs nicht vollständig unterbinden. Das liegt vor allem daran, dass aus unterschiedlichen Gründen (mangelnde Aufdeckung, Entschuldigung als „Fehler“ statt Täuschung etc.) nur in einigen Fällen soziale Sanktionen eingesetzt würden und sich bestimmte Bluffs daher weiterhin für den Lügner lohnen könnten.

Denn entsprechende Lügen des Anbieters über den Leistungsgegenstand sind in aller Regel darauf ausgerichtet, eine Besserstellung für sich selbst zu erreichen. Dabei nimmt der Täuschende grundsätzlich in Kauf, dass die andere Seite schlechter gestellt wird, was dann regelmäßig auch das Ergebnis entsprechender (erfolgrei-

⁵⁶⁵ Traditionell wird insofern zwischen verschiedenen Arten von Gütern (bzw. Gütereigenschaften) unterschieden, bei denen unterschiedlich starke Informationsasymmetrien vorliegen (z. B. Suchgüter, Erfahrungsgüter etc.). Siehe dazu in der deutschsprachigen Literatur z. B. Tietzel in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204/1 (1988), S. 17, 23–26; vgl. dazu auch Faust, Täuschung durch falsche Information bei Vertragsschluß, 2001, S. 36 ff. (unveröffentlichte Fassung).

⁵⁶⁶ Siehe dazu unter 4. Teil, B.II.

⁵⁶⁷ Siehe zu *lying costs* z. B. Abeler/Becker/Falk, Journal of Public Economics 113 (2014), 96, 96 ff. Allgemeiner Bok, Lying, 1999, S. 24 („He may regard the lie as an inroad to his integrity“). Generell zur Dissonanz zwischen moralischen Vorstellungen und dem eigenen Handeln Shu/Gino/Bazerman, Personality and Social Psychology Bulletin 37 (2011), 330, 330 f.

cher) Täuschungen sein wird. Solche Lügen können daher als *harmful lies* bezeichnet werden und sind damit grundsätzlich nicht Pareto-effizient.

Außerdem entstehen durch solche Bluffs erhebliche Transaktionskosten (siehe dazu unter 4. Teil, G.V.1.), und zwar sowohl beim Täuschenden als auch beim Getäuschten. Denn Täuschungen über Eigenschaften des Leistungsgegenstandes verlangen zunächst einmal einen gewissen Ressourceneinsatz durch den Täuschenden. Zu bedenken ist insofern, dass bei praktisch allen klassischen Vertragstypen der Gegenstand bzw. die Leistung nach Vertragsabschluss und -durchführung so in die Sphäre des Leistungsempfängers gelangt, dass dieser die Einhaltung des Leistungsversprechens und entsprechender, in den vorangegangenen Verhandlungen gemachter Angaben überprüfen kann. Der Täuschende muss daher einen gewissen Aufwand betreiben, damit die Lüge nicht zu leicht aufgedeckt werden kann. Es eignen sich daher insbesondere solche Eigenschaften für Bluffs, bezüglich derer größere Informationsasymmetrien bestehen (z.B. schwankende Eigenschaften) und die – beispielsweise selbst nach Abwicklung – schwer zu überprüfen sind (z.B. Ermittlung der Kosten über den Lebenszyklus, die durchschnittliche Haltbarkeit etc.).⁵⁶⁸ Das schränkt den Spielraum für Täuschungen ein. In diesem Bereich wird daher auch oft mit Über- und Untertreibungen gearbeitet, statt bestimmte Aspekte völlig frei zu erfinden. Müssen die Lügen, um glaubwürdig zu sein, durch bestimmte Dokumente oder gar Studien oder die Heranziehung von Experten untermauert werden, steigen die Transaktionskosten noch einmal an.

Die Seite, die getäuscht werden soll, wird umgekehrt Ressourcen aufwenden, um solchen Irreführungen nicht zu unterliegen sowie ihnen vorzubeugen und sie aufzudecken, sofern sie mit gewissen Lügen rechnet oder es gewisse Anhaltspunkte für Täuschungen gibt. Denn dann besteht ein erhebliches Risiko, dass die getäuschte Partei aufgrund einer entsprechenden Irreführung einen Vertrag abschließt, der außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) liegt und damit schlechter als ihr BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) ist.⁵⁶⁹ Es liegt dann nicht nur ein materieller Schaden vor, sondern die getäuschte Seite hat auch mit dem „falschen“ Geschäftspartner den Vertrag geschlossen. Die doppelte Generierung der Information über den Leistungsgegenstand (durch Anbieter und Nachfrager) ist zudem wohlfahrtsmindernd.

Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter führen im Fall der Aufdeckung ferner generell zu einer Verwässerung des Wahrheitssignals und zu einem damit verbundenen Vertrauensverlust. Es ist naheliegend, dass beide Ef-

⁵⁶⁸ Siehe dazu näher *Tietzel* in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 204/1 (1988), S. 17, 23–26. Traditionell wird insofern zwischen verschiedenen Arten von Gütern (bzw. Gütereigenschaften) unterschieden, bei denen unterschiedlich starke Informationsasymmetrien vorliegen (z.B. Suchgüter, Erfahrungsgüter etc.). Der Autor nennt als Beispiel für mit hohen Transaktionskosten verbundene Aufklärungen von Angaben die Gesundheitsschädlichkeit von Lebensmitteln. Vgl. auch *Cramton/Dees*, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), 359, 373.

⁵⁶⁹ Vgl. auch *Korobkin*, *Nevada Law Journal* 20 (2020), 1209, 1224.

fekte bei Lügen über den Leistungsgegenstand besonders stark ausfallen. Einen entsprechenden Schluss legt die Siegener Studie zum Moralverständnis und zum Rechtsgefühl nahe. Die Ergebnisse zeigen insofern, dass unabhängig von der befragten Gruppe und der Nationalität die Teilnehmer mehrheitlich darin übereinstimmen, dass solche Irreführungen von Anbietern unmoralisch sind und auch rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen sollten.⁵⁷⁰

Eine Verwässerung des Wahrheitssignals und der Vertrauensverlust werden insofern nicht nur den Lügner, sondern auch andere Verhandler treffen. In erster Linie leidet im Fall der Irreführung über den Leistungsgegenstand aber wohl das Wahrheitssignal des Täuschenden und das Vertrauen, welches in ihn gesetzt wird. Denn gerade solche Bluffs können vom Getäuschten in Prinzipal-Agenten-Situationen (siehe unter 2. Teil, A.III.) nicht geheim gehalten werden, weil regelmäßig nicht der Verhandler die Täuschung feststellen wird, sondern die Person, die mit dem erworbenen Gegenstand arbeitet (z. B. die Produktionsabteilung). Die Praxis zeigt zudem, dass gerade Täuschungen über das Produkt unter Umständen außerhalb des eigenen Unternehmens publik gemacht werden (ggf. gibt es sogar eine mediale Berichterstattung). Der Lügner muss somit ein *naming and shaming* fürchten. Obwohl dies in erster Linie der Reputation des konkreten Lügners schadet, führt diese Situation gleichzeitig dazu, dass es zu einer Verwässerung des Wahrheitssignals aller Verhandler (zumindest innerhalb einer Branche, z. B. für alle Autohändler) kommen kann. Dies wiederum ruft für ehrliche Verhandler Transaktionskosten hervor, da sie Ressourcen aufwenden müssen, um ihre Ehrlichkeit zu signalisieren (siehe näher unter 4. Teil, G.V.1.).

Zudem ist gleichzeitig ein gewisser Spillover-Effekt zu befürchten, dessen Ausmaß auch davon abhängt, ob die Lüge über den Leistungsgegenstand publik gemacht wird. In dem Zusammenhang ist zu bedenken, dass die Siegener Studie darauf hinweist, dass Täuschungen über den Leistungsgegenstand als „erhebliche“ Lügen zu qualifizieren sind.⁵⁷¹ Das bedeutet, dass der Spillover-Effekt im konkreten Fall sogar besonders stark ausfallen könnte. So kann der Nachfrager eines Gegenstands zwar (aufgrund der für gewöhnlich bestehenden Informationsasymmetrie) zumeist nicht über den Leistungsgegenstand lügen, aber er könnte sich durch die Lüge des Anbieters dazu „berechtigt“ fühlen, im Erst-Recht-Schluss über alle möglichen anderen Aspekte zu bluffen (z. B. über die Rechtslage, das BATNA etc.). Die Täuschung könnte für ihn auch Anreize setzen, in Verhandlungen mit Dritten zu bluffen. Umgekehrt könnten andere Anbieter ebenfalls anfangen zu täuschen, wenn sie sehen, dass ein Konkurrent von ihnen damit Erfolg hat.

⁵⁷⁰ In dieser Arbeit werden das Moralverständnis und das Rechtsgefühl in den verschiedenen Ländern lediglich überblicksartig dargestellt. Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.III. und C.IV.3. Eine nähere Auswertung der Siegener Studie bezüglich dieses Aspekts wird folgen.

⁵⁷¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1 (zum Moralverständnis) und C.IV.1. (zum Rechtsgefühl).

Die ökonomische Analyse des Baseline Szenarios zeigt somit, dass Lügen des Anbieters über den Leistungsgegenstand bei fehlender rechtlicher Sanktionierung erhebliche negative ökonomische Konsequenzen hervorrufen können.⁵⁷² Dieser Effekt kann selbst durch die Möglichkeit, dass die schwächere Partei mehr von der Lüge profitieren könnte als die stärkere Partei (siehe dazu oben unter 4. Teil, G.V.7.), nicht wesentlich gemindert werden.

b) Vergleichsszenario

Eine Rechtsordnung, die für Täuschungen des Anbieters über den Leistungsgegenstand Rechtsfolgen vorsieht, kann im Verhältnis zum Baseline Szenario ohne gesetzliche Regelung deutlich positive ökonomische Effekte erzielen. Dies lässt sich u. a. damit begründen, dass bei Lügen des Anbieters über den Leistungsgegenstand für den Nachfrager potenziell die Möglichkeit besteht, den Bluff *ex post* aufzudecken und nachzuweisen (wenn auch insofern Unterschiede je nach Leistungsgegenstand bestehen). Dadurch besitzt der Nachfrager die Möglichkeit, ihm gewährte Ansprüche und Rechte geltend zu machen. Aufgrund der möglichen erheblichen negativen Folgen der Lüge für die getäuschte Partei kann sich unter Umständen sogar eine gerichtliche Durchsetzung lohnen. Die Siegenger Studie zeigt entsprechend, dass eine große Mehrheit der Befragten in Deutschland rechtliche Konsequenzen (konkret ein Anfechtungsrecht) befürwortet⁵⁷³ und daher wohl geneigt wäre, solche Rechte gerichtlich durchzusetzen. Ein Blick in die (deutsche) Rechtsprechung stützt diese Argumentation.⁵⁷⁴ Dadurch kann die gesetzliche Regulierung von Lügen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter Steuerungswirkung entfalten, die einige der negativen ökonomischen Auswirkungen von Bluffs über den Leistungsgegenstand abmildern kann. Rechtliche Konsequenzen können die negativen Folgen solcher Bluffs allerdings nicht vollständig beseitigen. Denn selbst ein „gutes“ Gesetz wird nicht erreichen können, dass überhaupt nicht mehr gelogen wird. Daher wird die getäuschte Partei trotz der gesetzlichen Regelung weiterhin darauf angewiesen sein, Lügen zu verhindern und aufzudecken, was zu entsprechenden Transaktionskosten führt. Zu bedenken ist außerdem, dass hier von einer gesetzlichen Regelung ausgegangen wird, die Kausalität verlangt. Insbesondere Lügen, die vor Vertragsabschluss aufgedeckt werden und somit nicht kausal werden, reduzieren ebenfalls das Wahrheitssignal und das Vertrauen zwischen den Parteien ebenfalls und können zudem Spillover-Effekte verursachen. Die da-

⁵⁷² Ebenfalls negative ökonomische Konsequenzen konstatierend *Korobkin*, Nevada Law Journal 20 (2020), 1209, 1224.

⁵⁷³ Dies ist auch insofern bemerkenswert, als eine relative schwache Täuschung über den Leistungsgegenstand ausgewählt wurde.

⁵⁷⁴ Auch in den anderen betrachteten Rechtsordnungen scheinen insbesondere Lügen über den Leistungsgegenstand gerichtlich geltend gemacht zu werden. Siehe dazu näher beim jeweiligen rechtsvergleichenden Kapitel.

durch entstehenden Kosten für die getäuschte Seite (und andere Marktteilnehmer) werden jedoch vom Gesetz (wie es im Vergleichsszenario beschrieben wird) nicht abgemildert.

In vielen Fällen werden Lügen über den Leistungsgegenstand aber wohl kausal für den Vertragsschluss und können zugleich zu relativ hohen Schäden führen. Dementsprechend würde das Gesetz zumindest viele Fälle von Lügen über den Leistungsgegenstand abdecken. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Gesetze regelmäßig nur den Getäuschten entschädigen, während die Schäden anderer Marktteilnehmer nicht kompensiert werden. Die Steuerungswirkung des Gesetzes reduziert aber die Gesamtzahl der Lügen und liegt im Interesse der anderen geschädigten Marktteilnehmer. Insgesamt zeigt diese Analyse somit, dass eine gesetzliche Regelung, die Lügen des Anbieters über den Leistungsgegenstand verbietet, deutlich positive ökonomische Effekte im Verhältnis zum Baseline Szenario erzielen kann. Aus diesem Grund erscheint eine gesetzliche Regelung aus ökonomischer Sicht sinnvoll.

2. Preis

Preis⁵⁷⁵ und Leistung korrespondieren. In Bezug auf einen entgeltlichen Leistungsaustausch verpflichtet sich beispielsweise bei einem Kaufvertrag eine Seite, der anderen Seite Eigentum an einer Sache zu verschaffen. Die andere Seite verpflichtet sich im Gegenzug, für den Gegenstand einen bestimmten Preis zu zahlen. Während es unzählige Möglichkeiten gibt, über den Leistungsgegenstand zu täuschen, sind Lügen über den Preis im Verhältnis dazu nur beschränkt möglich. Insofern ist zwischen Irreführungen über den Preis im engeren Sinn und Täuschungen über den Preis im weiteren Sinn zu unterscheiden. Eine Lüge über den Preis i. e. S. bezieht sich nach hier vorgegebener Definition auf konkrete Preisbestandteile, während beispielsweise unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ als Bluffs über den Preis i. w. S. eingeordnet werden (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.7).

a) Täuschungen über den Preis im engeren Sinn

aa) Baseline Szenario

Täuschungen über den Preis im engeren Sinne sind nur in begrenztem Umfang möglich. Zunächst wird in der Regel nur eine Partei, d. h. der Anbieter, über den Preis täuschen.⁵⁷⁶ Am häufigsten wird insofern wohl über die Berechnung des

⁵⁷⁵ Der folgende Abschnitt (VII.2.) basiert teilweise auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 286 ff., wobei insbesondere die Ausführungen zu Gewinnmargen etc. dort nicht enthalten sind.

⁵⁷⁶ Theoretisch ist es auch möglich, dass bei zusammengesetzten Preisen einmal der Nachfrager dem Anbieter den Gesamtpreis falsch vorrechnet. Dies dürfte aber bezogen auf alle Täuschungen über den Preis, die Ausnahme darstellen.

Preises geblufft. Es erscheint daher naheliegend, dass solche Lügen im Baseline Szenario vorkommen, aber wohl weniger häufig als Lügen über den Leistungsgegenstand. Dies kann u. a. mit den beschränkten Möglichkeiten, über den Preis i. e. S. zu täuschen, begründet werden. Außerdem ist zu erwarten, dass gerade in ständigen Geschäftsbeziehungen nicht so häufig über den Preis getäuscht wird, weil solche Bluffs zumindest nach Vertragsschluss regelmäßig aufgedeckt werden (können) (dazu auch sogleich im Folgenden). Im Übrigen kann für die Bewertung von Lügen bzgl. des Preises im engeren Sinne generell auf die Ausführungen zu Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter verwiesen werden. Denn die ökonomischen Auswirkungen sind insofern vergleichbar.

Solche Bluffs sind beispielsweise ebenfalls als *harmful lies* zu klassifizieren, die nicht zu einer Pareto-Verbesserung führen. In Verhandlungen ist der Preis wesentlich für eine rationale Entscheidung. Deshalb verursachen Lügen über den Preis i. e. S. zudem erhebliche Transaktionskosten. Zwar können im konkreten Fall die Transaktionskosten für den Lügner gering ausfallen, aber die Partei, die eine Lüge befürchtet, wird erhebliche Ressourcen in die Prävention oder auch anschließend in die Aufdeckung investieren. Lügen über Preisbestandteile im engeren Sinne lassen sich zudem in der Regel aufklären, da zumindest nach Abschluss der Transaktion grundsätzlich oftmals nur geringe Informationsasymmetrien bestehen. Im Falle einer erfolgreichen Aufdeckung eines Bluffs sind daher Transaktionskosten für Nachverhandlungen und soziale Sanktionen zu erwarten.⁵⁷⁷

Irreführungen über den Preis i. e. S. können außerdem zu einer Vereinbarung außerhalb des ZOPA führen und damit zu einem Vertragsschluss, zu dem die getäuschte Seite eine bessere Alternative gehabt hätte. Darüber hinaus erscheint es plausibel, dass das Wahrheitssignal des Lügners deutlich abgeschwächt würde, da solche Lügen als unmoralisch angesehen werden.⁵⁷⁸ Eine Verwässerung des Wahrheitssignals anderer Marktteilnehmer erscheint ebenfalls plausibel. Gleichzeitig wäre ein entsprechender Vertrauensverlust zu erwarten. Gewisse Spillover-Effekte, z. B. in Form von Gegenlügen, könnten ebenfalls eintreten. In diesen Fällen ist die ökonomische Bewertung des Baseline Szenarios daher ebenso eindeutig wie beim Leistungsgegenstand (Anbieter): Lügen über den Preis i. e. S. rufen bei fehlender rechtlicher Sanktionierung im Ergebnis somit erhebliche negative ökonomische Konsequenzen hervor.

bb) Vergleichsszenario

Im Hinblick auf das Vergleichsszenario können grundsätzlich die Ausführungen zu Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter in Bezug ge-

⁵⁷⁷ Im Baseline-Szenario gibt es keine rechtlichen Vorschriften und vertragliche Regelungen sind ebenfalls ausgeschlossen.

⁵⁷⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.2.

nommen werden, da die ökonomischen Effekte ebenfalls vergleichbar sind. Solche Täuschungen können nicht nur potenziell aufgedeckt werden, es erscheint auch plausibel, dass die getäuschte Seite ihr gewährte Rechte und Ansprüche durchsetzen würde. Letzteres lässt sich nicht zuletzt mit Verweis auf die deutsche (und die US-amerikanische) Rechtsprechung begründen.⁵⁷⁹ Dies deckt sich zudem mit den Ergebnissen der Siegerner Studie, in der beispielsweise eine ganz klare Mehrheit der deutschen Richter⁵⁸⁰ und eine Mehrheit der deutschen Studierenden⁵⁸¹ für Rechtsfolgen plädieren (Rechtsgefühl).

Insgesamt führt die Analyse somit zu dem Ergebnis, dass eine gesetzliche Regelung, die solche Lügen erfasst, erhebliche positive ökonomische Effekte entfalten könnte. Aus diesem Grund erscheint eine gesetzliche Regelung aus ökonomischer Sicht sinnvoll.

b) Täuschungen über den Preis im weiteren Sinn

Bei Lügen über den Preis im weiteren Sinne kann hingegen nicht einfach auf die ökonomischen Effekte mit Blick auf Bluffs über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter verwiesen werden. Im Folgenden werden zudem verschiedene Konstellationen, wie z. B. Bluffs über „Freundschaftspreise“ und Selbstkosten, unterschieden.

aa) Freundschaftspreis/Sonderpreis

aaa) Baseline Szenario

Auch wenn es keine Studien über die Häufigkeit dieser speziellen Lügen gibt, kann wohl davon ausgegangen werden, dass Täuschungen über „Freundschaftspreise/VIP Preise“ und „Sonderpreise“ im Baseline Szenario häufig vorkämen. Wenn ein Preis fälschlicherweise als Sonder- oder Freundschaftspreis bezeichnet wird, kennt der potenzielle Käufer zwar den wahren Preis, den er für das Produkt zahlen soll. Er irrt sich zudem nicht über etwaige Preisbestandteile bzw. den Berechnungsmechanismus des Preises. Er täuscht sich vielmehr über ein Attribut dieses Preises (Sonderpreis, Freundschaftspreis etc.). Das heißt, er vermutet in Relation zu anderen potenziellen Nachfragern (Freundschaftspreis) bzw. im Verhältnis zu dem Preis zu einem anderen Zeitpunkt (Sonderpreis) ein attraktiveres Angebot zu erhalten, als es ihm tatsächlich angeboten wird.

⁵⁷⁹ Aus der Tatsache, dass entsprechende Gerichtsentscheidungen vorliegen, lässt sich schließen, dass die jeweiligen rechtlichen Regeln eine gewisse Effektivität besitzen, wobei die meisten Fälle allerdings auch dann außergerichtlich geklärt werden.

⁵⁸⁰ 93 % der deutschen Richter sprachen sich im abgefragten Szenario (Ankaufspreis plus 15 % Provision) für ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite aus.

⁵⁸¹ 63 % der deutschen Studierenden befürworteten im abgefragten Szenario ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite.

Solche Bluffs sind ebenfalls als *harmful lies* einzustufen und führen nicht zu Pareto-Verbesserungen. Denn der potenzielle Käufer soll auf diese Weise zum Kauf animiert werden.⁵⁸² Zwar haben solche Täuschungen keinen direkten Einfluss auf die BATNA der beiden Parteien und somit auch nicht auf das ZOPA. Die Lüge führt also nicht zu einer Vereinbarung außerhalb des ZOPA, sofern die Parteien rational agieren. Liegt dem potenziellen Käufer somit ein besseres Alternativangebot, so wird er dieses trotz des „Sonderangebots“ annehmen, sofern er rational entscheidet. Theoretisch sollte die Bezeichnung „Sonderangebot“ zudem keinen Einfluss auf die Suche nach eigenen besseren Alternativen haben. In der Praxis wird die Anpreisung eines Sonderpreises jedoch zumindest einige Verhandlungspartner dazu verleiten, weniger Aufwand in die Erkundung oder Verbesserung ihres BATNA zu investieren. Vor allem bei Gütern, bei denen die Preisspannen in der Regel nicht sehr groß sind, kann die Kennzeichnung als Sonderpreis potenzielle Kunden dazu verleiten, nicht mehr nach anderen (besseren) Angeboten zu suchen.

Des Weiteren könnte zunächst angenommen werden, dass die Verteilung innerhalb einer ZOPA durch die Lüge eines Sonderpreises nicht beeinflusst wird. Auf den ersten Blick gibt es keine offensichtlichen Gründe, warum ein rationaler Verhandlungspartner aufgrund des Begriffs „Sonderpreis“ oder „Freundschaftspreis“ in der Verhandlung anders agieren sollte. In der Realität könnten allerdings psychologische Effekte doch zu einer Verschiebung bei der Verteilung des *negotiation surplus* führen. Denn Sonderpreise und Freundschaftspreise geben Nachfragern das Gefühl, dass sie ein besonders gutes Geschäft abgeschlossen, d.h. Geld „gespart“ haben. Das liegt daran, dass Rabatte/Sonderpreise das Belohnungssystem im menschlichen Gehirn aktivieren.⁵⁸³ Darüber hinaus werden (Schein-)Preisnachlässe auch genutzt, um die Kaufwahrscheinlichkeit zu erhöhen.⁵⁸⁴ Insofern wirken beim Nachfrager *framing effects*.⁵⁸⁵ Außerdem soll die Verwendung eines Sonderpreises dem potenziellen Kunden auch Sekundärinformationen vermitteln. So soll z. B. die Bezeichnung „Freundschaftspreis“ darauf hinweisen, dass bereits erhebliche Zugeständnisse gemacht wurden (welche anderen Verhandlungspartnern so nicht gewährt wurden) und daher kein weiteres Nachgeben zu erwarten ist. Daher können solche Täuschungen im Ergebnis nach hier vertretener Ansicht in

⁵⁸² Hoffmann/Hackelbusch, GJAE 62 (2013), 173, 175.

⁵⁸³ Elger in: Deutscher Hochschulverband (Hrsg.), *Glanzlichter der Wissenschaft*, 2014, S. 43, 46f.; B. Weber/Neubaus in: Häusel (Hrsg.), *Neuromarketing*, 1. Aufl. 2007 (Altauflage), S. 32–47 (zur psychologischen Erklärung der Schnäppchenjagd).

⁵⁸⁴ Hoffmann/Hackelbusch, GJAE 62 (2013), 173, 175.

⁵⁸⁵ Zu *framing effects* in Bezug auf Preisgestaltungen siehe z. B. Chen/Monroe/Lou, *Journal of Retailing* 74 (1998), 353, 353 ff.; McKechnie et al., *European Journal of Marketing* 46 (2012), 1501, 1501 ff.; Gendall et al., *Journal of Product & Brand Management* 15 (2006), 458, 458 ff.; R. Bayer/Ke, *Discounts and Consumer Search Behavior*, Working Paper of the MPI for Tax Law & Public Finance, No. 11 (2011), 1, 1 ff. Zum *framing effect* in Verhandlungen siehe S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 195. Allgemein zum *framing effect* z. B. Tversky/Kahneman, *Science* 211 (1981), 453, 455.

der Praxis doch zu einer Verschiebung des Verhandlungsergebnisses innerhalb des ZOPA führen.

Die Transaktionskosten, die durch solche Lügen entstehen, dürften hingegen wohl relativ gering ausfallen. Denn die falsche Ausschilderung des Preises erfordert keinen großen Aufwand auf Seiten des Anbieters. Umgekehrt werden die Vertragspartner keinen hohen Aufwand in die Prävention und Aufdeckung solcher Lügen investieren. Professionelle Verhandler werden vielmehr daran arbeiten, den bekannten psychologischen Effekten (wie dem *framing effect*) nicht zu unterliegen. Da diese Kosten unabhängig davon eintreten, ob es sich tatsächlich um einen Sonderpreis handelt oder darüber gelogen wird, müssen sie diesen Aufwand ohnehin betreiben. Die Transaktionskosten steigen insofern durch die Lüge nicht an (sondern bleiben konstant). Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die getäuschte Partei im Falle der Aufdeckung einer entsprechenden Lüge zu bestimmten sozialen Sanktionen oder anderen Maßnahmen wie Nachverhandlungen greifen würde, die wiederum entsprechende Transaktionskosten verursachen würden. Darauf könnte die Siegener Studie zum Moralverständnis hindeuten, die zeigt, dass zumindest ca. die Hälfte der deutschen Studierenden eine Lüge über einen angeblichen Freundschaftspreis als moralisch problematisch einstuft.⁵⁸⁶ Unter den deutschen Richtern lag der Anteil sogar bei 78 %. In B2B-Beziehungen ist allerdings wohl damit zu rechnen, dass die falsche Kennzeichnung als „Freundschaftspreis“ oder „Sonderpreis“ als weniger problematisch angesehen wird.⁵⁸⁷ Doch selbst dann sind Nachverhandlungen nicht unwahrscheinlich, da die Offenlegung des Bluffs in vielen Fällen zumindest die Hoffnung wecken könnte, die Verteilung des Verhandlungskuchens doch noch (nachträglich) zum eigenen Vorteil beeinflussen zu können.

Das Wahrheitssignal des Täuschenden wird durch solche Lügen ebenfalls geschwächt. Inwieweit dadurch das Vertrauen in den Lügner sinkt, hängt jedoch wohl ebenfalls von der moralischen Bewertung dieser Taktik ab. Da sich gerade die Lüge über den „Freundschaftspreis“ auf die Beziehung der Parteien bezieht,⁵⁸⁸ könnte der Vertrauensverlust nicht unerheblich sein. Es ließe sich daher spekulieren, dass der Effekt bei Lügen über „Sonderpreise“ geringer ausfallen könnte. Da nur eine Partei über den Preis (Freundschaftspreis) täuschen kann, kann zudem kein direkter Spillover-Effekt in der konkreten Verhandlung auftreten. Es lässt sich aber nicht genau abschätzen, ob der Belogene im Fall der Aufklärung des Bluffs damit beginnen würde, den Anbieter der Leistung über andere Aspekte (z. B. unternehmensinterne Vorgaben) zu belügen. Es ist jedoch davon auszugehen,

⁵⁸⁶ 52 % der Studierenden gaben an, dass sie entsprechende Täuschungen als unmoralisch bewerten.

⁵⁸⁷ Darauf deutet die explorative Befragung einer Gruppe internationaler Verhandler hin. In dieser (kleinen) Gruppe sahen nur 39 % einen entsprechenden Bluff als moralisch inakzeptabel an. Aufgrund der geringen Anzahl der Befragten (20 Teilnehmer) lassen sich insofern jedoch keine eindeutigen Schlüsse ziehen.

⁵⁸⁸ In diesem Szenario geht es darum, dass aufgrund der guten Beziehung angeblich ein besonderer Rabatt gewährt wird.

dass im Ergebnis nur ein begrenzter Spillover-Effekt zu beobachten wäre. Am wahrscheinlichsten sind wohl Spillover-Effekte in Bezug auf Täuschungen, die ebenfalls als relativ harmlos eingestuft werden. Entsprechende Effekte könnten ggf. auch in Verhandlungen der getäuschten Seite mit Dritten und bei Verhandlungen von Dritten zu beobachten sein.

Im Ergebnis sind folglich insgesamt nur relativ überschaubare negative ökonomische Effekte bei Täuschungen über Sonderpreise bzw. Freundschaftspreise zu erwarten.⁵⁸⁹ Damit korrespondiert aus ökonomischer Sicht daher auch ein relativ geringerer Bedarf an gesetzlicher Regulierung.

bbb) Vergleichsszenario

Für den Fall, dass sich eine Rechtsordnung trotz der lediglich überschaubaren ökonomischen Nachteile dazu entschließen sollte, solche Täuschungen über den Preis i. w. S. als rechtswidrig einzustufen, stellt sich die Frage, ob die entsprechende Regelung, die ohnehin schon geringfügigen negativen Auswirkungen weiter reduzieren könnte. Dabei ist zu bedenken, dass entsprechende Täuschungen über Freundschaftspreise und Sonderpreise nicht unbedingt leicht aufzudecken sind. Aber es gibt durchaus Fallkonstellationen, in denen für die getäuschte Seite die Chance besteht, solche Lügen zu entdecken. Wenn eine Rechtsordnung der getäuschten Seite Rechtspositionen einräumt, könnten diese daher mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit durchgesetzt werden. Ein Blick in die deutsche Rechtsprechung zeigt, dass selbst eine gerichtliche Durchsetzung nicht gänzlich ausgeschlossen ist, da sich entsprechende Fälle durchaus finden lassen.⁵⁹⁰ Zwar beziehen sich viele Entscheidungen auf B2C-Situationen. Es liegen aber auch Urteile zu B2B-Verträgen vor.⁵⁹¹ In den USA,⁵⁹²

⁵⁸⁹ P. Rubin, Cato Journal 10 (1990), 667, 669 führt aus, dass „falsche“ Werbung mit Sonderpreisen im Ergebnis zu niedrigeren Preisen für Käufer führen kann.

⁵⁹⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.b). Vgl. auch OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248, 248 („einen ordentlichen Preis“ und auch Freundschaftspreis); AG Düsseldorf BeckRS 2009, 5960 (Preis sei „besonders günstig“ [und Selbstkosten]), ähnlich auch OLG Hamm NJW-RR 1993, 628, 628 f. („preislich günstiger als in Galerien üblich“ und weitere Täuschungen) und LG Flensburg BeckRS 2006, 2626 („besonders günstiges Angebot“). Vgl. auch OLG Köln MDR 1975, 52, 52 („noch nie so billig!“/„Preissturz“/„äußerst günstige Winterpreise“). Das OLG Naumburg verneinte in einem so gelagerten Fall („vergünstigte Preise“) die Täuschung. OLG Naumburg MMR 2014, 809; OLG Frankfurt a. M. DAR 1982, 294 (Ls.) (Sonderpreis). An dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, dass das Lauterkeitsrecht in diesem Abschnitt ausgeblendet wird.

⁵⁹¹ Eindeutig B2C: LG Bielefeld NJW-RR 2008, 212, 212. Wohl B2C: OLG Hamm NJW-RR 1993, 628, 629; LG Flensburg NJOZ 2006, 1182, 1182 ff. Bei einigen Urteilen kann nicht eindeutig festgestellt werden, ob eine B2B-Situation vorlag. Siehe z. B. AG Düsseldorf BeckRS 2009, 5960 (ggf. B2B); OLG Naumburg MMR 2014, 809, 809 ff. B2B: OLG Saarbrücken OLGZ 1981, 248, 248; AG Frankfurt a. M. NJOZ 2014, 1774, 1775. Vgl. zur *culpa in contrahendo* auch BGH NJW 1981, 2050, 2050 f.

⁵⁹² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.10. In den USA sind der Autorin keine Urteile zu Freundschaftspreisen bekannt. In einem Urteil klingt jedoch an, dass diesbezüglich wohl keine Anfechtung möglich ist (Abry Partners, 891 A.2d at 1062).

Frankreich,⁵⁹³ der Schweiz⁵⁹⁴ und Österreich⁵⁹⁵ lässt sich hingegen praktisch keine Rechtsprechung zu solchen Lügen finden.⁵⁹⁶ Deutschland stellt insofern wohl eine Ausnahme dar. Die Siegener Studie zeigt, dass bereits das Rechtsgefühl der deutschen Studierenden der Einräumung eines Anfechtungsrechts widerspricht.⁵⁹⁷ Selbst unter den deutschen Richtern findet sich keine Mehrheit für ein Anfechtungsrecht.⁵⁹⁸ Für professionelle Verhandlungsführer sind noch niedrigere oder zumindest ähnlich niedrige Werte zu erwarten,⁵⁹⁹ was dafür spricht, dass ein entsprechendes Recht nur relativ selten durchgesetzt würde. Je nach Ausgestaltung der jeweiligen Gesetze könnten sich zudem im Hinblick auf die Kausalität Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ergeben, da die Wirkung dieser Lüge zumindest teilweise auf psychologische Effekte zurückzuführen ist und nicht mit rein rationalen Argumenten erklärt werden kann.

Außerdem ist zu bedenken, dass trotz der Täuschung Verträge innerhalb des ZOPA geschlossen werden, weshalb – wenn überhaupt – in den meisten Fällen lediglich Schadensersatzansprüche sinnvoll erscheinen.⁶⁰⁰ Würde eine Rechtsordnung eine Anfechtung gewähren, könnte dies hingegen zur Unwirksamkeit von Verträgen führen, die zum Zeitpunkt ihres Abschlusses wirtschaftlich sinnvoll waren. Folglich sind die negativen Auswirkungen solcher Täuschungen bereits von vornherein sehr begrenzt und ein Anfechtungsrecht würde diese Auswirkungen nicht (bzw. höchstens kaum) wirksam abmildern können.⁶⁰¹ Allein die ökonomi-

⁵⁹³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.10. Mit Blick auf das französische Recht sind der Autorin keine Urteile zu Freundschaftspreisen bekannt. Es lassen sich vor allem Entscheidungen zu Referenzpreisen finden. Vgl. Cour d'appel d'Orléans, 22.11.2018, 17/033751; Cour d'appel d'Agen, Chambre civile 1, 19.02.2008, 07/00757.

⁵⁹⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.11. Mit Blick auf das schweizerische Recht sind der Autorin keine Urteile zu Freundschaftspreisen bekannt.

⁵⁹⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.11. Mit Blick auf das österreichische Recht sind der Autorin beispielsweise keine Urteile zu Freundschaftspreisen bekannt. Es konnte allerdings ein Urteil ausfindig gemacht werden, wonach die Ankündigung eines Verkaufs bis zu 50 % unter dem Listenpreis (obwohl dieser in Wahrheit nicht ernsthaft über längere Zeit verlangt wurde) zur Anfechtung berechtigt. OGH, 3 Ob 577/92, 16.12.1992.

⁵⁹⁶ In Italien verwundert dies nicht, da solche Bluffs aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen in Italien wohl nicht zur Anfechtung berechtigen. Siehe zum italienischen Recht ausführlich unter 3. Teil, B.III.

⁵⁹⁷ Nur 18 % der Befragten sprachen sich für ein Anfechtungsrecht aus. Immerhin 52 % werteten eine entsprechende Täuschung allerdings als unmoralisch.

⁵⁹⁸ Allerdings sprachen sich mehr Richter als Studierende für ein Anfechtungsrecht aus. Das Rechtsgefühl von immerhin 37 % der Richter sprach auch in diesem Fall für ein Anfechtungsrecht.

⁵⁹⁹ Eine explorative Befragung einer kleinen Gruppe internationaler Verhandler (20 Teilnehmer) zeigt beispielsweise, dass sich auch dort nur 22 % für ein Anfechtungsrecht aussprachen. Aufgrund der geringen Anzahl der Befragten lassen sich insofern jedoch keine eindeutigen Schlüsse ziehen.

⁶⁰⁰ Mit Blick auf Schadensersatzansprüche könnte es zudem je nach rechtlicher Ausgestaltung schwer sein, einen entsprechenden Schaden nachzuweisen. Zum mangelnden Schaden in solchen Fällen auch *P. Rubin*, *Cato Journal* 10 (1990), 667, 671 f.

⁶⁰¹ *P. Rubin*, *Cato Journal* 10 (1990), 667, 672 formuliert noch eindeutiger: „possible gains from

sche Analyse der Thematik spricht daher nach hier vertretener Ansicht nicht (oder höchstens sehr bedingt) für eine rechtliche Regulierung solcher Bluffs.

bb) Exkurs: Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreise

aaa) Baseline Szenario

Gerade in unternehmerischen Verhandlungen sind zudem Lügen über Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreise relevant und würden im Baseline Szenario wohl relativ häufig eingesetzt. Entsprechende Bluffs lassen sich ebenfalls als Täuschungen über den Preis im weiteren Sinn verstehen. Dies gilt zumindest dann, wenn diese Aspekte nicht Berechnungsgrundlage für den Preis werden, sondern lediglich als Argument in der Preisverhandlung genannt werden. Werden solche Angaben hingegen zur Berechnungsgrundlage für den Preis erklärt, handelt es sich nach hier vorgegebenem Verständnis um eine Täuschung über den Preis im engeren Sinn. Die Abgrenzung mag insofern in der Praxis im Einzelfall schwerfallen.

Entsprechende Bluffs sind aber in jedem Fall als *harmful lies* einzustufen und führen nicht zu Pareto-Verbesserungen. Denn Informationen über Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreise sind für rational agierende Verhandler nicht unbedeutend. Täuschungen darüber führen bei einer rationalen Verhandlungsführung zwar nicht zu einer Einigung außerhalb des ZOPA. Sie mögen aber die Verteilung innerhalb des ZOPA beeinflussen. Zwar sagen Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreise nicht direkt etwas über das BATNA der anderen Seite aus, aber aus ihnen können u. U. indirekt Hinweise darauf abgelesen werden.⁶⁰² Ein Beispiel mag dies verdeutlichen:

Ein Nachfrager hat bereits ein Angebot für eine bestimmte Maschine über 50.000 Euro vorliegen. Ein anderer Anbieter bietet ihm nach längeren Verhandlungen exakt dieselbe Maschine für 48.000 Euro an und erklärt, dass er nicht weiter mit dem Preis heruntergehen könne, da dieser seine Selbstkosten widerspiegele und er somit bereits keinen Gewinn mit dem Verkauf der Maschine erziele. Der Nachfrager wird aus dieser Aussage ggf. schließen, dass die Auftragslage für den Anbieter derzeit schlecht ist, er gerade keinen anderen Nachfrager hat⁶⁰³ und zumindest seine Selbstkosten decken möchte. Die Alternative besteht für ihn vermutlich lediglich darin, auf einen anderen Nachfrager zu hoffen, was wiederum mit hohen Unsicherheiten verbunden ist. Die Angabe hilft dem Nachfrager daher abzuschätzen, wie viel er noch heraushandeln kann und wie er bei der Verteilung des Ver-

such enforcement are doubtful and speculative, while the costs are obvious and substantial“. Insofern ist allerdings zu bedenken, dass der Autor insofern nicht auf die Durchsetzung durch die Parteien, sondern Behörden abstellt.

⁶⁰² Vgl. auch S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 103, 105 zur Tatsache, dass Verkäufer regelmäßig Selbstkosten und Gewinnmargen und nicht das BATNA zur Entscheidung heranziehen.

⁶⁰³ Das bedeutet, dass der Verhandler kein gutes BATNA besitzt. Er gibt damit zu erkennen, dass er eine sehr schwache Verhandlungsposition hat.

handlungskuchens abschneidet. Ähnlich verhält es sich mit Gewinnmargen und Einstandspreisen.

In der Praxis kann mit Selbstkosten, Gewinnmargen und Einstandspreisen zudem ein *deal-breaker* suggeriert und teils auch praktiziert werden. Liegt ein Angebot beispielsweise unter den Selbstkosten, wird es wohl regelmäßig abgelehnt, sofern nicht noch nach Rücksprache mit dem Vorgesetzten eine andere Reaktion vorgegeben wird (da dieser beispielsweise zumindest noch einen Teil der Fixkosten decken möchte). Insofern sind entsprechende Bluffs teils auch mit Lügen über unternehmensinterne Vorgaben verbunden (siehe dazu unter im Folgenden unter 4. Teil, G.VII.6.) Ob die Selbstkosten daher wie das BATNA wirken, hängt damit von unternehmensinternen Entscheidungen ab.

Die Transaktionskosten, die durch solche Lügen entstehen, dürften für den Täuschenden relativ gering ausfallen, da es für ihn kaum Aufwand bedeutet, über diese Aspekte zu bluffen. Der getäuschten Seite mögen hingegen gewisse Transaktionskosten entstehen, eben da diese Informationen für sie nicht unerheblich sind. Die Siegener Studie zeigt zudem, dass solche Täuschungen je nach Gruppe moralisch unterschiedlich bewertet werden. Die deutschen Studierenden sahen entsprechende Bluffs sogar als moralisch etwas weniger problematisch an als Lügen über Freundschaftspreise.⁶⁰⁴ Die deutschen Richter hielten entsprechende Irreführungen hingegen für ähnlich verwerflich.⁶⁰⁵ Im B2B-Verhältnis könnten hingegen etwas niedrigere Werte bzgl. der moralischen Verwerflichkeit erwartet werden.⁶⁰⁶ Die Effekte bezüglich des Wahrheitssignals und des Vertrauensverlusts dürften im Ergebnis wohl ähnlich ausfallen wie mit Blick auf Lügen über Freundschaftspreise. Bezüglich der Spillover-Effekte kann ebenfalls auf die obige Argumentation verwiesen werden.

Im Ergebnis sind folglich insgesamt wohl (noch) relativ überschaubare negative ökonomische Effekte bei Täuschungen über Gewinnmargen etc. zu erwarten. Damit korrespondiert aus ökonomischer Sicht ein (noch) relativ geringer Bedarf an gesetzlicher Regulierung. Die negativen ökonomischen Konsequenzen liegen aber wohl höher als bei Bluffs über Freundschaftspreise.

⁶⁰⁴ Einen Bluff über einen Freundschaftspreis sahen 52 % der Studierenden als unmoralisch an. Eine Täuschung über einen Einkaufspreis bewerteten hingegen lediglich 41 % der Studierenden als unmoralisch. Anders sieht die Situation aus, wenn über die Preiskalkulation gelogen wird (im konkreten Fall: Ankaufspreis + 15 % Provision). Ein solches Verhalten bewerteten 75 % als unmoralisch. Allerdings handelt es sich dabei um eine Täuschung über den Preis i. e. S. und nicht wie hier betrachtet um einen Bluff über den Preis i. w. S.

⁶⁰⁵ Einen Bluff über einen Freundschaftspreis sahen 78 % der deutschen Richter als unmoralisch an. Eine Täuschung über einen Einstandspreis bewerteten ebenfalls 82 % der Richter als unmoralisch.

⁶⁰⁶ Darauf deutet zumindest eine explorative Befragung einer kleinen Gruppe von internationalen Verhandlern hin, bei der nur eine Minderheit von 21 % angab, entsprechende Bluffs als unmoralisch zu bewerten.

bbb) Vergleichsszenario

Gerade Selbstkosten sind in der Praxis zudem kaum zu überprüfen, da eine vollständige Offenlegung der Kostenstrukturen unüblich ist. Die Parteien dürften daher oftmals nur begrenzte Ressourcen aufwenden, um entsprechende Bluffs aufzudecken. Eine Durchsetzung etwaiger Rechte und Ansprüche ist damit von vornherein nicht einfach, wenn auch nicht völlig ausgeschlossen. Einkaufspreise lassen sich zwar in der Praxis wohl ebenfalls nicht leicht beweisen, aber im Verhältnis zu Selbstkosten dürfte dies etwas leichter fallen. Im Übrigen kann trotz gewisser Unterschiede weitestgehend auf die Ausführungen zu Freundschaftspreisen verwiesen werden. Das bedeutet im Ergebnis, dass es dem Gesetzgeber schwerfallen dürfte, die (noch) relativ geringen negativen Effekte durch eine gesetzliche Regelung effektiv abzumildern.

3. Emotionen

Im unternehmerischen Verkehr können die verschiedensten Emotionen⁶⁰⁷ vorgetäuscht werden, d. h. es kann über das Bestehen bzw. Nichtbestehen bzw. das Ausmaß der entsprechenden Emotion getäuscht werden.⁶⁰⁸ Regelmäßig wird in Verhandlungen entgegen den tatsächlich bestehenden Emotionen z. B. Empörung, Entsetzen, Freude, Enthusiasmus oder Wertschätzung vorgespiegelt.⁶⁰⁹ In erster Linie kann an die Täuschungen des Verhandlers über eigene Emotionen gedacht werden. Es ist aber auch nicht unüblich, dass in Prinzipal-Agenten-Situationen über die Emotionen z. B. von Vorgesetzten gelogen wird („Meine Chefin war entsetzt über ihr Angebot.“).

a) Baseline Szenario

Wie auch bei den anderen Bluffs kann die Häufigkeit von Täuschungen über Emotionen nicht exakt bestimmt werden. Es erscheint jedoch naheliegend, dass solche Bluffs häufig vorkommen, da das Risiko der Offenlegung minimal ist (mehr dazu im Folgenden) und zumindest einige positive Ergebnisse erwartet werden (können). Das bedeutet, dass insofern oftmals ein positives Kosten-Nutzen-Verhältnis entsprechender Bluffs angenommen werden könnte. Im Allgemeinen mögen z. B. vorgetäuschter Ärger oder Frustration über das Angebot der anderen Partei die andere Seite zu mehr Zugeständnissen veranlassen.⁶¹⁰ Ein vorgetäuschter harter

⁶⁰⁷ Der folgende Abschnitt (VII.3.) basiert auf S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 289 ff.

⁶⁰⁸ Siehe dazu bereits in diesem Werk unter 2. Teil, A.VI.9.

⁶⁰⁹ Zur Bedeutung von Emotionen in Verhandlungen beispielhaft *Fisher/D. Shapiro*, *Beyond Reason*, 2005, passim.

⁶¹⁰ Vgl. dazu *van Kleef/De Dreu/Manstead*, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), 510, 515.

Kampf um das endgültige Angebot verbunden mit entsprechenden vorgetäuschten Emotionen (wie Resignation beim Nachgeben) kann ebenfalls helfen, einen besseren Deal abzuschließen. Der Hinweis *hide your glee*⁶¹¹ in der einschlägigen Verhandlungsliteratur basiert auf der Idee, dass ein Verhandler anstatt seine Freude über das Ergebnis zu zeigen, lieber scheinbar um das Ergebnis ringen sollte, um der Gegenseite so zu signalisieren, dass sie den bestmöglichen Deal erhalten hat. Würde der Verhandler stattdessen seine Freude zeigen, wäre die andere Seite in der Regel weniger zufrieden mit dem Verhandlungsergebnis⁶¹² und könnte sogar versuchen, die Verhandlung noch einmal aufzunehmen, um das Verhandlungsergebnis zu verbessern.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass positive Emotionen insgesamt häufiger vorgetäuscht werden als negative. Dies lässt sich u. a. mit der stärkeren Abneigung gegen das Vortäuschen negativer Emotionen wie Ärger erklären (*lying costs*)⁶¹³ sowie mit dem erhöhten Risiko des Scheiterns von Verhandlungen, wenn zu starke negative Emotionen eingebracht werden.⁶¹⁴ Außerdem zeigt eine andere Untersuchung, dass gerade auch der strategische Einsatz positiver Emotionen helfen kann, ein Nachgeben beim Verhandlungspartner zu erreichen.⁶¹⁵ Dies verwundert insofern nicht, als ein breites Spektrum an Verhandlungsliteratur darauf hindeutet, dass ein guter *rapport* zur anderen Seite, d. h. eine gute Verhandlungsbeziehung, entscheidend für den Verhandlungserfolg ist. In dieser Hinsicht könnte es für Verhandlungsführer nützlicher sein, positive Emotionen (wie Freude, Begeisterung etc.) vorzutäuschen.⁶¹⁶ Damit soll an dieser Stelle nicht ausgesagt werden, dass negative Emotionen nicht ebenfalls ein wirksames Mittel für den Verhandlungserfolg darstellen können. Die Argumentation soll lediglich aufzeigen, warum wohl häu-

⁶¹¹ Siehe zu *hide your glee* u. a. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 221 f.

⁶¹² Thompson/Valley/R. Kramer, Journal of Experimental Social Psychology 31 (1995), 467, 467 ff.

⁶¹³ Zu *lying costs* siehe bereits unter 2. Teil, A.I.2.

⁶¹⁴ Vgl. K. Berger/M. Bernhardt/A. Bernhardt, ZKM 2011, 40, 40 allg. zum Scheitern von Verhandlungen wegen negativer Emotionen. Pillutla/Murnighan, Organizational Behavior and Human Decision Processes 68 (1996), 208, 208 ff. zeigen in ihrer Studie die Verbindung von Ärger und der Ablehnung von Angeboten auf. Allerdings ging es in ihrer Studie nicht um das Vortäuschen von Ärger. Die Ablehnung erfolgte vielmehr durch die Seite, die Ärger empfand. Hier geht es jedoch um das Risiko, dass der vorgetäuschte Ärger der einen Seite, die andere Partei dazu bringt, die Verhandlungen abzubrechen. Das kann damit erklärt werden, dass der Ärger auf der einen Seite, auch ein Gefühl von Ärger auf der anderen Seite provoziert. Siehe dazu Friedman et al., Journal of Applied Psychology 89 (2004), 369, 372 f.

⁶¹⁵ Kopelman/Rosette/Thompson, Organizational Behavior and Human Decision Processes 99 (2006), 81, 95.

⁶¹⁶ Vgl. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 166 f. (zu Emotionen) und S. 323 (zu *rapport*). Generell dazu, dass positive Emotionen zu kooperativem Verhalten und kreativer Problemlösung beitragen können K. Berger/M. Bernhardt/A. Bernhardt, ZKM 2011, 40, 41. Vgl. auch Forgas, Journal of Personality and Social Psychology 74 (1998), 565, 565 ff. dazu, wie eine positive Stimmung die Verhandlungen beeinflussen kann. Umgekehrt dazu, dass Verhandler die Verärgerung verspüren weniger „joint gains“ erzielen Allred et al., Organizational Behavior and Human Decision Processes 70 (1997), 175, 175 ff.

figer positive Emotionen vorgetäuscht werden. Ein weiterer Grund dafür, kann darin gesehen werden, dass das Vortäuschen positiver Emotionen weitgehend akzeptiert zu sein scheint.⁶¹⁷ Allerdings weist dieselbe Studie gleichzeitig darauf hin, dass weder vorgespielte positive noch negative Emotionen einen Einfluss auf die Abschlusswahrscheinlichkeit haben,⁶¹⁸ was aber auch am Untersuchungsdesign liegen könnte.⁶¹⁹

Die Besonderheit bei Lügen über Emotionen besteht darin, dass ein Teil dieser Täuschungen zu den sog. *paternalistic lies* bzw. *Pareto-white lies*⁶²⁰ oder allgemein zu den *white lies*⁶²¹ gezählt werden können.⁶²² So mag in unternehmerischen Verhandlungen beispielsweise Freude über eine geschäftliche Essenseinladung vorge-täuscht werden, obwohl sich der Eingeladene in Wahrheit nicht freut. Das Vortäuschen der Freude dient in diesem Fall dazu, die andere Seite nicht zu verletzen und eine gute Beziehung zu wahren.⁶²³ Gerade das Vortäuschen positiver Emotionen bzw. das Unterdrücken negativer Emotionen kann solche Effekte erzielen. Insofern könnte eingewandt werden, dass viele dieser Täuschungen nicht (mit-)kausal für den Vertragsabschluss werden. Allerdings dient das Vortäuschen positiver bzw. das Unterdrücken negativer Emotionen gerade dazu, eine gute Verhandlungs-atmosphäre zu schaffen, deren Ziel es ist, den Vertragsabschluss zu erleichtern. Eine gute Beziehung der Verhandler könnte insbesondere auch im Fall von Verhandlungssackgassen helfen, diese zu überwinden.⁶²⁴ Es gibt daher durchaus Kon-

⁶¹⁷ Fulmer/Barry/Long, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), S. 691, 691 ff. Die Studie zeigt, dass Bluffs über Emotionen generell als weniger schwerwiegend eingestuft werden als Täuschungen über Informationen. Auch die Siegenger Studie weist in diese Richtung (Bluff über eine negative Emotion). Nur eine Minderheit der befragten deutschen Studierenden hielt eine solche Lüge für unmoralisch (26 %), noch weniger Studierende befürworteten rechtliche Konsequenzen (12 %). Unter den deutschen Richtern hielten 40 % eine entsprechende Lüge für unmoralisch, jedoch befürworteten auch in dieser Gruppe lediglich 8 % ein Anfechtungsrecht.

⁶¹⁸ Siehe Kopelman/Rosette/Thompson, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 99 (2006), 81, 88. Das Ergebnis widerlegte eine entsprechende Hypothese der Autoren.

⁶¹⁹ So wurde die Studie beispielsweise nicht mit professionellen Verhandlern, sondern mit MBA Studierenden durchgeführt. Außerdem scheint das Verhandlungsszenario klar auf eine Einigung ausgelegt gewesen zu sein (die eine Verhandlungspartei hätte ansonsten Insolvenz anmelden müssen, die andere Seite würde zukünftige Investitionsmöglichkeiten verlieren).

⁶²⁰ Erat/Gneezy, *Management Science* 58 (2012), 723, 724 zu *Pareto-white lies*. Porat/Yadlin, *Indiana Law Journal* 91 (2016), 617, 621 verwenden den Begriff *paternalistic lies*. E. Levine/Schweitzer, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), 107, 108 verwenden die Bezeichnung *prosocial lies* für Lügen, die zugunsten der anderen Seite erzählt werden, die täuschende Seite jedoch nichts kosten.

⁶²¹ Zu *white lies* siehe allg. z. B. Bok, *Lying: Moral Choice in Public and Private Life*, 1999, S. 57–72 (auf S. 58 verbindet die Autorin die Nachteiligkeit und die Harmlosigkeit: „a white lie [...] is a falsehood not meant to injure anyone, and of little moral import.“). Siehe auch E. Levine/Schweitzer, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), 107, 108 („We define white lies as false statements made with the intention of misleading a target about something trivial“).

⁶²² Für eine Erklärung der Begriffe siehe näher unter 2. Teil, A.IV.

⁶²³ Vgl. zum Aufbau von *rapport* S. Jung/Krebs, *Die Vertragsverhandlung*, 2016, S. 323.

⁶²⁴ Anders Kopelman/Rosette/Thompson, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 99 (2006), 81, 88, deren Studie zumindest nicht darauf hindeutet, dass davon die Ab-

stellationen, in denen Kausalität angenommen werden kann. Das Vortäuschen negativer Emotionen zielt dagegen nicht auf vergleichbare, positive Effekte ab. So machen Verhandler teils auf der Sachebene Zugeständnisse, um einen vermeintlich zornigen Verhandlungspartner zu besänftigen (und die Geschäftsbeziehung zu retten).⁶²⁵ Aber auch in diesem Fall kann durchaus Kausalität vorliegen.⁶²⁶

Im Gegensatz zu Lügen über den Leistungsgegenstand fallen die Transaktionskosten, die durch entsprechende Bluffs im Baseline Szenario hervorgerufen werden, allerdings wohl sehr gering aus. Der Täuschende muss praktisch keinerlei Ressourcen aufwenden, um die entsprechenden Emotionen vorzutäuschen. Selbst wenn die andere Seite mit einer solchen Täuschung rechnet, wird sie wiederum kaum Ressourcen in die Vorbeugung entsprechender Bluffs investieren. Es ist zudem nicht bekannt, dass Unternehmen Zeit und Geld investieren, um emotionale Irreführungen aufzudecken und zu verfolgen. Es wird generell lediglich versucht, durch aufmerksames Beobachten entsprechende Bluffs zu erkennen. Selbst wenn dieses Vorgehen gewisse Transaktionskosten hervorrufen mag, so sind diese jedoch sehr gering. Außerdem verwenden Verhandler generell wohl eine gewisse Energie darauf, für die Sachebene irrelevante Emotionen auszublenden und Entscheidungen auf der Sachebene rational anstatt (übermäßig) emotional zu treffen.⁶²⁷ Dies gilt jedoch unabhängig von Täuschungen bezüglich Emotionen, weshalb der Aufwand durch Irreführungen insofern nicht erhöht wird.

Täuschungen über Emotionen beeinflussen gewöhnlich auch nicht das BATNA und damit auch nicht das ZOPA. Regelmäßig sollten solche Bluffs daher höchstens

schlusswahrscheinlichkeit betroffen ist. Siehe zu den möglichen Besonderheiten dieser Studie bereits in Fn. 619 im 4. Teil. C. *Karrass*, *Give and Take*, 2. Aufl. 2016, S. 55 weist darauf hin, dass Verhandler generell negative Emotionen empfinden, wenn sie sich in einer Verhandlungssackgasse befinden (die Ausführungen beziehen sich ansonsten auf die taktische Nutzung von Deadlocks).

⁶²⁵ Vgl. *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 19ff. („separate the people from the problem“) und S. 159f., die davor warnen. Das Harvard Verhandlungskonzept rät vielmehr zur Trennung von Sach- und Beziehungsebene und schlägt insofern vor, Probleme auf der Beziehungsebene nicht mit Zugeständnissen auf der Sachebene zu lösen. Siehe auch *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 23f. Vgl. auch *van Kleef/De Dreu/Manstead*, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), 510, 515, die zeigen, dass Verhandler ggü. vermeintlich verärgerten Verhandlungspartnern stärker nachgeben.

⁶²⁶ *van Kleef/De Dreu/Manstead*, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), 510, 516ff. zeigen allerdings auch, dass der Effekt von Emotionen von verschiedenen Rahmenumständen abhängt (z. B. von Zeitdruck und der eigenen Verhandlungsstärke).

⁶²⁷ Vgl. auch *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 162 („while people often do not negotiate rationally, it is worth trying to yourself“). Das Harvard Verhandlungskonzept rät zur Trennung von Sach- und Beziehungsebene und fordert für die Sachebene eine rationale Entscheidungsfindung (anhand des BATNA). Zur Bedeutung des BATNA *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 102 („That [das BATNA, Anm. der Autorin] is the standard against which any proposed agreement should be measured“). *K. Berger/M. Bernhardt/A. Bernhardt*, *ZKM* 2011, 40, 41 betonen die positiven Effekte von Emotionen bzgl. der Situationseinschätzung und Entscheidungsfindung.

die Verteilung innerhalb des ZOPA betreffen (sofern es ein ZOPA gibt⁶²⁸) oder bei einem bestehenden ZOPA die Abschlusswahrscheinlichkeit erhöhen. Das übermäßige Vorspiegeln negativer Emotionen könnte in Extremfällen allerdings einen Verhandlungsabbruch provozieren und somit den Abschluss eines wohlfahrtsmehrenden Vertrags verhindern.⁶²⁹ Solche Situationen dürften aber die Ausnahme darstellen, da es sich um vorgetäuschte Emotionen handelt und dem Täuschenden somit die Möglichkeit bleibt, gegenzusteuern. Umgekehrt kann das Vortäuschen von positiven Emotionen im Einzelfall dabei helfen, den Verhandlungskuchen zu vergrößern. So kann vor allem Wertschätzung die andere Seite dazu ermuntern, konstruktive Vorschläge in die Verhandlung einzubringen.⁶³⁰

Das Risiko, dass Täuschungen über Emotionen eindeutig aufgedeckt werden, erscheint zudem äußerst gering. Denn in den meisten Fällen kann nur der Täuschende angeben, ob eine Emotion echt oder nur vorgespielt war. Es handelt sich insofern um eine innere Tatsache, die dem Beweis regelmäßig nicht zugänglich ist. Im Fall schlecht vorgetäuschter Emotionen wird das Gegenüber zwar Verdacht schöpfen. Das Risiko besteht wohl vor allem bei sehr starken, vorgespielten Emotionen. Aber selbst dann wird sich der Bluff nicht einwandfrei nachweisen lassen.⁶³¹ Selbst die Bezugnahme auf die Emotionen anderer Personen (wie dem Vorgesetzten) bleibt für das Gegenüber zumeist kaum überprüfbar. Für soziale Sanktionen oder Handlungsalternativen ist es jedoch nicht notwendig, einen konkreten Beweis für die Lüge zu liefern. In diesen Fällen kann ein (starker) Verdacht ausreichend sein.

Dennoch ist wohl selbst dann nicht damit zu rechnen, dass die getäuschte Seite harte soziale Sanktionen oder andere Reaktionsmöglichkeiten ergreifen wird. Zu bedenken ist insofern, dass insbesondere *Pareto-white lies* generell als weniger negativ wahrgenommen werden. Es wird dem Täuschenden insofern Verständnis entgegengebracht, wenn er anführen kann, dass er aus altruistischen und nicht aus egoistischen Motiven gehandelt hat.⁶³² Diese Argumentation könnte vor allem mit Blick auf vorgetäuschte positive Emotionen greifen. Eine andere Studie deutet zudem darauf hin, dass Bluffs über Emotionen im Allgemeinen als weniger schwer-

⁶²⁸ Wenn es kein ZOPA gibt, würde der Vertrag unabhängig von der Lüge nicht zustande kommen und somit würde die Lüge in diesem Fall auch keine Umverteilung bewirken.

⁶²⁹ Anders *Kopelman/Rosette/Thompson*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 99 (2006), 81, 88, deren Studie zumindest nicht darauf hindeutet, dass davon die Abschlusswahrscheinlichkeit betroffen ist.

⁶³⁰ Vgl. *Fisher/D. Shapiro*, *Beyond Reason*, 2005, S. 25–51, die allgemein die Bedeutung von Wertschätzung für Vertragsverhandlungen erörtern.

⁶³¹ Man stelle sich eine Situation vor, in der Verhandlungspartner A seine Freude über eine Einladung zum Abendessen vortäuscht. Selbst wenn er seinem Kollegen B erzählt, dass er den Konkurrenten über seine Gefühle angelogen hat, kann die Aussage von B die Lüge nicht sicher beweisen, da A auch B angelogen haben könnte. Nur A kennt die Wahrheit und könnte zugeben, dass er gelogen hat.

⁶³² *D. L. Shapiro*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), 614, 625.

wiegend angesehen werden als Täuschungen über Informationen.⁶³³ Die Siegener Studie bestätigt dies.⁶³⁴ Dies erscheint auch insofern plausibel, als Emotionen etwas zutiefst Persönliches sind. Es besteht daher wohl eine Sensibilität dafür, dass niemand gezwungen werden möchte, seine wahren Emotionen zu offenbaren.⁶³⁵ Aus diesem Grund könnten Lügen auch als legitim erachtet werden, wenn es sich um besonders sensible Emotionen handelt, da das Lügen in diesen Fällen dem Schutz dieser persönlichen Emotion dient.⁶³⁶

Aus ökonomischer Sicht bedeutet das zum einen, dass regelmäßig selbst das Wahrheitssignal des Täuschenden kaum verwässert werden dürfte. Externalitäten in Bezug auf andere Marktteilnehmer erscheinen noch unwahrscheinlicher. Das liegt bereits daran, dass solche Lügen wohl nicht in großem Stil publik gemacht werden. Andere ehrliche Verhandler werden zudem wohl keine Ressourcen aufwenden, um die Ehrlichkeit bezüglich ihrer Emotionen zu signalisieren. Am wahrscheinlichsten ist es, dass ehrliche Verhandler auf Authentizität setzen und darauf vertrauen, dass ihr Gegenüber tatsächlich empfundene und lediglich vorgespielte Emotionen unterscheiden kann.

Auch der Spillover-Effekt ist nicht leicht auf Situationen, in denen über Emotionen getäuscht wird, zu übertragen. Mit Blick auf *white lies* scheint es allerdings gewisse Effekte zu geben. Insofern lernen viele Menschen bereits sehr früh, dass *white lies* eine erfolgreiche Strategie in der zwischenmenschlichen Interaktion darstellen und setzen sie daher auch ein.⁶³⁷ *White lies* sind wiederum eng verwandt mit Täuschungen über positive Emotionen. Daher ist es wahrscheinlich, dass Menschen ebenfalls früh lernen, dass das Vortäuschen positiver Emotionen eine erfolgreiche Strategie sein kann. Dies hätte aber, wie soeben gezeigt, eher positive als negative Auswirkungen auf unternehmerische Verhandlungen. Ob entsprechende Spillover-Effekte in Bezug auf negative Emotionen bestehen, erscheint hingegen nicht eindeutig. Es könnte eine gewisse Hemmschwelle geben, negative Emotionen, wie z. B. Empörung, vorzutäuschen, nur weil auch andere Personen dies tun.

Im Ergebnis deutet die ökonomische Analyse in diesem Fall darauf hin, dass Lügen bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens von Emotionen im Baseline Szenario keine oder höchstens sehr geringe ökonomische Nachteile mit sich bringen. Mit größeren negativen Effekten ist wohl höchstens bei vorgetäuschten, sehr stark negativen Emotionen zu rechnen. Selbst ohne die Erkenntnisse des Vergleichsszenarios erscheint eine gesetzliche Regelung daher nach hier vertretener Ansicht bereits mit Blick auf das Baseline Szenario aus ökonomischer Sicht nicht

⁶³³ Fulmer/Barry/Long, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), 691, 691 ff.

⁶³⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.2.

⁶³⁵ Vgl. Nyberg, *The Varnished Truth*, 1992, S. 128–136 zu Lügen und Privatsphäre.

⁶³⁶ Siehe zum Recht auf Lüge und in diesem Zusammenhang zum Schutz des Rechts zu Schweigen näher unter 4. Teil, G.V.6.

⁶³⁷ Vgl. Talwar/Crossman in: Benson (Hrsg.), *Advances in Child Development and Behavior*, Bd. 40, 2011, S. 139, 150–153 zum Lernprozess von Kindern mit Blick auf prosoziale Lügen.

sinnvoll zu sein. Nur im Fall von stark negativen Emotionen könnte dies anders bewertet werden, weshalb eine Erörterung des Vergleichsszenarios dennoch notwendig erscheint.

b) Vergleichsszenario

Aufgrund der oben bereits angeführten Schwierigkeiten, Täuschungen über Emotionen zu erkennen und Beweise zu sammeln, könnte eine gesetzliche Regelung, die ein Anfechtungsrecht und Schadensersatzansprüche gewährt, nicht effektiv durchgesetzt werden. Es wäre nicht nur äußerst schwierig (oder in manchen Fällen sogar unmöglich), die Lüge selbst zu beweisen, sondern dieselben Probleme bestünden zudem bzgl. der Kausalität und ggf. eines konkreten Schadens. Dies gilt unabhängig davon, dass Rechte und Ansprüche wohl selbst ohne Beweisschwierigkeiten nicht durchgesetzt werden würden. Darauf weist die Tatsache hin, dass solche Täuschungen allgemein sogar als moralisch akzeptabel angesehen werden und das Rechtsgefühl generell gegen rechtliche Konsequenzen für solche Lügen spricht.⁶³⁸ Wie oben unter 4. Teil, G.IV.2.d) bereits ausgeführt wurde, nimmt die Durchsetzung von Rechten und Ansprüchen wahrscheinlich ab, wenn ein Gesetz stark vom vorherrschenden Rechtsgefühl abweicht. Außerdem ist der einzige Fall, der erhebliche negative Konsequenzen (für beide Seiten) mit sich bringt, derjenige, in dem die Lüge über Emotionen zum Abbruch der Verhandlungen trotz eines bestehenden ZOPA (*zone of possible agreement*) führt. Dieses Risiko besteht vor allem bei vorgetäuschten, stark negativen Emotionen. Das Anfechtungsrecht und der vertragliche Schadensersatz erfassen diese Konstellation jedoch gerade nicht, da die Lüge insofern nicht kausal für den Vertragsschluss wird. Nur das Deliktsrecht könnte diesen Aspekt potenziell abdecken (dies wird in diesem Werk nicht erörtert). Aber auch ein solches Gesetz würde aufgrund der Beweisproblematik wohl nicht das Ziel erreichen, die negativen Folgen tatsächlich abzumildern.

Im Ergebnis sind die negativen Konsequenzen von Täuschungen über Emotionen somit bereits von vornherein stark begrenzt. Selbst wenn man von bestimmten negativen Folgen ausginge, könnten gesetzliche Regelungen diesen allerdings wohl nicht wirksam entgegenreten. Aus ökonomischer Sicht sind entsprechende rechtliche Regeln daher abzulehnen.

4. Alternativen und Alternativangebote

In Verhandlungen wird häufig versucht, die eigene Verhandlungsmacht⁶³⁹ stärker aussehen zu lassen, als sie tatsächlich ist. Dafür wird regelmäßig über das eigene

⁶³⁸ Vgl. insofern die Ergebnisse der Siegener Studie, die bereits ausführlich unter 4. Teil, B.II. und C.IV. geschildert wurden.

⁶³⁹ Der folgende Abschnitt (VII.4.) wurde basierend auf *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 292 ff. weiterentwickelt.

oder fremde BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) geblufft. Die folgenden Ausführungen beziehen sich allein auf Täuschungen über das eigene BATNA in Form von besseren Alternativangeboten, d. h. es wird die Better-offer-Taktik⁶⁴⁰ untersucht, die auf einem Bluff basiert.

a) Baseline Szenario

Es ist davon auszugehen, dass die Better-offer-Taktik basierend auf einem Bluff gerade im Baseline Szenario sehr häufig eingesetzt würde, da sie dem Lügner helfen kann, ein besseres Ergebnis zu erzielen und die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung gleichzeitig nicht besonders hoch ist, weshalb im Ergebnis wohl regelmäßig von einer günstigen Kosten-Nutzen-Relation auszugehen ist.

Da sich aus der Zusammenschau der BATNA beider Seiten entweder ein ZOPA (*zone of possible agreement*) oder ein NOPA (*no zone of possible agreement*) ergibt, beeinflussen Täuschungen über das eigene BATNA grundsätzlich die wahrgenommene (Nicht-)Einigungszone. Unter 4. Teil, G.V.3.a) wurden bereits die (vermeintlichen) Auswirkungen von Lügen auf das ZOPA/NOPA beschrieben. Sie sollen hier daher nicht noch einmal wiederholt werden. Auf die möglichen Auswirkungen auf das von den Verhandlungsparteien erzielte Ergebnis sei an dieser Stelle aber noch einmal hingewiesen. Es werden insofern im Folgenden lediglich die Auswirkungen genannt, die bei Täuschungen über das eigene BATNA in Form eines besseren Alternativangebots im Fall von rational geführten Verhandlungen auch realistisch betrachtet eintreten können (die anderen Optionen werden ausgelassen) und diese noch einmal prägnant erörtert:

- Die Parteien erzielen keine Einigung, obwohl ein ZOPA besteht,
- die Parteien erzielen keine Einigung und es besteht auch kein ZOPA,
- die Parteien erzielen eine Einigung innerhalb des (wahren) ZOPA.

Erzielen die Parteien keine Einigung, obwohl ein ZOPA besteht, so führt die Lüge zu einer sogenannten Lose-lose-Situation, die bereits unter 4. Teil, G.V.3.a)bb) erörtert wurde. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, bedingen solche Täuschungen somit einen Rückgang wohlfahrtsmehrender Markttransaktionen. In der Praxis dürfte dieser Effekt nach hier vertretener Ansicht allerdings wohl relativ gering ausfallen, da Lügner einem solchen Ergebnis wohl (oft erfolgreich) entgegensteuern würden.

Wie bereits unter 4. Teil, G.V.3.a)bb) ausgeführt wurde, sind zudem Bluffs, die den (korrekten) Eindruck der Partei verstärken, dass kein ZOPA besteht, aus ökonomischer Sicht in Bezug auf das konkrete Verhandlungsergebnis beispielsweise relativ unproblematisch. Die Täuschung hat dann keine signifikanten Auswirkun-

⁶⁴⁰ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.3.

gen auf die konkrete Verhandlung,⁶⁴¹ da der Vertrag auch ohne die Lüge nicht abgeschlossen worden wäre.

Das letztgenannte Ergebnis (die Parteien erzielen eine Einigung innerhalb des [wahren] ZOPA) ist vielmehr das, auf welches der Lügner abzielt. Er hofft, durch die Better-offer-Taktik die Verteilung innerhalb des ZOPA zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Es geht der täuschenden Seite somit darum, durch die Better-offer-Taktik ein größeres Stück vom sog. „Verhandlungskuchen“ zu erhalten. Die Einigung bleibt allerdings für beide Seiten weiterhin ökonomisch sinnvoll⁶⁴² und die Transaktion ist damit als wohlfahrtsmehrend einzustufen.

Zu bedenken ist allerdings, dass Irreführungen über das eigene BATNA auch in dieser Konstellation die Transaktionskosten auf der Seite des Lügners erhöhen, da dieser überzeugend ein besseres Angebot präsentieren muss. Die Kosten hierfür können variieren. Unspezifische mündliche Aussagen erfordern weniger Aufwand als präzise, differenzierte Angaben, die ggf. belegt werden müssen. Allerdings verursachen solche Täuschungen Transaktionskosten für die Partei, die befürchtet belogen zu werden. Denn aufgrund der potenziellen distributiven Auswirkungen innerhalb des ZOPA wird die andere Partei präventive Maßnahmen ergreifen und möglicherweise auch Ressourcen in die Aufdeckung investieren. Es ist zudem nicht ausgeschlossen, dass die getäuschte Partei im Falle der Aufdeckung einer entsprechenden Lüge zu bestimmten sozialen Sanktionen oder anderen Maßnahmen wie Nachverhandlungen greifen würde, die wiederum entsprechende Transaktionskosten verursachen würden. Da die Siegener Studie jedoch zeigt, dass gerade professionelle Verhandler Bluffs eines Käufers über Alternativangebote als moralisch relativ unproblematisch einordnen, könnten die entsprechenden Transaktionskosten relativ moderat ausfallen.

Aus der Siegener Studie lässt sich ansonsten allerdings auch ablesen, dass die moralische Bewertung dieser Art von Täuschung stark variiert. Einige der befragten Gruppen stufen sie als eindeutig unmoralisch ein, während andere Gruppen gespalten sind.⁶⁴³ Außerdem scheint es auch darauf anzukommen, ob der Käufer oder der Verkäufer diese Taktik einsetzt. Insofern werden Täuschungen des Verkäufers über sein BATNA etwas kritischer bewertet.⁶⁴⁴ Insgesamt ist somit zwar mit keiner übermäßigen, aber wohl mit einer gewissen Verwässerung des Wahrheitssignals sowie einem entsprechenden Vertrauensverlust zu rechnen. Ein gewisser Spillover-Effekt erscheint ebenfalls plausibel. So ist es gerade bei der BATNA-

⁶⁴¹ Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, wie die Täuschung auf zukünftige Verhandlungen oder andere Marktteilnehmer wirkt.

⁶⁴² S. Jung, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), 255, 275. Siehe dazu allgemein wiederum S. Jung/Matejek, *ZKM* 2021, 102, 104 („Innerhalb des ZOPA stellt jede mögliche Einigung eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung für beide Seiten dar“).

⁶⁴³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II. Zu gruppenspezifischen Effekten siehe auch S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022, S. 1, 1 ff. (unveröffentlichte Fassung).

⁶⁴⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.

Lüge für die getäuschte Seite u. U. durchaus möglich, mit einer Gegenlüge über ihr eigenes BATNA zu reagieren.⁶⁴⁵ Außerdem könnte die getäuschte Seite es für legitim halten, weniger schwerwiegende Bluffs in der Verhandlung mit dem Lügner oder Dritten einzusetzen. Dritte, die erkennen, dass solche Täuschungen erfolgreich sind, könnten ebenfalls beginnen, sie in ihren eigenen Verhandlungen zu nutzen. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass vor allem schwächere Parteien von der Better-offer-Taktik profitieren könnten, da entsprechende Lügen gerade eine stärkere Verhandlungsposition vortäuschen sollen.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass Lügen über das eigene BATNA in Form von besseren Alternativangeboten gewisse negative ökonomische Konsequenzen entfalten. Es lohnt sich daher zu untersuchen, ob gesetzliche Regelungen diese Folgen effektiv abmildern können.

b) Vergleichsszenario

Gesetzliche Regelungen können die soeben für das Baseline Szenario beschriebenen negativen ökonomischen Folgen im Ergebnis nur teilweise abmildern. In Situationen, in denen die Täuschung tatsächlich dazu führt, dass die Parteien keine Einigung trotz eines bestehenden ZOPA erzielen, können ein Anfechtungsrecht und vertragliche Schadensersatzansprüche beispielsweise keine Steuerungswirkung entfalten, da sie diesen Fall nicht erfassen. Insofern könnten höchstens deliktische Ansprüche und strafrechtliche Sanktionen wirksam sein, die hier jedoch nicht betrachtet wurden. Zu bedenken ist zudem, dass in vielen Rechtsordnungen der Geschädigte nur für sein negatives Interesse entschädigt würde und insgesamt höchstens einen Teil seiner tatsächlichen Kosten ersetzt bekäme. Die getäuschte Partei wäre damit selbst bei entsprechenden gesetzlichen Vorgaben regelmäßig nicht in einer vergleichbaren Situation, wie wenn der Vertrag geschlossen worden wäre.

Einige negative Auswirkungen ergeben sich zudem selbst dann, wenn die Lüge nicht kausal für den Vertragsabschluss wird (es aber dennoch zum Vertragsschluss kommt). Insofern sind insbesondere weiterhin Transaktionskosten und ein gewisser Vertrauensverlust und ggf. ein Spillover-Effekt zu verzeichnen. Aufgrund der fehlenden Kausalität greift das Recht jedoch auch in dieser Situation nicht steuernd ein.

Erzielen die Parteien hingegen eine Einigung innerhalb des (wahren) ZOPA und kommt es aufgrund der Täuschung über das BATNA zu einer Umverteilung, so ist zu bedenken, dass ein Anfechtungsrecht sich in diesen Fällen auf eine ursprünglich wohlfahrtsmehrende Transaktion richten würde.⁶⁴⁶ Für die Parteien (sowie ge-

⁶⁴⁵ Auch wenn dies für den Verkäufer generell etwas schwieriger ist. Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.VI.

⁶⁴⁶ Da das BATNA im Zeitablauf dynamisch ist, kann die Situation nach Vertragsschluss von den Parteien anders bewertet werden.

samtvolkswirtschaftlich betrachtet) erscheinen in solchen Fällen daher Schadensersatzansprüche sinnvoller.⁶⁴⁷

Zudem sind im Rahmen des Vergleichsszenarios Schwierigkeiten bezüglich der Durchsetzung zu berücksichtigen. Denn die Aufdeckung entsprechender Bluffs und die Vorlage von stichhaltigen Beweisen kann zwar in bestimmten Fällen gelingen, wird der getäuschten Seite jedoch in anderen Situationen wohl schwerfallen. Letzteres lässt sich damit begründen, dass Informationen über das eigene BATNA generell nur der täuschenden Seite sowie dem Unternehmen, welches angeblich das bessere Angebot unterbreitet hat, zur Verfügung stehen. Theoretisch ist aber sowohl die Aufdeckung der Lüge als auch das Sammeln der Beweise möglich. Das Rechtsgefühl der meisten der befragten Gruppen zeigt allerdings, dass nur eine Minderheit eine gesetzliche Regelung solcher Bluffs befürwortet. Dies spricht dafür, dass die tatsächliche Durchsetzung entsprechender Rechte und Ansprüche selbst im Falle der Aufdeckung einer Lüge oft nicht erfolgen würde. Sowohl in den USA als auch in Deutschland gibt es dementsprechend – wenn überhaupt – nur wenige einschlägige Urteile, obwohl davon ausgegangen werden kann, dass dies in beiden Ländern eine sehr gängige Taktik in unternehmerischen Vertragsverhandlungen darstellt.

Die tatsächliche Steuerungswirkung entsprechender gesetzlicher Vorgaben wäre daher im Ergebnis wohl begrenzt. Die bloße Existenz einer Regelung würde jedoch die Verhandlungsposition der getäuschten Partei bei späteren Verhandlungen im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung oder bei Nachverhandlungen verbessern. Um das Kosten-Nutzen-Verhältnis dieser Taktik signifikant zu beeinflussen, müsste der Gesetzgeber aber wahrscheinlich schärfere Sanktionen, wie z. B. strafrechtliche Sanktionen, vorsehen. Insgesamt liefert die ökonomische Analyse nach hier vertretener Ansicht damit kein eindeutiges Ergebnis in Bezug auf die Vortäuschung eines besseren BATNA.

5. Rechtliche Situation

Lügen über die Rechtslage⁶⁴⁸ umfassen z. B. Täuschungen über die Zulässigkeit bzw. die Unzulässigkeit bzw. die Rechtsfolgen bestimmter Handlungen sowie Lügen über wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren oder das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Regeln.⁶⁴⁹ Lügen über die Zulässigkeit einer Handlung, d. h. die Darstellung einer unrechtmäßigen Handlung als rechtmäßig, kann im Erfolgsfall zum Rechtsbruch mit seinen damit verbundenen Konsequenzen führen. Die

⁶⁴⁷ Sofern man an dieser Stelle von einem nicht-dynamischen BATNA ausgeht.

⁶⁴⁸ Vgl. auch die Ausführungen zur Taktik „falsche rechtliche Bedenken“ unter 2. Teil, A.VI.6.

⁶⁴⁹ *Schopenhauer*, Die Kunst Recht zu behalten, 2008, S. 28 befasst sich mit dieser Taktik als Kunstgriff 28 unter der Bezeichnung *argumentum ad auditores*. Siehe zu dieser Taktik statt vieler auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 415 ff. (Stichwort: Vorbringen einer falschen Rechtsansicht). Siehe zu dieser Kategorie von Täuschungen bereits unter 3. Teil, C.X.4.

Lüge über die Unzulässigkeit einer Handlung führt hingegen im Erfolgsfall dazu, dass eine rechtmäßige Handlung nicht durchgeführt wird, da fälschlicherweise von deren Unzulässigkeit ausgegangen wird. Ähnliche Wirkungen können Irreführungen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Regeln haben.

a) Wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren

Im Folgenden werden das Baseline Szenario und das Vergleichsszenario in einem einzigen Schritt geprüft, um Ausführungen, die im Endeffekt nicht relevant werden, zu vermeiden. Die Analyse beschränkt sich auf eine grobe Abschätzung der Effekte. Wie bei den anderen Gegenständen der Täuschung lässt sich auch mit Blick auf Bluffs über den wahrscheinlichen Ausgang eines Gerichtsverfahrens nicht sicher sagen, wie häufig solche Lügen im Baseline Szenario in unternehmerischen Verhandlungen eingesetzt würden. Aufgrund der Komplexität des heutigen Rechts und den teils bestehenden Rechtsunsicherheiten gerade bei außergewöhnlichen Fallkonstellationen, lässt sich aber vermuten, dass solche Bluffs in der Praxis durchaus üblich wären. Lügen über wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren würden dabei wohl oftmals als Meinung formuliert („Meiner Ansicht nach werden wir diesen Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit gewinnen.“). Zwar stellt grundsätzlich auch die Tatsache, ob man eine Meinung tatsächlich vertritt oder nicht, eine Tatsache dar.⁶⁵⁰ Wie unter 4. Teil, G.IV.2.b) bereits ausgeführt, lässt sich allerdings grundsätzlich nicht beweisen, ob eine Person eine Meinung nun tatsächlich vertritt oder lediglich so tut. Denn insofern handelt es sich um eine innere Tatsache, die sich einer Überprüfung prinzipiell entzieht. Unabhängig davon, zu welchen konkreten Konsequenzen solche Bluffs im Baseline Szenario führen, bedeutet dies somit, dass ein Gesetz, welches solche Irreführungen ebenfalls erfasst (Vergleichsszenario), in der Praxis praktisch nicht durchgesetzt werden⁶⁵¹ und damit auch keine Steuerungswirkung erzielen könnte. Es könnte damit etwaige bestehende negative ökonomische Konsequenzen nicht abmildern. Eine gesetzliche Regelung solcher Täuschungen ist daher bereits aufgrund der praktisch unmöglichen Durchsetzung nicht sinnvoll. Das liegt aber nicht am Täuschungsgegenstand, sondern an der Tatsache, dass über eine Meinung geblufft wird.

Denn zu einem anderen Ergebnis könnte man mit Blick auf solche Bluffs kommen, die sich nicht auf Meinungsäußerungen, sondern auf Tatsachen beziehen. Diese scheinen aber gerade in Bezug auf den wahrscheinlichen Ausgang von Ge-

⁶⁵⁰ Das deutsche Recht erfasst daher auch sog. innere Tatsachen. Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.2.b)aa). Zur Erfassung innerer Tatsachen auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Martens* in: Soergel BGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2023, § 123 Rn. 27; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 8. Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 (im Zusammenhang mit Absichten); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3 (allgemein unter Nennung von Absichten als Beispiel).

⁶⁵¹ Zur Durchsetzung von Ansprüchen bereits unter 4. Teil, G.IV.2.b).

richtsverfahren weniger relevant zu sein, obwohl in bestimmten Fällen durchaus zukünftige Entscheidungen eindeutig vorhergesagt werden können. In anderen Fällen könnte zudem zumindest der Tatsachenkern betroffen sein.

b) Täuschungen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen

aa) Baseline Szenario

Bei Täuschungen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen geht es hingegen zumindest regelmäßig auch um Irreführungen über Tatsachen und nicht allein um das Präsentieren von Meinungen. Die Häufigkeit, mit der in Verhandlungen im Baseline Szenario über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen geblufft würde, lässt sich nicht exakt bestimmen. Da sich solche Lügen allerdings in erheblichem Maße auf den Verhandlungsverlauf auswirken können, ist im Baseline Szenario durchaus davon auszugehen, dass Anreize zum Einsatz entsprechender Lügen bestehen. Allerdings lassen sich solche Lügen relativ gut aufdecken, was ebenfalls mit Blick auf die Kosten-Nutzen-Relation berücksichtigt werden muss. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass die Aufdeckung umso schwerer fällt, je komplexer sich die Rechtslage darstellt. Außerdem werden solche Bluffs als eindeutig unmoralisch betrachtet,⁶⁵² was ebenfalls einen gewissen regulierenden Effekt haben könnte. Im Ergebnis ist aber wohl davon auszugehen, dass solche Lügen zwar wohl nicht oft, aber zumindest ab und zu im Baseline Szenario in Verhandlungen eingesetzt würden.

Lügen über die Zulässigkeit einer Handlung, also Bluffs, die zu einem Rechtsbruch führen können, sind dann mit erheblichen negativen Konsequenzen verbunden. Dies liegt zum einen daran, dass das verbotene Verhalten womöglich selbst ökonomisch (sehr) nachteilhaft ist (z. B. der Verstoß gegen das Kartellverbot und die damit verbunden negativen ökonomischen Folgen z. B. für Verbraucher). Zum anderen bedingt dies für den Getäuschten negative Konsequenzen, da er nach dem Rechtsbruch möglicherweise die rechtlichen Konsequenzen zu tragen hat (z. B. hohe Strafen im Fall der Aufdeckung eines Kartells). Ein Vertrag, der zu einem Rechtsbruch führt, liegt zudem regelmäßig außerhalb des ZOPA, sodass die getäuschte Seite eine bessere Alternative zu diesem Vertragsschluss besessen hätte und der Vertragsschluss damit wohlfahrtsmindernd ist. Es kommt durch solche Täuschungen zudem zu einer starken Störung des Wahrheitssignals, und zwar sowohl des Täuschenden als auch im Markt generell, da anzunehmen ist, dass sich solch gravierende Lügen sogar „herumsprechen“ bzw. publik gemacht würden. Der Vertrauensverlust in den Täuschenden, aber auch in andere Marktteilnehmer, wäre somit vermutlich erheblich. Darauf deutet die Siegener Studie ebenfalls hin. Denn Lügen über die Zulässigkeit einer in Wahrheit unzulässigen Handlung werden von den befragten Richtern und Studierenden als eindeutig unmoralisch einge-

⁶⁵² Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.2. und C.IV.2.

stuft. Bei den Richtern sprachen sich sogar 100 % dafür aus, dass solche Täuschungen moralisch verwerflich sind. Bei den Studierenden waren es immerhin noch 95 %.

Da es sich bei Täuschungen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen somit um eine gravierende Lüge handelt, bestünde zugleich die Gefahr, dass die Tolerierung solcher Irreführungen, zu signifikanten Spillover-Effekten führen würde (über den Erst-Recht-Schluss, siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.5.d)). Bei Lügen über die Zulässigkeit ist dies sogar in doppelter Hinsicht zu fürchten. Zum einen könnte die getäuschte Seite dies als Rechtfertigung für andere Bluffs in der konkreten Verhandlung mit dem Lügner, aber ggf. auch mit anderen Marktteilnehmern ansehen. Zum anderen könnten andere Marktteilnehmer, die von der Lüge erfahren, sich ebenfalls „berechtigt“ fühlen, in ihren Verhandlungen zu täuschen. Gleichzeitig kann es noch einen gewissen Spillover-Effekt mit Blick auf die gebrochene Rechtsregel geben. Denn Marktteilnehmer werden eventuell von dem Rechtsbruch (z. B. dem Kartellverstoß) erfahren. Unter Umständen erkennen sie dabei nicht, dass dieser Rechtsbruch von einer Seite aufgrund einer Täuschung durchgeführt wurde. Die Kenntnis über den Rechtsbruch kann dann die Erwartungen anderer Marktteilnehmer an solche Rechtsbrüche verändern. Außerdem bleibt für den Gesetzgeber zu bedenken, dass gerade Lügen über die Rechtslage (hier in Form der Lüge über die Zulässigkeit einer Handlung) das Vertrauen in die Rechtsordnung insgesamt schwächen können. Die Rechtsordnung hat daher bereits ein Eigeninteresse daran, solche Irreführungen zu unterbinden und dadurch sowohl Spillover-Effekte als auch Ansehensverlust der Rechtsordnung zu vermeiden.

Aufgrund der möglichen erheblichen negativen Konsequenzen für den Getäuschten bedingen Täuschungen über die Zulässigkeit einer Handlung zudem nicht unerhebliche Transaktionskosten. So muss der Lügner die Lüge glaubhaft vermitteln. Insbesondere beim Einsatz eines spezialisierten Juristen mag dies nicht unerhebliche Transaktionskosten hervorrufen.⁶⁵³ Zudem ist in Einzelfällen auch die Anfertigung von Rechtsgutachten denkbar, was ebenfalls zu nicht unerheblichen Transaktionskosten für den Täuschenden führen würde. Muss der Verhandlungspartner wiederum entsprechende Lügen befürchten, wird er Zeit und Ressourcen investieren, um die Rechtslage selbst zu ermitteln, um nicht auf mögliche Bluffs der Gegenseite „hereinzufallen“. Oder er wird Ressourcen in die Aufdeckung möglicher Irreführungen investieren. Wird dann tatsächlich eine entsprechende Täuschung aufgedeckt, so ist mit weiteren Transaktionskosten zu rechnen, die entweder auf Nachverhandlungen, alternative Streitbeilegungen oder auf Gerichtsverfahren zurückgeführt werden können.

⁶⁵³ Die Transaktionskosten steigen, wenn der In-House-Jurist ansonsten nicht an der Verhandlung teilgenommen hätte.

bb) Vergleichsszenario

Eine rechtliche Regelung der Thematik, wie sie im Vergleichsszenario vorgesehen ist, kann die genannten negativen ökonomischen Effekte wirksam abmildern. Das liegt unter anderem daran, dass sich die Zulässigkeit von Handlungsoptionen relativ leicht nachweisen lässt. Dadurch besitzt die getäuschte Seite die Möglichkeit, ihr gewährte Ansprüche und Rechte geltend zu machen. Aufgrund der möglichen erheblichen negativen Folgen der Lüge für die getäuschte Partei kann sich sogar eine gerichtliche Durchsetzung lohnen. Die Siegener Studie zeigt zudem, dass eine klare Mehrheit der befragten Richter⁶⁵⁴ und Studierenden⁶⁵⁵ in Deutschland für solche Täuschungen auch rechtliche Konsequenzen (konkret ein Anfechtungsrecht) befürwortet.⁶⁵⁶ Es ist daher davon auszugehen, dass ein entsprechendes Recht wohl in nicht unerheblichem Umfang durchgesetzt würde. Ein Blick in die (deutsche) Rechtsprechung zeigt, dass allgemein Lügen über die Rechtslage einer der wenigen Aspekte außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) sind, zu denen überhaupt Rechtsprechung vorliegt.⁶⁵⁷ Es ist daher im Ergebnis davon auszugehen, dass eine entsprechende Regelung Steuerungswirkung entfalten und damit die negativen ökonomischen Auswirkungen abmildern könnte, selbst wenn eine solche gesetzliche Regelung die negativen Konsequenzen solcher Bluffs nicht vollständig zu beseitigen vermag. Mit Blick auf Letzteres kann auf die Ausführungen in Bezug auf die Täuschung über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter (siehe 4. Teil, G.VII.1.) verwiesen werden. Insgesamt zeigt die Analyse somit, dass eine gesetzliche Regelung, die Lügen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen unterbindet, deutlich positive ökonomische Effekte erzielen kann. Aus diesem Grund erscheint eine gesetzliche Regelung aus ökonomischer Sicht sinnvoll.

c) Täuschung über die Unzulässigkeit bestimmter Handlungen

aa) Baseline Szenario

Das Vortäuschen der Unzulässigkeit einer Handlung ist im Verhältnis zu Täuschungen über die Zulässigkeit bestimmter Handlungen als weniger gravierend zu beurteilen. Doch auch insofern kommt die ökonomische Analyse zum selben Ergebnis, wie im Folgenden prägnant gezeigt werden soll. Wie auch bei den anderen Täuschungstaktiken kann die Häufigkeit solcher Bluffs nur abgeschätzt werden. Im Ergebnis kann wohl vermutet werden, dass entsprechende Lügen im Baseline

⁶⁵⁴ Die Siegener Studie ergab, dass 84 % der Richter ein Anfechtungsrecht in solchen Fällen befürworten.

⁶⁵⁵ Die Siegener Studie ergab, dass 92 % der Studierenden ein Anfechtungsrecht in solchen Fällen befürworten.

⁶⁵⁶ Siehe dazu näher zu den Ergebnissen der Siegener Studie unter 4. Teil, C.IV.2.

⁶⁵⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.d).

Szenario durchaus vorkämen. Sie würden dann zu negativen ökonomischen Konsequenzen führen. Denn bei Bluffs über die Unzulässigkeit einer Handlung besteht das Risiko, dass der Getäuschte nicht weiter in sein BATNA investiert. Theoretisch kann es sogar dazu kommen, dass ein Vertrag außerhalb des ZOPA geschlossen wird, da eine vom Gesetz tolerierte Handlungsmöglichkeit aufgrund der Täuschung nicht durchgeführt wird. So mag beispielsweise ein Maschinenhersteller einen Änderungswunsch des Kunden mit Hinweis auf die geltenden Sicherheitsstandards ablehnen.⁶⁵⁸ Wird der Kunde dadurch irregeführt, wird er sich möglicherweise auch bei anderen Maschinenherstellern nicht nach dieser Konfiguration erkundigen (da diese ja ebenfalls nach den geltenden, rechtlichen Standards produzieren müssten). Selbst wenn er ein Angebot eines anderen Herstellers mit der gewünschten Konfiguration vorliegen hat und dieses besser ist als der verhandelte Vertrag, könnte die getäuschte Seite dieses Angebot im schlimmsten Fall ablehnen, da sie womöglich vermutet, dass der andere Anbieter die Sicherheitsstandards nicht richtig kennt bzw. umsetzt.⁶⁵⁹ Da Lügen über die Unzulässigkeit einer Handlung im Erfolgsfall somit im schlimmsten Fall dazu führen, dass eine rechtmäßige Handlung nicht durchgeführt wird, können sich solche Bluffs zudem je nach ursprünglich angestrebter Handlung wohlfahrtsmindernd auswirken.

Bei Lügen über die Unzulässigkeit einer bestimmten Handlung (die in Wahrheit zulässig ist) wird das Wahrheitssignal ebenfalls erheblich gestört und das Vertrauen sinkt. Das legen die Ergebnisse der Siegener Studie⁶⁶⁰ ebenfalls nahe. Denn in allen vier befragten Gruppen in Deutschland erachtete eine Mehrheit dieses Verhalten als unmoralisch und plädierte für rechtliche Konsequenzen, auch wenn die Werte in diesem Szenario etwas niedriger lagen als bei der Täuschung über die Zulässigkeit einer bestimmten Handlung.⁶⁶¹ Das zeigt, welche Bedeutung solchen Lügen beigemessen wird, und dass entsprechende Irreführungen daher wohl zu einem erheblichen Vertrauensverlust führen dürften.⁶⁶² Bezüglich der Transaktionskosten kann auf die Ausführungen zu Täuschungen über die Zulässigkeit einer Handlung verwiesen werden.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Die Siegener Studie enthält ein entsprechendes Szenario (siehe dazu unter 1. Teil, C.III.1.).

⁶⁵⁹ In diesem Fall ist denkbar, dass der Getäuschte sich grob fahrlässig hat täuschen lassen. Denn er hatte insofern Anhaltspunkte, die eine eigene Überprüfung der Rechtslage gerechtfertigt hätten. Der Ansatz des *cheapest cost avoider* deutet jedoch darauf hin, dass Vorsatz generell Fahrlässigkeit schlagen sollte. Vgl. im deutschen Recht auch § 442 Abs. 1 BGB (zum arglistigen Verschweigen), der jedoch seit dem 01.01.2022 im Verbrauchsgüterkauf nicht mehr anwendbar ist, vgl. § 475 Abs. 3 S. 2 BGB.

⁶⁶⁰ Die Siegener Studie wird unter 1. Teil, C. näher erläutert.

⁶⁶¹ Siehe zu den Ergebnissen der Siegener Studie näher unter 4. Teil, B.II.1. (Moralverständnis) und C.IV.1. (Rechtsgefühl).

⁶⁶² Insofern bestehen allerdings durchaus erhebliche kulturelle Unterschiede, sodass der Vertrauensverlust in einigen anderen Ländern auch etwas geringer ausfallen könnte.

⁶⁶³ Siehe dazu unter 4. Teil, G.VII.5.b)aa).

bb) Vergleichsszenario

Für die Argumentation in Bezug auf das Vergleichsszenario kann auch an dieser Stelle auf die Ausführungen zu Täuschungen über die Zulässigkeit einer Handlung verwiesen werden.⁶⁶⁴ Zusammenfassend lässt sich insofern festhalten, dass die negativen ökonomischen Effekte im Ergebnis bei Täuschungen über die Unzulässigkeit ebenfalls erheblich sind. Gleichzeitig ist das Recht dazu in der Lage, zumindest einen relevanten Teil dieser negativen Konsequenzen abzumildern, weshalb eine entsprechende Regulierung somit als sinnvoll zu erachten ist.

6. (Unternehmensinterne) Vorgaben und Anweisungen

Es kann in B2B-Verhandlungen generell über die verschiedensten (unternehmensinternen) Vorgaben und Anweisungen getäuscht werden.⁶⁶⁵ Solche Vorgaben können sich auf die verschiedensten Aspekte beziehen. Häufig geht es um die Einhaltung bestimmter Prozesse und Standards.

Beispiel: „Bevor wir mit der Verhandlung beginnen können, muss ich mit Ihnen ein NDA abschließen. Das sind unsere Richtlinien.“

Es kann aber auch über die Nichtverhandelbarkeit bestimmter Klauseln geblufft werden. Eine Täuschung über ein vom Vorgesetzten vorgegebenes Budget ist ebenfalls als eine Täuschung über eine Vorgabe anzusehen.⁶⁶⁶ Denn das Budget wird in der Praxis häufig vor der konkreten Bestimmungen des BATNA festgelegt und ist daher oftmals gerade nicht direkt mit dem BATNA verbunden. Das Budget wird insofern eher als Minimalziel angesehen.

a) Baseline Szenario

Da es unzählige Formen, Möglichkeiten und Varianten von Täuschungen über unternehmensinterne Vorgaben gibt und diese für den Verhandlungspartner oftmals – wenn überhaupt – nur sehr schwer überprüfbar sind, kann die Kosten-Nutzen-Relation aus Sicht des Täuschenden im Ergebnis für einen Bluff sprechen. Daher ist durchaus damit zu rechnen, dass Verhandlungsparteien im Baseline Szenario auch häufiger von dieser Täuschungstaktik Gebrauch machen würden.

Da Vorgaben in Hierarchieverhältnissen, d. h. in Prinzipal-Agenten-Situationen, eingesetzt werden, besteht ein generelles Problem darin, dass die meisten Vorgaben positionsorientiert sind und keine interessenorientierte Verhandlung zulassen, wie es jedoch vom Harvard Verhandlungskonzept empfohlen wird, um einen mög-

⁶⁶⁴ Siehe dazu unter 4. Teil, G.VII.5.b)bb).

⁶⁶⁵ Siehe näher zu diesem Täuschungsgegenstand unter 3. Teil, C.X.4.

⁶⁶⁶ Siehe zu Budgetbegrenzungen allgemein u.a. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 107.

lichst großen Verhandlungskuchen zu schaffen.⁶⁶⁷ Das Budget ist dafür ein gutes Beispiel. Theoretisch sagt das Budget, welches einem Verhandler intern vorgegeben wird, nicht direkt etwas über das BATNA aus. Denn das BATNA ist grundsätzlich mehrdimensional (und nicht allein am Preis ausgerichtet). In der Praxis wird damit aber ein *deal-breaker* suggeriert und teils auch praktiziert. Liegt ein Angebot außerhalb dieses Budgets, wird es daher regelmäßig abgelehnt, sofern nicht noch nach Rücksprache mit dem Vorgesetzten eine andere Reaktion vorgegeben wird. Ob das Budget daher wie das BATNA wirkt, hängt damit von den Instruktionen des Vorgesetzten ab. Ähnliche Effekte können zudem bezüglich anderer Klauseln festgestellt werden (z. B. zu Gewährleistungsrechten etc.). Vorgaben bezüglich der Vereinbarkeit bestimmter Klauseln mit der Unternehmenspolitik, können daher u. U. ebenfalls ähnliche Konsequenzen mit sich bringen wie ein BATNA. Viele andere Vorgaben geben allerdings keine Auskunft über das BATNA. Sie beziehen sich z. B. vielmehr auf den Verhandlungsprozess (z. B. Abschluss eines NDA⁶⁶⁸ etc.). Eine Lüge über solche Vorgaben wird generell verhandlungstaktisch eingesetzt, um einen bestimmten Vorteil zu erzielen, der sich im Ergebnis aber höchstens auf die Verteilung innerhalb des ZOPA auswirkt.

Die Transaktionskosten für die täuschende Seite sind in den genannten Fällen wohl meist zu vernachlässigen. Dies gilt umso mehr, wenn die Vorgabe – wie dies häufig der Fall ist – im Prinzip existiert, aber nicht zwingend ist (genau über diese Tatsache jedoch gelogen wird).⁶⁶⁹ Es können allerdings gewisse Transaktionskosten für die getäuschte Seite entstehen. Denn für die getäuschte Seite kann es durchaus rational sein, zumindest einen gewissen Aufwand in die Aufdeckung solcher Bluffs sowie in Nachverhandlungen fließen zu lassen. Handelt es sich um einen relevanten Punkt (z. B. Budgetvorgaben oder bestimmte Klauseln/Vereinbarungen) wird die möglicherweise getäuschte Seite unter Umständen auch versuchen, Kontakt zum Prinzipal aufzunehmen, um über die Vorgabe zu sprechen (d. h. sie zunächst zu verifizieren/falsifizieren und ggf. eine Änderung der Vorgabe zu erreichen). Unabhängig davon, ob die Vorgabe tatsächlich besteht, kann allein der Prinzipal insofern Entscheidungen treffen und ggf. Vorgaben überdenken. Das führt regelmäßig zu Transaktionskosten. Fühlt sich der Agent der anderen Seite dabei übergangen, kann gleichzeitig das Verhältnis der Agenten zueinander zu Schaden kommen. Selbst wenn nicht versucht wird, direkt Kontakt zum Prinzipal aufzunehmen, wird die Seite, die eine Täuschung fürchtet, wohl zu taktischen Mitteln

⁶⁶⁷ Zu interessenorientierten Verhandlungen siehe *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 42 ff.

⁶⁶⁸ NDA steht für *non-disclosure agreement*.

⁶⁶⁹ Der Täuschende muss sich bei Pseudovorgaben grds. die Option offenhalten, die Vorgabe in der Verhandlung aufzugeben. Dies kann einen gewissen Aufwand erfordern. In der unternehmerischen Praxis ist dies aufgrund der Hierarchien allerdings meist möglich. So kann der Verhandler z. B. behaupten, dass er sich bei seinem Vorgesetzten für eine Änderung der Vorgabe eingesetzt hat und auch erfolgreich war.

greifen, um möglichen negativen Effekten vorzubeugen. Dies bedarf ebenfalls eines gewissen Ressourceneinsatzes.

Die Transaktionskosten für Nachverhandlungen dürften hingegen wohl zumindest in Deutschland relativ gering ausfallen. Darauf deuten zumindest die Ergebnisse der Siegener Studie mit Blick auf die Moralvorstellungen hin. So sehen deutsche professionelle Verhandler solche Täuschungen mehrheitlich als moralisch unproblematisch an.⁶⁷⁰ Gleiches gilt für die deutschen Anwälte.⁶⁷¹ Allerdings bewerten immerhin 43 % der deutschen Richter eine entsprechende Taktik als unmoralisch. Es könnte daher eine gewisse Hemmschwelle bestehen, diesen Aspekt als Aufhänger für eine Nachverhandlung zu nutzen (siehe auch das Problem des Betrugsdilemmas unter 2. Teil, A.VII.4.). Denn die Ergebnisse weisen darauf hin, dass die Täuschungstaktik dann wohl relativ stark verbreitet ist. Zurückhaltung bzgl. der Initiierung von Nachverhandlungen kann insofern wohl erst recht angenommen werden, wenn die getäuschte Seite diese Täuschungstaktik gelegentlich sogar selbst einsetzt. Das schließt allerdings nicht aus, dass ein anderer Grund „vorgeschoben“ wird, um Nachverhandlungen zu beginnen und das Ergebnis doch noch zu den eigenen Gunsten zu drehen.

Das Risiko einer Verwässerung des Wahrheitssignals und eines damit korrespondierenden Vertrauensverlusts ist bei entsprechenden Täuschungen relativ gering. Die soeben erwähnten Ergebnisse der Siegener Studie lassen für die professionellen Verhandler und Anwälte allerdings vermuten, dass diese Effekte moderat ausfallen dürften. Ein gewisser Spillover-Effekt ist ebenfalls nicht gänzlich auszuschließen. Das liegt vor allem daran, dass für die getäuschte Seite häufig die Möglichkeit besteht, über einen korrespondierenden Aspekt zu lügen. Täuscht ein Verhandler über bestimmte Vorgaben, mag der Verhandlungspartner beispielsweise ebenfalls damit beginnen, sich entsprechende vorteilhafte Anweisungen auszudenken.⁶⁷² Im Erst-Recht-Schluss ist auch ein Spillover-Effekt auf noch harmlosere Bluffs (wie z. B. falsche Deadlines) möglich.

Die ökonomische Analyse führt damit zu dem Ergebnis, dass solche Täuschungen gewisse negative Effekte hervorrufen, diese aber insgesamt begrenzt sind.

b) Vergleichsszenario

Es besteht theoretisch die Möglichkeit, entsprechende Täuschungen über Vorgaben und Anweisungen nachzuweisen. In der Praxis lassen sich solche Lügen allerdings wohl meist schwer belegen, da es sich um Interna der anderen Seite handelt. Dies

⁶⁷⁰ Nur 14 % der professionellen deutschen Verhandler sehen solche Täuschungen als unmoralisch an und lediglich 8 % fordern rechtliche Konsequenzen.

⁶⁷¹ 26 % der Anwälte bewerten eine entsprechende Taktik als unmoralisch.

⁶⁷² Täuscht ein Verhandler über die ihm gegebenen Budgetvorgaben, kann die andere Partei darauf z. B. reagieren, indem sie angebliche Beschränkungen zur Vergabe von Rabatten etc. anführt.

erschwert die effektive Durchsetzung von ggf. bestehenden Rechten und Ansprüchen. Im Einzelfall könnte es zudem eine Herausforderung darstellen, die Kausalität nachzuweisen. Daran ist z. B. bei Bluffs über die Notwendigkeit eines *letter of intent* (LoI) zu denken. Denn eine Seite kann so häufig einen gewissen positionellen Vorteil erlangen, es wird aber nicht immer offensichtlich sein, dass sich dieser dann auch tatsächlich auf den Vertragsschluss ausgewirkt hat. Bei anderen Vorgaben, z. B. bezüglich konkreter Vertragsklauseln, dürfte der Kausalitätsnachweis hingegen leichter gelingen. Insgesamt handelt es sich allerdings regelmäßig um Täuschungen über Tatsachen und nicht bloß um Meinungen. Dies steht der Durchsetzung somit nicht im Weg.

Unabhängig davon, wird die effektive Durchsetzung aber wohl bereits daran scheitern, dass die Getäuschten auch im Fall des möglichen Nachweises keine Ansprüche bzw. Rechte geltend machen werden. Denn das Rechtsgefühl der unterschiedlichen Gruppen zeigt, dass sich über alle Gruppen hinweg⁶⁷³ und sogar international⁶⁷⁴ grundsätzlich keine Mehrheit für Rechtsfolgen findet. Ein Blick in die deutsche Rechtsprechung unterstreicht diesen Eindruck, denn zu solchen Bluffs lassen sich keine Urteile finden. Das gilt auch für die anderen betrachteten Rechtsordnungen. Es ist somit davon auszugehen, dass eine entsprechende Rechtslage kaum Steuerungswirkung entfalten würde.

Die ökonomische Analyse führt ihm Ergebnis zu keinem ganz einheitlichen Bild. Zwar rufen Lügen über unternehmensinterne Vorgaben und Anweisungen im Baseline Szenario gewisse negative ökonomische Konsequenzen hervor. Aber eine gesetzliche Regelung scheint diese – wenn überhaupt – nur in (sehr) geringem Umfang abmildern zu können. Im Ergebnis ist nach hier vertretener Ansicht daher eine Regulierung solcher Bluffs aus ökonomischer Sicht wohl eher nicht sinnvoll.

7. Überblick

Im Folgenden soll ein Überblick über die ökonomischen Konsequenzen der bereits erörterten Täuschungen gegeben werden. Außerdem werden die bislang noch nicht diskutierten Täuschungsgegenstände, die jedoch in dieser Arbeit regelmäßig erörtert werden, näher betrachtet. Im Ergebnis wird für jeden untersuchten Täuschungsgegenstand jeweils eine Einschätzung abgegeben, ob ein Gesetz ggf. bestehende negative Konsequenzen wirksam abmildern könnte. Bei der Bewertung wird mit einer Dreiteilung (ggf. mit gewissen Präzisierungen) gearbeitet: 1. Eine Regelung ist aus ökonomischer Sicht sinnvoll. 2. Eine Regelung ist aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll. 3. Die ökonomische Analyse führt bezüglich einer Regelung zu keinem eindeutigen Ergebnis.

⁶⁷³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.IV.1.

⁶⁷⁴ In dieser Arbeit werden die internationalen Ergebnisse lediglich ausblicksartig vorgestellt. Siehe dazu unter 4. Teil, C.IV.3. Eine nähere Auswertung der Siegener Studie in Bezug auf die nationalen Unterschiede wird folgen.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
1.	Leistung	<p>Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Eine Regulierung dieses Aspekts ist aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.1. <p>Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Nachfrager:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Eine Regulierung dieses Aspekts ist aus ökonomischer Sicht wohl (noch) sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe: – Eine Einigung außerhalb des ZOPA ist auch bei dieser Form des Bluffs möglich. – Es sind zudem gewisse Transaktionskosten zu erwarten. Handelt es sich für den Veräußerer um eine relevante Information (z.B. ein Ölvorkommen unter seinem Grundstück), so wird er Ressourcen aufwenden, um bestimmte Informationen zu erlangen bzw. zu verifizieren. – Eine Abschwächung des Wahrheitssignals und des Vertrauens ist in gewissem Umfang zu erwarten. Darauf deuten die Ergebnisse der Siegener Studie hin. So gaben immerhin 93 % der befragten deutschen Richter an, dass sie entsprechende Bluffs für unmoralisch halten. Bei den Studierenden bewerteten nur knapp die Hälfte der Befragten solche Irreführungen als unmoralisch (47 %). – Spillover-Effekte sind im Ergebnis nicht auszuschließen. – Entsprechende Täuschungen sind potenziell nachweisbar und korrespondierende Rechte bzw. Ansprüche daher auch durchsetzbar. Eine Durchsetzung entsprechender Rechte bzw. Ansprüche ist in der Praxis zumindest in gewissem Umfang auch zu erwarten.⁶⁷⁵ – Allerdings sind zugleich die in der Literatur diskutierten Effekte bei produktiven Informationen zu bedenken. – Das Ergebnis ist daher weniger eindeutig als bei Täuschung über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter.
2.	Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffende Umstände	<p>Eine Regulierung dieses Aspekts erscheint aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Eine Einigung außerhalb des ZOPA ist möglich. Das liegt daran, dass sich Informationen über den Vertragspartner (z.B. die Bonität) z. B. auf die Vertragserfüllung auswirken können. – Es sind höhere Transaktionskosten zu erwarten, vor allem da in die Prävention solcher Bluffs und in deren Aufdeckung investiert werden könnte. – Nach hier vertretener Ansicht ist eine Abschwächung des Wahrheitssignals und des Vertrauens zu erwarten, da anzunehmen ist, dass solche Täuschungen als relativ schwerwiegend angesehen werden.

⁶⁷⁵ Unter den deutschen Studierenden befürworteten immerhin 39 % ein Anfechtungsrecht, bei den deutschen Richtern sogar 65 %.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
		<ul style="list-style-type: none"> – Entsprechend werden wohl auch Spillover-Effekte auftreten. – Solche Täuschungen sind zudem potenziell nachweisbar und durchsetzbar. Eine Durchsetzung ist bei einer relevanten Täuschung in der Praxis auch zu erwarten.
3.	Emotionen	Eine Regulierung dieses Aspekts erscheint aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.3.
4.	Preis	<p>Eine Regulierung von Täuschungen über Preise i.e.S. erscheint aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.2a).</p> <p>Eine Regulierung von Täuschungen über Preise i.w.S. erscheint aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.2.b).</p>
5.	Rote Verhandlungslinie (<i>reservation price</i>)	<p>Eine Regulierung von Bluffs über den <i>reservation price</i> ist aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Entsprechende Irreführungen lassen sich nur sehr schwer kategorisieren. Denn solche Bluffs können ganz verschiedene Ausprägungen annehmen.⁶⁷⁶ Sofern sie Ähnlichkeiten zu Bluffs über Alternativangebote und unternehmensinterne Vorgaben aufweisen, ist daher z.B. auf die dortige Argumentation zu verweisen (siehe unter 4. Teil, G.VII.4. sowie unter 4. Teil, G.VII.6.). Eine eigene Regulierung dieser Kategorie erscheint jedoch bereits aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten aus rechtstechnischer Sicht nur schwer durchführbar. – Generell ist zu bedenken, dass eine entsprechende Täuschung von allen befragten Gruppen in Deutschland als äußerst harmlos angesehen wird.⁶⁷⁷ Es ist daher kaum eine Verwässerung des Wahrheitssignals zu befürchten. Gleiches gilt für den Vertrauensverlust. – Zudem würden auch die Transaktionskosten wohl höchstens geringfügig ansteigen. Denn es wird regelmäßig wohl weder auf Seiten des Täuschenden ein großer Aufwand für die Lüge betrieben werden, noch wird der Verhandlungspartner signifikante Ressourcen aufwenden, um die Täuschung aufzudecken. – Es sind zwar wohl gewisse Spillover-Effekte zu erwarten. Aber da solche Bluffs wohl nur geringfügige negative ökonomische Konsequenzen hervorrufen, sollte dieser Aspekt nicht überbewertet werden.

⁶⁷⁶ Siehe zum *reservation price* bereits unter 2. Teil, A.VI.10.

⁶⁷⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
		<p>– Zwar mögen solche Bluffs theoretisch nachweisbar sein. In der Praxis dürfte dies der getäuschten Seite allerdings sehr schwerfallen. Bereits aus diesem Grund dürften ggf. bestehende Rechte bzw. Ansprüche wohl nicht durchgesetzt werden. Da die Siegener Studie zeigt, dass solche Täuschungen zudem für moralisch vertretbar gehalten werden und die Befragten kein Anfechtungsrecht befürworten, würde eine entsprechende Möglichkeit bereits deshalb nicht genutzt. Ein Blick in die deutsche Rechtsprechung spricht ebenfalls dafür. Ein entsprechendes Gesetz könnte daher praktisch keine Steuerungswirkung erzielen und die ggf. bestehenden geringfügigen negativen ökonomischen Effekte solcher Täuschungen auch nicht reduzieren.</p>
6.	Rechtliche Situation	<p>Eine Regulierung von Täuschungen über die rechtliche Situation erscheint aus ökonomischer Sicht generell sinnvoll. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.5. Eine Regulierung von Täuschungen über rechtliche Meinungen (und damit z. B. über mögliche Ausgänge von Gerichtsverfahren) ist allerdings aus ökonomischer Sicht nicht zu befürworten. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.5.a). Dies liegt aber daran, dass es sich um eine Meinung handelt und nicht am Täuschungsgegenstand. Bezogen auf den Täuschungsgegenstand könnte eine Regelung sinnvoll sein, sofern es einmal wirklich um eine Tatsache geht.</p>
7.	Vorgaben und Anweisungen	<p>Eine Regulierung von Bluffs über (unternehmensinterne) Vorgaben und Anweisungen ist aus ökonomischer Sicht eher nicht sinnvoll. Es gibt zwar gewisse negative Effekte, die sich aber wohl nur in geringem Umfang durch Regulierung abmildern ließen. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.6.</p>
8.	Verfügbarkeit	<p>Bei Täuschungen über die Gesamtverfügbarkeit einer Leistung am Markt erscheint eine Regulierung aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Es kann zu einer Einigung außerhalb des ZOPA kommen. Denn die Gesamtverfügbarkeit stellt einen wertbildenden Faktor dar, da Preise im Markt generell von Angebot und Nachfrage bestimmt werden. Die Lüge wirkt sich somit auf die Einschätzung der Partei des Angebots aus. – Bei entsprechenden Täuschungen sind höhere Transaktionskosten zu erwarten. Denn die Verhandlungspartei, die eine Irreführung befürchtet, wird ggf. Ressourcen in die Verifizierung entsprechender Angaben investieren. Ein solcher Bluff kann zudem u. U. Kosten auf Seiten des Täuschenden hervorrufen, da er die Lüge ggf. glaubhaft darstellen muss. – Es ist insofern zudem mit einer Verwässerung des Wahrheitssignals und des Vertrauens zu rechnen. Denn die Siegener Studie zeigt,

Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
	<p>dass solche Bluffs als moralisch problematisch eingestuft werden.⁶⁷⁸</p> <ul style="list-style-type: none"> – Es sind wohl auch gewisse Spillover-Effekte zu erwarten. – Zudem sind solche Täuschungen potenziell nachweisbar und damit durchsetzbar. Eine Durchsetzung ist in der Praxis in gewissem Umfang zugleich zu erwarten.⁶⁷⁹ <p>Bei Täuschungen über die Verfügbarkeit einer Leistung beim Anbieter kann nach hier vertretener Ansicht nicht eindeutig bestimmt werden, ob eine Regulierung solcher Bluffs aus ökonomischer Sicht sinnvoll wäre. Denn es gibt zwar wohl gewisse negative ökonomische Effekte, die sich aber wohl nur in geringem Umfang durch Regulierung abmildern ließen. Dies lässt sich folgendermaßen begründen:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Diese sog. Taktik der kleinen Menge⁶⁸⁰ basiert auf dem <i>bandwagon effect</i>⁶⁸¹ und dem <i>scarcity effect</i>⁶⁸². – Die Taktik führt ggf. zum schnelleren Vertragsabschluss oder zu einer anderen Verteilung innerhalb des ZOPA. Außerdem kann es dazu kommen, dass sich Nachfrager weniger intensiv mit ihren Alternativen beschäftigen. Insofern ist aber wohl zwischen B2C-Geschäften und B2B-Geschäften zu unterscheiden. Es ist anzunehmen, dass die genannten Effekte bei professionellen Verhandlern relativ gering ausfallen dürften. – Die moralische Bewertung dieser Taktik unterscheidet sich je nach befragter Gruppe. Professionelle Verhandler (26 % unmoralisch) halten diese Taktik beispielsweise mehrheitlich für moralisch unbedenklich. Die Anwälte (45 % unmoralisch) bewerten diese Taktik zwar ebenfalls mehrheitlich als moralisch akzeptabel, aber das Ergebnis fällt insofern knapper aus. Die in Deutschland befragten Richter (66 % unmoralisch) sehen den Einsatz dieser Taktik dagegen mehrheitlich als unmoralisch an. Es ist daher u. U. eine gewisse Verwässerung des Wahrheitssignals und ein Verlust des Vertrauens in den Verhandler zu befürchten.

⁶⁷⁸ So bewerten z. B. 80 % der befragten deutschen Richter diese Taktik als unmoralisch. Bei den Studierenden gaben immerhin 74 % an, dass sie eine solche Täuschung als unmoralisch empfinden.

⁶⁷⁹ Die Siegener Studie zeigt, dass zumindest das Rechtsgefühl der Studierenden (59 %) und der Richter (56 %) bezogen auf die Mehrheit für eine Anfechtung spricht. Professionelle Verhandler könnten unter Umständen ähnlich denken und daher ggf. eine Anfechtung auch tatsächlich in Betracht ziehen.

⁶⁸⁰ Siehe dazu bereits näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁶⁸¹ Zum *bandwagon effect* auf Nachfrageseite grundlegend *Leibenstein*, *Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), 183, 183 ff. Zu *popularity cues* und ihren Effekten *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.

⁶⁸² Siehe zu den Effekten von *scarcity* auf Verbraucher *Teubner/Graul*, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 1, 1 ff.; *Martini/Kramme/Seeliger*, *VuR* 2022, 123, 123 f. Vgl. auch *Nasher, Deal!*, 2015, S. 27.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
		<ul style="list-style-type: none"> – Die Transaktionskosten für die Lüge und die Bemühungen der Aufklärung solcher Bluffs dürften allerdings gering ausfallen. Das liegt zum einen daran, dass eine Aufklärung wohl oftmals nicht möglich sein wird, weshalb Verhandler schon aus diesem Grund dafür keine Ressourcen aufwenden werden. Verhandler werden wohl vielmehr versuchen, den genannten Effekten nicht zu unterliegen. – Es ist außerdem anzunehmen, dass entsprechende Rechte und Ansprüche wohl auch nicht durchgesetzt würden. Darauf weisen ebenfalls die Ergebnisse der Siegener Studie hin. Denn in allen befragten Gruppen spricht sich in Deutschland eine Mehrheit gegen rechtliche Konsequenzen aus (Rechtsgefühl).⁶⁸³
9.	Alternativen und Alternativangebote	Die ökonomische Analyse führt bezüglich einer Regulierung von Bluffs über Alternativen und Alternativangebote zu keinem eindeutigen Ergebnis. Siehe zur entsprechenden Argumentation bereits ausführlich unter 4. Teil, G.VII.4.
10.	Marktlage	<p>Eine Regulierung von Bluffs über die Marktlage erscheint aus ökonomischer Sicht <i>prima facie</i> sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Täuschungen über die Marktlage sind in gewisser Weise eng verbunden mit Bluffs über das BATNA und die Gesamtverfügbarkeit am Markt. Es wird zwar nicht direkt über diese Aspekte getäuscht. Indirekt soll jedoch häufig z.B. eine Verbindung zum eigenen BATNA suggeriert werden.⁶⁸⁴ Bezüglich der Argumentation kann somit auf die Ausführungen zur Lüge über das BATNA (siehe Nr.10) und die Gesamtverfügbarkeit verwiesen werden (siehe Nr.9). So kann der Käufer beispielsweise auch über seine Wiederverkaufschancen getäuscht werden. – Zusammenfassend lässt sich argumentieren, dass nicht unerhebliche Transaktionskosten durch solche Bluffs entstehen. Denn es kann angenommen werden, dass bereits ein gewisser Aufwand in die Täuschung gesteckt werden müsste, und aufgrund der drohenden negativen Konsequenzen für die getäuschte Seite diese ggf. Ressourcen in die Überprüfung dieser Information investieren würde. – Es ist insofern zugleich mit einer Verwässerung des Wahrheitssignals und des Vertrauens zu rechnen.⁶⁸⁵ – Es sind wohl auch gewisse Spillover-Effekte zu erwarten.

⁶⁸³ Unter den deutschen Studierenden lehnen im Rahmen der Originalumfrage 69 % eine Anfechtung ab, unter den professionellen Verhandlern sind es 93 %, unter den Richtern 85 % und unter den Anwälten 87 % (siehe Abb. 50).

⁶⁸⁴ Siehe dazu bereits unter 3. Teil, D.IX.4.

⁶⁸⁵ Die Siegener Studie erfasst dieses Szenario nicht, weshalb sie nicht zur Begründung herangezogen werden kann. Die Ergebnisse z. B. zu Täuschungen über die Gesamtverfügbarkeit legen ein entsprechendes Ergebnis allerdings nahe.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
		<ul style="list-style-type: none"> – Im Ergebnis sind bei den verschiedenen Ausprägungen durchaus erhebliche negative ökonomische Konsequenzen zu erwarten. Gleichzeitig kann angenommen werden, dass Rechte und Ansprüche in gewissem Umfang auch durchgesetzt würden. Zumindest lassen sich entsprechende Täuschungen durchaus nachweisen. Eine entsprechende Regulierung könnte daher eine gewisse Steuerungsmöglichkeit entfalten.
11.	Vertragsdurchführung/ Vertragserfüllung	<p>Eine Regulierung von Bluffs über die Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung erscheint aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Es kann zu einer Einigung außerhalb des ZOPA kommen. Denn die Vertragserfüllung/Vertragsdurchführung wird bei der Bestimmung des BATNA grundsätzlich berücksichtigt. – Kommt es zu entsprechenden Bluffs sind zudem höhere Transaktionskosten zu erwarten. – Solche Täuschungen würden wohl zudem zu einer Schwächung des Wahrheitssignals und einem Vertrauensverlust führen.⁶⁸⁶ – Es sind außerdem Spillover-Effekte zu erwarten. – Das Problem besteht allerdings darin, dass solche Täuschungen je nach konkreter Ausgestaltung – wenn überhaupt – regelmäßig nur schwer nachweisbar und durchsetzbar sind. Eine entsprechende Regulierung kann die negativen Effekte daher nur teilweise abmildern. Aber auch eine schlichte Reduzierung der negativen ökonomischen Konsequenzen genügt an dieser Stelle bereits, um eine Regulierung aus ökonomischer Sicht zu rechtfertigen.
12.	Verhandlungsprozess	<p>Die ökonomische Analyse führt bezüglich einer Regulierung von Bluffs über den Verhandlungsprozess zu keinem eindeutigen Ergebnis. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Entsprechende Bluffs sind zunächst einmal nicht leicht zu kategorisieren, da sie verschiedene Ausprägungen annehmen können.⁶⁸⁷ Sofern Ähnlichkeiten zu Bluffs über die rechtliche Situation (siehe 4. Teil, G.VII.5.) oder über Vorgaben und Anweisungen (siehe 4. Teil, G.VII.6.) bestehen, kann auf die dortige Argumentation verwiesen werden. Eine eigene Regulierung dieser Kategorie erscheint jedoch bereits aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten aus rechtstechnischer Sicht nur schwer durchführbar.

⁶⁸⁶ Dies kann hier nur vermutet werden. Denn die Siegener Studie, die ansonsten zur Einschätzung herangezogen wird, hat diese Konstellation nicht abgefragt.

⁶⁸⁷ Siehe dazu bereits unter 3 Teil, D.IX.4.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
13.	Zwischen- ergebnisse/ Vereinbarun- gen	<p>Eine Regulierung von Bluffs über Zwischenergebnisse/Vereinbarungen erscheint aus ökonomischer Sicht wohl sinnvoll, sofern auf den „schlimmsten“ Fall abgestellt wird. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Die Taktik kann im schlimmsten Fall wohl zu einer Einigung außerhalb des ZOPA führen. – Es sind höhere Transaktionskosten zu erwarten ebenso wie eine Verwässerung des Wahrheitssignals und des Vertrauens.⁶⁸⁸ – Es ist außerdem mit gewissen Spillover-Effekten zu rechnen. – Die Sinnhaftigkeit einer entsprechenden Regulierung wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass solche Täuschungen wohl teils nur schwer nachweisbar und Rechte und Ansprüche daher auch nicht leicht durchsetzbar sind. Eine Durchsetzung ist in der Praxis dennoch zumindest in gewissem Umfang zu erwarten. – „Kleinere“ Bluffs z.B. über nicht zentrale Zwischenergebnisse müssten aus ökonomischer Sicht hingegen wohl als weitaus weniger problematisch eingestuft werden. Insofern ist eine Regelung wohl eher nicht sinnvoll. Sollte der Gesetzgeber jedoch nicht so stark differenzieren wollen, könnte er eine entsprechende Regulierung der Gesamtkategorie vornehmen.
14.	Zeitliche Aspekte des Verhand- lungsprozesses	<p>Eine Regulierung von Täuschungen über zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses ist ökonomisch nicht sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Entsprechende Taktiken sind generell darauf ausgerichtet, einen gewissen Zeit- und Entscheidungsdruck aufzubauen.⁶⁸⁹ – Entsprechende Taktiken führen daher ggf. zu einem schnelleren Vertragsabschluss oder zu einer anderen Verteilung innerhalb des ZOPA. Rationale Verhandler würden aufgrund des Einsatzes dieser Taktik aber keinen Vertrag außerhalb des ZOPA abschließen. Bluffs über zeitliche Aspekte können den Nachfrager ggf. dazu verleiten, sich weniger intensiv mit seinen Alternativen zu beschäftigen. Die Effekte dürften bei professionellen Verhandlern, d.h. in den hier untersuchten B2B-Konstellationen, jedoch wohl relativ gering ausfallen. – Es gibt viele Varianten innerhalb dieser Kategorie. Dazu zählen z.B. falsche Angaben eines Verhandlers über seinen Rückflugtermin. Eine entsprechende Täuschung wird beispielsweise in Deutschland als sehr harmlos angesehen. Es ist daher kaum eine Verwässerung des Wahrheitssignals zu befürchten. Gleiches gilt für den Vertrauensverlust. – Es kann angenommen werden, dass die Transaktionskosten wohl höchstens geringfügig ansteigen würden.

⁶⁸⁸ Dies kann hier nur vermutet werden. Denn die Siegener Studie, die ansonsten zur Einschätzung herangezogen wird, hat diese Konstellation nicht abgefragt.

⁶⁸⁹ Überschreitet dieser Druck die Schwelle zur Drohung, so ist dieser Aspekt bereits unabhängig von einer vorliegenden Täuschung von § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB geregelt.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
		<ul style="list-style-type: none"> – Es sind zudem kaum Spillover-Effekte zu erwarten. – Zwar mögen solche Bluffs u. U. nachweisbar sein. Selbst wenn für die getäuschte Seite bestimmte Rechte und Ansprüche bestünden, würde sie diese aber wohl nicht durchgesetzt. Dafür sprechen ebenfalls die Ergebnisse der Siegener Studie (zum Fall eine Rückflugtermins). Daher könnte auch ein entsprechendes Gesetz praktisch keine Steuerungswirkung erzielen.
15.	Interessen und Präferenzen	<p>Eine Regulierung von Bluffs über Interessen und Präferenzen in Bezug auf die Verhandlung⁶⁹⁰ erscheint aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll, obwohl gewisse negative Effekte zu verzeichnen sind. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Bluffs über Interessen und Präferenzen können ggf. zu einer anderen Verteilung innerhalb des ZOPA führen. Rationale Verhandler würden aufgrund einer entsprechenden Taktik jedoch keinen Vertrag außerhalb des ZOPA abschließen. – Bluffs über Interessen und Präferenzen werden im Ergebnis wohl zu höheren Transaktionskosten führen. Dies ist zumindest bei interessenorientierten Verhandlungen, wie sie das Harvard-Konzept empfiehlt,⁶⁹¹ zu erwarten. Denn in diesem Fall spielen die (wahren) Interessen beider Parteien eine große Rolle. – Mit einer Verwässerung des Wahrheitssignals und des Vertrauens ist durchaus zu rechnen. Darauf weisen zumindest die Ergebnisse der Siegener Studie hin. Immerhin 67 % der deutschen Richter bewerten eine entsprechende Täuschung als unmoralisch. Bei den Studierenden waren es ebenfalls 67 % (siehe Abb. 37 f.).⁶⁹² – Es sind auch gewisse Spillover-Effekte zu erwarten. – Problematisch ist jedoch, dass solche Täuschungen praktisch nicht nachweisbar sind.⁶⁹³ Daher können für die getäuschte Seite ggf. bestehende Rechte und Ansprüche von dieser wohl zumeist nicht durchgesetzt werden. Die Siegener Studie zeigt zudem, dass das Rechtsgefühl der in Deutschland befragten Gruppen gegen rechtliche Konsequenzen spricht,⁶⁹⁴ weshalb die Parteien ihre Rechte und Ansprüche wohl selbst dann nicht geltend machen würden, wenn sie könnten.

⁶⁹⁰ Diese Kategorie umfasst persönliche Präferenzen nicht, sondern bezieht sich allein auf Interessen und Präferenzen in Bezug auf die Verhandlung.

⁶⁹¹ Zu interessenorientierten Verhandlungen siehe *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*, 3. Aufl. 2012, S. 42 ff.

⁶⁹² Eine explorative Befragung einer Gruppe von internationalen, professionellen Verhandlern (42 % unmoralisch) weist allerdings darauf hin, dass diese Gruppe entsprechende Täuschungen ggf. als weniger gravierend einstuft.

⁶⁹³ Vgl. auch *Dees/Cramton*, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), 135, 149: „Deception about settlement preferences typically falls into the category of ‚nonverifiable‘ violations. [...] deception about settlement issues is not auditable.“

⁶⁹⁴ Unter den deutschen Richtern sprachen sich lediglich 20 % für ein Anfechtungsrecht aus. Bei den Studierenden waren es immerhin 44 %.

	Täuschungsgegenstand	Ökonomische Sinnhaftigkeit einer Regulierung
16.	Gesellschaftliche Rahmenbedingungen	<p>Eine Regulierung von Täuschungen über gesellschaftliche Rahmenbedingungen ist aus ökonomischer Sicht (wohl) sinnvoll. Dafür sprechen folgende Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Entsprechende Bluffs weisen unter Umständen eine gewisse Ähnlichkeit zu Täuschungen über die Marktlage auf. Siehe dazu die Argumentation unter Nr. 11. Insofern wurde festgestellt, dass eine Regulierung aus ökonomischer Sicht <i>prima facie</i> sinnvoll erscheint. Sofern zwischen diesen beiden Kategorien somit eine gewisse Vergleichbarkeit besteht, müsste die ökonomische Analyse auch zu ähnlichen Ergebnissen kommen. – Bei Täuschungen über gesellschaftliche Rahmenbedingungen kann es durchaus zu einer Einigung außerhalb des ZOPA kommen. – Es ist auch ein gewisser Anstieg der Transaktionskosten zu erwarten, vor allem wenn es sich um zentrale Rahmenbedingungen handelt. Dann ist beispielsweise zu erwarten, dass die Seite, die eine Täuschung fürchtet, gewisse Ressourcen in die Aufklärung der wahren Rahmenbedingungen investiert, um eine rationale Entscheidung treffen zu können. – Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass es zu einer Verwässerung des Wahrheitssignals und des Vertrauens kommt.⁶⁹⁵ – Gewisse Spillover-Effekte könnten beim Einsatz solcher Täuschungen ebenfalls eintreten. – Solche Täuschungen sind zudem grundsätzlich nachweisbar. Denn Angaben über gesellschaftliche Rahmenbedingungen können generell zumindest theoretisch recherchiert werden.⁶⁹⁶ Eine tatsächliche Durchsetzung ggf. bestehender Rechte und Ansprüche ist in der Praxis allerdings trotz der bestehenden Möglichkeit nur in begrenztem Umfang zu erwarten. – Im Ergebnis erscheint es aber durchaus plausibel, dass eine entsprechende Regulierung zumindest gewisse positive Effekte erzielen könnte.

Abb. 56: Die ökonomischen Konsequenzen verschiedener Täuschungen

VIII. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich zunächst festhalten, dass sich die ökonomische Analyse von Täuschungstaktiken innerhalb unternehmerischer Verhandlungen äußerst komplex darstellt. Denn es sind insofern zahlreiche Argumentationslinien und Ausdifferenzierungen sowie Wechselwirkungen zu berücksichtigen. Zudem hat die vor-

⁶⁹⁵ Dies kann hier nur vermutet werden. Denn die Siegener Studie, die ansonsten zur Einschätzung herangezogen wird, hat diese Konstellation nicht abgefragt.

⁶⁹⁶ Das gilt, auch wenn es einer Partei im Einzelfall, z.B. aufgrund mangelnder Kenntnisse über ein bestimmtes Land, schwerfallen mag, an die Information zu gelangen.

liegende Analyse gezeigt, dass die ökonomischen Konsequenzen für die verschiedenen Täuschungsgegenstände (teils mit Unterkategorien) einzeln bestimmt werden müssen, da sie durchaus sehr verschieden ausfallen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die ökonomische Analyse teils eindeutig für rechtliche Regeln spricht. So sollte eine Rechtsordnung bereits aus ökonomischer Sicht z. B. Lügen über die Leistung und den Preis i. e. S. regeln. Umgekehrt zeigt die ökonomische Analyse aber auch, dass eine Regelung bestimmter Bluffs aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheint. Als Beispiel dafür lassen sich Lügen über Emotionen anführen.

Bei einigen Bluffs ist allerdings zu konstatieren, dass die ökonomische Analyse zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Das liegt zum einen daran, dass bereits im Baseline Szenario teils nur geringe negative ökonomische Effekte festgestellt werden können. In diesen Fällen könnte eine entsprechende Regulierung dann auch – wenn überhaupt – nur diese geringen Folgen abmildern. Teils lassen sich im Baseline Szenario hingegen auch gravierendere negative ökonomische Konsequenzen feststellen. Das Vergleichsszenario belegt dann jedoch, dass das Recht nicht in all diesen Fällen in der Lage ist, diese Effekte wirksam abzumildern.

H. Rechtliche Umfeldwertungen

I. Einleitung

Ziel dieses Werks ist die Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Lügen in unternehmerischen Verhandlungen mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.⁶⁹⁷ Hierzu ist es im Sinn der Einheit der Rechtsordnung⁶⁹⁸ notwendig, nicht nur § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB umfassend zu analysieren, sondern es bedarf darüber hinaus einer Betrachtung der damit in Zusammenhang stehenden Normen sowie der Regelungen, die ebenfalls Aussagen über die Zulässigkeit von Irreführungen treffen. Denn *de lege lata* sind die rechtlichen Umfeldwertungen bei der systematischen Auslegung zu berücksichtigen.⁶⁹⁹ Letzteres ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass sich die hier angestrebte Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen

⁶⁹⁷ Herresthal in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145, 189f. bezeichnet die „Grenzziehung zwischen freiem, eigenverantwortlichem Handeln einerseits und Handeln aufgrund einer unzulässigen Beeinflussung andererseits im allgemeinen Privatrecht“ als „Daueraufgabe“ und beleuchtet diese Thematik unter dem Gesichtspunkt privater Macht.

⁶⁹⁸ Zur Einheit der Rechtsordnung grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, passim. Vgl. auch *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, u. a. auf S. 70f., 187ff., 379f.; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 99f.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 36; zur Anwendung als Auslegungsargument *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 276ff.

⁶⁹⁹ Vgl. zur systematischen Auslegung statt vieler *Zippelius*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 12. Aufl. 2021, S. 43ff.; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 139–147a, 744–749; *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung, 2008, S. 101, 154; *F. Bydlinski/P. Bydlinski*,

Täuschungen in das rechtliche Gesamtsystem einfügen muss und keine Unstimmigkeiten hervorrufen darf.⁷⁰⁰ Beinhaltet die Täuschung ein Verhalten, welches die Rechtsordnung an anderer Stelle nicht toleriert, so sollte im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ohne gute Argumente speziell mit Blick auf diese Norm nichts Anderes gelten. Es sind daher nicht nur verbundene Vorschriften innerhalb desselben Gesetzes bzw. desselben Rechtsgebiets, sondern auch andere damit zusammenhängende Regeln in anderen Gesetzen und Vorgaben aus anderen Rechtsgebieten zu untersuchen.⁷⁰¹ Im Folgenden wird daher auf die generellen Wertungen der Regelungen zu Willensmängeln sowie überblicksartig auf die Wertungen der *culpa in contrahendo* und des Mängelgewährleistungsrechts eingegangen. Außerdem werden die Vorschriften des strafrechtlichen Betrugs und des UWG erörtert. Letztere Vorgaben sollen an dieser Stelle aufgegriffen werden, obwohl die Wertungen des UWG nach h. A. zumindest im unternehmerischen Bereich nicht auf das BGB durchschlagen.⁷⁰² Neben den Wertungen sollen vor allem die durch diese Regelungen gezogenen Grenzen skizziert werden, da diese – wie soeben erörtert – bei der Lösung im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu berücksichtigen sind.

Außerdem spielen die rechtlichen Umfeldwertungen nicht nur bei der Lösung *de lege lata*, sondern auch bei einem ggf. notwendigen Lösungsvorschlag *de lege ferenda* eine zentrale Rolle.⁷⁰³ Denn mit Blick auf einen neuen Vorschlag sollte der Gesetzgeber die Einheit der Rechtsordnung und die Systemstimmigkeit bedenken.

II. Willensmängel

Systematisch betrachtet ist die Regelung der arglistigen Täuschung in den Allgemeinen Teil des ersten Buchs des BGB im Rahmen des Titels „Willenserklärung“

Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 32 ff.; E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 99 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 311 ff.

⁷⁰⁰ Zur Vermeidung von Inkonsistenzen und Wertungswidersprüchen durch die systematische Auslegung statt vieler E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 100 f.; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 149 f.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 167; Schmalz, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 91; Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtslehre, 12. Aufl. 2022, Rn. 145.

⁷⁰¹ E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 102; F. Bydlincki/P. Bydlincki, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 33; implizit (da auf die Rechtsordnung als Ganzes abstellend) auch Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 149; ähnlich wohl auch Schmalz, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 91; im Umkehrschluss wohl auch Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 312.

⁷⁰² BGH NJW-RR 2005, 1082, 1084 (vor allem unter Verweis auf die unterschiedlichen Anforderungen); LG Braunschweig NJOZ 2017, 1194, 1196; Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, 2010, S. 65 f.; Raue in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 4a Rn. 45 (speziell in Bezug auf § 4a). Dazu, ob der neue § 9 Abs. 2 S. 1 UWG daran etwas ändert, siehe näher im Folgenden unter 4. Teil, H.VI.

⁷⁰³ Vgl. generell zur Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Normsetzung Schmalz, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 58.

eingebettet.⁷⁰⁴ Der Titel umfasst die §§ 116 bis 144 BGB. Das BGB ist vom Gedanken der Privatautonomie geprägt,⁷⁰⁵ weshalb die Willensbildung und die Willenserklärung der Parteien einen so hohen Stellenwert im Zivilrecht einnehmen. Denn die mit Hilfe von Willenserklärungen eingegangenen Rechtsgeschäfte verwirklichen gerade die Privatautonomie.⁷⁰⁶ Aus diesem Grund ist auch die Erfassung von Willensmängeln zentral.⁷⁰⁷

Die Bedeutung resultiert vor allem daraus, dass der deutsche Gesetzgeber generell keine Vertragsgerechtigkeit garantiert.⁷⁰⁸ Es gilt vielmehr der Grundsatz: „stat pro ratione voluntas“.⁷⁰⁹ Es wird also den Parteien überlassen, „sinnhafte“ Verträ-

⁷⁰⁴ In der Methodikliteratur wird zwischen innerer und äußerer Systematik unterschieden. Siehe dazu statt vieler *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 439 ff. (zur Äußeren) und S. 473 ff. (zur Inneren) und *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl. 2023, S. 57 ff. Vgl. auch *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 104 ff. (zum schweizerischen Recht).

⁷⁰⁵ *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 361; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 3 (zum Zivilrecht allgemein); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, VBem. § 116 Rn. 20, 9. Aufl. 2021; *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1, 1; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1: „Grundlage nicht nur des Bürgerlichen Rechts, sondern des ganzen Privatrechts ist der Grundsatz der Privatautonomie“; in anderem Kontext auch *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 242 Rn. 3; zur Konzeption des BGB im Hinblick auf die Vertragsfreiheit als wesentliches Element der Privatautonomie: *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 63 ff.; dazu, dass der kontinentaleuropäische Rechtskreis allgemein durch die Privatautonomie gekennzeichnet ist *Merz*, Privatautonomie heute, 1970, S. 5. Allgemein zu dem Gedanken, dass Privatautonomie Freiheit bedeutet *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrags, 2015, S. 80 ff. Nach hier vertretener Ansicht bezieht sich § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auf die Verhandlungsfreiheit, die ebenso wie die Vertragsfreiheit ein Ausfluss der Privatautonomie ist. Siehe zur Verhandlungsfreiheit *S. Jung*, Die Verhandlungsfreiheit als Pendant zur Vertragsfreiheit (demnächst).

⁷⁰⁶ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung, 1971, S. 413; *Martens* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179, 179; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 8. Vgl. auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1 („rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung, wie sie von der Privatautonomie vorausgesetzt wird“) und mit Blick auf § 145 BGB auch *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, VBem. § 145 Rn. 2 („Vertrag als Instrument der individuellen Rechtsverwirklichung“); *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 1: „Nur dann, wenn die vertragliche Regelung im Augenblick des Vertragsschlusses vom erklärten Willen beider Vertragspartner getragen wird, ist sie Ausdruck und Verwirklichung der Privatautonomie der Beteiligten.“; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1 (formuliert: „Die von der Privatautonomie vorausgesetzte rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung“); *Gräf*, Das Gebot fairen Handelns beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, S. 32 f.; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, VBem. zu §§ 116–124 Rn. 6; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 1; vgl. auch *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrags, 2015, S. 85; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 19.

⁷⁰⁷ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, VBem. § 116 Rn. 20.

⁷⁰⁸ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, VBem. § 116 Rn. 20; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 361 f. Zur materiellen „Vertragsgerechtigkeit als normative Forderung“ vgl. *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 18 ff.; *Wolf* in: Emmerich et al. (Hrsg.), Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. 1, 1974, S. 20, 26: „[Das BGB] hat allein formal die Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) und die Eigentumsfreiheit (§ 903 BGB) gewährleistet, ohne sich darum zu sorgen, ob die Ausübung dieser Freiheiten auch gerechte Ergebnisse ermöglichte“.

⁷⁰⁹ Originalzitat im Lateinischen nach Sv. Lorenz (Hrsg.), Juvenal Satiren Saturae, 2017, S. 200 (Rn. 220). Dies lässt sich übersetzen mit: „an Stelle eines guten Grundes soll mein Wille gelten“.

ge auszuhandeln und abzuschließen. Sie sollen eigenverantwortlich überlegen, welche Verträge für sie in welcher Form sinnvoll sind und welche Verträge sie besser nicht abschließen.⁷¹⁰ Ihr freier Wille und die damit korrespondierenden Erklärungen sollen dabei das Mittel der Verwirklichung ihrer Parteiinteressen darstellen.⁷¹¹ Bei diesem Prozess können jedoch Fehler auftreten. So können die Parteien Irrtümern unterliegen oder ihre Willensbildung kann durch Täuschungen und Drohungen beeinflusst werden.⁷¹² Irrtum, Täuschung und Drohung bilden in Kontinentaleuropa daher die klassische Trias der Willensmängel.⁷¹³ Die Thematik gilt generell als äußerst diffizil.⁷¹⁴ Im Fall von Täuschungen und Drohungen besteht die Gefahr, dass der Wille nicht frei und selbstbestimmt gebildet wird und dadurch Verträge geschlossen werden, die zumindest eine Partei so nicht oder gar nicht eingehen wollte.⁷¹⁵ Die entsprechenden Konsequenzen regeln die §§ 123, 124 BGB.⁷¹⁶ Auf den Meinungsstreit um die Willenstheorie und die Erklärungstheorie⁷¹⁷ soll hier nicht näher eingegangen werden, da er an dieser Stelle nicht zur Lösung beitragen kann.

1. Drohungen

Die arglistige Täuschung ist gemeinsam mit der Drohung in § 123 BGB geregelt. Die Regelung der Drohung spielt daher eine besondere Rolle bei der systemati-

Übersetzung nach Sv. Lorenz (Hrsg.), *Juvenal Satiren Saturae*, 2017, S.201. Diesen Grundsatz benennend *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 1, 4 = S. 6; *Flume* in: FS Deutscher Juristentag, Bd. 1, S. 135, 141 und 150.

⁷¹⁰ Zur Abschlussfreiheit als Teil der Vertragsfreiheit vgl. auch *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 10 Rn. 34 f.; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 20: „Die Privatautonomie ist vielmehr nach dem heutigen Verständnis in erster Linie Ausdruck der Freiheit der Einzelpersönlichkeit, die bei der Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten weder einer staatlichen Bevormundung noch der einseitigen Fremdbestimmung durch Dritte unterliegen, sondern diese Angelegenheiten in eigener Verantwortung wahrnehmen können soll“; und auf S. 60: „Die selbstbestimmte Gestaltung gibt dem Vertrag und der Vertragsfreiheit ihren eigentlichen Sinn.“ Vgl. auch *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 325 („Die von der Rechtsordnung gewährte Freiheit zur Entscheidung bedeutet auch, daß jeder selbst für die Richtigkeit seiner Entscheidung verantwortlich ist“).

⁷¹¹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 2.1.

⁷¹² *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, VBem. § 116 Rn. 20.

⁷¹³ *Martens* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179, 180.

⁷¹⁴ *Jansen/Zimmermann*, AcP 210 (2010), 196, 229 („Das Recht der Willensmängel gilt nach wie vor als vertrackt.“); zum Irrtum z. B. auch *E. Kramer*, ZEuP 2007, 247, 247 („Dass die Frage nach der Relevanz des Irrtums beim Vertragsschluss besonders komplexe Probleme aufwirft, ist seit langem bekannt.“).

⁷¹⁵ Dazu *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 77 ff.

⁷¹⁶ Nach hier vertretener Ansicht bezieht sich § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auf die Verhandlungsfreiheit, die ebenso wie die Vertragsfreiheit ein Ausfluss der Privatautonomie ist. Siehe zur Verhandlungsfreiheit *S. Jung*, Die Verhandlungsfreiheit als Pendant zur Vertragsfreiheit (demnächst).

⁷¹⁷ Siehe dazu ausführlich statt vieler *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 30 Rn. 2 ff.

schen Auslegung der Vorgaben zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. An dieser Stelle geht es nicht darum, § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB im Detail zu erörtern, sondern vielmehr darum, herauszufiltern, welche Grundentscheidungen der Regelung der Drohung zu Grunde liegen. Daraus lassen sich dann ggf. Rückschlüsse für die Grenzziehung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen ziehen. Wichtig ist insofern zunächst, dass die Drohung im Verhältnis zur Täuschung oftmals generell als die „schlimmere, gefährlichere Störung“ angesehen wird.⁷¹⁸ Bereits aus dem Grund ist die fehlende, explizite Erfassung der Rechtswidrigkeit i. R. d. arglistigen Täuschung überraschend.⁷¹⁹ Dass die Drohung als „gefährlicher“ angesehen wird, könnte dafür sprechen, gewisse Täuschungen – als weniger schwerwiegende Störung – für zulässig zu erachten sind, falls eine bestimmte Drohung erlaubt ist und sich insofern Parallelen zur Täuschung ziehen ließen.

Neben den allgemeinen Wertungen des § 123 BGB, die sowohl für die Täuschung als auch die Drohung gelten (wie der Schutz der Entscheidungs- bzw. Entschließungsfreiheit⁷²⁰), verfolgt das Gesetz mit Blick auf Drohungen einige spezielle Ziele. Dazu zählen die Sicherung des Gewaltmonopols des Staates und der Schutz der Rechtsordnung.⁷²¹ Denn unzulässige Mittel sollen von den Parteien nicht zum Drohen eingesetzt werden und unzulässige Ziele sollen nicht mit Hilfe von Drohungen verfolgt werden. Die Anfechtung trägt dadurch zur Durchsetzung des Schutzes der Rechtsordnung bei. Für die arglistige Täuschung ergibt sich daraus die bereits oben (siehe 4. Teil, H.) angesprochene Konsequenz, dass eine Lüge, die der Gesetzgeber an anderer Stelle missbilligt, von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls erfasst sein sollte.

Daneben fällt zunächst auf, dass Drohungen im Gegensatz zu Täuschungen nicht pauschal als unzulässig anzusehen sind, obwohl das der übliche Sprachgebrauch zunächst nahelegen könnte.⁷²² Denn ebenso wie der Begriff „Täuschung“ ist die Bezeichnung „Drohung“ negativ konnotiert.⁷²³ Doch trotz der negativen

⁷¹⁸ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 117; ebenso *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 27, 2 = S. 530.

⁷¹⁹ Siehe zur nicht expliziten Erfassung der Rechtswidrigkeit bereits unter 2. Teil, B.I.7.a).

⁷²⁰ BGH NJW 1988, 2599, 2601; Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 465); zum Konzept des BGB-Gesetzgebers auch überblicksartig *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 76 ff.; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 5 ff. (Täuschung) und 142 ff. (Drohung); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1, 49; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1 (allg. zu § 123 BGB); *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1.

⁷²¹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 140 f.

⁷²² Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 160.1 („Nach dem üblichen Sprachgebrauch ist eine Drohung *per definitionem* widerrechtlich, eine rechtmäßige oder billigenwerte Drohung gibt es nicht.“).

⁷²³ Schaut man sich Charaktereigenschaften an, die mit Drohungen verbunden sind, wie „domineering“ (Platz 406), „dominating“ (Platz 432), „abusive“ (Platz 510), so zeigt die Studie von

Konnotation des Begriffs differenziert der Gesetzgeber klar zwischen zulässigen und unzulässigen Drohungen, indem er explizit fordert, dass die Drohung rechtswidrig sein muss.⁷²⁴ Es muss somit entweder das Mittel, der Zweck oder die Mittel-Zweck-Relation rechtswidrig sein.⁷²⁵ Liegt keiner der drei genannten Fälle vor, ist die Drohung daher rechtmäßig. Das bedeutet, dass die Rechtsordnung die Ausübung von Druck auf eine Verhandlungspartei mit Hilfe von Drohungen in einer Vielzahl von Fällen als nicht rechtswidrig ansieht.⁷²⁶ Insgesamt lassen sich in der Literatur öfter Aussagen finden, die zeigen, dass eine bestimmte Druckausübung – insbesondere zwischen Unternehmern – toleriert wird.⁷²⁷ So wird z. B. der Aufbau von Zeitdruck regelmäßig nicht unter den Tatbestand des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB subsumiert.⁷²⁸ Das könnte u. U. als Argument dafür gewertet werden, auch

N. Anderson, dass diese Begriffe eindeutig negativ besetzt ist. *N. Anderson*, Journal of Personality and Social Psychology 9 (1968), 272, 276f.; vgl. zur Herkunft des Begriffs „drohen“ auch Kluge, Etymologisches Wörterbuch, 25. Aufl. 2011, Stichwort: drohen (S. 217).

⁷²⁴ *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 24; *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 272; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 114. Siehe allgemein zur Widerrechtlichkeit in Bezug auf § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 117–124; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 75; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 28–34; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 88; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 10.

⁷²⁵ BGH NJW 2010, 1364, 166 Rn. 33; BGH NJW 2005, 2766, 2767f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 118–124; *Rehberg* in: BeckOK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 161; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 75.

⁷²⁶ Vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 88, der diese Tatsache im Vergleich zur arglistigen Täuschung betont. *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 31 betont, dass „in der Regel“ keine widerrechtliche Drohung vorliegt, wenn weder das Mittel noch der Zweck als widerrechtlich zu bewerten sind. Siehe auch *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 6. Aufl. 2020, S. 503 zu den ökonomischen Vorteilen von Druck („Der Einsatz von Druckmitteln ist typisch für Vertragsverhandlungen und nicht stets ein Verstoß gegen das Fairnessgebot; er beschleunigt die Ressourcenallokation und ggf. die Suche nach Alternativen und trägt zu effizienten Entscheidungen bei.“).

⁷²⁷ Siehe z. B. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 11: „An dieser bewussten, nötigen Zweckbestimmung fehlt es etwa dann, wenn unter geschäftsgewandten Kaufleuten die eine Partei die Sachlage so darstellt, dass diese Darstellung für den Gegner den zukünftigen Eintritt eines Nachteils erwarten lässt, und ihn damit zu einem Rechtsgeschäft veranlasst.“; *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, S. 25: „Auch heißt dies, dass aufgrund des Erfordernisses einer zweckgerichteten Drohung sonstige Formen der Druckausübung im Rahmen des § 123 Abs. 1 BGB unberücksichtigt bleiben müssen.“. Es lassen sich auch Ansätze finden, die sich für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB aussprechen. Siehe z. B. *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 119ff. Vgl. auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 630ff. Dazu auch gleich im Folgenden.

⁷²⁸ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 26; in einem konkreten Fall BAG NJW 1994, 1021, 1022; vgl. auch LG Saarbrücken, Urteil vom 27.04.2010 – 14 O 128/09 (nicht veröffentlicht, S. 5), das bei Zeitdruck sowohl die direkte als auch eine analoge Anwendung des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB ablehnt. Siehe zudem *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 1153 f.; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316 stellt fest, dass eine „bloße Übereilung als solche“ nicht ausreicht; *Ungan*, Sicherheiten durch Angehörige, 2012, S. 68: „Da-

Bluffs, die dem Aufbau von Zeitdruck dienen (wie z. B. *false deadlines*⁷²⁹), als nicht rechtswidrig anzusehen. Die Drohung mit einer Klage ist z. B. ebenfalls grundsätzlich gestattet, wenn der Drohende die Wiedergutmachung eines verursachten Schadens fordert und im Fall des Unterbleibens der Wiedergutmachung mit einer Strafanzeige droht.⁷³⁰ Denn in diesem Fall besteht ein innerer Zusammenhang zwischen Straftat und Schaden.⁷³¹ Daher kann ein Gläubiger einem säumigen Schuldner in Bezug auf eine fällige Forderung mit einer Klage drohen, sofern er die Forderung nicht umgehend begleicht.⁷³² In diesem Zusammenhang ist selbst dann keine rechtswidrige Drohung festzustellen, wenn der Vertragspartner ankündigt, andernfalls die Presse zu informieren.⁷³³ Gleichfalls darf der Gläubiger einer GmbH damit drohen, einen Kredit zu kündigen, sofern der Gesellschafter nicht eine Bürgschaft übernimmt.⁷³⁴ Die Drohung eines Verkäufers, sein Grundstück nicht zu veräußern, wenn der Makler nicht auf seinen Provisionsanspruch verzichtet, ist ebenfalls grundsätzlich rechtmäßig.⁷³⁵ Hinweise auf die Konsequenzen, die sich für die Gegenseite aus einem eventuellen Scheitern der Verhandlungen ergeben, sollen gleichfalls keine Drohung im Sinn des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB darstellen.⁷³⁶ In der Praxis könnten die beschriebenen Drohungen mit einer Lüge ver-

her berechtigt der psychische Zwang infolge Zeitdrucks oder Überrumpelung nicht zur Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 BGB.“ Differenzierend hingegen *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 632 ff., der bestimmten Zeitdruck erfasst. Vgl. auch *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 114f., der zwischen allseitig und einseitig wirkendem Druck unterscheidet. Zum Zeitdruck im Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis grundlegend BAG NJW 1983, 2958, 2959; BAG NZA 1994, 209, 210; LAG Düsseldorf NZA 1993, 702, 703; vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 81; *Giesing*, Inhaltskontrolle, 2007, S. 194; anders in diesem Punkt in allgemeiner Hinsicht *Schlösser*, Durckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 114 (Fn. 751), der in einem solchen Verhalten eine „Drohung mit Nichteinigung“ sieht. Zur Überrumpelung hingegen BGH NJW 1997, 1980, 1981 f. (wobei sich die Prüfung allerdings auf § 138 BGB bezieht).

⁷²⁹ Siehe zu dieser Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.8.

⁷³⁰ Vgl. zur Drohung mit einer Strafanzeige und zum Wiedergutmachungsaspekt ausführlich *Karakatsanes*, Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, 1974, S. 85 ff.

⁷³¹ BGH, Urteil vom 23.09.1957 – VII ZR 403/56 = BGHZ 25, 217–225 (Rn. 26); BGH WM 1973, 574, 575; BGH NJW 1957, 1796, 1797; auch schon RGZ 110, 382, 384 mit dem Argument der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs nach der Rechtsordnung; so auch *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 10; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 79; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 122; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023 § 123 Rn. 119f. Zur Abgrenzung von Ausnutzung einer Zwangslage und einer Drohung: BGH NJW 1988, 2599, 2601.

⁷³² BGH WM 1972, 946, 947 (Rn. 17); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 31. Der Autor führt weiter aus, dass eine Drohung mit einer unberechtigten Klage ebenfalls zulässig sei. Vgl. im Arbeitsrecht in Bezug auf ein notarielles Schuldanerkenntnis wegen Unterschlagung und der Drohung mit einer Strafanzeige BAG NJW 2011, 630, 633 (Rn. 39).

⁷³³ BGH NJW 2005, 2766, 2766 ff.

⁷³⁴ BGH NJW 1997, 1980, 1981; zur Drohung mit Unterlassen der Aufstockung eines Kredits, falls keine Bürgschaftserklärung abgegeben wird, auch BGH NJW 1996, 1274, 1275.

⁷³⁵ BGH NJW 1969, 1627, 1628; 1983, 2494, 2495; anders – in Abgrenzung zu diesen Entscheidungen – LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1992, 1273, 1274.

⁷³⁶ *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 40; *Singer/v. Fin-*

bunden sein, insbesondere mit einem Bluff über die Absicht, die konkrete Drohung tatsächlich wahrzumachen. Wie bereits unter 2. Teil, A.I.2.b)dd) erläutert, wird im Schrifttum überwiegend angenommen, dass wegen Absichten ebenfalls angefochten werden kann,⁷³⁷ weshalb dann auch wegen solcher Bluffs angefochten werden könnte. Eine systematische Betrachtung des § 123 Abs. 1 BGB – d.h. konkret die Interpretation der Voraussetzungen der Drohung – könnten hier allerdings darauf hinweisen, dass zumindest solche Aspekte, mit denen rechtmäßig gedroht werden darf, mit einem Bluff über die Absicht, die Drohung auszuführen, verbunden werden dürfen. Denn – wie oben ausgeführt – wird die Drohung als die „gefährlichere“ Störung angesehen. Es erschiene daher systemstimmig, einen weniger „schlimmen“ Bluff über die Absicht dann ebenfalls als nicht rechtswidrig zu betrachten.

Schwer zu ermitteln ist im Rahmen von § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB vor allem, ob eine unrechtmäßige Mittel-Zweck-Relation vorliegt.⁷³⁸ Im Ergebnis lässt sich dies kaum abstrakt bestimmen und führt zu einem weiten Auslegungsspielraum bei der Anwendung der Vorschrift.⁷³⁹ Deshalb wird die „Abgrenzung der widerrechtlichen Nötigung vom noch gestatteten, weil noch sozialadäquaten Geschäftsgebaren“⁷⁴⁰ auch als Hauptproblem bei der Konkretisierung der Norm bezeichnet.⁷⁴¹

ckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn.70; vgl. auch *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 114 (auf einen speziellen Fall bezogen).

⁷³⁷ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, BGB § 123 Rn. 16.6; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 3; *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 4 konkret zur Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen; BGH NJW 1992, 1222, 1222 f. lässt sich so interpretieren, dass Täuschungen über Wiederverkaufsabsichten zur Anfechtung berechtigen würden, aber insofern im konkreten Fall keine Aufklärungspflichten bestanden; so zu diesem Urteil auch *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6; a. A. OLG Naumburg BeckRS 2013, 14485. Grundsätzlich gegen die Erfassung von Absichten früher auch *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 149 (der allerdings zwei Beispiele nennt, wobei bei einem die Anfechtung gestattet wird).

⁷³⁸ Zur Mittel-Zweck-Relation siehe u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 121–124; *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 31–34; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 92 ff.

⁷³⁹ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 165.1 verweist auf zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. Auch allgemein zum Interpretationsspielraum, der durch das Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit erzielt wird, *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 161.1: „ist der Weg über das Merkmal der Widerrechtlichkeit schon deshalb nachvollziehbar, weil dieser sehr viel unbestimmter und damit für zusätzliche Wertungen offener ist als der Begriff der Drohung.“; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 78: „Die Formel lässt richterlichem Ermessen einen überaus weiten Spielraum und bedarf daher der Konkretisierung“.

⁷⁴⁰ *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 15.

⁷⁴¹ *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 15; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 92 spricht davon, dass die Beurteilung Schwierigkeiten bereitet. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 121 bezeichnet Fälle, bei denen es um die Zweck-Mittel-Relation geht, als problematisch; ähnlich *Wendland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 31 („problematischer“); vgl. auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 78; *Karakatsanes*, Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, 1974, S. 56.

Im Rahmen der Betrachtung der Mittel-Zweck-Relation werden unter anderem die Angemessenheit und die soziale Adäquanz diskutiert.⁷⁴² Bestimmte Drohungen werden, selbst wenn sie starken Druck ausüben, im Ergebnis aufgrund ihrer Angemessenheit/sozialen Adäquanz als rechtmäßig angesehen.⁷⁴³ Manche Autoren gehen gar davon aus, dass im Fall eines zulässigen Mittels und eines zulässigen Zwecks nur selten eine widerrechtliche Drohung vorliegen kann.⁷⁴⁴ Im Gegensatz zur arglistigen Täuschung werden somit insgesamt stärker Grenzfälle diskutiert.⁷⁴⁵ Mit Blick auf die arglistige Täuschung könnte dies so interpretiert werden, dass eine stärkere Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus systemstimmig wäre. Im Rahmen des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit könnte insofern vor allem die soziale Adäquanz erörtert werden.

Es ist jedoch zugleich zu berücksichtigen, dass es auf die Schwere des angedrohten Übels bei der Anwendung des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB nach h. A. nicht ankommen soll.⁷⁴⁶ Dies scheint wiederum eher mit der strikten Erfassung jeglicher (auch

⁷⁴² Siehe z. B. BGH NJW 1969, 1627, 1627: („Die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Drohung bei an sich erlaubtem Mittel und Ziel widerrechtlich ist, sieht sich vor die oft schwierige Aufgabe gestellt, die unerlaubte Nötigung von dem noch erlaubten, sozial adäquaten Geschäftsgebaren abzugrenzen“); BGH NJW 2005, 2766, 2771 (ebenfalls zur sozialen Adäquanz); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 32; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 15; *Armbrüster* in: MüKoBGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 121; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 276 ff.; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 130 ff.; *Karakatsanes*, Die Widerrechtlichkeit des § 123 BGB, 1974, S. 59 ff.

⁷⁴³ Siehe z. B. BGH NJW 1969, 1627, 1627 (zum Verzicht des Maklers auf die Verkäuferprovision); BGH NJW 2005, 2766, 2771 (zur Drohung mit einem Pressebericht); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 121 ff.; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 15; *Ungan*, Sicherheiten durch Angehörige, 2012, S. 69 („Dieser Druck muss jedoch nicht immer verwerflich, sondern kann sozialadäquat sein. [...] Vielmehr bedeutet ‚widerrechtlich‘ sozial inadäquat.“); *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 130 ff.; *Zweigert*, JZ 1958, 568, 570. *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 123–124 Rn. 117: „Das Kriterium der ‚Adäquanz‘ oder der ‚Angemessenheit‘ des Mittels dominiert auch die moderne Abgrenzung zwischen widerrechtlicher und erlaubter Drohung“. Dies spiegelt sich auch in BGH NJW 1983, 2494, 2495 wider.

⁷⁴⁴ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 31: „In der Regel [...] wird eine widerrechtliche Drohung in solchen Fällen wohl auszuschließen sein“. Ähnlich *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 92: „Diese Fallkonstellationen der Erlaubtheit des Mittels und des Zwecks kommen am weitaus häufigsten vor und können nur ausnahmsweise eine Drohungsanfechtung gem. Abs. 1, 2. Fall begründen“; anders *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 118 („Meistens wird jedoch erst die Mittel-Zweck-Relation widerrechtlich sein.“).

⁷⁴⁵ *Rebberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 170 ff.

⁷⁴⁶ *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 22, 25 und 195. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 81; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 116, 127; *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 41 (der allerdings verlangt, dass die Drohung den Getäuschten in eine Zwangslage versetzt, da sonst die Kausalität abzulehnen sei); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 27; a. A. eventuell BGH NJW 1983, 2494, 2495 („Insbesondere handelte es

harmloser) Lügen zu korrespondieren. Im Rahmen der Drohung wird allerdings stärker diskutiert, wie Fälle von „harmlosen“ Drohungen zu bewerten sind. Aus praktischer Sicht wird in der Literatur angemerkt, dass es dann regelmäßig an der Kausalität und deren Beweisbarkeit scheitern wird⁷⁴⁷ bzw. dass an die Darlegung der Kausalität dann besondere Anforderungen zu stellen sind.⁷⁴⁸ Es wird davon ausgegangen, dass Lappalien „den Bedrohten nicht in eine Zwangslage“ versetzen und die „Freiheit seiner Willensentschließung nicht maßgeblich“⁷⁴⁹ beeinflussen. Wenn insofern zwar auch eine konkrete Verankerung der Einschränkung in der Norm fehlt, so scheint die Praxis hier ebenfalls eher praktisch orientiert zu agieren und eine Differenzierung zuzulassen.⁷⁵⁰ Dass es formal auf die Schwere des angeandrohten Übels nicht ankommen soll, kann also im Ergebnis nach hier vertretener Ansicht nicht als Argument herangezogen werden, um eine Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen generell abzulehnen.

Außerdem werden Rechtfertigungsgründe für an sich unrechtmäßige Drohungen diskutiert.⁷⁵¹ Erörtert wird insofern z. B. der Fall, dass die Drohung der Ab-

sich hier nicht um eine die wirtschaftliche Existenz des Bekl. berührende Drohung.“); im Zusammenhang mit der Kausalität auch genannt von *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 74.

⁷⁴⁷ *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 212; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 116; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 81, 87 erörtert, dass die Kausalität dann fraglich erscheint und die Darlegung und Beweisbarkeit entscheidend ist. Die Beweisbarkeit kann auch durch die Versagung des im Rahmen des Kausalitätsnachweises gelegentlich angewendeten Anscheinsbeweises erschwert werden, indem die Typizität des Geschehensablaufs aufgrund der Unerheblichkeit des angedrohten Übels verneint wird. Für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises: BGH NJW 1958, 177, 177; BGH, Urteil vom 05.12.1975 – V ZR 34/74 –, Rn. 53, juris; OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 1144, 1144. Gegen die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises: BGH NJW 1957, 988, 989; BGH NJW 1996, 1051, 1051 m. w. N.

⁷⁴⁸ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 27. Vgl. auch *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 215, der eine Einschränkung über die restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „bestimmt worden ist“ andenkt.

⁷⁴⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 81; ähnlich auch *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 81: „Die Verantwortlichkeit des einzelnen ist jedoch auch gegenüber sachfremden Zwangseinflüssen nicht ohne weiteres beseitigt. Gibt er Zwangseinflüssen nach, denen er an sich widerstehen müßte, so muß er für dieses Fehlverhalten eintreten.“

⁷⁵⁰ Bspw. BGH NJW 1983, 2494, 2495 („Insbesondere handelte es sich hier nicht um eine die wirtschaftliche Existenz des Bekl. berührende Drohung. Vielmehr wurde dem Bekl. aus damaliger Sicht im wirtschaftlichen Endergebnis lediglich angesonnen, ein etwas schlechteres Geschäft als von ihm angestrebt zu machen. Er stand vor der Alternative, entweder das von ihm als Gelegenheitsmakler gewollte Geschäft nicht machen zu können, oder aber von der ohnehin vom Käufer aufzubringenden Provision den wahrscheinlich kleineren Teil nicht zu erhalten, sondern abzuführen.“).

⁷⁵¹ *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 467): „Soweit ein Recht besteht, einen anderen zur Abgabe einer Willenserklärung zu nötigen [...], ist die abgenötigte Erklärung gültig“. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 88; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 75.

wendung eines noch größeren Übels dient.⁷⁵² Dieser Gedanke könnte sich bereits in der Rechtsprechung und Literatur zu arglistigen Täuschungen widerspiegeln. Denn die Lüge wird z. B. im Bewerbungsgespräch als rechtmäßig erachtet, wenn sie der Abwehr einer unzulässigen Frage (insb. aufgrund einer möglichen Diskriminierung) dient.⁷⁵³ Die Übertragbarkeit dieser Argumentationslinie auf andere Lügen (insbesondere außerhalb des Vertragsgegenstands) wird unter 5. Teil, A.IV.3.b) näher erörtert.

Insgesamt zeigt ein Blick auf § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB somit, dass die Drohung viel differenzierter betrachtet wird als die arglistige Täuschung. Die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Drohungen steht – im Gegensatz zur Situation bei den arglistigen Täuschungen – im Zentrum der Diskussion. Als neuere Entwicklung ist allerdings zu beobachten, dass neben Drohungen auch die Erfassung von Drucksituationen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erörtert wird. Es wird insofern erwogen, ob neben Drohungen generell auch Drucksituationen rechtlich geregelt werden sollten und der beeinflussten Partei ein Recht zur Lösung vom Vertrag gewährt werden sollte. Dies wird wahlweise auf eine Analogie zu § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB oder die *culpa in contrahendo* gestützt.⁷⁵⁴ Zunächst könnte man daher denken, dass eine Eingrenzung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB diesem (neueren) Trend somit entgegenstünde. Zu bedenken ist insofern jedoch, dass es bei der Diskussion um Drucksituationen gerade nicht darum geht, die rechtliche Situation bezüglich Drohungen zu ändern, sondern darum, andersartige Konstellationen (d. h. Druck) ebenfalls zu erfassen. Die Diskussion ist mit der von *Sack* angestoßenen Debatte über die analoge Anwendung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB für unlautere Wettbewerbshandlungen⁷⁵⁵ vergleichbar.⁷⁵⁶ Dadurch möchte der Autor neben der Täuschung weitere, konkret gem. dem UWG unlautere Praktiken, erfassen.⁷⁵⁷ Dies hat jedoch keinen direkten Einfluss auf die Bewertung von Täuschungen.

⁷⁵² *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 173.

⁷⁵³ BAG NZA 2003, 848, 848; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 33; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46 ff.; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15.1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 20; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6.

⁷⁵⁴ Zu diesem Themenkomplex *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 345 ff. Für eine Erfassung einzelner Drucksituationen auch *Eidenmüller* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 112 ff., der eine Analogie zu § 123 BGB für vorzugswürdig hält. Zur Analogie auch *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen, 2014, S. 109 ff.; vgl. auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 616 ff. zur analogen Anwendung des § 123 BGB um die Selbstbestimmung umfassend zu schützen.

⁷⁵⁵ *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974, S. 16 ff.; *Sack*, GRUR 2004, 625, 630 ff.

⁷⁵⁶ Auf *Sacks* wettbewerbsrechtliche Vorschläge in Zusammenhang mit der analogen Anwendung des § 123 BGB verweisend: *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 138 (Fn. 559).

⁷⁵⁷ *Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge, 1974, S. 18; *Sack*, GRUR 2004, 625, 630 ff.

Das BAG hat zudem in einem Urteil in Bezug auf eine Arbeitgeber-Arbeitnehmersituation für Aufhebungsverträge eine vorvertragliche Nebenpflicht zu fairem Verhandeln angenommen.⁷⁵⁸ Würde man das Gebot des fairen Verhandeln auf unternehmerische Vertragsverhandlungen im Allgemeinen übertragen,⁷⁵⁹ würde dies im Ergebnis dazu führen, dass Verhaltensweisen, die bislang nicht als Drohung im Sinn des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB anzusehen waren (z. B. psychische Drucksituationen, Situationen der Überrumpfung etc.), teilweise dennoch rechtlich erfasst würden, und zwar über die *culpa in contrahendo* (dazu unter 4. Teil, H.IV.). In der Literatur ist dieser Ansatz jedoch nicht nur mit Blick auf Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnisse,⁷⁶⁰ sondern gerade auch die allgemeine Anwendung eines Gebots zum fairen Verhandeln auf (z. T. vehemente) Kritik gestoßen.⁷⁶¹ Für die Interpretation des § 123 BGB mit Blick auf arglistige Täuschungen ist diese Entwicklung insofern relevant, als festgehalten werden kann, dass das Gebot des fairen Verhandeln bei der Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wohl keine Rolle spielt.

Zu diesem Ansatz auch ausführlich *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 569 ff., der im Ergebnis diese weitgehende analoge Anwendung ablehnt.

⁷⁵⁸ BAG NJW 2019, 1966, 1966 ff. (Leitsatz 2: „Ein Aufhebungsvertrag ist jedoch unwirksam, wenn er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist.“). Siehe dazu kritisch *Fischinger*, NZA-RR 2020, 516, 516 ff. Vgl. zu dem Urteil u. a. auch *Holler*, NJW 2019, 2206, 2206 ff.; *Boemke*, JuS 2019, 1204, 1204 ff.; *S. Jung*, ZfA 2024, 25, 25 ff.

⁷⁵⁹ Zu dieser Fragestellung ausführlich *S. Jung*, WM 2023, 901, 901 ff. (die Anwendbarkeit bejahend). Für eine uneingeschränkte Anwendung im Zivilrecht auch *Gräf*, Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, S. 228 m. w. N. (Fn. 1232); vgl. auch *Bachmann* in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rdn. 137 (der dies positiv bewertet). Vgl. zudem *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1969, 1970 („Das Urteil des BAG überzeugt und wird weit über das Arbeitsrecht hinauswirken.“). In diese Richtung auch *Gundel/Sartorius*, ZAP 2019, 1241, 1244 (allerdings einschränkend: „Ob dies erfolgt, bleibt abzuwarten.“). *Fischinger*, NZA 2019, 729, 734 dazu, dass die Anwendung des Gebots im allgemeinen Zivilrecht „nicht unwahrscheinlich“ ist. Kritisch hingegen zur Anwendung auf den unternehmerischen Bereich *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rdn. 56. Der Autor erkennt allerdings an, dass dies aufgrund der gewählten Rechtsgrundlage konsequent erscheint.

⁷⁶⁰ Aus arbeitsrechtlicher Sicht kritisch *Fischinger*, NZA-RR 2020, 516, 516 ff., der das Gebot fairen Verhandeln als „Irrweg“ bezeichnet; vgl. auch *ders.*, NZA 2019, 729, 730 f.; siehe zudem *Kamanabrou*, RdA 2020, 201, 209 f.; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2210; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 209; *Bauer/Romero*, ZfA 2019, 608, 613; *W. Hamann*, jurisPR-ArbR 11 (2020), Anm. 4; *Eufinger*, DB 2020, 2695, 2695. Vgl. auch *S. Jung*, ZfA 2024, 25, 25 ff. mit einem eigenen Lösungsvorschlag (S. 48 ff.). Positiv hingegen *Gräf*, Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, passim (zusammenfassend auf S. 425 ff.); *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1966, 1969 f.

⁷⁶¹ *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 62: „Keinesfalls aber kann das Unbehagen am Nichtbestehen eines Widerrufsrechts für arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge dazu führen, die gesetzlich festgelegten Grenzen zulässigen vorvertraglichen Verhaltens für jedweden Vertrag im Wege der Rechtsfortbildung zu verschieben.“; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rdn. 56; *S. Jung*, WM 2023, 901, 901 ff.; die generelle Bedeutung betonend (allerdings wohl nicht kritisch) *Plum*, MDR 2020, 69, 74 (Rn. 7, 31). Eher positiv hingegen *Zimmer*, JZ 2019, 897, 900 („Die Anerkennung eines derartigen Gebots als allgemeiner Rechtsgrundsatz erscheint daher zumindest erwägenswert.“), der gleichzeitig aber auch den noch „weiten Weg“ bzgl. der Ausarbeitung des Gebots betont.

2. Irrtumsanfechtung

Die Irrtumsanfechtung regelt generell das Problem, dass Wille und Erklärung unbewusst nicht übereinstimmen (§§ 119 Abs. 1, 120 BGB) sowie bestimmte Fehler bei der Willensbildung (§§ 119 Abs. 2, 123 BGB).⁷⁶² Die Regelungen stehen im Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz des Vertrauens des Erklärungsempfängers auf der einen Seite und dem Schutz des wahren Willens des Erklärenden auf der anderen Seite.⁷⁶³ Generell tendiert das deutsche Recht der Irrtumsanfechtung dazu, den Erklärenden im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen (überraschend) weitreichend zu schützen.⁷⁶⁴ Das zeigt sich z. B. daran, dass der deutsche Gesetzgeber dem Erklärenden nur in sehr begrenztem Umfang Eigenverantwortung zuweist.⁷⁶⁵ Nach hier vertretener Ansicht wird die Eigenverantwortung gesetzlich so weit eingeschränkt, dass sich kaum noch davon sprechen lässt, dass der Gesetzgeber dem Grundsatz folgt, dass jeder selbst für die eigene Willensbildung verantwortlich ist.⁷⁶⁶ Denn im Rahmen der geregelten Anfechtungsgründe kann sogar dann angefochten werden, wenn der Erklärende grob fahrlässig einem Irrtum unterlag.⁷⁶⁷ Dies gilt selbst dann, wenn der Erklärungsgegner den Irrtum weder in irgendeiner Weise verursacht hat, noch ihn erkennen konnte.⁷⁶⁸

⁷⁶² Vgl. *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 1; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 1; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 1; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 1; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 1.

⁷⁶³ *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, VBem. zu §§ 116–124 Rn. 14; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 1; vgl. auch *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 2; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, VBem. § 116 Rn. 11; *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrags, 2015, S. 313 („Paradigmatisch treffen dort (im dt. Irrtumsrecht, Anm. der Autorin) die zwei Rechtsprinzipien Willen und Vertrauen aufeinander“).

⁷⁶⁴ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 2 („Insgesamt gibt das BGB damit dem Erklärenden in vergleichsweise großzügigem Umfang die Möglichkeit, die Folgen seines Irrtums abzuwenden.“). Der Autor zeigt gleichzeitig auf, dass andere Rechtsordnungen den Anwendungsbereich der Irrtumsanfechtung enger fassen.

⁷⁶⁵ *E. Kramer*, Der Irrtum beim Vertragsschluss, 1998, S. 61 ff. zeigt rechtsvergleichend auf, dass andere Rechtsordnungen gibt, die „den Gedanken der Verantwortlichkeit“ als „Korrelat der privat-autonomen Selbstbestimmung“ kennen. Umgekehrt formuliert *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrags, 2015, S. 313: „Nach dieser willenszentrierten Sicht lässt das BGB Anfechtungen innerhalb des § 119 zu, ohne auf den Empfänger der Erklärung einzugehen.“

⁷⁶⁶ In diese Richtung wohl auch *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 565 („Zunehmend wird einer Partei die Pflicht auferlegt, den maßgeblichen Irrtümern und sonstigen informatorischen Defiziten der anderen Seite entgegenzuwirken.“). A. A. *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 423. *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 5 betont die Eigenverantwortung, die durch die Begrenzung der Anfechtung wegen Motivirrtümern verwirklicht wird.

⁷⁶⁷ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; so auch noch *M. Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012 (Altauflage), § 41 Rn. 8.

⁷⁶⁸ Im Zusammenhang mit dem Eigenschaftsirrtum so noch *M. Wolf/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. 2012 (Altauflage), § 41 Rn. 64. Die Argumentation lässt sich auch auf die anderen Anfechtungsgründe des § 119 BGB übertragen.

Die Interessen des Erklärungsgegners werden nur insoweit berücksichtigt, als ihm ein Schadensersatzanspruch gem. § 122 BGB zusteht. Der Erklärende haftet insofern zwar verschuldensunabhängig.⁷⁶⁹ Der Schadensersatz ist allerdings auf den Ersatz des Vertrauensschadens, d. h. auf das negative Interesse beschränkt.⁷⁷⁰ Nach oben ist der Anspruch durch das positive Interesse begrenzt (§ 122 Abs. 1 a. E. BGB). Dem Erklärungsgegnern werden somit nur die Schäden ersetzt, die dadurch entstanden sind, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat (§ 122 Abs. 1 BGB).⁷⁷¹ Das sind unter anderem Vertragsabschlusskosten, wie z. B. die Anreise zum Verhandlungsort, oder das Porto für die postalische Kommunikation.⁷⁷² Relevante Kosten in Form von unternehmensinternen Verhandlungskosten (Verhandlungsvorbereitung, Vertragsentwurfserstellung durch die eigene Rechtsabteilung, Zeit- und Ressourcenaufwand für die eigentliche Verhandlung etc.) sind hingegen wohl grundsätzlich nicht erstattungsfähig.⁷⁷³ Daher mag die Vorschrift auch als „Porto-Paragraph“ bezeichnet werden. Erfasst ist darüber hinaus allerdings auch der entgangene Gewinn aus einem anderen Geschäft,⁷⁷⁴ wobei insofern regel-

⁷⁶⁹ RGZ 81, 395, 399; BGH NJW 1969, 1380, 1380; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 2 f.; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 122 Rn. 2; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 122 Rn. 1; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 122 Rn. 1; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 122 Rn. 1; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 122 Rn. 3, 8. An dieser Stelle kommt es nicht darauf an, ob dies mit dem Veranlassungsprinzip begründet wird oder von einer verschuldensunabhängigen Haftung aufgrund der Risikosphäre ausgegangen wird.

⁷⁷⁰ Zum Ersatz des Vertrauensschadens siehe statt vieler *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 17 ff.; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 122 Rn. 7f.

⁷⁷¹ BGH NJW 1984, 1950, 1950f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 17; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 122 Rn. 13; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 122 Rn. 9; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 3; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 122 Rn. 3; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 122 Rn. 7; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 122 Rn. 19.

⁷⁷² *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 17; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 122 Rn. 9; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 1. Aufl. 2022, § 122 Rn. 3; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 3.

⁷⁷³ Die Berechnung des Schadensersatzes richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Zur mangelnden Ersatzfähigkeit vergeblicher Arbeitsaufwendungen: BGH NJW 1977, 1446, 1446f.; *Oetker* in: MüKo BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 84. Nach BGH NJW 2009, 1066, 1068 Rn. 19 kann Zeitaufwand im eigenen Unternehmen im Rahmen des § 249 BGB nur ersatzfähig sein, wenn er der Schadensbeseitigung dient, nicht der Schadensbearbeitung und -abwicklung, siehe dazu auch: BGH NJW 1980, 1518, 1519; BGH NJW 1996, 2924, 2925. Zur mangelnden Ersatzfähigkeit von Schadensbearbeitungskosten auch *I. Ebert* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 249 Rn. 69. Ggf. a. A. zu § 311 BGB *Feldmann* in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 174 („Veranlasst etwa der eine Teil den anderen durch ein pflichtwidriges Verhalten zu vergeblichen Aufwendungen, zB [...] zur Abgabe von Angeboten, obwohl über die Vergabe eines Auftrags schon entschieden ist, so rechtfertigt der Umstand, dass der Betroffene seine Rechtssphäre der Einflussnahme durch den anderen geöffnet hat, auch hier die Ersatzpflicht des Schädigers“). Sehr allgemein mit Blick § 122 BGB *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 566 („Generell sind alle Erfüllungsvorbereitenden Investitionen zu ersetzen“).

⁷⁷⁴ BGH NJW 1984, 1950, 1951; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 122 Rn. 13; *Feuerborn* in:

mäßig der Nachweis schwerfällt.⁷⁷⁵ Die Interessen des Erklärungsgegners werden daher nur partiell geschützt.⁷⁷⁶

Die Negierung der Eigenverantwortung des Erklärenden im Irrtumsrecht könnte als Argument dafür gebracht werden, bei der arglistigen Täuschung erst recht keine Eigenverantwortung der belogenen Seite durchzusetzen. Dies würde somit gegen die Zulässigkeit bestimmter Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sprechen, da gerade die Zulässigkeit von Bluffs der potenziell getäuschten Seite Eigenverantwortung zuweist. Der weitgehende Schutz des Erklärenden im Irrtumsrecht ist allerdings bereits auf vehemente Kritik gestoßen und es gibt Überlegungen, dem Erklärenden zumindest eine gewisse Eigenverantwortung in seinem Risikobereich zuzumessen.⁷⁷⁷ Einige der Kritikpunkte ließen sich ggf. auf die arglistige Täuschung übertragen. Im Rahmen des § 119 BGB wird statt einer Einschränkung der Norm über die Eigenverantwortung versucht, mit Hilfe der Kausalitätsanforderung den Anwendungsbereich zu schmälern. Es wird dann objektive Erheblichkeit verlangt bzw. ein objektiver normativer Maßstab mit Blick auf die Kausalität angesetzt. Als Maßstab wird in solchen Fällen der verständige Mensch, „der die Lage ohne Launenhaftigkeit und Willkür bewertet“⁷⁷⁸ herangezogen. Liegt „Willkür, Eigensinn oder Unverstand“⁷⁷⁹ vor, darf nach dieser Ansicht nicht angefochten werden. Dieser Ansatz ließe sich theoretisch auch auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB übertragen (wird in diesem Werk jedoch im Ergebnis nicht befürwortet⁷⁸⁰).

Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 122 Rn. 9; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 122 Rn. 7; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 122 Rn. 22; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 122 Rn. 3; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 3; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 564 mit zahlreichen Nachweisen.

⁷⁷⁵ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 565 f. Die h.M. spricht dem Geschädigten auch keine beweis erleichternde Vermutung zu, vgl. *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 5 m. w. N.

⁷⁷⁶ So allgemein *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 2 („Dem Vertrauensschutz des Empfängers wird im Falle der Anfechtung nur noch in abgeschwächter Form durch die Verpflichtung zum Schadensersatz gem. § 122 entsprochen“). Zum Verhältnis von Anfechtung und Vertrauensschutz vgl. auch *Singer*, Selbstbestimmung, 1995, S. 61 ff.

⁷⁷⁷ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 120 ff.; siehe auch *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 235 ff., der ebenfalls auf die Risikoverteilung abstellt. Auf S. 237 führt der Autor aus: „Ein Vertrag kann nicht angefochten werden, wenn sich der Irrtum auf Umstände bezieht, von denen sich der Irrende bei den Vertragsverhandlungen ein zutreffendes Bild hätte verschaffen können und müssen.“

⁷⁷⁸ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 78; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 46; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 18.

⁷⁷⁹ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 78; BGH NJW 1988, 2597, 2599; zur Anfechtung eines Arbeitsvertrags auch BAG NJW 1991, 2723, 2726. Vgl. auch *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 101; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 151; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 45 („Eigensinn, subjektiven Launen und törichten Anschauungen“).

⁷⁸⁰ Siehe dazu, dass dies bereits aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheint näher unter 4. Teil, G.V.2.

Auf § 119 Abs. 1 BGB und § 120 BGB wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da die Vorschriften nicht dazu beitragen können, die arglistige Täuschung besser zu verstehen. Im Folgenden wird allein der Motivirrtum und der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft erörtert. Bei Letzterem handelt es sich nach h. M. um einen Spezialfall des Motivirrtums,⁷⁸¹ der die sich irrende Seite zur Anfechtung berechtigt (zu den erfassten Irrtümern sogleich im Folgenden). Der Unterschied zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB besteht hier allein darin, dass im Fall der arglistigen Täuschung der Irrtum (über die verkehrswesentliche Eigenschaft) vom Vertragspartner vorsätzlich hervorgerufen wurde, während er im Irrtumsrecht höchstens grob fahrlässig vom Verhandlungspartner verursacht wurde.⁷⁸² Möglich ist natürlich auch, dass der Vertragspartner zur Irrtumsentstehung bzw. dem Weiterbestehen des Irrtums überhaupt nicht beigetragen hat. Bezüglich der Anfechtbarkeit macht es jedoch keinen Unterschied, ob der Vertragspartner für den Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft verantwortlich ist oder nicht. Etwas Anderes gälte nur, wenn man der Auffassung folgte, dass dem Irrenden Eigenverantwortung in seinem Risikobereich zuzumessen ist (so bereits oben).⁷⁸³ Allerdings ergibt sich im Zusammenspiel mit dem Schadensersatzrecht insofern ein Unterschied. Denn hat der Vertragspartner den Irrtum schuldhaft verursacht, so muss er ggf. gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB oder aus Delikt dafür haften. Außerdem wird die Perspektive des Verhandlungspartners auch bei § 122 Abs. 2 BGB berücksichtigt. Kannte der Anfechtungsgegner den Irrtum der anderen Seite oder hätte er ihn erkennen müssen, so scheidet ein Schadensersatzanspruch aus (§ 122 Abs. 2 BGB). Das gilt nach dem Wortlaut der Norm selbst dann, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum leicht fahrlässig nicht erkannt hat.⁷⁸⁴ Dies mag als Wertungsunstimmigkeit bewertet werden, wenn der Vertragspartner dem Irrtum grob fahrlässig unterlag und der Anfechtungsgegner diesen Irrtum des Vertragspartners leicht fahrlässig nicht erkannt hat. Insgesamt zeigt das Irrtumsrecht somit die Tendenz, die Anfechtung unabhängig von der Verantwortlichkeit

⁷⁸¹ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 114; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 63; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 39; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 79; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 34.

⁷⁸² Zum Vorsatz bei arglistiger Täuschung vgl. nur *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49. *Schermaier* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 123–124 Rn. 116 führt aus, dass die Verwandtschaft von Irrtum und Täuschung erst nach 1900 wiederentdeckt wurde.

⁷⁸³ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 120 ff.; siehe auch *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 235 ff., der ebenfalls auf die Risikoverteilung abstellt. Auf S. 237 führt der Autor aus: „Ein Vertrag kann nicht angefochten werden, wenn sich der Irrtum auf Umstände bezieht, von denen sich der Irrende bei den Vertragsverhandlungen ein zutreffendes Bild hätte verschaffen können und müssen.“

⁷⁸⁴ *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 122 Rn. 9; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 122 Rn. 28; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 122 Rn. 4; *Mansel* in: Jaurnig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 122 Rn. 4; differenzierend *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 122 Rn. 22.

des Anfechtungsgegners für den Irrtum zuzulassen. Das Vertrauen des Erklärungsempfängers wird nur eingeschränkt geschützt. Daher könnte argumentiert werden, dass eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dann erst recht möglich sein muss. Dies könnte somit ebenfalls als Argument gegen die Einschränkung der arglistigen Täuschung verstanden werden. Allerdings kann dies nur für solche Irrtümer gelten, die gem. § 119 BGB einen Anfechtungsgrund darstellen. Denn diese müssten im Sinn einer stimmigen, systematischen Auslegung dann auch gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zur Anfechtung berechtigen. Andere Irrtümer würden von der angeführten Argumentation hingegen unberührt bleiben.

§ 119 BGB befasst sich generell mit Motivirrtümern und in Abs. 2 mit der speziellen Form des Eigenschaftsirrtums. Ein Motivirrtum ist gegeben, wenn der Erklärende zwar (objektiv) erklärt, was er (subjektiv) erklären wollte, dabei aber einer Fehlvorstellung bezüglich seiner Beweggründe unterliegt. So vielseitig wie die Beweggründe für einen Vertragsschluss sein können, so vielseitig sind auch die insofern möglichen Irrtümer. Bezüglich der von § 119 BGB erfassten Irrtümer lässt sich zusammenfassend festhalten, dass wegen unbeachtlichen Motivirrtümern grundsätzlich nicht angefochten werden kann.⁷⁸⁵ Das stellt einen großen Unterschied zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dar, bei dem es darauf nach h. A. nicht ankommt (siehe dazu unter 2. Teil, A.I.3.).⁷⁸⁶ Eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB kommt im Ergebnis nur in Frage, wenn sich der Erklärende über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder einer Person täuscht.⁷⁸⁷ Das Zusammenspiel aus dem Ausschluss der Anfechtung wegen Motivirrtümern und der Zulässigkeit der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums zeigt, dass das Irrtumsrecht nur auf den Leistungsgegenstand bzw. zentrale Personen abstellt. Soweit muss also auch mindestens der Schutzbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB reichen. Eine weitere Einschränkung wird zudem durch die Anforderung an die Verkehrswesentlichkeit vorgenommen. Es genügt somit nicht, dass sich der Irrtum z. B. auf den Leistungsgegenstand bezieht. Der Eigenschaftsirrtum muss vielmehr als verkehrswesentlich

⁷⁸⁵ BGH NJW 1998, 3192, 3193; BGH NJW 2008, 2442, 2443; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 37; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 1, 10; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 108; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 43.

⁷⁸⁶ Zu den Unterschieden des Irrtumsrechts und der Arglistanfechtung *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37. Zur generellen Erfassung von Motivirrtümern i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 27; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 16.9; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1; *Ungan*, Sicherheiten durch Angehörige, 2012, S. 71. So auch schon *Rebhein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1: Allgemeiner Theil, 1899, Anm. III 3 b zu §§ 116ff., S. 149.

⁷⁸⁷ *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 34ff.; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 39ff.; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 11 ff.; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 15ff.; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 76; ausführlich *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 109ff.

betrachtet werden. Insofern besteht ein weiter Auslegungsspielraum. Es soll grundsätzlich auf den (typischen und konkreten) Vertragszweck ankommen.⁷⁸⁸ Verkehrswesentlichkeit wird angenommen, wenn der Aspekt „unmittelbaren“ Einfluss auf die Brauchbarkeit oder den Wert des Gegenstands⁷⁸⁹ hat. Es muss sich somit um wertbildende Faktoren handeln, die die „Sache unmittelbar kennzeichnen“⁷⁹⁰. Wegen eines Irrtums über den Wert des Gegenstands darf hingegen nicht angefochten werden.⁷⁹¹ Gleiches gilt für Irrtümer über den Marktpreis⁷⁹² und das Eigentum an einer Sache.⁷⁹³ Für die hier diskutierten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands ließe sich daraus eventuell konkret der Rückschluss ziehen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB z.B. Täuschungen über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt erfassen sollte,⁷⁹⁴ da argumentiert werden könnte, dass es sich um eine wertbildende Eigenschaft handelt, die die Sache unmittelbar kennzeichnet. Die meisten anderen, der in diesem Beitrag diskutierten Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands würden hingegen durchweg nicht zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB berechtigen, wenn der Irrtum nicht auf eine vorsätzliche, sondern lediglich eine fahrlässige Täuschung zurückzuführen wäre. Das liegt bereits daran, dass sie keine Eigenschaften der Sache darstellen. Sie sind somit lediglich als unbeachtliche Motivirrtümer einzuordnen. Nimmt ein Verkäufer z.B. irrig an, der potenzielle Käufer hat ein gutes Konkurrenzangebot vorliegen und bietet ihm deshalb einen günstigen Preis,⁷⁹⁵ kann er nicht anfechten, wenn sich

⁷⁸⁸ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 67; ähnlich auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 112; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 17; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 15; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 36; vgl. auch *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 86f. (zum subjektiven und objektiven Ansatz); generell auch zur Bestimmung der Verkehrswesentlichkeit *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 80ff.

⁷⁸⁹ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 142.

⁷⁹⁰ *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 73.

⁷⁹¹ BGH, Urteil vom 21.02.1952 – IV ZR 103/51, BeckRS 1952, 31375035; BGH, Urteil vom 18.12.1954 – II ZR 296/53 –, BGHZ 16, 54, 57 (Rn. 20); OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.12.1993 – 7 U 135/92 – juris (Orientierungssätze); BayObLG NJW-RR 1995, 904, 905; BGH LM § 123 Nr. 52; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 100; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 74; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 41; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 85; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 14; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 16; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 44.1.

⁷⁹² RGZ 116, 15, 18 (zur Kursnotierung); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 44.1; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 100; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 14; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 41; *Baetge* in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 85; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 16; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 143.

⁷⁹³ BGH NJW 1961, 772, 775; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 74; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 146; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, § 119 Rn. 100; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 41; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 114.

⁷⁹⁴ Siehe zu dieser Ausprägung der Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁷⁹⁵ Siehe zur Better-offer-Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.3.

seine Vorstellung als falsch erweist (der Käufer ihn darüber aber nicht arglistig getäuscht hat). Gleiches gilt, wenn sich ein Verhandler über eine Deadline irrt und daher unter Zeitdruck nachgibt.⁷⁹⁶ Ein Käufer kann auch nicht wegen Irrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB anfechten, wenn er versehentlich davon ausgeht, dass der Verkäufer schon fast alle Exemplare eines Produkts verkauft hat.⁷⁹⁷

Die Einzelheiten des § 119 Abs. 2 BGB sind indes höchst umstritten und die Vorschrift wird vielfach als missglückt angesehen.⁷⁹⁸ In der Gesamtschau zeigt sich allerdings, dass die Anfechtung weitaus restriktiver mit Blick auf die erfassten Irrtümer in ihrem Anwendungsbereich ist als die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Fraglich ist, ob allein die Tatsache, dass der Verhandlungspartner vorsätzlich täuscht, ausreicht, um im Gegensatz zu § 119 BGB alle kausalen Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu erfassen. Zumindest steht § 119 BGB der Zulässigkeit bestimmter Täuschungen außerhalb der Sache und der Person nicht grundsätzlich im Weg. Umgekehrte Überlegungen, ob auch im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gewisse Anforderungen an die Verkehrswesentlichkeit der Sache gestellt werden sollten, sollen im Folgenden (siehe 4. Teil, H.III.) im Rahmen der Erörterung der Mängelgewährleistungsrechte diskutiert werden.

III. Mängelgewährleistungsrecht

In Bezug auf Lügen über den Leistungsgegenstand steht die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in Konkurrenz zu den Gewährleistungsrechten⁷⁹⁹ nach §§ 437 ff., §§ 536 ff. und §§ 633 ff. BGB. Im Folgenden soll in den Ausführungen exemplarisch auf das Kaufgewährleistungsrecht eingegangen werden. Eine entsprechende Argumentation ließe sich aber auch jeweils für die anderen Gewährleistungsrechte entwickeln.

Durch das Kaufgewährleistungsrecht, das nach Gefahrübergang greift (§ 434 Abs. 1 BGB), hat der Gesetzgeber bereits entschieden, dass Irreführungen über die Beschaffenheit des Leistungsgegenstands von der Rechtsordnung nicht toleriert werden und rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.⁸⁰⁰ Dasselbe muss auch im Rahmen der Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gelten. Gerade das Ge-

⁷⁹⁶ Siehe zur Taktik *false deadlines* näher unter 2. Teil, A.VI.8.

⁷⁹⁷ Siehe zur Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁷⁹⁸ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 109 m. w. N.; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 119 Rn. 4 ebenfalls m. w. N.; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 75: „viele Einzelfragen nach wie vor umstritten“.

⁷⁹⁹ Vgl. zum Konkurrenzverhältnis *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 103; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 102; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 40; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6.

⁸⁰⁰ Ausdruck dessen ist bspw. die Regelungen der § 442 Abs. 1 S. 2 und § 438 Abs. 3 S. 1 BGB zur Arglist des Verkäufers bei einem verschwiegenen Mangel. Siehe zu den Folgen auch *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 567 f.

währleistungsrecht zeigt, dass die Rechtsordnung einen besonderen Fokus auf den Leistungsgegenstand (die „Sache“, § 433 BGB, die „Ware“, § 474 BGB) legt. Hier stehen jedoch insbesondere die Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands – also außerhalb der Beschaffenheit der Sache – im Vordergrund. Sie sind allerdings von der gesetzlichen Wertung des Gewährleistungsrechts nicht erfasst, weshalb das Gewährleistungsrecht der Lösung im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB insofern keine Schranken setzt.

Im Unterschied zum Gewährleistungsrecht spielt es für die Arglistanfechtung keine Rolle, ob bereits ein Gefahrübergang stattgefunden hat oder nicht. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst beide Fälle gleichermaßen. Mit Blick auf das Gewährleistungsrecht stellt der Gefahrübergang hingegen den entscheidenden Moment dar (§ 434 Abs. 1 BGB). Vor Gefahrübergang ist das allgemeine Leistungsstörungenrecht anwendbar, nach Gefahrübergang das Mängelgewährleistungsrecht. Hintergrund ist hier, dass sich die Dynamik nach Gefahrübergang ändert und dadurch Kosten entstehen, die vor Gefahrübergang so nicht hervorgerufen würden. Im Fall eines Rücktritts kommt es nach Gefahrübergang z. B. zu Rückabwicklungskosten, die getragen werden müssen. Im Fall der Nacherfüllung sind die Kosten zu bedenken, die durch die Lieferung einer mangelfreien Sache (die benutzte Sache kann ggf. auch nach Reparatur nicht mehr zu denselben Konditionen angeboten werden) oder Reparatur entstehen können (allgemein z. B. Ausbau- und Transportkosten). § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB blendet diese Problematik vollständig aus, weshalb sich insofern keine Rückschlüsse ziehen lassen. Aus der Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts nach Gefahrübergang lässt sich allerdings schließen, wie wichtig dem Gesetzgeber grundsätzlich eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung ist. Das spricht zumindest indirekt für eine Erfassung von Bluffs über die Vertragsdurchführung und -erfüllung i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

Ein genauerer Blick auf das Mängelgewährleistungsrecht zeigt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich keine Erheblichkeitsschwelle vorsieht.⁸⁰¹ So kann Nacherfüllung beispielsweise auch dann verlangt werden, wenn lediglich ein minimaler Sachmangel vorliegt (z. B. eine winzige Schramme an einem Neuwagen⁸⁰²).⁸⁰³ Im Sinne der Systemstimmigkeit sollten kleine Lügen über den Leistungsgegenstand daher ebenfalls rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Damit ist jedoch theoretisch noch nicht die Frage beantwortet, ob solche Bluffs auch zu einem Lösungsrecht vom Vertrag in Form eines Anfechtungsrechts gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

⁸⁰¹ BT-Drs. 14/6040, S. 93: „Nach der Bedeutung der verletzten Pflicht oder der Schwere der Pflichtverletzung wird grundsätzlich nicht unterschieden.“; auch S. 217: „Die Erheblichkeitsschwelle generell für Sachmängel einzuführen, wäre nicht sachgerecht, weil die Haftung für Sachmängel dadurch geringer angesetzt würde, als das allgemein für Leistungspflichten vorgesehen ist.“; so auch *Westermann* in: MüKo BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 8. Dies ist europarechtlich bereits durch Art. 3 Abs. 6 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vorgegeben.

⁸⁰² Bspw. BGH NJW 2017, 1100, 1101.

⁸⁰³ Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist auf Verbraucherverträge beschränkt (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2019/771). Siehe dazu u. a. *Kupfer/Weiß*, VuR 2020, 95, 96.

führen sollten oder ob andere Rechtsfolgen (wie z.B. Schadensersatzansprüche) adäquater wären. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das Gewährleistungsrecht die Nacherfüllung als vorrangig gegenüber den anderen Ansprüchen, d.h. Rücktritt, Minderung und Schadensersatz, ansieht.⁸⁰⁴ Der Gesetzgeber möchte damit sicherstellen, dass es nicht zu schnell zu einer Rückabwicklung von Verträgen kommt.⁸⁰⁵ Diese sollen vielmehr erhalten und vertragsgemäß durchgeführt werden.⁸⁰⁶ Das gilt selbst dann, wenn der Verkäufer dem Käufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.⁸⁰⁷ Im Verbrauchsgüterkauf wird § 442 BGB gem. § 475 Abs. 3, S. 2 BGB hingegen nicht angewandt. Diese Arbeit fokussiert sich jedoch ausschließlich auf den B2B-Bereich. Der Gesetzgeber gewichtet die Gründe für den Vorrang der Nacherfüllung somit im B2B-Bereich höher als das arglistige Verschweigen. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts ist der Rücktritt zudem bislang nur gestattet, wenn die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 S. 2 BGB). Die neue Warenkauf-RL⁸⁰⁸ ändert daran auch für den B2C-Bereich nichts (vgl. die § 323 Abs. 5, S. 2 BGB entsprechende Regelung; Art. 13 Abs. 5, S. 1 Warenkauf-RL).⁸⁰⁹ Dies unterstreicht ebenfalls die besondere Zurückhaltung des Gesetzgebers bzgl. der Rückabwicklung von Verträgen. Die Nachrangigkeit der Rückabwicklung könnte theoretisch mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigt werden. Die Vorschrift ist allerdings bezüglich ihrer Rechtsfolge eindeutig formuliert, weshalb insofern kein Interpretationsspielraum besteht. Eine Berücksichtigung der Nachrangigkeit der Rückabwicklung ließe sich daher höchstens *de lege ferenda* andenken. Natürlich ist im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB immer zu bedenken, dass ein Verhandler vorsätzlich getäuscht hat (in den hier im Fokus stehenden Konstellationen sogar aktiv), was einen strukturellen Unterschied zum Mängelgewährleistungsrecht darstellt. Die beiden Argumente, der vorsätzlichen (aktiven) Täuschung auf der einen Seite und der generellen Nachrangigkeit des Rücktritts auf der anderen Seite, sind daher *de lege lata* im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gegeneinander abzuwägen. Zu bedenken ist, dass diese Zurückhaltung im Gewährleistungsrecht sogar für den Leistungsgegenstand (bezogen auf die Beschaffenheit) gilt. Im Erst-recht-Schluss (*argumentum a maiore ad minus*)⁸¹⁰

⁸⁰⁴ Siehe zum Vorrang der Nacherfüllung statt vieler *Büdenbender* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 437 Rn. 12ff.; *Faust* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 439 Rn. 2.

⁸⁰⁵ BGH NJW 2005, 1348, 1350; S. Lorenz, NJW 2003, 1417, 1417; *ders.*, NJW 2006, 1175, 1175; BT-Drs. 14/6040, S. 92f., 220f. zur Sicherung des Vorrangs mittels Fristsetzung.

⁸⁰⁶ *Büdenbender* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 437 Rn. 14a.

⁸⁰⁷ Siehe zum Gewährleistungsausschluss gem. § 442 BGB bei Arglist statt vieler *Westermann* in: MüKo BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 442 Rn. 12; *Faust* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 442 Rn. 27f.

⁸⁰⁸ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

⁸⁰⁹ Vgl. auch *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889, 2892. Allerdings trägt der Verkäufer die Beweislast (Art. 13 Abs. 5 S. 2 Warenkauf-RL).

⁸¹⁰ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 389f.

könnte dies als Argument genutzt werden, Aspekte außerhalb des Vertragsgegenstands vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen. Denn bei ihnen sollte die Zurückhaltung gegenüber der Vertragsauflösung noch stärker in den Vordergrund rücken.

IV. Haftung aus *culpa in contrahendo*

§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB gibt vor, dass durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis entsteht. Werden in diesem Zusammenhang Schutz- und Treuepflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB verletzt, so kann der Geschädigte über § 280 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Dieses Rechtsinstitut wird als *culpa in contrahendo* bezeichnet und dessen Entwicklung wird generell von *Jhering* (1861) zugeschrieben.⁸¹¹ Später wurde die *culpa in contrahendo* dann vom Reichsgericht anerkannt⁸¹² und 2002 vom Gesetzgeber schließlich im Gesetz verankert.⁸¹³ Im Folgenden soll die *culpa in contrahendo* vornehmlich mit Blick auf Informationspflichtverletzungen erörtert werden.⁸¹⁴ Denn bei diesen besteht eine gewisse Parallele zu den in dieser Arbeit betrachteten Täuschungen durch aktives Tun, weshalb die gewonnenen Erkenntnisse gegebenenfalls im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Berücksichtigung finden können. Auf Aufklärungspflichten – die in der Literatur im Zentrum der Diskussion um die *culpa in contrahendo* stehen – soll hingegen nicht näher eingegangen werden.

Eine Informationspflichtverletzung liegt vor, wenn unrichtige bzw. irreführende Angaben gemacht werden.⁸¹⁵ Es kommt dabei nicht darauf an, ob ursprünglich eine Aufklärungspflicht vorlag.⁸¹⁶ Die Informationspflichtverletzung stellt grds. eine Zuwiderhandlung gegen die Schutz- und Treuepflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB dar. Damit ist jedoch noch nicht ausgesagt, dass dies auch für kleine bzw.

⁸¹¹ v. *Jhering*, *JherJb* 4 (1861), 1, 1 ff. Der Autor stützte sich dabei auf römisch-rechtliche Quellen und I 5 § 284 ALR (von 1794). Vgl. *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 11; kritischer zur Entwicklerrolle von *Emmerich* in: *MüKo BGB*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 38.

⁸¹² Vgl. z. B. RGZ 78, 239, 240; RGZ 103, 47, 51; RGZ 104, 265, 267 f.; vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung des Reichsgerichts u. a. *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 11 ff.

⁸¹³ Dies erfolgte im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, welches am 01.01.2002 in Kraft trat).

⁸¹⁴ Sie bilden auch den heutigen „Kern“ der *culpa in contrahendo*, vgl. *Emmerich* in: *MüKo BGB*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 66 f.; *Dieckmann* in: *Erman, BGB*, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 34.

⁸¹⁵ Vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 23.02.2010 – 4 U 571/07 – 190 –, Rn. 76, juris; *M. Becker* in: *Nomos Kommentar BGB*, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 74; *Emmerich* in: *MüKo BGB*, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 66 f.; *Sutschet* in: *BeckOK BGB*, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 80; *Schulze* in: *Schulze, HK-BGB*, 11. Aufl. 2022, § 311 Rn. 30.

⁸¹⁶ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 586; *Dieckmann* in: *Erman, BGB*, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 34; *Sutschet* in: *BeckOK BGB*, Stand: 01.08.2023, § 311 Rn. 80; vgl. auch *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 410, 412.

harmlose Lügen gelten muss. Insofern formuliert *Weiler* prägnant: „Welche Sorgfaltspflichten im vorvertraglichen Stadium bestehen, ist vom modernen Gesetzgeber offen gelassen worden“⁸¹⁷. § 311 BGB kann damit insoweit für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht direkt Aufschlüsse geben. Es besteht vielmehr genügend Spielraum für eine Interpretation, die im Zusammenspiel mit § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu einem systemstimmigen Ergebnis führt.

Ein Unterschied zwischen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und der *culpa in contrahendo* besteht darin, dass die arglistige Täuschung zwingend Vorsatz voraussetzt (siehe dazu unter 2. Teil, A.I.5.), während im Rahmen der c.i.c. bereits einfache Fahrlässigkeit reicht.⁸¹⁸ Aufgrund des Überschneidungsbereichs der beiden Vorschriften muss daher ein stimmiges Gesamtkonzept erarbeitet werden.⁸¹⁹ So muss eine Irreführung, die im Rahmen der c.i.c. schon bei leichter Fahrlässigkeit zur Vertragsaufhebung führt (zu den Rechtsfolgen sogleich im Folgenden), erst recht eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung rechtfertigen (*argumentum a maiore ad minus*). Insofern geben die Überlegungen im Rahmen der *culpa in contrahendo* wichtige Hinweise für die Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Ist eine Haftung aus *culpa in contrahendo* wegen einer fahrlässigen Informationspflichtverletzung ausgeschlossen, ist zu überlegen, ob der Vorsatz als Begründung für die Rechtsfolgen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausreicht. Insgesamt ist jedoch zu bedenken, dass auch bei der *culpa in contrahendo* ein nicht unerheblicher Auslegungsspielraum besteht, was den Aussagewert einzelner Argumente schwächen kann.

Das Verhältnis vom Mängelgewährleistungsrecht zur *culpa in contrahendo* ist im Detail umstritten. Die h. M. geht allerdings davon aus, dass das Mängelgewährleistungsrecht in seinem Anwendungsbereich der Haftung aus *culpa in contrahendo* – außer bei Vorsatz⁸²⁰ – vorgeht.⁸²¹ Führt ein Verkäufer einen Käufer über die Be-

⁸¹⁷ *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 613.

⁸¹⁸ BGH NJW 1985, 1769, 1771; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 331, 387, 431 f.; *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 73. Zum Genügen der Fahrlässigkeit auch *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 79, *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 311 Rn. 82. Vgl. auch *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 586. Dazu auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 25; *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 62; *Lapp* in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2023, Stand: 09.02.2022, § 311 Rn. 71; zur analogen Anwendung des § 123 Abs. 1 BGB auf fahrlässige Irreführungen *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 137 ff.

⁸¹⁹ *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 4 hält § 123 BGB aufgrund der *culpa in contrahendo* für „weitgehend überflüssig“.

⁸²⁰ BGH NJW 2009, 2120, 2122; BGH NJW 2010, 858, 859 (Rn. 20); BGH NJW 2013, 1671, 1673 (Rn. 22) (die Urteile beziehen sich allerdings auf Aufklärungspflichten); *Bach* in: Staudinger BGB, 2023, § 437 Rn. 45; *Schulze* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 311 Rn. 14; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 87; *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 83 m. w. N. aus der Rechtsprechung. A. A. *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 38; *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 85; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818, 830.

⁸²¹ BGH NJW 1973, 1234, 1234 f.; BGH NJW 2011, 2128, 2129 Rn. 20; *Bach* in: Staudinger

schaffenheit des Kaufgegenstands fahrlässig irre, greift somit nach Gefahrübergang grundsätzlich das Mängelgewährleistungsrecht. Dem Käufer steht dann nach h. M. kein Anspruch aus *culpa in contrahendo* zu.⁸²² Das bedeutet, dass die „ursprünglich vorvertragliche Pflichtverletzung durch die Entstehung eines parallelen Gewährleistungsrechts nachträglich absorbiert“⁸²³ wird. Die Anwendung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird hingegen durch das Mängelgewährleistungsrecht nicht gesperrt.⁸²⁴ Bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung ist jedoch gleichzeitig ein Schadensersatzanspruch nach den Regeln der *culpa in contrahendo* zu bejahen.⁸²⁵ Bei einer arglistigen Täuschung durch aktives Tun, die gleichzeitig einen Mangel darstellt, wird daher angenommen, dass die *culpa in contrahendo* dann ausnahmsweise nicht durch das Gewährleistungsrecht gesperrt wird.⁸²⁶ Eine Haftung aus *culpa in contrahendo* kommt zudem gerade dann in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner den anderen fahrlässig über Aspekte irreführt, die nicht zur Beschaffenheit zählen (z. B. über die eigene Kreditwürdigkeit).⁸²⁷ In diesem Fall steht die c.i.c. weder in Konkurrenz zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB noch zum Gewährleistungsrecht. Die Diskussion um den Vorrang des Mängelgewährleistungsrechts im Verhältnis zur *culpa in contrahendo* ist bedeutend, da sie zeigt, dass die

BGB, 2023, § 437 Rn. 45; *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 79; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818, 825 ff.; *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 85; *Lapp* in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, Stand: 09.02.2022, § 311 Rn. 72; *Schulze* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 311 Rn. 14; *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 38; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 86. Überblicksartig und mit dem Vorschlag, das Verhältnis der Mängelgewährleistung und c.i.c. jeweils am konkreten Fall zu entscheiden: *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 81 ff. Überblicksartig zum alten Recht und mit einem ähnlichen fallspezifischen Ansatz: *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 393 ff.

⁸²² Vgl. nur BGH NJW 1973, 1234, 1234; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 86; *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 85.

⁸²³ *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 82.

⁸²⁴ *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 40; *Bach* in: Staudinger BGB, 2023, § 437 Rn. 37; *C. Berger* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 437 Rn. 31; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 102; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 14; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6; zur Mietgewährleistung: BGH NJW 2009, 1266, 1268.

⁸²⁵ Zur parallelen Anwendbarkeit BGH NJW 1979, 1983, 1983 f.; BGH NJW 1999, 1404, 1405; BGH NJW-RR 2002, 308, 309 f.; *Feldmann* in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 154; *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 36; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 135; vgl. auch *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 40.

⁸²⁶ BGH NJW 2009, 2120, 2122; BGH NJW 2010, 858, 859 (Rn. 20); BGH NJW 2013, 1671, 1673 (Rn. 22) (die Urteile beziehen sich allerdings auf Aufklärungspflichten); *Bach* in: Staudinger BGB, 2023, § 437 Rn. 45; *Schulze* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 311 Rn. 14; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 87; *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 83 m. w. N. aus der Rechtsprechung. A. A. *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 38; *Mertens*, AcP 203 (2003), 818, 830.

⁸²⁷ BGH NJW 1983, 676, 677 (Aufklärung über Kreditwürdigkeit); BGH NJW 1990, 1659, 1660 (falsche Angabe zur Einfuhrumsatzsteuerpflicht); vgl. *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 91 zur Kreditwürdigkeit.

im Gewährleistungsrecht getroffenen Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers in ihrem Anwendungsbereich vorgehen. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts sieht der Gesetzgeber – wie soeben unter 4. Teil, H.III. diskutiert – z. B. den Vorrang der Nacherfüllung und damit verbunden die Nachrangigkeit des Rücktritts sowie die Erheblichkeitsschwelle im Rahmen des Rücktritts vor.⁸²⁸ Dies unterstreicht die generelle Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber der Aufhebung von Verträgen. Das könnte dafürsprechen, § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB restriktiv auszulegen. Die Wertungen zeigen jedoch noch nicht konkret auf, wo die Grenzziehung mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verlaufen sollte.

Scheinbar in Übereinstimmung mit § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB besteht die Rechtsfolge bei der *culpa in contrahendo* gewöhnlich in einem Schadensersatz in Form der Naturalrestitution (§ 249 BGB), das bedeutet einer Vertragsaufhebung.⁸²⁹ Dies wird damit begründet, dass dadurch der Zustand wiederhergestellt würde, „der bestehen würde, wenn es keine Informationspflichtverletzung gegeben hätte“⁸³⁰. Dies ist freilich nur der Fall, wenn die Partei, die irreführt wurde, den Vertrag gar nicht erst abgeschlossen hätte, wenn ihr dies bewusst gewesen wäre. Bei Aufklärungspflichten ist diese Anforderung relativ unproblematisch gegeben, da Aufklärungspflichten generell nur bezüglich entscheidungserheblicher Informationen bestehen.⁸³¹ Hier geht es jedoch gerade um aktive Informationspflichtverletzungen, d. h. irreführende Angaben. Teilweise wird vertreten, dass durch die erkennbar irreführende Angabe eine Aufklärungspflicht aus Ingerenz entsteht, deren Verletzung dann wiederum einen Schadensersatz in Form der Naturalrestitution begründet.⁸³² Insofern wird allerdings oftmals nicht diskutiert, ob das ebenso für irreführende Angaben gilt, wegen denen der Vertrag lediglich in anderer Form ab-

⁸²⁸ M. Becker in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 79 begründet den Vorrang mit den „höchst differenzierten und abgestuften [...] Rechtsbehelfen [...] zur Bewältigung der Interessenkonflikte“.

⁸²⁹ BGH NJW 1962, 1196, 1198 f.; vgl. auch BGH NJW 1998, 302, 303 f.; BGH NJW 2007, 3057, 3059; BGH NJW-RR 2011, 270, 275 (Rn. 46); Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 84; S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 67 ff., 331; Feldmann in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 154, 177; S. Lorenz in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 280 Rn. 50, 53 und 57; Schulze in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 311 Rn. 26, 30; Stadler in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 56; Emmerich in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 219 f. auch zur möglichen Vertragsanpassung bei Aufklärungspflichtverletzungen. Kritisch dazu Arnold in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8.

⁸³⁰ Theisen, NJW 2006, 3102, 3104; so auch BGH NJW 2001, 2163, 2165.

⁸³¹ M. Becker in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 83. Dazu, dass nur Informationen von wesentlicher Bedeutung erfasst sind BGH NJW 2007, 3057, 3059; BGH NJW 1971, 1795, 1799: („offensichtlich von Bedeutung sind“); vgl. auch Feldmann in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 124; Emmerich in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 68 m. w. N.; Stadler in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 50; Pohlmann, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, S. 103.

⁸³² Emmerich in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 79; ähnlich wohl Sutschet in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 80; zur Aufklärungspflicht aus Ingerenz auch S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 431 ff.

geschlossen wurde.⁸³³ Gerade diese Konstellation steht jedoch in dieser Arbeit im Vordergrund. Es wird teilweise generell vertreten, dass der geschädigten Partei im Fall einer Täuschung die Wahl zwischen einer Rückgängigmachung des Vertrags und einer Vertragsanpassung zusteht.⁸³⁴ Sofern diese spezielle Konstellation mit Blick auf *culpa in contrahendo* erörtert wird, wird oft auf absolut harmlose Irreführungen abgestellt. In diesem Zusammenhang wird dann vertreten, dass bei solchen leicht irreführenden Angaben (außerhalb der Beschaffenheit) die Beweislast (dazu im Folgenden) für die Kausalität ausnahmsweise bei der irreführten Seite liegen sollte.⁸³⁵ Das heißt, es wird auch hier – wie im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (siehe zur Kausalität unter 2. Teil, A.I.4. und zur Beweisführung unter 2. Teil, A.I.11.b)bb) – versucht, die Problematik zumindest teilweise über die Anforderungen an die Kausalität zu lösen. *De facto* mag die Ansicht dann dazu führen, dass bei (leicht) fahrlässigen und lediglich leicht irreführenden Angaben keine rechtlichen Konsequenzen drohen⁸³⁶ – nicht einmal ein Restvertrauensschadensersatz (dazu sogleich). Zusammen mit der entsprechenden Tendenz im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB könnte dies dafürsprechen, absolut geringfügige vorsätzlichen Bluffs aus dem Anwendungsbereich der Norm auszunehmen. Denn die Lösung über die Kausalität kann nur eine „Notlösung“ darstellen. Eine Lösung für das Problem irreführender Angaben, die etwas schwerer wiegen, aber dennoch „nur“ zu einem anderen Vertrag, aber nicht zum Scheitern der Verhandlung geführt hätten, bietet dieser Ansatz jedoch noch nicht.

Insoweit könnten eventuell die Diskussionen um den „minderungsähnlichen Schadensersatz“ und den „(Rest-)Vertrauensschaden“ weiterhelfen. Diesbezüglich ist generell umstritten, inwiefern statt der Vertragsaufhebung der Schaden durch Geld ausgeglichen werden kann bzw. muss. Grundsätzlich kann die durch eine

⁸³³ Vgl. S. Lorenz in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 280 Rn. 52 („Ist der Vertrag infolge des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen zu ungünstigeren Bedingungen zustande gekommen, kann der Geschädigte eine entspr. *Vertragsanpassung* verlangen“). Dazu, dass sich der Ersatzanspruch auch ausnahmsweise auf das Erfüllungsinteresse beziehen kann S. Lorenz in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 280 Rn. 51. Vgl. auch Rösler, AcP 207 (2007), 564, 577.

⁸³⁴ S. Lorenz in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2024, § 280 Rn. 59.

⁸³⁵ M. Becker in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 83; vgl. auch R. Schwarze, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001, S. 313. Nach allgemeinen Grundsätzen, S. Lorenz in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 280 Rn. 89; anders als die anerkannte Beweislastverteilung bei Aufklärungspflichtverletzungen, vgl. dazu BGH NJW 1996, 2503, 2503: „Bei einer Inanspruchnahme aus diesem Rechtsgrund ist es entgegen der Auffassung des BerGer. nicht Sache des Kl. zu beweisen, daß die unzutreffenden Angaben des Bekl. für den Vertragsschluß, auf dem der geltend gemachte Schaden beruht, ursächlich geworden sind. Vielmehr muß der Bekl. die Behauptung des Kl. widerlegen, er hätte bei Angabe richtiger Umsatzzahlen vom Vertragsschluß Abstand genommen“; BGH NJW 1998, 302, 304: „Nach feststehender Rechtsprechung des BGH ist, wer vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, der Geschädigte also den Hinweis unbeachtet gelassen und auch bei wahrheitsgemäßen Tatsachenangaben den Vertrag so wie geschehen geschlossen hätte“.

⁸³⁶ Vgl. M. Becker in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 83.

verletzte Informationspflicht geschädigte Partei im Rahmen der *culpa in contrahendo* den Ersatz ihrer Aufwendungen, die im Rahmen des Vertragsschlusses entstanden sind, verlangen.⁸³⁷ Ob ein „minderungsähnlicher Schadensersatz“ oder ein „(Rest-)Vertrauensschaden“ gefordert werden kann, ist jedoch eine andere Frage. Der „minderungsähnliche Schadensersatz“ ist im Ergebnis an die Überlegungen des Gewährleistungsrechts angelehnt und passt daher grundsätzlich nicht für die Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands, die in dieser Arbeit im Vordergrund stehen. Denn durch diese wird gerade nicht der Wert des Gegenstands beeinflusst, sondern höchstens der Kaufpreis. Oftmals werden aber vielmehr auch andere Konditionen (wie z. B. Lieferbedingungen und -zeiten⁸³⁸) betroffen sein. Es ist zudem möglich, dass es lediglich zu einem Vertragsschluss zu einem anderen Zeitpunkt kommt (z. B. im Rahmen der Taktik der kleinen Menge⁸³⁹). Der „minderungsähnliche Schadensersatz“ soll hier daher nicht näher erörtert werden. Im Rahmen des „(Rest)Vertrauensschadens“ wird ein Ersatz in Höhe des Betrags, „um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat“⁸⁴⁰, diskutiert. Das Konzept erscheint als Fortführung und ggf. Erweiterung des „minderungsähnliche[n] Schadensersatzes“.⁸⁴¹ Wie der Kausalitätsbeweis zu führen ist, ist dann wiederum umstritten.⁸⁴² Der BGH forderte in der zitierten Entscheidung keinen Kausalitätsnachweis.⁸⁴³ Die Entscheidung stieß in der Literatur generell auf Kritik.⁸⁴⁴ Aus Sicht der Verhandlungstheorie ist insofern problematisch, dass regelmäßig nicht abgeschätzt werden kann, ob und, wenn ja in welcher Höhe sich eine bestimmte Taktik auf den Kaufpreis ausgewirkt hat. Die Diskussion im Rahmen der c.i.c. lässt zum einen die Frage aufkommen, ob nicht bei arglistigen Täuschungen ebenfalls stärker zwischen unterschiedlichen Rechtsfolgen differenziert werden sollte. Diese Debatte kann allerdings höchstens *de lege ferenda* geführt werden, da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB insofern keinen Auslegungsspielraum gewährt. Zum anderen zeigen die Ausführungen, dass auch im Rahmen der c.i.c. nicht eindeutig ermittelt werden kann, wie mit Irreführungen umzugehen ist, die lediglich zu anderen Konditionen im Vertrag geführt haben.

⁸³⁷ *Feldmann* in: Staudinger BGB, 2018, BGB § 311 Rn. 174; *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 83; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 29b; *Stadler* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 311 Rn. 56; zu einer Aufklärungspflichtverletzung im Vergabeverfahren: BGH NZBau 2007, 727, 729 (Rn. 11, 15).

⁸³⁸ Insbesondere Lieferzeiten können, müssen aber nicht unbedingt die Durchführung des Vertrags gefährden.

⁸³⁹ Siehe zu dieser Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁸⁴⁰ BGHZ 168, 35 = NJW 2006, 3139, 3141 (Rn. 22); BGH BeckRS 2010, 17953, Rn. 8 ff.; BGH NJW 2012, 846, 847 (Rn. 12).

⁸⁴¹ *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 86.

⁸⁴² Siehe dazu *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 85a.

⁸⁴³ BGHZ 168, 35 = NJW 2006, 3139, 3141 (Rn. 22).

⁸⁴⁴ *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 86; *Theisen*, NJW 2006, 3102, 3105; *Möllers/Weichert*, LMK 2006, 189346; *Lindacher*, EWiR 2007, 7, 8.

Früher war im Rahmen der c.i.c. umstritten, ob deren Anwendung einen Vermögensschaden voraussetzt oder ob auch das reine Dispositionsinteresse geschützt ist.⁸⁴⁵ Im Rahmen des § 123 BGB ging und geht die h.M. hingegen einhellig davon aus, dass es keines Vermögensschadens beim Getäuschten bedarf (siehe unter 2. Teil, B.I.6.).⁸⁴⁶ Die Unterschiede, die daraus resultieren könnten, werden jedoch als gering angesehen, da die Rechtsprechung bereits ein weites Verständnis für den Vermögensschaden zu Grunde legt.⁸⁴⁷ Gerade bei den hier betrachteten Täuschungen mag die Feststellung eines Vermögensschadens allerdings nicht immer so leicht sein. Denn bei den Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands liegt regelmäßig keine Störung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung vor und auch das Dispositionsinteresse mag nicht betroffen sein. Die Anwendung der c.i.c. wird zudem teilweise mit dem Hinweis auf die Erfüllung der legitimen Erwartungen abgelehnt.⁸⁴⁸ Diese Argumentation wird in Bezug auf Risiken bemüht. Wird eine Vertragspartei bezüglich eines Risikos irreführt, dieses realisiert sich jedoch nicht, so soll nach einer Ansicht in der Literatur kein Anspruch aus *culpa in contrahendo* bestehen.⁸⁴⁹ Dies ist durchaus überraschend und mag auch anders gesehen werden, da es nicht unwahrscheinlich ist, dass sich die Irreführung auf den Vertrag auswirkt. Denn Risiken werden generell nur gegen eine entsprechende Vergütung oder andere Gegenleistung übernommen. Es ist also denkbar, dass eine Partei bessere Bedingungen verhandelt hätte, wenn sie sich bewusst gewesen wäre, dass sie ein bestimmtes Risiko übernimmt. Hier besteht ebenfalls wieder das Problem, dass

⁸⁴⁵ Vgl. dazu *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd.2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn.53 m. w.N.; gegen den Schutz des reinen Dispositionsinteresses vgl. die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsreform: BGH NJW 1998, 302, 304; BGH NJW 1998, 898, 898. Für den Schutz des reinen Dispositionsinteresses: BGH NJW 2005, 1579, 1580 m. w.N.: „Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Anleger, der auf Grund einer fehlerhaften Empfehlung eine für ihn nachteilige Kapitalanlage erworben hat, in der Regel bereits durch deren Erwerb geschädigt [...]. Wer durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrags verleitet wird, den er ohne dieses Verhalten nicht geschlossen hätte, kann sogar bei objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung einen Vermögensschaden dadurch erleiden, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist“; *Feldmann* in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 178; *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 80; *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 604.

⁸⁴⁶ BGH BeckRS 1973, 31123496; BGH NJW 1979, 1983, 1984; BGH NJW 1998, 302, 304; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, Bd. 1, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 7; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10; *Dieckmann* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 311 Rn. 82; *U. Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 314; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 112.1; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 17.

⁸⁴⁷ *Sutschet* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 44; *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 53; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 590; vgl. auch *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 80.

⁸⁴⁸ Siehe dazu *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 84; vgl. allg. zur Leistungserwartung auch *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 392f.

⁸⁴⁹ *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 84.

Fälle, in denen die Irreführung lediglich zu einem Vertrag mit anderem Inhalt geführt hätte, nicht stringent im Rahmen von § 311 Abs. 2 BGB diskutiert werden. Es bestehen daher ähnliche Herausforderungen wie in Hinblick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, was noch einmal verdeutlicht, dass eine Lösung des Problems nur unter Berücksichtigung der rechtlichen Umfeldwertungen erfolgen kann.

Aus wertungsmäßiger Sicht ist zudem interessant, dass sich im Rahmen der *culpa in contrahendo* im Verhältnis zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Besonderheiten bei der Darlegungs- und Beweislast für die irreführte Seite ergeben. So wird in bestimmten Fällen die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung (z. B. der verletzte Aufklärungspflicht) und dem Vertragsabschluss vermutet, auch wenn dies im Einzelfall nicht unumstritten ist.⁸⁵⁰ Das gilt z. B. im Rahmen der Prospekthaftung und damit für einen Fall, bei dem es sich um irreführende Angaben und nicht lediglich um eine verletzte Aufklärungspflicht handeln kann. Andererseits wird gleichzeitig betont, dass bei unbedeutenden Informationspflichtverletzungen die irreführte Seite beweis- und darlegungspflichtig sein sollte.⁸⁵¹ Im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB muss die Kausalität hingegen grundsätzlich von der getäuschten Seite dargelegt und bewiesen werden. Dieser Unterschied wirft die Frage auf, ob auch bei der arglistigen Täuschung die Anforderungen an die Beweisführung und die Darlegung bezüglich bestimmter Täuschungen überdacht werden sollten.

V. Sittenwidrigkeit

Die Wertungen aus § 138 Abs. 1 BGB könnten ebenfalls einen Zusammenhang zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB aufweisen. Zunächst stellt sich die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Vorschriften. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gilt insofern in seinem Anwendungsbereich als vorrangige Sonderregelung.⁸⁵² Wurde eine Vertragspartei arglistig getäuscht, greift daher grundsätzlich § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und berechtigt die getäuschte Seite zur Anfechtung. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB scheidet dann hingegen

⁸⁵⁰ So wird z. B. vermutet, dass ein Prospektfehler kausal für die Anlageentscheidung war. Siehe dazu ausführlich *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 254 ff.; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 390 (Fn. 1044); zum Kausalitätsbeweis vgl. auch *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 163 ff. Mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung: *Feldmann* in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 172.

⁸⁵¹ *M. Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 83; vgl. auch *R. Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001, S. 313.

⁸⁵² BGH NJW 1995, 3315, 3315; BGH NJW 1997, 254, 254; BGH NJW 2008, 982, 983; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 5; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 125.2; *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 26; *Nassall* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 138 Rn. 85; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; vgl. allerdings auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 101, der § 123 BGB nicht als Sonderregelung ansieht.

aus.⁸⁵³ Es muss daher generell nicht beurteilt werden, ob arglistige Täuschungen als sittenwidrig einzustufen sind. Nur ausnahmsweise kann § 138 Abs. 1 BGB auch im Fall einer arglistigen Täuschung direkt zur Anwendung kommen. Dafür müssen allerdings neben die Täuschung zusätzliche Umstände treten, die die Sittenwidrigkeit begründen.⁸⁵⁴ Das ist immer dann der Fall, wenn der Gesamtcharakter des Geschäfts als sittenwidrig einzustufen ist.⁸⁵⁵ In der Literatur wird dies beispielsweise bejaht, wenn Leistung und Gegenleistung aufgrund der Täuschung in einem auffälligen Missverhältnis stehen.⁸⁵⁶ Das Beispiel zeigt bereits, dass eine entsprechende Situation bei den hier im Vordergrund stehenden Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (Chancen und Risiken dazugezählt) praktisch nie vorliegen wird. Denn die meisten dieser Irreführungen zielen lediglich auf eine vorteilhaftere Verteilung innerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) für den Lügner ab.⁸⁵⁷ Etwas Anderes könnte höchstens ausnahmsweise in Bezug auf Täuschungen über die Rechtslage angedacht werden. Bei dieser Taktik kann z. B. ein Verhalten, welches illegal ist, als legal dargestellt werden, um das Tun oder Unterlassen des Verhandlungspartners zu beeinflussen,⁸⁵⁸ d. h. ihn beispielsweise zu einem illegalen Verhalten zu bewegen. Es kommen verschiedene illegale Verhaltensweisen (z. B. Verstöße gegen das Kartellverbot, § 1 GWB/Art. 101 AEUV) in Betracht. Theoretisch ist daher denkbar, dass durch eine entsprechende Täuschung ein Vertrag mit sittenwidrigem Inhalt i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB abgeschlossen wird. Dann ist trotz der prinzipiellen Einschlägigkeit des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auch § 138 Abs. 1 BGB anwendbar.⁸⁵⁹ Es kommt in solchen Fällen nicht darauf an, wie das Verhalten des Täuschenden zu beurteilen ist (d. h. ob er beispielsweise vorsätzlich getäuscht hat). Insgesamt ist § 138 Abs. 1 BGB jedoch für die hier im Fokus

⁸⁵³ BGH NJW 1997, 254, 254; BGH NJW 2008, 982, 983; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 5; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 125; *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 26; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Nassall* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 138 Rn. 85.

⁸⁵⁴ BGH NJW 1995, 3315, 3315; BGH NJW 1997, 254, 254; BGH NJW 2008, 982, 983; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 138 Rn. 5; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 101, § 138 Rn. 10; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 125.2; *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 27; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 101; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; Dörner in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 5; *Nassall* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 138 Rn. 85.

⁸⁵⁵ RGZ 114, 338, 341; BGH NJW 1995, 3315, 3315; BGH NJW 1988, 2599, 2602; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 184; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 5; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 101; *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 27; *Nassall* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 138 Rn. 85.

⁸⁵⁶ *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 9; vgl. auch *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 5; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 125.2.

⁸⁵⁷ Zum Einfluss von Bluffs auf das Verhandlungsergebnis siehe näher unter 2. Teil, A.V.2.

⁸⁵⁸ Siehe zur Taktik „falsche rechtliche Bedenken“ näher unter 2. Teil, A.VI.6.

⁸⁵⁹ BGH NJW 1988, 902, 903.

stehenden Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands weitgehend unbeachtlich und lässt keinen Rückschluss auf die Handhabung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bzgl. „listiger“ und arglistiger Bluffs zu.

Interessante Einblicke könnte höchstens die Vorgehensweise zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit bieten. Denn dadurch wird aufgezeigt, wie die Rechtsordnung menschliches Verhalten kategorisiert und bewertet. Das Reichsgericht entwickelte diesbezüglich die Formel, dass ein Rechtsgeschäft immer dann als sittenwidrig anzusehen ist, wenn es gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁸⁶⁰ verstößt. Dies ist zwar nicht der Ort, um die Sittenwidrigkeit *en détail* zu erörtern. Allgemein anerkannt ist aber wohl, dass Verstöße gegen die objektiv herrschende Rechts- und Sozialmoral sittenwidrig sind.⁸⁶¹ Ein Rechtsgeschäft kann bereits deshalb sittenwidrig sein, da sein Inhalt z. B. gegen die Rechts- oder Sittenordnung verstößt.⁸⁶² Ebenfalls möglich ist es, dass ein Rechtsgeschäft deshalb als sittenwidrig angesehen wird, weil das Verhalten eines Vertragspartners gegenüber dem anderen einen Verstoß gegen die Rechts- oder Sozialmoral darstellt.⁸⁶³ Die Vorschrift zeigt insofern, dass die moralische Bewertung⁸⁶⁴ eines Aspekts sowie das Rechtsgefühl⁸⁶⁵ durchaus bei der rechtlichen Bewertung an Relevanz gewin-

⁸⁶⁰ RGZ 80, 219, 221.

⁸⁶¹ BGH NJW 1981, 1206, 1207; BGH, Urteil vom 16.07.2019 – II ZR 426/17 –, Rn. 24, juris; OLG Rostock, Urteil vom 22.12.2016 – 3 U 110/15, BeckRS 2016, 127436 Rn. 31; OLG Hamm NJW-RR 2011, 1197, 1198; OLG Köln MMR 2001, 43, 43; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 16; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 27; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 138 Rn. 2; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 7; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 138 Rn. 1; vgl. auch *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 62 ff.; *Sack*, NJW 1985, 761, 767 (zur heteronomen Moral).

⁸⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 08.05.1985 – IVa ZR 138/83 –, BGHZ 94, 268–275, Rn. 23 – juris; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.08.2023, § 138 Rn. 20.

⁸⁶³ BGH, Urteil vom 05.04.1968 – V ZR 18/67 –, BGHZ 50, 63–72, Rn. 60 – juris (ohne expliziten Bezug zur Rechts- und Sozialmoral); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 138 Rn. 24; *Nassall* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 138 Rn. 22 (ohne expliziten Bezug zur Rechts- und Sozialmoral).

⁸⁶⁴ Zur starken Moralisierung der Handhabung siehe *Sack*, NJW 1985, 761, 766.

⁸⁶⁵ Das Rechtsgefühl mit Blick auf § 138 BGB in Bezug nehmend z. B. *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 111 („Lassen sich weder dem gesetzten Recht, noch vorhandenen allgemeinen Rechtsüberzeugungen, noch dem Richterrecht ausreichende Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit von Sittenwidrigkeitsklauseln auf einen konkreten Einzelfall entnehmen, dann ist der Richter letztlich weitgehend auf sein Rechtsgefühl angewiesen“); *Wank* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 109 Rn. 56 („Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts bedeutet, dass ein Verstoß gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vorliegt“); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 613, 619 (in Bezug auf Bürgschaftsverträge); *Tiedtke*, ZIP 1995, 521, 529. Auch die Rechtsprechung bezieht sich teilweise im Rahmen des § 138 BGB auf das Rechtsgefühl, so etwa BGH, Urteil vom 29.09.1977 – III ZR 164/75 –, BGHZ 69, 295–302, Rn. 13 – juris („Allerdings können im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die die Vereinbarung eines Entgelts für das Rechtsgefühl und Anstandsgefühl unerträglich machen.“); BAG, Urteil vom 11.01.1973 – 5 AZR 322/72 –, Rn. 21 – juris („denn die Beurteilung, ob eine Lohnabrede sittenwidrig ist, bemißt sich nicht, wie die Revision meint, nach der Verkehrssitte der jeweiligen Branche, sondern nach dem Rechtsgefühl aller gerecht und billig Denkenden.“); BayObLG, Beschluss vom 04. Oktober 1973 – BReg 1 Z 18/73 –, Rn. 62 – juris („Das kann dann

nen können. Es bleibt zu erörtern, ob dies auch im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglich ist. Wie bereits unter 4. Teil, B.II. erläutert, werden viele der Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands nicht als unmoralisch beurteilt. Selbst wenn eine Taktik als eher unmoralisch eingestuft wird, werden nicht unbedingt Rechtsfolgen befürwortet. Die Berücksichtigung des Moral- und Rechtsgefühls könnte sich daher erheblich auf die Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auswirken. Insofern wird – wie unter 4. Teil, F.VI. ausgeführt – hier vertreten, dass vor allem das empirisch ermittelte Rechtsgefühl erheblich sein könnte.

VI. Lauterkeitsrecht

Den Wertungen des Lauterkeitsrechts könnte mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls Bedeutung zukommen. Insofern stellt sich jedoch schon die Frage, ob und, wenn ja, inwiefern die Wertungen des Lauterkeitsrechts überhaupt Relevanz für die Arglistanfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im B2B-Bereich entfalten können. Unabhängig davon ist das Lauterkeitsrecht aber deshalb bemerkenswert, da es im Gegensatz zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB konkret einzelne Täuschungstaktiken regelt. Beide Aspekte werden im Folgenden untersucht.

In Bezug auf die Übertragbarkeit der Wertungen des UWG ist zunächst festzuhalten, dass das Lauterkeitsrecht und § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht exakt dieselbe Schutzrichtung verfolgen. § 123 Abs. 1 BGB zielt auf den Schutz vor einer unzulässigen Beeinflussung der Willensentscheidung ab⁸⁶⁶ und möchte daher sowohl

der Fall sein, wenn sich die Verfügung für den Zurückgesetzten unter Abwägung aller Umstände besonders nachteilig auswirkt, so daß sie nach dem sich ergebenden Gesamtbild gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“); AG Bad Iburg NJW-RR 2004, 1059, 1060 („Auf Grund der vorgenannten Argumente ist das Gericht der Ansicht, dass es gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, eine ausdrücklich angeordnete Sperre von 0190-Nummern dadurch zu umgehen, dass mittels einer zunächst unverdächtig klingenden Telefonnummer, die nicht gesperrt ist, ohne weiteres eine Vermittlung zu 0190-Diensten hergestellt werden kann.“).

⁸⁶⁶ Vgl. zum Schutz der Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB BGH NJW 1988, 2599, 2601; vgl. z. B. auch BGH BeckRS 2011, 25937 (Ls.) (zum Schutz der freien Selbstbestimmung); siehe zudem Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, § 103 (S. 465) (Die Motive des BGB geben als Normzweck an, dass „die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete“ nicht „widerrechtlich beeinträchtigt“ werden darf.); vgl. auch *Hefermehl* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 1 („möglichst unbeeinflusst von außen selbst bestimmen“); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 5 ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1; *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 1; siehe auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1 (zum Schutz der freien Selbstbestimmung), welcher mit Blick auf den Verbraucherschutz „den Schutz der Entscheidungsgrundlage und den Schutz des Entscheidungsprozesses“ betont.

Täuschungen als auch unzulässige Drohungen⁸⁶⁷ unterbinden. Die Schutzrichtung des UWG geht über die Prävention unzulässiger Beeinflussungen hinaus und fokussiert sich auf die Sicherstellung eines „lauteren“ Wettbewerbs (§ 1 UWG).⁸⁶⁸ Ziel des Lauterkeitsrechts ist daher auch der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen.⁸⁶⁹ Konkret in Bezug auf § 5 UWG, der irreführende geschäftliche Handlungen regelt und auf Artt. 1, 3 RL 2006/114/EG⁸⁷⁰ beruht, lässt sich zudem feststellen, dass es dem Lauterkeitsrecht generell weniger um einzelne Täuschungen in einer konkreten Verhandlung zwischen zwei Parteien geht,⁸⁷¹ wie sie in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im Vordergrund stehen. Zwar entziehen sich Täuschungen gegenüber einem beschränkten Personenkreis nicht grundsätzlich der Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts.⁸⁷² Aber das UWG ist im Ergebnis generell auf Irreführungen größerer Personenkreise, z.B. durch Werbung, ausgerichtet.⁸⁷³

⁸⁶⁷ Zu Drohungen siehe bereits oben unter 4. Teil, H.II.1.

⁸⁶⁸ Zur Unterscheidung von Schutzzweck, Schutzobjekt und Schutzsubjekt *Sosnitza* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 1 Rn. 3 ff. Spezifisch zur Bedeutung des Leistungswettbewerbs im UWG *Ulmer*, GRUR 1977, 565, 566 f.; die Abkehr vom Begriff des „Leistungswettbewerbes“ bestärkend hingegen *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), UWG, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 5 sowie *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 1 Rn. 44.

⁸⁶⁹ Zum Schutzzug des Wettbewerbs als Institution *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 1 Rn. 42 ff.; vgl. auch C. *Alexander* in: BeckOK UWG, Stand: 01.10.2023, § 1 Rn. 73 ff.; vgl. auch *Götting* in: Götting/Nordemann (Hrsg.), UWG Handkommentar, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

⁸⁷⁰ Zur Entwicklung des § 5 UWG siehe statt vieler *Ruess* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 5 Rn. 6 ff.; *Bornkamm/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 0.15 ff., 0.113; *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1 ff. (insb. Rn. 5).

⁸⁷¹ Dies mag z. T. an der ursprünglichen Ausgestaltung des bezweckten Verbraucherschutzes liegen. Zur Fortentwicklung von einem Kollektivschutz zum angestrebten Individualschutz z. B. durch Schadensersatzansprüche siehe etwa *Köhler*, WRP 2021, 129, 130; *Schwintowski*, VuR 2021, 251, 252. Eingehend zur Modernisierung der Rechtsbehelfe auch *J. Glöckner*, GRUR 2021, 919, 919 ff.

⁸⁷² Dies zeigt sich umso mehr durch die Implementierung individueller Rechtsbehelfe, wie dem Verbraucherschadensersatz in § 9 Abs. 2 UWG n.F. Dazu sogleich näher. Dazu, dass auch irreführende Handlungen gegenüber einzelnen Verbrauchern unlauter sind, siehe mit Blick auf § 5 UWG z. B. *Bornkamm/Feddersen* in Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1.38 (zu Individualkommunikation); zu Einzelgesprächen im B2C-Bereich siehe *Diekmann* in: jurisPK-UWG, 5. Aufl. 2021, Stand: 29.04.2022, § 5 Rn. 149.

⁸⁷³ Es kommt für die Anwendung von § 5 UWG zwar nicht auf die Anzahl der Personen an, an die sich die geschäftliche Handlung richtet. Die bis zu Inkrafttreten der Neufassung des UWG im Mai 2022 lediglich kollektivrechtlich ausgestalteten Rechtsbehelfe für Verbraucher zeugen jedoch von einem umfassenden Schutz vor Werbemaßnahmen, die ihrer Natur nach regelmäßig an eine unbestimmte Anzahl von Abnehmern gerichtet sind. Siehe dazu u. a. *Keller* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. 2021, § 2 Rn. 236 (jedoch noch unter Bezugnahme auf die alte Rechtslage). Siehe zu den Unterschieden zwischen BGB und UWG auch *Abrens* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. 2021, UWG Einleitung Rn. 1119 f.; zu den unterschiedlichen Schutzrichtungen auch *Stukenbrock*, Spezifizierte Informationspflichten, 2020, S. 205. *Busch*, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 2 betont: „Wettbewerbs- und Vertragsrecht betrachten denselben Sachverhalt gewissermaßen aus unterschiedlichen Blickwinkeln“.

Diese Unterschiede spiegeln sich auch in verschiedenen tatbestandlichen Anforderungen der jeweiligen Vorschriften wider. So spielen beispielsweise im Rahmen von § 5 UWG die Täuschungseignung⁸⁷⁴ und die Marktentscheidungsrelevanz⁸⁷⁵ eine Rolle für die Bewertung von Lügen in Vertragsverhandlungen (§ 5 Abs. 1, 1. Alt. BGB). § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kennt entsprechende Tatbestandsmerkmale hingegen nicht.⁸⁷⁶

Aufgrund dieser Unterschiede zwischen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und dem UWG bei der Schutzrichtung und der Konzeption besteht hier das Gebot der Einheit der Rechtsordnung⁸⁷⁷ nicht. Die Wertungen des UWG können somit nicht unmittelbar bei der Konkretisierung der arglistigen Täuschung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB herangezogen werden. Dieses Verständnis entspricht der herrschenden Meinung und der Praxis.⁸⁷⁸ Dass die Wertungen des UWG zumindest im B2B-BE-

⁸⁷⁴ Zur Definition der Irreführungseignung siehe etwa C. Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 75 („Es kommt nicht auf die Irreführung [...] an, sondern auf die bloße Eignung zur Irreführung, im Sinne einer Möglichkeit des Verursachens einer falschen Vorstellung.“). Bei unwahren Angaben wird diskutiert, ob das Erfordernis der Täuschungseignung entfällt. Es bedarf aber stets einer Täuschungsrelevanz. Gegen das Erfordernis einer Täuschungseignung Dreyer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. 2021, § 5 Rn. 315f.; Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, § 5 Rn. 234. Mit Blick auf ein ansonsten „wenig sinnvolles – per-se-Verbot unwahrer Angaben“ eine Täuschungseignung fordernd Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 1.52. Vgl. auch Sosnitza, WRP 2008, 1014, 1028; C. Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 75 m. w. N.

⁸⁷⁵ Zur Marktentscheidungsrelevanz statt vieler Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 20, 178a, 234; Peifer, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2016, S. 121 (Rn. 183); J. Glöckner in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 47 ff. (zur „Geschäftsentscheidungsrelevanz“); zur geschäftlichen Relevanz auch Scherer, WRP 2021, 561, 562 (Rn. 10); den Aspekt unter dem Begriff der wettbewerblichen Relevanz diskutierend Schöwerling/Siegel in: Paschke et al. (Hrsg.), Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2021, § 5 Abs. 1 Rn. 10; zum Begriff und den Anforderungen an die wettbewerbliche Relevanz auch Abrens in: Hasselblatt (Hrsg.), MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 20 Rn. 68–77; Dreher/Kulka, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 384 ff.

⁸⁷⁶ Die Entscheidungsrelevanz des UWG ist nicht mit der Kausalitätsanforderung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gleichzusetzen. Für die Bejahung der Relevanz reicht etwa schon die Auseinandersetzung mit einem Angebot. Zu den Anforderungen an die Kaufentscheidungsrelevanz im UWG siehe etwa Diekmann in: jurisPK-UWG, 5. Aufl. 2021, Stand: 29.04.2022, § 5 Rn. 510; Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 259. Generell insofern einen Unterschied feststellend Abrens in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl. 2021, UWG Einleitung Rn. 1119 f.

⁸⁷⁷ Zur Einheit der Rechtsordnung grundlegend Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, passim. Vgl. auch Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, u. a. auf S. 70 f., 187 ff., 379 f.; E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 99 f.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 36; zur Anwendung als Auslegungsargument Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, Rn. 276 ff.

⁸⁷⁸ Dies lässt sich z. B. aus den folgenden Entscheidungen herauslesen: BGH NJW-RR 2005, 1082; 1084: „Das BerGer. hat diese Einschätzung eines anderen Gerichts lediglich nicht für im Streitfall entscheidungserheblich gehalten, wie seinem Hinweis entnommen werden kann, es brauche nicht entschieden zu werden, ob die ‚Offerte‘ den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb unterfalle, weil das im Hinblick auf § 123 I BGB ohne Belang sei. Auch

reich nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchschlagen, unterstreicht auch der seit Mai 2022 geltende Schadensersatz für Verbraucher, der in § 9 Abs. 2 UWG geregelt ist. Dieser neue Rechtsbehelf setzt Art. 11a UGP-RL (eingefügt im Rahmen der sog. Omnibus-Richtlinie [vgl. Art. 3 Nr. 5]⁸⁷⁹) der EU um. Verbrauchern wird durch § 9 Abs. 2 UWG n.F. erstmals ein individualrechtlicher Rechtsbehelf in Form eines Schadensersatzes⁸⁸⁰ gewährt, mit dem sie gegen unlautere geschäftliche Handlungen von Unternehmen vorgehen können.⁸⁸¹ Zu den fraglichen geschäftlichen Handlungen zählen insbesondere die Unlauterkeitstatbestände, die sich auf Irreführungen beziehen (d.h. §§ 5, 5a, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG).⁸⁸² Ziel dieser neuen Vorschrift ist es, Verbraucher auch in Situationen zu schützen, in denen die

diese Wertung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden“ (vorgehend LG Düsseldorf, Urteil vom 16.07.2003 – 23 S 168/02, Rn. 5, juris. LG Braunschweig NJOZ 2017, 1194, 1196 [„Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 5 I Nr. 1 UWG erfüllt sind, legt der Kl. nicht dar, dass die Bekl. ihn mittels der von ihr gemachten Angaben arglistig getäuscht hat.“]); ggf. auch LG Düsseldorf BeckRS 2013, 13449. Vgl. in der Literatur auch *Rabbe/Schubmehl* in: Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa, 2011, S. 67, 87 („Das Lauterkeitsrecht und das Vertragsrecht stehen grundsätzlich voneinander unabhängig nebeneinander.“); *Holtz*, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht, 2010, S. 65 f. („UWG und Vertragsrecht regeln damit ganz verschiedenartige Interessenkonflikte und müssen deshalb notwendigerweise an die rechtliche Bewertung ganz unterschiedliche Maßstäbe anlegen und jeweils spezifischen Prinzipien folgen“); *Raue* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 4a Rn. 45 (speziell in Bezug auf § 4a); Art. 3 Abs. 2 UGP-RL betont entsprechend: „Diese Richtlinie lässt das Vertragsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags unberührt.“). *Micklitz/Namysłowska* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UGP Richtlinie Art. 3 Rn. 28 sehen darin lediglich eine „Beruhigungsspielle“; *C. Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 35 spricht sich zwar gegen „trennscharfe Grenzen“ zwischen Vertrags- und Wettbewerbsrecht aus („Die Bedeutung der Unterscheidung liegt vielmehr in der Erkenntnis, dass die Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtsgebieten facettenreich sind.“), betont aber klar, dass der „Regelungsgegenstand ein grundsätzlich anderer [sei] und notwendigerweise ist das Wettbewerbsrecht von anderen prägenden Leitgedanken durchzogen.“, *C. Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 35.

⁸⁷⁹ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union.

⁸⁸⁰ Zur neuen Regelung z.B. *Köhler*, GRUR 2022, 435, 435 ff.; *ders.*, WRP 2021, 129, 129 ff.; *Rauer/Shchavalev*, GRUR-Prax 2022, 35, 35 ff.; *C. Alexander*, GRUR 2021, 1445, 1449 ff.; *Büscher*, WRP 2022, 132, 133 ff.; *Scherer*, WRP 2021, 561, 561 ff. Die Omnibus-RL eröffnet den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit eine Preisminderung oder Vertragsbeendigung als individuellen Rechtsbehelf vorzusehen. Außerdem besteht für die Mitgliedstaaten die Option, einen Rücktritt, Reparaturen oder Ersatzlieferungen vorzusehen. Vgl. Erwägungsgrund 16 RL 2019/2161 EU. Deutschland hat von diesen Regelungsmöglichkeiten jedoch keinen Gebrauch gemacht. Zu den umgesetzten Rechtsbehelfen siehe nur BT-Drs. 19/27873, S. 39 f.; zu Reparaturen und Ersatzlieferungen auch *Köhler*, GRUR 2022, 435, 441.

⁸⁸¹ Diesbezüglich auf eine „systemsprengende Kraft“ des § 9 Abs. 2 UWG n.F. hinweisend *J. Glöckner*, GRUR 2021, 919, 926; *Köhler*, WRP 2021, 129, 134 (Rn. 57 ff.) sieht hingegen keine Wertungswidersprüche zu den §§ 123, 124 BGB.

⁸⁸² Die Vorschrift bezieht sich auf verbraucherschützende Normen, die Art. 5–9 der UGP-RL umsetzen. Erfasst sind geschäftliche Handlungen, welche die Tatbestände des Anhangs zu § 3 oder die Voraussetzungen der §§ 3 Abs. 2 und 3 i. V. m. dem Anh. (Nrn. 1–31), 4a Abs. 1, 5 Abs. 1,

„Schwelle der Täuschung [...] iSd § 123 BGB“ noch nicht erreicht ist.⁸⁸³ Die gesetzliche Neuerung ist zudem insofern bemerkenswert, als der Schutz des Lauterkeitsrechts ansonsten grundsätzlich dual ausgestaltet ist.⁸⁸⁴ Das bedeutet, dass der Schutz des Lauterkeitsrechts prinzipiell sowohl auf horizontale und vertikale Marktverhältnisse ausgelegt ist.⁸⁸⁵ Die verbraucherrechtlichen Wertungen gelten daher im Prinzip auch im B2B-Bereich.⁸⁸⁶ Trotz dieser formell gleichwertigen Ausgestaltung ist im Lauterkeitsrecht – vor allem mit Blick auf das Irreführungsverbot – dennoch *de facto* eine Fokussierung auf den Verbraucherschutz festzustellen.⁸⁸⁷ Diese Tendenz verstärkt der neu in § 9 Abs. 2 UWG verankerte Schadensersatzanspruch, der lediglich Verbrauchern gewährt wird.⁸⁸⁸ Dadurch zieht das UWG zumindest bezüglich dieses Aspekts eine klare Grenze zwischen B2B- und B2C-Verhältnissen. Für B2C-Verhältnisse stellt sich dadurch nun die Frage der konsistenten Wertung erstmalig. Umgekehrt betrachtet unterstreicht die Vorschrift jedoch gleichzeitig, dass die Wertungen des UWG für B2B-Verhältnisse – und damit für die in diesem Werk betrachteten Konstellationen – weiterhin keine Auswirkungen auf das BGB entfalten können.

Auch wenn die Wertungen des Lauterkeitsrecht somit keine Relevanz für die Arglistanfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im B2B-Bereich im Sinne einer zu beachtenden Vorgabe entfalten können, sind die Vorschriften des UWG jedoch aus regelungstechnischer Sicht bemerkenswert. So enthält beispielsweise § 5 UWG ba-

5a Abs. 1, 5b, 5c UWG erfüllen. Zu erfassten und ausgeschlossenen Tatbeständen siehe z. B. Köhler, GRUR 2022, 435, 436 f.

⁸⁸³ Heinze/Engel, NJW 2021, 2609, 2610. Gleiches soll für Schutzlücken bei Handlungen, die noch keine Drohung darstellen, gelten. So ausdrücklich BT-Drs. 19/27873, S. 20. Im Prinzip zustimmend Maaßen, GRUR-Prax 2021, 7, 8 (der jedoch gleichzeitig betont, dass es dann u. U. am Schaden mangelt).

⁸⁸⁴ Zum Dualismus der Schutzzwecke im horizontalen und vertikalen Marktverhältnis siehe z. B. Fezer in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 82 ff., 86; vgl. auch Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 0.9 ff. (konkret zu § 5 UWG).

⁸⁸⁵ Zur Ausrichtung des UWG auf horizontale und vertikale Marktverhältnisse statt vieler Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 0.9 (konkret zu § 5 UWG); C. Alexander in: BeckOK UWG, Stand: 01.10.2023, § 1 VBem.

⁸⁸⁶ Sosnitza in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 1 Rn. 25 bejaht z. B. eine „Wechselbeziehung“ von verbraucher- und mitbewerberschützenden Regeln.

⁸⁸⁷ Zum Vorrang von Verbraucherinteressen im harmonisierten B2C-Bereich Fezer in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 15 und 86; vgl. auch Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 0.9 und 0.11 (zur größeren Rolle des Verbraucherschutzes mit Blick auf § 5 UWG); siehe allg. mit Blick auf die UGP-Richtlinie zudem Hoeren, WRP 2009, 789, 790. Anders mit Blick auf die Gleichrangigkeit der Schutzzwecke allg. Ernst in: jurisPK-UWG, 5. Aufl. 2021, Stand: 12.04.2022, § 1 Rn. 7 und 13; ähnlich mit Blick auf einen „gleichermaßen und gleichrangig“ eingeschlossenen Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern und der Allgemeinheit auch Piper in: Köhler/Piper (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. 2002, Einführung Rn. 24; vgl. zudem Dreher/Kulka, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl. 2023, Rn. 99.

⁸⁸⁸ Dazu, dass auch eine analoge Anwendung für sonstige Marktteilnehmer ausscheidet, Köhler, GRUR 2022, 435, 437.

sierend auf Art. 3 RL 2006/114/EG neben einer pauschalen Regelung in § 5 Abs. 1 UWG zugleich eine beispielhafte Auflistung von relevanten Bluffs. Ein Blick in § 5 Abs. 1, S. 2, Nr. 1–7 UWG zeigt, dass das Lauterkeitsrecht teils noch viel konkreter⁸⁸⁹ nach dem Täuschungsgegenstand unterscheidet als dies in diesem Werk vorgeschlagen wird. So nennt § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 6 UWG z.B. die Einhaltung eines Verhaltenskodexes durch ein Unternehmen. In dieser Arbeit würde dieser Aspekt beispielsweise in die Kategorie „Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffender Umstände“ fallen (siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IX.4.). § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 2 UWG führt wiederum gesondert den Preis, einen Preisvorteil und die Preisberechnung auf. Diese Aspekte fallen nach der unter 3. Teil, D.IX.4. vorgeschlagenen Kategorisierung in die einheitliche Kategorie „Preis“.

Diese auf einzelne Täuschungstaktiken ausgerichtete Regelungstechnik verwendet allerdings nicht nur § 5 UWG,⁸⁹⁰ sondern z. B. auch die „schwarze Liste“ der *per-se* verbotenen Handlungen (§ 3 Abs. 3 UWG i. V. m. mit dem UWG Anhang 30).⁸⁹¹ So ist eine Täuschung darüber „zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören“ beispielsweise zugleich in § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang UWG Nr. 1 geregelt.⁸⁹² Auch wenn zwischen § 123 Abs. 1 BGB und § 5 UWG nicht das

⁸⁸⁹ *Bornkamm/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 0.32 verweisen auf die „(unerfreulich) kasuistische Gesetzgebungstechnik“ mit geregelten Einzelfällen, bei der Festlegung der Bezugspunkte von Irreführungen.

⁸⁹⁰ Auf § 5a UWG wird an dieser Stelle nicht eingegangen, da die Vorschrift Irreführungen durch Unterlassen regelt, die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.

⁸⁹¹ Für den B2B-Bereich ist dieser abschließende *Per-se*-Katalog zwar nicht unmittelbar anwendbar und auch eine analoge Anwendung auf den B2B-Bereich ist mit der Ausgestaltung des Katalogs der *Per-se*-Verbote nicht vereinbar. Die zugrundeliegenden Schutzgedanken können jedoch auch für den B2B-Bereich im Rahmen einer Bewertung nach § 3 Abs. 1 i. V. m. § 5 UWG oder mit Blick auf die Unternehmerngeneralklausel § 3 Abs. 1 UWG wertungsmäßig berücksichtigt werden. Zum abschließenden Charakter des *Per-se*-Katalogs siehe nur *C. Alexander* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG Anhang zu § 3 Abs. 3 Rn. 1. Für konkrete Fälle lehnt der Autor auch explizit eine analoge Anwendung ab. Siehe *C. Alexander* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG Anhang § 3 Abs 3 Nr. 6 Rn. 8 und Anhang § 3 Abs 3 Nr. 16 Rn. 10. Ausdrücklich eine Analogiebildung ablehnend *Köhler* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), 41. Aufl. 2023, UWG § 3 Rn. 4.4. Zum Analogieverbot auch *Oechsler*, GRUR 2019, 136, 138 f. Die Liste der *per-se* verbotenen Handlungen kann für den B2B-Bereich allerdings Indizwirkung entfalten. Siehe u. a. *Fezer* in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG. 3. Aufl. 2016, UWG § 3 Rn. 223. Ob eine solche Indizwirkung vertretbar ist, muss durch Einzelfallabwägungen für jedes der gelisteten *Per-se*-Verbote erörtert werden. Zurückhaltend bzgl. der Indizwirkung und auf den Einzelfall abstellend u. a. *Henning-Bodewig* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 5. Aufl. 2021, Anh. § 3 Rn. 17 f. Grds. feststellend, dass der Annex Wirkungen im B2B-Verhältnis entfalten kann, und Fallgruppen diskutierend *Hoeren*, WRP 2009, 789, 792. Eine Berücksichtigung der Wertung aus Nr. 6 (Lockangebote) des Anhangs des UWG für B2B-Verhältnisse bei der Anwendung des allgemeinen Irreführungsverbotes (§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 UWG) bejahend *C. Alexander* in: MüKo Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Bd. 1, UWG Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 6 Rn. 8.

⁸⁹² § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang UWG Nr. 3 regelt wiederum „die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt“.

Gebot der Einheit der Rechtsordnung gilt, zeigt das UWG somit doch, dass der in dieser Arbeit entwickelte Ansatz der Differenzierung nach Konstellationen zwar für die Täuschungsanfechtung innovativ aber im deutschen und europäischen Zivilrecht durchaus nicht ungewöhnlich ist. Dies ist wegen der wünschenswerten Nutzung bekannter Regelungsinstrumente zur Begrenzung der Komplexität des Rechts für die hier erarbeitete Lösung durchaus relevant.

Ein genauerer Blick auf § 5 UWG sowie die Liste der *per-se* verbotenen Handlungen offenbart zudem, welche Täuschungen der deutsche Gesetzgeber als besonders problematisch erachtet. § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 2 UWG regelt beispielsweise detailliert Täuschungen über den Preis. Im Übrigen fokussieren sich die Regeln des Lauterkeitsrechts stark auf den Leistungsgegenstand. Dies zeigt beispielsweise ein Blick in § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 1 UWG, der folgende Aspekte erfasst:

„Art, Ausführung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, [...], geographische oder betriebliche Herkunft“.

Lügen über die „Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffender Umstände“ werden ebenfalls detailliert behandelt (§ 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 3 und Nr. 6 UWG, § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang UWG Nr. 1). Auch Bluffs über die Verfügbarkeit werden nicht nur abstrakt, sondern zugleich konkret durch das UWG geregelt. So erfasst das Per-se-Verbot in § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang UWG Nr. 5 z. B. die mangelnde Vorratshaltung seitens des Unternehmers im Rahmen eines Lockangebots.⁸⁹³ Per-se-Verbot Nr. 6 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG beschäftigt sich wiederum mit der Bait-and-switch-Taktik. Bluffs „über Marktbedingungen oder Bezugsquellen“ werden vom Per-se-Verbot Nr. 19 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG geregelt. § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 1 UWG regelt die „Verfügbarkeit“ zudem etwas pauschaler. Lügen über gesetzlich ohnehin zugesicherter Rechte werden explizit von § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 7 UWG aufgegriffen und auch Nr. 10 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG befasst sich mit diesem Aspekt. Nr. 9 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG beschäftigt sich wiederum mit falschen Angaben zur Verkehrsfähigkeit einer Leistung. Das Lauterkeitsrecht regelt somit zumindest einen Ausschnitt der Täuschungen über die Rechtslage konkret. Mit Bluffs in Bezug auf Alternativangebote (Better-offer-Taktik) befasst sich das UWG hingegen (überraschenderweise) nicht ausdrücklich. Gleiches gilt beispielsweise für Täuschungen über Emotionen, Interessen, Präferenzen, Vorgaben und Anweisungen. Sie könnten jedoch ggf. durch die allgemeine Vorgabe des § 5 Abs. 1 UWG geregelt sein.

⁸⁹³ Allgemein zur Unlauterkeit von Irreführungen über eine ausreichende Vorratsdeckung *Sosnitza* in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), UWG, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 248 f. An dieser Stelle nicht weiter ausgeführt regelt das UWG Lockangebote auch im Kontext von temporären Preisherabsetzungen. Siehe dazu statt vieler *Busche* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, UWG § 5 Rn. 448 (und Rn. 449 f. zu Lockvogelangeboten über die Preisbemessung des übrigen Sortiments).

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass die Wertungen des UWG im B2B-Bereich nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchschlagen. Interessant ist aber, dass sich das Lauterkeitsrecht im Gegensatz zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht nur mit einer pauschalen Regelung von Irreführungen begnügt, sondern konkret auf verschiedene Konstellationen der Täuschung eingeht. So innovativ der konstellationenbezogene Ansatz für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wäre, ist er also dem deutschen Zivilrecht für Täuschungen nicht generell fremd und wäre daher bei Einführung in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus systemkonform.

VII. Strafrechtlicher Betrug

Der strafrechtliche Betrug ist in § 263 StGB geregelt und stellt ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB dar.⁸⁹⁴ Das Vorliegen eines strafrechtlichen Betrugs kann so zu zivilrechtlichen Konsequenzen in Form eines Schadensersatzes und damit über die Naturalrestitution auch zur Rückabwicklung führen.⁸⁹⁵ § 263 StGB ist somit in doppelter Hinsicht für die rechtlichen Umfeldwertungen relevant.⁸⁹⁶

Der strafrechtliche Betrug und die zivilrechtliche arglistige Täuschung weisen sowohl Ähnlichkeiten als auch Unterschiede im Tatbestand auf. Soweit in beiden Vorschriften dieselben Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt werden, können sich die Vorschriften gedanklich gegenseitig befruchten. Aus diesem Grund wurde im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bereits auf die Ausführungen zum strafrechtlichen Betrug Bezug genommen (siehe z. B. unter 2. Teil, A.I.2.b)cc)). Unterschiede im Tatbestand mögen hingegen helfen, den jeweiligen Anwendungsbereich

⁸⁹⁴ BGH NJW 1972, 36, 37; BGH NJW 2012, 601, 602 (Rn. 13); Förster in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 823 Rn. 291; Wagner in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 596; Hager in: Staudinger BGB, 2021, § 823 G (Rn. G 42); Staudinger in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 823 Rn. 1, 156; Teichmann in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 823 Rn. 41; Wilbelmi in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 823 Rn. 160; Hans in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, Stand: 18.02.2020, § 823 Abs. 2 Rn. 24.

⁸⁹⁵ Zu bedenken ist, dass die Schadensbemessung in § 823 Abs. 2 BGB gem. den §§ 249 ff. BGB erfolgt und sich nicht nach § 263 StGB richtet. Zur Bemessung nach §§ 249 ff. BGB BGH NJW 2014, 3727, 3727 (Rn. 15 ff.); BGH NJW 2012, 528, 528 (Rn. 7); Förster in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 823 Rn. 45; Wagner in: MüKo BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 86; Staudinger in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 823 Rn. 1; Hans in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2020, Stand: 18.02.2020, § 823 Abs. 2 Rn. 20. Eine Modifizierung durch die §§ 842 ff. BGB ist möglich, vgl. Staudinger in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 823 Rn. 1. In Einzelfällen kann es daher zu Unterschieden kommen. Vgl. etwa Riehm, NJW 2019, 1105, 1110: „Zwar ist für die Tatbestandsseite in § 263 I StGB anerkannt, dass eine spätere Beseitigung des Vermögensschadens die Strafbarkeit wegen Betrugs nicht entfallen lässt. Das betrifft allerdings lediglich die strafrechtliche Würdigung des Verhaltens, für die es in der Tat jedenfalls tatbestandlich – anders als für die Rechtsfolgenbemessung – keinen Unterschied machen kann, ob der Täter einen bereits eingetretenen Schaden nachträglich beseitigt. Diese strafrechtlichen Erwägungen können allenfalls auf die zivilrechtliche Tatbestandsseite übertragen werden, nicht aber auf die Schadensbestimmung auf Rechtsfolgenseite.“ Oder zum sog. Gefährdungsschaden, der im Rahmen des § 249 BGB nicht anerkannt ist: LG Arnsberg, Urteil vom 10.11.2011 – 1 O 526/10 – Rn. 44, juris.

⁸⁹⁶ Andere Betrugstatbestände (§§ 263a ff.) werden in dieser Arbeit nicht erläutert.

konkreter zu fassen. Im Ergebnis werden höhere Anforderungen an den strafrechtlichen Betrug gestellt als an die zivilrechtliche arglistige Täuschung.⁸⁹⁷ Damit ist die Diskussion um § 263 StGB insofern wichtig für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als sie auf bestimmte Grenzen hindeuten kann. Erfüllt eine bestimmte Täuschung den Betrugstatbestand, so muss sie gleichzeitig eine arglistige Täuschung rechtfertigen. Aber auch wenn § 263 StGB höhere Anforderungen stellt, können dort gestellte Abgrenzungsfragen durchaus im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls Relevanz entfalten. Im Ergebnis bereitet die Abgrenzung zwischen strafrechtlich relevanten Täuschungen und solchen, die nicht von § 263 StGB erfasst werden, auch im Strafrecht Probleme.⁸⁹⁸ Gerade diese Diskussion bietet mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einen potenziellen Mehrwert.

Bei § 263 StGB wird (wie bei § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auch⁸⁹⁹) zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand unterschieden.⁹⁰⁰ Mit Blick auf den objektiven Tatbestand setzt § 263 StGB zunächst eine Täuschung über Tatsachen voraus. Zwar ist die geforderte Täuschungshandlung mit der des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vergleichbar,⁹⁰¹ aber die Diskussion wird im Strafrecht differenzierter geführt. Zunächst ist umstritten, ob die Bewertung der tatbestandlichen Handlung anhand einer faktischen oder normativen Betrachtung erfolgen sollte.⁹⁰² Im Übrigen bezieht sich die Diskussion i. R. d. § 263 StGB – vergleichbar mit § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – vor allem auf die Abgrenzung von Tatsachen und (bloßen) Meinungsäußerungen.⁹⁰³ Die Unterscheidung zwischen Meinungsäußerungen und Tatsachen ruft dieselben Schwierigkeiten hervor wie im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt.

⁸⁹⁷ Bspw. durch das Erfordernis eines Vermögensschadens, dazu sogleich im Folgenden. Vgl. auch Rösler, AcP 207 (2007) 564, 572 f.

⁸⁹⁸ Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 66 („es daher noch nicht gelungen ist, die Grenze, die den Bereich des Strafwürdigen vom Nicht-Strafbaren trennt, überzeugend aufzuweisen“); vgl. indirekt auch *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 60 und *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 81 f.

⁸⁹⁹ *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; darauf eingehend, dass die Arglist den subjektiven Tatbestand darstellt, *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 17 ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 49.

⁹⁰⁰ *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 2; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 43 (sowie die Gliederung der beiden Kommentierungen, die zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand unterscheiden).

⁹⁰¹ So *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, BGB § 123 Rn. 7; *Fuchs* in: K. Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 31. Ed. 2023, Stichwort: Anfechtung von Willenserklärungen.

⁹⁰² *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2022, § 263 Rn. 83 ff.; zur normativen Sichtweise: *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 61. Kritisch zur faktischen Herangehensweise *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 94 ff.

⁹⁰³ Zu § 263 StGB: BGH NJW 2004, 375, 379; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 115 ff.; zum Tatsachenbegriff *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.11.2023, § 263 Rn. 3 und 5; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 4 f. Zu § 123 BGB: BGH NJW 2007, 357, 358 (Rn. 24); *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 8; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 26; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 3; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 12.

BGB.⁹⁰⁴ Tatsachen sind dem Grunde nach dem Beweis zugänglich.⁹⁰⁵ Die Voraussetzung der Beweisbarkeit wird z. B. insbesondere mit Blick auf Lügen über übernatürliche Fähigkeiten und Ereignisse diskutiert.⁹⁰⁶ Aus Sicht der hier im Vordergrund stehenden Bluffs in unternehmerischen Verhandlungen ist allerdings die Debatte um innere Tatsachen relevanter. Im Rahmen des § 263 StGB ist insofern anerkannt, dass Lügen über „Motive, Überzeugungen, Kenntnisse, Vorstellungen oder Gefühle“⁹⁰⁷ sowie über Absichten durchaus den Betrugstatbestand erfüllen können.⁹⁰⁸ Dies gilt, obwohl innere Tatsachen nur sehr schwer bewiesen werden können.⁹⁰⁹ Innere Tatsachen müssen daher aus dem nach außen in Erscheinung tretenden Verhalten abgeleitet werden.⁹¹⁰ Dies sollte entsprechend auch im Rah-

⁹⁰⁴ Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 9: „Die Grenzen zwischen Werturteil und Tatsache sind allerdings fließend.“; Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 81 hält die Unterscheidung in der Praxis gar für „unmöglich.“; Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 94 ff. äußert sich sehr kritisch zur h. M. bezüglich der Differenzierung und wirft ihr „erhebliche Ungereimtheiten“ vor.

⁹⁰⁵ RGSt 55, 129, 131; BGH, Urteil vom 08.10.2014 – 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1-15, Rn. 20; Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 96; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8; Tiedemann in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 9; Beukelmann in: BeckOK StGB, Stand: 01.11.2023, § 263 Rn. 3.

⁹⁰⁶ BGH, Urteil vom 30.04.1987 – 4 StR 79/87, BeckRS 1987, 31099396, beck-online: „Die vortragenen Bedenken, so insbesondere hinsichtlich der vom Landgericht unzutreffend verneinten Möglichkeit des Vortäuschens übersinnlicher Fähigkeiten als einer tauglichen Betrugshandlung“; Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 104 ff.; Beukelmann in: BeckOK StGB, Stand: 01.11.2023, § 263 Rn. 3 unter Verweis auf die Rechtsprechung zur Teufelsaustreibung (LG Mannheim NJW 1993, 1488, 1488 f.): „Es genügt, wenn der Getäuschte an die Beweisbarkeit glaubt, selbst wenn dies kaum mehr nachvollziehbar ist“; Tiedemann in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 10; generell kritisch zur Bestimmung des Tatsachenbegriffs Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 77.

⁹⁰⁷ Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, StGB § 263 Rn. 76.

⁹⁰⁸ BGH NJW 1961, 182, 182: „Eine als Grundlage des Betrugsvorwurfs mögliche anfängliche Täuschungshandlung ist nämlich in der von der StrK festgestellten Tatsache zu finden, daß der Angekl. von vornherein nicht willens war, das Darlehen durch eigene Bemühung zurückzuzahlen, daß er aber durch Annahme des Darlehensbetrages seine Zahlungsbereitschaft, also eine ‚falsche Tatsache‘, vorgespiegelt hat.“; Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 76; Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 109; Tiedemann in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 12; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 10; Beukelmann in: BeckOK StGB, Stand: 01.11.2023, § 263 Rn. 4; vgl. auch Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 80 f.; kritisch Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 94 ff.

⁹⁰⁹ Weshalb insbesondere der Indizienbeweis zur Anwendung gelangt, vgl. Gaede in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 16 m. w. N. („wenn und soweit sie insb. über einen Indizienbeweis nachweisbar sind“). Vgl. auch Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 74, der durch die Einbeziehung von inneren Tatsachen die Grenze zum Unbeweisbaren überschritten sieht: „Damit wird aber nicht nur der Ausschluss künftiger Ereignisse, sondern auch die Ausgrenzung von Werturteilen und unbeweisbaren Behauptungen revidiert.“

⁹¹⁰ Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 81; Gaede in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 263 Rn. 16; Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 109 f.; Tiedemann in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 12.

men des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gelten (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.2.b)aa)). Die Erfassung von inneren Tatsachen erlaubt theoretisch eine starke Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 263 StGB.⁹¹¹ In der Praxis geschieht dies jedoch nicht. Die anderen „Stellschrauben“ (in diesem Zusammenhang z. B. die Beweisführung) werden vielmehr im Rahmen von § 263 StGB gerade auch dazu genutzt, zulässige von unzulässigen Täuschungen abzugrenzen.

Neben Meinungsäußerungen werden im Rahmen des § 263 StGB marktschreierische Anpreisungen und Werbeaussagen intensiv debattiert.⁹¹² Wie bereits unter 2. Teil, A.I.2.b)cc) erörtert, wird im Rahmen von § 263 StGB teilweise diskutiert, ob es auf den „Geltungs- bzw. Wahrheitsanspruch“ gemessen an der Verkehrsauffassung einer Aussage ankommen sollte.⁹¹³ Marktschreierische Anpreisungen und Werbeaussagen werden dadurch – trotz Tatsachenkern – vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen.⁹¹⁴ Zudem wird vertreten, dass der Tatsachenkern mit Hilfe der Verkehrsauffassung zu bestimmen sei.⁹¹⁵ Das Strafrecht könnte somit einen Hinweis darauf liefern, dass es auch bei § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus denkbar wäre, auf die Verkehrsauffassung Bezug zu nehmen. Die Forderung im Rahmen des § 263 StGB, dass eine Täuschung „nach allgemeiner Ansicht [...] entscheidungserheblich für eine rationale Vermögensverfügung“⁹¹⁶ sein muss, unterstreicht durch die Bezugnahme auf die „allgemeine Ansicht“ noch einmal die mögliche Bedeutung der Verkehrsauffassung. Die Forderung zeigt zudem, dass eine Einschränkung auf ein „rationales“ Verhalten ebenfalls diskutiert wird.⁹¹⁷ Dies wäre für Bluffs in unternehmerischen Verhandlungen ein interessanter Punkt, da einige Täuschungen nicht auf rationales Verhalten, sondern vielmehr auf bekannte Effekte der *behavioral economics* abzielen.⁹¹⁸ § 264a Abs. 1 StGB bezieht sich sogar explizit auf „erhebliche Umstände“. Der BGH hat konkretisiert, dass es

⁹¹¹ Siehe dazu z. B. *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 83.

⁹¹² Überblickartig zur Ausgrenzung dieser Fallgruppe aus dem Betrugstatbestand: *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, 2003, S. 273 ff.

⁹¹³ Dazu näher *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 122; vgl. auch *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 13.

⁹¹⁴ *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 14; vgl. auch *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, 2003, S. 309 (für Werbeaussagen, die auf Unmögliches gerichtet sind); *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 90 f., der allerdings auf „schwer zu verstehen[de]“ Abgrenzungen hinweist.

⁹¹⁵ Vgl. bspw. auch BGH NJW 2004, 375, 379; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 116.

⁹¹⁶ *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 75. Diese Ansicht wiedergebend *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 123.

⁹¹⁷ Dies aufgreifend *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 8 und 14. In Rn. 10 weist der Autor allerdings auch darauf hin, dass die „die Wirtschaftswissenschaften heute die Verstandesorientierung wirtschaftlicher Entscheidungen in Frage stellen“. Ablehnend mangels Gewinn an Bestimmbarkeit des Tatbestandsmerkmals: *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8.

⁹¹⁸ So z. B. die Taktik der kleinen Menge. Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.2.

insofern auf einen verständigen, durchschnittlichen Kapitalanleger ankommt.⁹¹⁹ Damit hat der Gesetzgeber dieses Regelungsinstrument zumindest mit Blick auf § 264a Abs. 1 StGB sogar explizit genutzt und weist der getäuschten Seite in gewissem Umfang Eigenverantwortung zu.⁹²⁰

Im Unterschied zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verlangt § 263 StGB eine Vermögensverfügung.⁹²¹ Es handelt sich dabei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.⁹²² Die Vermögensverfügung ist das Bindeglied zwischen dem Irrtum und dem ebenfalls notwendigen Vermögensschaden.⁹²³ Aufgrund des Irrtums muss der Irrende auf sein Vermögen einwirken (Vermögensverfügung) und dadurch einen konkreten Vermögensschaden hervorrufen.⁹²⁴ Das Vermögen ist somit das von § 263 StGB geschützte Rechtsgut.⁹²⁵ Die Maßgabe, dass eine Vermögensverfügung und ein Vermögensschaden vorliegen müssen, stellt einen der großen Unterschiede zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dar, wo dies nach h. M. nicht gefordert wird (siehe zum Vermögensschaden bereits unter 2. Teil, B.I.6.).⁹²⁶ Aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen der beiden Vorschriften sind daher auch unterschiedliche rechtliche Ausgestaltungen gerechtfertigt. Wertungen des § 263

⁹¹⁹ BGH NJW 2022, 1322, 1323 (Rn. 23).

⁹²⁰ Zum Regelungsinstrument der Eigenverantwortung siehe näher unter 3. Teil, C.II.5.

⁹²¹ Ausführlich zur Vermögensverfügung statt vieler *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 388 ff.; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 54 ff.; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 195 ff.

⁹²² BGH NJW 1960, 1068, 1069; BGH, Urteil vom 11.03.1960 – 4 StR 588/59, BGHSt 14, 170–172, Rn. 25; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 388; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 54; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 21; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 96; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 2.

⁹²³ *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 388; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 54; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 195; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 21; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 96; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 2.

⁹²⁴ *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 388; zum „durchgehenden Ursachenzusammenhang“ zwischen allen Tatbestandsmerkmalen des Betrugs siehe *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 61; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 71.

⁹²⁵ RGSt 74, 167, 168; BGH, Beschluss vom 18.07.1961 – 1 StR 606/60, LMRR 1961, 9, beck-online; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, VBem. § 263 (Rn. 18); *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 2; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 1; *Perron* in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 2; vgl. auch *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1, der darauf hinweist, dass dies nicht zwingend das einzige Schutzgut sein muss.

⁹²⁶ Zur Rechtslage bei § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB: BGH WM 1973, 560; BGH NJW 1979, 1983, 1984; BGH NJW 1998, 302, 304; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 20; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2023, § 123 Rn. 2; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 7; *U. Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 8; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 314; *Rebberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 112.1; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 17.

StGB können daher nicht unreflektiert auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB übertragen werden. Die ausdifferenzierte Erörterung, was im Rahmen des § 263 StGB unter Vermögen zu verstehen ist und wie der Vermögensschaden berechnet wird,⁹²⁷ soll hier nicht vertieft wiedergegeben werden. Wie zu zeigen sein wird, genügt ein Blick auf die Debatte, um zu erkennen, dass aufgrund dieser Voraussetzung viele der hier erörterten Täuschungstaktiken nicht in den Anwendungsbereich des § 263 StGB fallen. Bestimmt man das Vermögen mit Hilfe des wirtschaftlichen oder des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs „als Summe aller in Geld umgerechneten Vermögensgegenstände“⁹²⁸, so kann der Schaden durch eine Saldierung ermittelt werden. Vermögenszuflüsse und -abflüsse werden somit miteinander verrechnet.⁹²⁹ Fällt das Ergebnis nach der Vermögensverfügung geringer aus als zuvor, ist ein Vermögensschaden zu bejahen.⁹³⁰ Die Frage, wie Zweckverfehlungen zu bewerten sind,⁹³¹ spielt für die hier betrachteten Täuschungstaktiken keine Rolle. Aus Verhandlungssicht kann in jedem Fall ein Vermögensschaden vorliegen, wenn über den Verhandlungsgegenstand getäuscht wird. Wird bei einem Armreif behauptet, dass er aus reinem Gold sei, während er in Wahrheit lediglich vergoldet ist, so liegt beispielsweise eindeutig ein Vermögensschaden⁹³² und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 263 StGB auch ein Betrug vor.

Fraglich ist jedoch, welches Ergebnis im Fall von Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) erzielt würde. Ein Vermögensschaden liegt eindeutig nicht vor, wenn ein Verhandler aufgrund

⁹²⁷ Dazu z. B. ausführlich *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 474–526 und *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 226–348.

⁹²⁸ *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 248.

⁹²⁹ Sog. Gesamtsaldierung; BGH, Urteil vom 10.07.1952 – 5 StR 358/52, BGHSt 3, 99–105, Rn. 11; BGH, Urteil vom 08.10.2014 – 1 StR 359/13, BGHSt 60, 1–15, Rn. 31; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 248; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 478, 661; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 159; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 51; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 99; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 36.

⁹³⁰ BGH, Urteil vom 10.07.1952 – 5 StR 358/52, BGHSt 3, 99–105, Rn. 11; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 662; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 248; *Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 99; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 36; *Beukelmann* in: BeckOK StGB, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 51; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 159.

⁹³¹ Vgl. dazu u. a. BGH NJW 1992, 2167, 2167; BGH NJW 1995, 539, 539; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 307 ff.; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 55 f.; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 10211087; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 181 ff.

⁹³² Ein sehr ähnliches Beispiel anführend *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 88. Zur Möglichkeit des Vorliegens eines Betruges bei Täuschung über die Qualität der Kaufsache trotz objektiver, dem Kaufpreis entsprechender Werthaltigkeit: BGH NJW 1961, 1876, 1876 f.

des Bluffs den Vertrag nur zu einem anderen Zeitpunkt abgeschlossen hat (was z. B. das Ergebnis der Taktik der kleinen Menge sein kann⁹³³) oder sich aufgrund der Lüge für eines von zwei gleichwertigen Produkten entschieden hat (z. B. aufgrund der Similar-to-me-Taktik⁹³⁴). Diese Taktiken können bereits aus diesem Grund nicht die Annahme eines strafrechtlichen Betrugs rechtfertigen. Fraglich ist, ob ein Vermögensschaden im Sinn des § 263 StGB vorliegt, wenn ein Käufer beispielsweise ein werthaltiges Produkt erhält, d. h. z. B. ein Produkt zum Marktpreis, er aber ohne die Täuschung einen niedrigeren Preis hätte durchsetzen können. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass es sich beim Marktpreis um eine Spanne handeln kann und der Preis zwar innerhalb dieser Spanne liegen mag, ohne die Täuschung aber wohl ein anderer Preis innerhalb dieser Spanne vereinbart worden wäre. Im Ergebnis liegt dann wohl kein Vermögensschaden vor. Denn die Rechtsprechung lehnt nach traditioneller Ansicht einen Vermögensschaden ab, wenn ein getäuschter Käufer letztlich einen werthaltigen Gegenstand erlangt.⁹³⁵ Insofern wird der Verkehrs- bzw. Marktwert herangezogen.⁹³⁶ Dadurch werden viele Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen dem Anwendungsbereich des § 263 StGB entzogen. Die Lüge über das Vorliegen eines besseren Angebots muss z. B. nicht unbedingt dazu führen, dass der Gegenstand nicht zum Marktwert veräußert wird. Dann würde ein strafrechtlich relevanter Betrug schon aus diesem Grund ausscheiden. Allerdings wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass eine solche Täuschung generell keinen Betrug darstellt. Insofern wird prägnant ausgeführt:

„Es ist wohl noch niemand auf die Idee gekommen, denjenigen wegen Betruges zu bestrafen, der, um einen Kaufinteressenten zu höheren oder selbst überhöhten Preisangeboten zu reizen, der Wahrheit zuwider behauptet, es sei ihm von anderer Seite schon mehr geboten worden.“⁹³⁷

Ohne es ausdrücklich zu sagen, könnte die Aussage so verstanden werden, dass sie (indirekt) mit dem Rechtsgefühl und dem Judiz argumentiert.⁹³⁸ Im Strafrecht erscheint diese Bewertung wohl aufgrund der ansonsten drohenden, gravierenden Rechtsfolgen intuitiv. Gleiches muss dann allerdings auch für Täuschungen über Deadlines und unternehmensinterne Vorgaben (wie Budgetbeschränkungen) gelten, wobei diese Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands vielfach nicht

⁹³³ Siehe zur Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁹³⁴ Siehe zur Similar-to-me-Taktik näher unter 2. Teil, A.VI.1.

⁹³⁵ BGH NJW 1952, 1062, 1063; BGH NStZ 2012, 629, 629f.; BGH NJW 1961, 1876, 1876f. weist darauf hin, dass „trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung“ ein Vermögensschaden vorliegen kann.

⁹³⁶ BGH NJW 2012, 1377, 1383 (Rn. 80); BGH NJW 2016, 3543, 3544 (Rn. 35); BGH NStZ 2016, 286, 287; OLG Karlsruhe NJW 1980, 1762, 1762.

⁹³⁷ Bockelmann, ZStW 79 (1967), 28, 32. Dem zustimmend Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 93 (dies mit dem fehlenden berechtigten Vertrauen des Verhandlungspartners rechtfertigend).

⁹³⁸ Die Siegener Studie untersucht das Rechtsgefühl und das Judiz ausschließlich mit Blick auf das Anfechtungsrecht.

konkret in der Literatur zu § 263 StGB diskutiert werden. Erst recht kommt es nicht zu einem Vermögensschaden, wenn der Verkäufer fälschlicherweise behauptet, dass Produkt sei bei anderen Kunden beliebt.⁹³⁹ Umgekehrt können falsche Angaben über die Rechtslage durchaus einen Vermögensschaden hervorrufen.⁹⁴⁰ Dann mag im Ergebnis auch ein Betrug i. S. d. § 263 StGB festgestellt werden.⁹⁴¹ Aus den Ausführungen resultiert, dass die Voraussetzung des Vermögensschadens im Verhältnis zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die größte Einschränkung des Anwendungsbereichs erlaubt. Für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB lässt sich daraus zunächst lediglich schließen, dass § 263 StGB einer stärkeren Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen nicht entgegensteht, sondern im Gegenteil vielmehr eine Abgrenzung ermöglicht. Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen können die Einschränkungen, die durch das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens erzielt werden, jedoch nicht einfach auf die Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB übertragen werden. Nur bezüglich einer Täuschung über die Rechtslage gibt § 263 StGB die Unrechtmäßigkeit im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vor.

Ein weiterer Unterschied von § 263 StGB zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ergibt sich in Bezug auf den subjektiven Tatbestand. Denn neben dem Vorsatz des Täuschenden, muss dieser – anders als in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – beim Betrug auch die Absicht gehabt haben, für sich oder einen Dritten rechtswidrig einen Vermögensvorteil zu erlangen (§ 263 StGB). Vermögensvorteil und Vermögensschaden korrespondieren. Jeder Vermögensnachteil für den Verhandlungspartner soll demnach zugleich als Vermögensvorteil für den Lügner angesehen werden können.⁹⁴² Im Detail ist dann auch in diesem Zusammenhang zu differenzieren.⁹⁴³ Aber es stellt sich bei den hier betrachteten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands dann parallel zur Problematik des Vermögensnachteils die Frage, ob sie überhaupt mit der Absicht angewendet werden, einen Vermögensvorteil zu erlangen.

⁹³⁹ Ähnlich zur behaupteten schulischen Empfehlung eines Lexikons: *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Strafrecht und Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2013, S. 67.

⁹⁴⁰ Zu einem Täuschungsversuch über die Rechtslage und einem daraus resultierenden Vermögensschaden z. B. BGH NStZ 2017, 536, 537; allg. zu einer Täuschung über die Rechtslage OLG Stuttgart NJW 1979, 2573, 2573 f.

⁹⁴¹ Umstritten ist, inwieweit falsche Angaben über die Rechtslage überhaupt eine relevante Tatsachenbehauptung im Rahmen des § 263 StGB darstellen können. Dies erscheint im Ergebnis jedoch im Einzelfall nicht völlig ausgeschlossen. Siehe zur Diskussion *Kindhäuser/Hoven* in: *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 89.

⁹⁴² BGH NJW 1954, 1008, 1008; *Hefendeblyn* in: *MüKo StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1107; *Beukelmann* in: *BeckOK StGB*, Stand: 01.08.2023, § 263 Rn. 78; *Kindhäuser/Hoven* in: *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 356; *Perron* in: *Schönke/Schröder, StGB*, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 167 (Der Vermögensvorteil „ist das Gegenstück zum Vermögensschaden des Geschädigten“); siehe auch *Heger* in: *Lackner/Kühl/Heger* (Hrsg.), *StGB*, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 59; *Tiedemann* in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 254.

⁹⁴³ Die Differenzierung erfolgt anhand des Kriteriums der Stoffgleichheit, vgl. dazu *Perron* in: *Schönke/Schröder, StGB*, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 168; *Tiedemann* in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 256 ff. Dazu aus der Rechtsprechung BGH NStZ 1998, 85, 85; BGH NStZ 2001, 650, 650.

Insgesamt werden die Eigenverantwortung und die Mitverantwortung des Opfers im Rahmen von § 263 StGB ebenfalls stärker diskutiert.⁹⁴⁴ So wird z. B. untersucht, ob § 263 StGB im Fall von leichtgläubigen oder grob fahrlässig handelnden Opfern eingreifen sollte.⁹⁴⁵ Im Ergebnis sind nach h. A. auch diese geschützt.⁹⁴⁶

Einschränkungen werden insofern eher darüber vorgenommen, dass bestimmten Tatsachenbehauptungen nicht geglaubt werden darf.⁹⁴⁷ Ein Vertrauen auf die Aussage ist in diesem Fall unberechtigt.⁹⁴⁸ So können im Einzelfall beispielsweise Werbeaussagen oder Anpreisungen aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden, selbst wenn sie einen Tatsachenkern enthalten.⁹⁴⁹ Teilweise wird außer-

⁹⁴⁴ BGH NJW 2003, 1198, 1998f.; *Tiedemann* in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, VBem. § 263 Rn. 34; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 37–42; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 51–52a. Zur Entwicklung der Debatte um die Opfermitverantwortung siehe *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 114 ff.; überblicksartig auch *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachengebegriffs, 2003, S. 229 ff. und diesen Aspekt bereits im Titel führend *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986.

⁹⁴⁵ In diese Richtung z. B. *Schünemann*, NStZ 1986, 439, 441 f.; *Hilgendorf*, JuS 1994, 466, 467; für eine Strafzumessungslösung etwa *Peters*, Betrug und Steuerhinterziehung trotz Erklärung wahrer Tatsachen, 2010, S. 125 ff., 137 m. w. N.; sowie *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 211 ff.; *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017), 596, 622 ff.; vgl. auch *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984, S. 169 ff., 190 mit einer Eingrenzung über den Schutzzweck des Betrugstatbestandes bzw. den fehlenden Zurechnungszusammenhang. Gegen den Schutz grob fahrlässiger bzw. leichtfertiger Opfer: *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 284; vgl. auch *Mühlbauer*, NStZ 2003, 650, 652 f.

⁹⁴⁶ Siehe u. a. BGH NJW 1987, 388, 389 („Der Umstand, daß die Besteller bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Täuschung hätten erkennen können, ist unerheblich [...]. Ebensovienig wie die Leichtgläubigkeit spielt bei der Irrtumserregung der vereinbarte Rücktritt eine Rolle“); BGH, Urteil vom 15.10.1991 – 4 StR 420/91 –, Rn. 32 – juris („Leichtgläubigkeit des Getäuschten und Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung sind dagegen für den Irrtum ohne Belang“); BGH NJW 2014, 2595, 2596 („Doch lassen Leichtgläubigkeit des Opfers oder Erkennbarkeit einer auf die Herbeiführung eines Irrtums gerichteten Täuschungshandlung weder aus Rechtsgründen die Täuschungsabsicht entfallen [...] noch schließen sie eine irrumsbedingte Fehlvorstellung aus.“); *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 40; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 51–52a; *Heger* in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2023, § 263 Rn. 20. Gegen den Schutz grob fahrlässiger bzw. leichtfertiger Opfer: *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 284; *Mühlbauer*, NStZ 2003, 650, 652 f. Gegen den Schutz von leichtfertigen Opfern i. S. e. unionsrechtlichen Interpretation des § 263 StGB: *Greupner*, Der Schutz des Einfältigen durch den Betrugstatbestand, 2017, S. 181 ff.

⁹⁴⁷ *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 40; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 51: „Denn nur derjenige handelt obliegenheitswidrig, der einer Tatsachenbehauptung glaubt, die mit keinem rechtlich erheblichen Anspruch auf wahrheitsgemäße Information verbunden ist“.

⁹⁴⁸ *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 93; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 88 (der das Nicht-Vertrauendürfen auf die mangelnde Ernsthaftigkeit von Anpreisungen zurückführt).

⁹⁴⁹ *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 93. Die Ansicht in der Literatur ebenso skizzierend *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 94.

dem berücksichtigt, ob der Erklärungsempfänger die Richtigkeit der Behauptung prüfen müsste.⁹⁵⁰

Aufgrund der harten Sanktionsmöglichkeiten für Betrug, namentlich Geld- und Freiheitsstrafen, stellt sich im Rahmen des § 263 StGB das Abgrenzungsproblem zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen noch viel dringender als mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Entsprechend intensiver wird dort die Debatte um den Tatbestand geführt. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Verhältnis zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Einschränkungen auf allen Ebenen vorgenommen werden: Es erfolgt eine engere Auslegung von „Täuschungen über Tatsachen“, es werden Anforderungen an die Vermögensverfügung und den Vermögensnachteil gestellt, welche wiederum mit den Anforderungen an den Vermögensvorteil korrespondieren müssen. Darüber hinaus muss der Täuschende die Absicht besitzen, diesen Vermögensvorteil zu erlangen. Außerdem darf nicht allen Aussagen geglaubt und darauf vertraut werden. Für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ergibt sich daraus zunächst lediglich, dass § 263 StGB einer stärkeren Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen nicht entgegensteht. Es kann daraus allerdings nicht direkt geschlossen werden, dass eine stärkere Differenzierung auch im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB notwendig ist. Konkret lässt sich in Bezug auf Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands vor allem festhalten, dass § 263 StGB für die Rechtswidrigkeit von Täuschungen über die Rechtslage im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB spricht.

VIII. Résumé zu den rechtlichen Umfeldwertungen

Im Ergebnis geben die juristischen Umfeldwertungen in begrenztem Umfang Hinweise darauf, wie Lügen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *de lege lata* zu verstehen sind. Zum einen geben die rechtlichen Umfeldwertungen Hinweise darauf, welche vorsätzlichen Irreführungen zumindest zur Anfechtung berechtigen müssen. Zum anderen kann die Betrachtung aber auch aufzeigen, welche Bluffs ggf. nicht unbedingt erfasst sein müssen. Bezüglich der Gestaltung eines Vorschlags *de lege ferenda* zeigen die Vorschriften zudem gewissen Grenzen für die Rechtsgestaltung auf. Die meisten Schlussfolgerungen sind allerdings eher allgemeinerer Natur und beziehen sich nicht konkret auf einzelne Täuschungsgegenstände.

⁹⁵⁰ Allg. Geißler, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 94 f. Siehe auch OLG Koblenz NJW 2001, 1364. In dem vorliegenden Fall hatte ein Rechtsanwalt im Zivilprozess fälschlicherweise behauptet, es lägen zu einem bestimmten Aspekt gerichtliche Entscheidungen vor. Das Gericht erkannte zwar an, dass es sich um eine Tatsachenbehauptung handelte, führte dann jedoch aus: „Denn sie [die falsche Behauptung, Anm. der Autorin] war objektiv in keiner Weise geeignet, bei dem zuständigen Richter einen Irrtum herbeizuführen. [...] Jeder Richter ist dazu verpflichtet, den ihm vorgetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen.“

So lässt sich aus der Regelung der Drohung (§ 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB) beispielsweise schließen, dass eine stärkere Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus systemstimmig wäre. § 263 StGB steht einer stärkeren Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen ebenfalls nicht entgegen, sondern könnte vielmehr Anregungen für eine entsprechende Differenzierung liefern. Die Negierung der Eigenverantwortung des Erklärenden im Irrtumsrecht könnte umgekehrt allerdings als Argument dafür angeführt werden, bei der arglistigen Täuschung erst recht keine Eigenverantwortung der getäuschten Seite durchzusetzen. Dies würde wiederum gegen die Zulässigkeit bestimmter Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sprechen. Das Argument wird allerdings durch die starke Kritik an der Negierung der Eigenverantwortung im Irrtumsrecht abgeschwächt. Die Diskussion im Rahmen der c.i.c. lässt zudem die Frage aufkommen, ob nicht auch bei arglistigen Täuschungen stärker zwischen unterschiedlichen Rechtsfolgen differenziert werden sollte. Diese Debatte kann allerdings höchstens *de lege ferenda* geführt werden, da § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB insofern keinen Auslegungsspielraum gewährt.

§ 138 Abs. 1 BGB zeigt wiederum, dass die moralische Bewertung eines Aspekts sowie das Rechtsgefühl⁹⁵¹ durchaus bei der rechtlichen Bewertung an Relevanz gewinnen können, was dafürspricht, diesen Aspekt auch im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu diskutieren. Im Rahmen des § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB wird außerdem die Zulässigkeit von Drohungen zur Abwendung eines noch größeren

⁹⁵¹ Das Rechtsgefühl mit Blick auf § 138 BGB in Bezug nehmend z. B. *Fischinger* in: Staudinger BGB, 2021, § 138 Rn. 111 („Lassen sich weder dem gesetzten Recht, noch vorhandenen allgemeinen Rechtsüberzeugungen, noch dem Richterrecht ausreichende Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit von Sittenwidrigkeitsklauseln auf einen konkreten Einzelfall entnehmen, dann ist der Richter letztlich weitgehend auf sein Rechtsgefühl angewiesen“); *Greiner* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 109 Rn. 56 („Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts bedeutet, dass ein Verstoß gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vorliegt.“); *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 613, 619 (in Bezug auf Bürgschaftsverträge); *Tiedtke*, ZIP 1995, 521, 529. Auch die Rechtsprechung bezieht sich teilweise im Rahmen des § 138 BGB auf das Rechtsgefühl, so etwa BGH, Urteil vom 29.09.1977 – III ZR 164/75 –, BGHZ 69, 295–302, Rn. 13 – juris („Allerdings können im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die die Vereinbarung eines Entgelts für das Rechtsgefühl und Anstandsgefühl unerträglich machen.“); BAG, Urteil vom 11.01.1973 – 5 AZR 322/72 –, Rn. 21 – juris („denn die Beurteilung, ob eine Lohnabrede sittenwidrig ist, bemißt sich nicht, wie die Revision meint, nach der Verkehrssitte der jeweiligen Branche, sondern nach dem Rechtsgefühl aller gerecht und billig Denkenden.“); BayObLG, Beschluss vom 04.10.1973 – BReg 1 Z 18/73 –, Rn. 62 – juris („Das kann dann der Fall sein, wenn sich die Verfügung für den Zurückgesetzten unter Abwägung aller Umstände besonders nachteilig auswirkt, so daß sie nach dem sich ergebenden Gesamtbild gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“); AG Bad Iburg NJW-RR 2004, 1059, 1060 („Auf Grund der vorgenannten Argumente ist das Gericht der Ansicht, dass es gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, eine ausdrücklich angeordnete Sperre von 0190-Nummern dadurch zu umgehen, dass mittels einer zunächst unverdächtig klingenden Telefonnummer, die nicht gesperrt ist, ohne weiteres eine Vermittlung zu 0190-Diensten hergestellt werden kann.“).

Übels erörtert.⁹⁵² Dieser Gedanke spiegelt sich bereits in der Rechtsprechung und Literatur zu arglistigen Täuschungen wider. Denn die Lüge wird z. B. im Bewerbungsgespräch als rechtmäßig erachtet, wenn sie der Abwehr einer unzulässigen Frage (und einer möglichen Diskriminierung) dient.⁹⁵³ Die Übertragbarkeit dieser Argumentationslinie auf andere Lügen (insbesondere außerhalb des Vertragsgegenstands) wird unter 5. Teil, A.III.3.c) näher erörtert.

Neben diesen allgemeinen Schlussfolgerungen lassen sich zudem vereinzelt Rückschlüsse auf die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einzelner Täuschungen ziehen. Denn *de lege lata* gilt – wie bereits erläutert (siehe unter 4. Teil, H.) –, dass eine Lüge, die der Gesetzgeber an anderer Stelle missbilligt, auch von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein sollte. Zunächst bedeutet das, dass Täuschungen über die Leistung zur Anfechtung berechtigen müssen. Das ergibt sich nicht nur aus dem Irrtumsrecht, sondern auch aus dem Mängelgewährleistungsrecht. Die c.i.c. und § 263 StGB lassen diesen Schluss ebenfalls zu. Gem. § 119 Abs. 2 BGB ist eine Anfechtung immer dann gestattet, wenn sich der Erklärende über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder einer Person täuscht.⁹⁵⁴ Das Zusammenspiel aus dem Ausschluss der Anfechtung wegen Motivirrtümern und der Zulässigkeit der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrturns zeigt, dass das Irrtumsrecht auf den Vertragsgegenstand sowie zentrale Personen abstellt. So weit muss also auch mindestens der Schutzbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB reichen. Da Preis und Leistung korrespondieren, kann daraus zudem der Schluss gezogen werden, dass die Arglistanfechtung zugleich Lügen über den Preis i. e. S. erfassen müsste.⁹⁵⁵ Beide Aspekte sollten daher gleich behandelt werden. Aus den Anforderungen des Irrtumsrechts an die Verkehrswesentlichkeit lässt sich zudem ggf. schließen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wohl Täuschungen über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt erfassen sollte.⁹⁵⁶ Insofern kann argumentiert werden, dass es sich um eine wertbildende Eigenschaft handelt, die die Sache unmittelbar kennzeichnet. Eine systematische Betrachtung könnte zudem darauf hinweisen, dass zumindest solche Aspekte, mit denen rechtmäßig gedroht werden darf, mit einem

⁹⁵² *Rebberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 173.

⁹⁵³ BAG NZA 2003, 848, 848; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 33; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46 ff.; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15.1; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 20; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 123 Rn. 6.

⁹⁵⁴ *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 119 Rn. 34 ff.; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 119 Rn. 39 ff.; *Mansel* in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 119 Rn. 11 ff.; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 119 Rn. 15 ff.; *Baetge* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 22.09.2023, § 119 Rn. 76; ausführlich *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 119 Rn. 109 ff.

⁹⁵⁵ Damit ist noch nichts darüber ausgesagt, wie Irreführungen über den Preis im weiteren Sinn zu bewerten sind. Siehe zur Unterscheidung zwischen Lügen über den Preis i. e. S. und i. w. S. unter 3. Teil, D.IX.4.

⁹⁵⁶ Siehe zu dieser Ausprägung der Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

Bluff über die Absicht die Drohung auszuführen verbunden werden dürfen. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu bedenken, dass § 263 StGB zeigt, dass Täuschungen über innere Tatsachen nicht grundsätzlich sanktionslos bleiben sollten. Zwar kann die Abgrenzung insofern verstärkt diskutiert werden, aber einer generellen Ausnahme innerer Tatsachen steht die Vorschrift wohl entgegen. Das ist überaus relevant, da die Wertungen hier somit unterschiedlich ausfallen (siehe zur ökonomischen Analyse näher unter 4. Teil, G.IV.2.b)).

§ 263 StGB spricht zudem dafür, dass Täuschungen über die Rechtslage von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls erfasst sein sollten. Aus § 138 Abs. 1 BGB lässt sich zumindest für ganz bestimmte Konstellationen ein ähnlicher Schluss ziehen (z. B. bzgl. Lügen, die zu einem Kartellverstoß führen).

Umgekehrt weisen die diskutierten Vorschriften vielfach darauf hin, dass Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands nicht unbedingt von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB geregelt werden müssen. So würden entsprechende Irrtümer (ohne Täuschung) beispielsweise regelmäßig nicht zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB berechtigen. Auch das Mängelgewährleistungsrecht spricht außerhalb des Vertragsgegenstands zumindest für eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Vertragsauflösung. Da es bei Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands zudem regelmäßig an einem konkreten Schaden fehlt bzw. dieser nur schwer festzustellen und nachzuweisen ist, sind entsprechende Bluffs auch mit Blick auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB und § 263 StGB meist nicht relevant. Das spricht zwar nicht konkret für die Zulässigkeit solcher Irreführungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, steht einer stärkeren Differenzierung aber zumindest nicht im Wege. Die Ausführungen zur c.i.c. können zudem so verstanden werden, dass sie dafürsprechen, absolut geringfügige vorsätzlichen Täuschungen aus dem Anwendungsbereich der Norm auszunehmen. Obwohl sowohl § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als auch die c.i.c. die Tendenz aufweisen, die Problematik über die Kausalitätsanforderungen zu lösen, wird dieser Ansatz hier abgelehnt.

I. Die Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs anhand von Täuschungsgegenständen – Zusammenfassung und Gesamtbewertung der erzielten Ergebnisse

Bevor im Folgenden (siehe unter 5. Teil, A.) diskutiert wird, ob eine Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen bereits durch eine entsprechende Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB oder eine Rechtsfortbildung erzielt werden kann oder ob dies eines Vorschlags *de lege ferenda* bedarf (siehe dazu unter 5. Teil, B.), sollen an dieser Stelle die wertungsmäßigen Ergebnisse noch einmal zusammengefasst und bewertet werden. Ziel dieses Abschnitts ist es, unter Berücksichtigung der bislang erzielten wertungsmäßigen Erkenntnisse einen stimmigen

gen Vorschlag für eine Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Lügen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu unterbreiten. Es soll daher überlegt werden, welche Grenzziehung die erarbeiteten Wertungen nahelegen, ohne dabei an dieser Stelle auf eine mögliche rechtliche Konstruktion einzugehen. Dieser Aspekt wird erst im Folgenden betrachtet (siehe unter 5. Teil, A.).

Die bislang angestellten Überlegungen zeigen eindrucklich, dass eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen eine äußerst diffizile und komplexe Aufgabe ist. Mit Blick auf den strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB) werden insofern treffend die Schwierigkeiten bezüglich der Unterscheidung zwischen zulässigem und unzulässigem Geschäftsgebaren betont:

„Sie [die Schwierigkeiten, Anm. d. Autorin] rühren vielmehr in erster Linie daher, daß es überhaupt, im allgemeinen und grundsätzlichen, nicht einfach ist, die Grenze zwischen cleverem und smartem Verhalten im wirtschaftlichen Verkehr und strafwürdigem Tun so zu bestimmen, daß die Grenzziehung nicht mehr Schaden als Nutzen stiftet, so also, daß zwar einerseits der Unlautere gehörig in Schranken gehalten, andererseits aber der Gewandte, Wagemutige und Tüchtige nicht ungebührlich gehemmt wird.“⁹⁵⁷

Auch wenn dieselben Herausforderungen – wie sie in Bezug auf § 263 StGB beschrieben werden – mit Blick auf eine Differenzierung i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls bestehen, so erscheint eine Grenzziehung dennoch notwendig und soll daher an dieser Stelle anhand der herausgearbeiteten Wertungsargumente versucht werden. Zentrale Idee dieser Arbeit ist es, die notwendige Grenzziehung anhand der verschiedenen Gegenstände der Täuschung vorzunehmen. Denn – wie unter 4. Teil, B.II., C.IV. und D.III. gezeigt – hat dieser Umstand erheblichen Einfluss auf die Bewertung von Lügen (bezüglich des Moralverständnisses, des Rechtsgefühls und des Judizes) sowie auf die ökonomischen Konsequenzen (dazu näher unter 4. Teil, G.VII.) und damit auf die zentralen Aspekte der wertungsmäßigen Betrachtung. Eine – zumindest grobe Differenzierung – nach dem Gegenstand der Täuschung erscheint zudem rechtstechnisch zumindest nicht undenkbar (dazu bereits unter 3. Teil, D.IX.), auch wenn zuzugeben ist, dass dadurch in jedem Fall der Komplexitätsgrad der Regel erhöht würde und abzuwägen bleibt, ob dadurch die Rechtsunsicherheit ansteigen würde.

Da sich die folgenden Ausführungen somit auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände beziehen, soll an dieser Stelle zuvor kurz zu Bluffs über innere Tatsachen (z.B. das Bestehen oder Nichtbestehen von Meinungen) Stellung bezogen werden. Insofern ist zunächst zu beachten, dass die Siegener Studie zu diesem Aspekt keine Kenntnisse liefert, da sich die Untersuchung auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände fokussiert. Die ökonomische Analyse zeigt hingegen allgemein, dass eine Regelung, die solche Bluffs erfasst, aufgrund der Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten grundsätzlich (nahezu) keine Steuerungswirkung entfalten kann. Umgekehrt zeigt § 263 StGB jedoch, dass innere Tatsachen prinzipiell auch

⁹⁵⁷ Bockelmann, ZStW 79 (1967), 28, 32.

im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein sollten. Dies steht einer stärkeren Diskussion, um die genaue Abgrenzung zwischen Meinungen und Tatsachen aber nicht im Weg und eine weitergehende Debatte könnte sich insofern lohnen. Gleichzeitig liefert die systematische Betrachtung Hinweise darauf, dass zumindest solche Aspekte, mit denen rechtmäßig gedroht werden darf, mit einem Bluff über die Absicht die Drohung auszuführen verbunden werden dürfen. Die Regelung zur Drohung spricht im Zusammenhang mit § 263 StGB nach hier vertretener Ansicht im Ergebnis dafür, innere Tatsachen nicht generell vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen. Vielmehr sollte der „Täuschungsspielraum“ anhand der verschiedenen Täuschungsgegenstände bestimmt werden. Kann wegen eines bestimmten Bluffs dann nicht angefochten werden, ist von dieser Ausnahme auch die entsprechende innere Tatsache erfasst, was die Problematik entschärft.

I. Leistung

Die wertungsmäßige Betrachtung führt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass Täuschungen des Anbieters über seine Leistung im B2B-Bereich unzulässig sein sollten, d.h. dass der getäuschten Seite dann ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zustehen sollte. Solche Bluffs sind im Ergebnis als Kern der zivilrechtlichen Norm zu betrachten. Dafür sprechen gemäß den Ergebnissen der Siegener Studie sowohl das empirisch ermittelte Moralverständnis als auch das empirisch ermittelte Rechtsgefühl sowie das empirisch ermittelte Judiz. So besteht bei den vier befragten Gruppen Einigkeit (in Form einer Mehrheit) darüber, dass Täuschungen des Anbieters über die Leistung als unmoralisch zu bewerten sind und die irreführte Seite zur Anfechtung berechtigen sollten (Rechtsgefühl). Die Teilnehmer glauben zudem, dass das Recht die getäuschte Seite bereits in seiner jetzigen Form vor solchen Bluffs schützt (Judiz). Gleichzeitig zeigt die ökonomische Analyse solcher Irreführungen, dass eine gesetzliche Regelung, die Lügen des Anbieters über die Leistung erfasst, deutlich positive ökonomische Effekte erzielen kann. Eine entsprechende Vorschrift erscheint daher aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Zudem unterstreicht ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen, dass entsprechende Bluffs bereits deshalb unzulässig sein müssen, um die Systemstimmigkeit der deutschen Rechtsordnung nicht zu gefährden. Das ergibt sich nicht nur aus dem Irrtumsrecht, sondern auch aus dem Mängelgewährleistungsrecht, der c.i.c. und § 263 StGB. So verdeutlicht z.B. das Zusammenspiel aus dem Ausschluss der Anfechtung wegen Motivirrtümern und der Zulässigkeit der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums in § 119 BGB, dass das Irrtumsrecht auf den Leistungsgegenstand bzw. auf zentrale Personen abstellt. Soweit muss also mindestens der Schutzbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB reichen. Durch das Kaufgewährleistungsrecht, das nach Gefahrübergang greift (§ 434 Abs. 1 BGB), macht der Gesetzgeber ebenfalls deutlich, dass Irreführungen über die Beschaffenheit der Leistung

von der Rechtsordnung nicht toleriert werden und rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.⁹⁵⁸

Im Ergebnis sollten Lügen des Nachfragers über die Leistung ebenfalls ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB begründen, selbst wenn die wertungsmäßige Betrachtung in diesem Fall etwas weniger eindeutig ausfällt als in Bezug auf Täuschungen über den Leistungsgegenstand durch den Anbieter. Zwar sehen die befragten Richter solche Bluffs mehrheitlich ebenfalls eindeutig als unmoralisch an und befürworten gleichzeitig ein Anfechtungsrecht (Rechtsgefühl). Bei den Studierenden ist dies hingegen nicht der Fall.⁹⁵⁹ Das Ergebnis der ökonomischen Analyse entsprechender Bluffs fällt ebenfalls weniger eindeutig aus als bei Täuschung des Anbieters über die Leistung. Im Ergebnis spricht die ökonomische Analyse aber auch bei solchen Bluffs für eine entsprechende Regulierung, d. h. im vorliegenden Fall für ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen zeigt zudem, dass die relevanten Vorschriften nicht konsequent zwischen Lügen über die Leistung durch den Anbieter und den Nachfrager unterscheiden und in ihrer Gesamtheit daher für eine Regulierung von Lügen über die Leistung sprechen, und zwar unabhängig davon, wer darüber täuscht.

Täuschungen über die Leistung sollten daher nach hier vertretener Ansicht in ihrer Gesamtheit zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen.

II. Identität und Charakteristiken des Vertragspartners

Bluffs über die Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffender Umstände sollten ebenfalls ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB begründen. Die Siegener Studie enthält zwar kein entsprechendes Szenario, weshalb insofern keine konkreten Aussagen zum empirisch ermittelten Moralverständnis, zum Rechtsgefühl und zum Judiz getroffen werden können. Aber zumindest erscheint eine entsprechende Regulierung aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Außerdem sprechen die rechtlichen Umfeldwertungen für ein Anfechtungsrecht in diesen Fällen. Dies lässt sich wie auch beim Leistungsgegenstand dem Irrtumsrecht entnehmen, wonach zwar eine Anfechtung wegen eines Motivirrtums ausgeschlossen ist, aber ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache oder einer Person, die sich irrende Seite zur Anfechtung berechtigt. Gerade die Identität des Vertragspartners und bestimmte Charakteristiken desselben können ggf. die Anforderungen an die Verkehrswesentlichkeit i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB erfüllen.

⁹⁵⁸ Damit ist jedoch theoretisch noch nicht die Frage beantwortet, ob solche Bluffs auch zu einem Lösungsrecht vom Vertrag in Form eines Anfechtungsrechts gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB führen sollten. Siehe zum Gewährleistungsrecht näher i. R. d. Erörterung der rechtlichen Umfeldwertungen unter 4. Teil, H.III.

⁹⁵⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.2. und C.IV.2. Das Judiz wird in dieser Version der Umfrage nicht abgefragt, weshalb insofern keine Erkenntnisse vorliegen.

III. Emotionen

Täuschungen über Emotionen – wie Freude oder Enttäuschung – sollten nach hier vertretener Ansicht hingegen generell als „listig“ erachtet werden und daher kein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB begründen. Ein Blick auf die Siegener Studie zeigt, dass solche Bluffs von den Teilnehmern bereits mehrheitlich als moralisch akzeptabel bewertet werden.⁹⁶⁰ Entsprechend lehnen die in Deutschland befragten Gruppen mehrheitlich ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite ab.⁹⁶¹ Zudem lässt die ökonomische Analyse erkennen, dass Lügen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Emotionen von vornherein (d. h. im Baseline Szenario) keine oder höchstens sehr geringe ökonomische Nachteile hervorrufen. Doch selbst wenn man von bestimmten negativen Folgen ausginge, könnte eine gesetzliche Regelung, wie § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sie bereithält, diese negativen Folgen wohl nicht wirksam abmildern. Das liegt vor allem daran, dass ein entsprechendes Recht praktisch nicht durchgesetzt werden könnte – und zudem wohl in der Praxis nicht durchgesetzt werden würde. Aus ökonomischer Sicht ist eine entsprechende rechtliche Regelung daher ebenfalls abzulehnen. Die rechtlichen Umfeldwertungen geben zwar keinen expliziten Hinweis darauf, dass Bluffs über Emotionen zulässig sein sollten. Sie stehen einer entsprechenden Bewertung allerdings auch nicht entgegen. Vielmehr zeigen die rechtlichen Umfeldwertungen, dass gerade solche besonders „harmlosen“ Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. Preis und Leistung) nicht unbedingt vom Anfechtungsrecht erfasst werden müssen.⁹⁶² Somit ergibt die Betrachtung nach hier vertretener Ansicht insgesamt, dass Irreführungen über Emotionen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht zu einem Anfechtungsrecht sollten.

IV. Preis

Bezüglich des Preises ist zwischen Täuschungen über den Preis i. e. S. und Bluffs über den Preis i. w. S. zu unterscheiden.⁹⁶³ Mit Blick auf Lügen über den Preis i. e. S. führt die wertungsmäßige Betrachtung zu dem eindeutigen Ergebnis, dass diese von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein sollten. Die Siegener Studie zeigt insofern, dass Richter und Studierende solche Bluffs mehrheitlich als eindeutig unmoralisch einstufen und entsprechend ein Anfechtungsrecht befürworten. Die ökonomische

⁹⁶⁰ Dieser Täuschungsgegenstand wird in der zweiten Version der Umfrage abgefragt, weshalb insofern Antworten von Richtern und Studierenden vorliegen.

⁹⁶¹ Das Judiz wird in dieser Version der Umfrage nicht abgefragt, weshalb insofern keine Erkenntnisse vorliegen.

⁹⁶² Die betrachteten Vorschriften verfolgen diesbezüglich unterschiedliche Strategien, um solche Aspekte nicht zu erfassen. Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.

⁹⁶³ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

Analyse führt ebenfalls zu dem Ergebnis, dass eine gesetzliche Regelung, die solche Lügen erfasst, die negativen ökonomischen Effekte eindeutig zu vermindern vermag. Aus diesem Grund erscheint eine gesetzliche Regelung bereits aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Zudem unterstreicht ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen, dass solche Bluffs im Sinn der Einheit der Rechtsordnung als unzulässig erachtet werden sollten. Denn an dieser Stelle geht es um Irreführungen über den Preis i. e. S. und nicht um Bluffs über den Wert des Gegenstands.⁹⁶⁴ Wie bereits erläutert, verdeutlicht das Zusammenspiel aus dem Ausschluss der Anfechtung wegen Motivirrtümern und der Zulässigkeit der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums in § 119 BGB, dass das Irrtumsrecht auf den Leistungsgegenstand sowie zentrale Personen abstellt. Da Preis und Leistung bei einem Austauschgeschäft korrespondieren, lässt sich daraus schließen, dass beide Aspekte von der Rechtsordnung auch gleichbehandelt werden sollten. Zwar wird die Übertragbarkeit der Wertungen aus dem Lauterkeitsrecht in dieser Arbeit abgelehnt, aber dennoch verdeutlicht ein Blick auf die dortigen Vorschriften ebenfalls, dass der Gesetzgeber Bluffs über den Preis (und konkret über die Preisberechnung, vgl. § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 2 UWG) besonders kritisch gegenübersteht.

In Bezug auf Täuschungen über den Preis i. w. S. ist der Fall hingegen anders gelagert. So sind bei Bluffs über einen angeblichen Freundschaftspreis im Ergebnis beispielsweise von vornherein⁹⁶⁵ insgesamt nur sehr überschaubare negative ökonomische Effekte zu erwarten. Damit korrespondiert aus ökonomischer Sicht ein relativ geringer Bedarf an gesetzlicher Regulierung. Hinzu kommt, dass ein Anfechtungsrecht diese (geringen) negativen Auswirkungen nicht (bzw. höchstens kaum) wirksam abmildern könnte. Die ökonomische Analyse der Thematik spricht daher nach hier vertretener Ansicht im Ergebnis nicht für eine rechtliche Regulierung solcher Bluffs. Die Siegener Studie führt allerdings gleichzeitig zu der Erkenntnis, dass solche Bluffs zumindest in einer ständigen Geschäftsbeziehung als moralisch durchaus nicht unproblematisch angesehen werden. Gleichzeitig befürworten die befragten Richter und Studierenden mehrheitlich jedoch kein Anfechtungsrecht (Rechtsgefühl). An dieser Stelle zeigt sich besonders gut, dass nicht für alle unmoralischen Bluffs auch eine entsprechende gesetzliche Regulierung gewünscht ist. Ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen unterstreicht zudem, dass die betrachteten Vorschriften in ihrer Gesamtheit diesem Vorschlag zumindest nicht entgegenzustehen scheinen. Denn den diskutierten Regelungen lässt sich entnehmen, dass Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands nicht unbedingt von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein müssen. Das Lauterkeitsrecht bewertet solche Bluffs zwar grundsätzlich kritischer. Nach hier vertretener Ansicht lassen sich die Wertungen des UWG jedoch nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB mit Blick

⁹⁶⁴ Denn wegen Irrtümern über den Wert der Sache darf i. R. d. § 119 Abs. 2 BGB beispielsweise nicht angefochten werden.

⁹⁶⁵ D. h. im Baseline Szenario.

auf B2B-Transaktionen übertragen, da das Lauterkeitsrecht – jetzt auch ausweislich des § 9 Abs. 2 UWG – zivilrechtliche Konsequenzen nur zum Schutz der Verbraucher befürwortet. Im Ergebnis sollten solche Bluffs nach hier vertretener Ansicht damit als „listig“ i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB angesehen werden. Der getäuschten Seite sollte somit in diesen Fällen kein Anfechtungsrecht gewährt werden.

Bluffs über Einkaufspreise sowie Gewinnmargen etc. zählen ebenfalls zu den Täuschungen über den Preis i. w. S. und sollten im Ergebnis (noch) als zulässig betrachtet werden. Die Siegener Studie zeigt zwar, dass solche Bluffs aus moralischer Sicht nicht unproblematisch sind. So halten beispielsweise die deutschen Richter solche Täuschungen mehrheitlich für unmoralisch (82 % bzw. 58 %⁹⁶⁶). Bei den deutschen Anwälten spricht sich hingegen nur gut die Hälfte (51 %) dafür aus, dass solche Bluffs unmoralisch seien. Die deutschen Studierenden bewerten hingegen auch Lügen über Einkaufspreise mehrheitlich als moralisch akzeptabel (59 % bzw. 58 %⁹⁶⁷). Die empirischen Ergebnisse der Siegener Studie zum *Judiz* zeigen allerdings, dass alle befragten Gruppen nicht glauben, dass das Recht in seiner jetzigen Form eine Anfechtungsmöglichkeit vorsieht. Dies entspricht zugleich dem Rechtsgefühl der deutschen Richter, Anwälte und Studierenden.⁹⁶⁸ Außerdem sind insgesamt nur relativ überschaubare negative ökonomische Effekte bei Täuschungen über Gewinnmargen, Einkaufspreise etc. zu erwarten. Sie liegen aber wohl etwas höher als bei Bluffs über Freundschaftspreise. Damit korrespondiert aus ökonomischer Sicht aber dennoch ein (noch) relativ geringer Bedarf an gesetzlicher Regulierung. Außerdem dürfte es dem Gesetzgeber schwerfallen, die (noch) relativ geringen negativen Effekte durch eine gesetzliche Regelung effektiv abzumildern. Die rechtlichen Umfeldwertungen geben wie auch mit Blick auf Bluffs über Freundschaftspreise keinen konkreten Hinweis für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, stehen aber einer Einstufung solcher Bluffs als listig auch nicht im Weg. Im Ergebnis wird hier daher vertreten, dass Täuschungen über Einkaufspreise, Gewinnmargen etc. im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ebenfalls als (noch) zulässig erachtet werden sollten.

V. *Reservation price*

Bei Täuschungen über den *reservation price* geht es darum, zu welchem Preis ein Käufer maximal bereit ist, einen Gegenstand zu erwerben bzw. was der niedrigste Preis ist, zu dem der Verkäufer veräußern würde. Die Siegener Studie belegt insofern eindeutig, dass alle vier befragten Gruppen Lügen über den *reservation price* bereits mehrheitlich als moralisch unproblematisch erachten. Entsprechend spricht

⁹⁶⁶ Dieser Wert wird im Rahmen der dritten Version der Umfrage erzielt.

⁹⁶⁷ Dieser Wert wird im Rahmen der dritten Version der Umfrage erzielt.

⁹⁶⁸ Siehe zu den genauen Ergebnissen der Siegener Studie näher unter 4. Teil, C.IV.2.

das empirisch ermittelte Rechtsgefühl in allen befragten Gruppen mehrheitlich eindeutig gegen ein Anfechtungsrecht. Die Befragten glauben zudem nicht, dass das Recht in seiner jetzigen Form die getäuschte Seite vor solchen Bluffs schützt (Judiz). Hinzu kommt, dass die Regulierung von Bluffs über den *reservation price* auch aus ökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheint. Die rechtlichen Umfeldwertungen sprechen ebenfalls zumindest nicht gegen die Zulässigkeit solcher Irreführungen. Bluffs über den *reservation price* sind damit ein gutes Beispiel dafür, dass einige Täuschungen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht „sanktioniert“ werden sollten.

VI. Rechtliche Situation

In Bezug auf Täuschungen über die rechtliche Situation werden in diesem Werk vor allem zwei Konstellationen unterschieden: Bluffs über die Zulässigkeit einer Handlung und Irreführungen bzgl. der Unzulässigkeit einer Handlung. Lügen über die Zulässigkeit einer Handlung führen dabei zur Darstellung einer unrechtmäßigen Handlung als rechtmäßig, während Bluffs über die Unzulässigkeit einer Handlung bei der getäuschten Seite die Fehlvorstellung hervorrufen, dass eine erlaubte Handlung als unzulässig angesehen wird. In dieser Arbeit werden beide Täuschungsvarianten unterschieden, da Lügen über die Zulässigkeit einer Handlung im Ergebnis als schwerwiegender einzustufen sind. Die Siegener Studie zeigt entsprechend, dass solche Bluffs von den Befragten ganz eindeutig als unmoralisch bewertet werden und dass zudem ihr Rechtsgefühl für ein Anfechtungsrecht spricht. Zugleich unterstreicht die ökonomische Analyse, dass ein Anfechtungsrecht deutlich positive ökonomische Effekte erzielen kann. Aus diesem Grund erscheint eine gesetzliche Regelung auch aus ökonomischer Sicht sinnvoll.

Lügen über die Unzulässigkeit sind im Verhältnis zu Lügen über die Zulässigkeit als etwas harmloser zu bewerten, was sich auch auf die empirisch ermittelten Moralvorstellungen, das Rechtsgefühl und das Judiz auswirkt. Zwar stufen in diesem Fall ebenfalls alle vier befragten Gruppen in Deutschland solche Täuschungen als unmoralisch ein. In der Gruppe der professionellen Verhandler spricht sich eine knappe Mehrheit aber gegen ein Anfechtungsrecht aus. Die anderen Gruppen befürworten hingegen ein Anfechtungsrecht. Richter und Anwälte⁹⁹ gehen zudem mehrheitlich davon aus, dass das Recht die getäuschte Seite bereits in seiner jetzigen Form vor solchen Bluffs schützt (Judiz). Dasselbe gilt auch für die Studierenden, auch wenn die Mehrheit knapper ausfällt (52 %, siehe Abb. 53). Gleichzeitig zeigt die ökonomische Analyse, dass solche Bluffs erhebliche negative ökonomische Konsequenzen hervorrufen und das Recht gleichzeitig dazu in der Lage ist, zumindest einen relevanten Teil dieser negativen Konsequenzen durch Regulierung (z. B. in Form eines Anfechtungsrechts) abzumildern. Ein Anfechtungsrecht ist somit in

⁹⁹ Bei den Anwälten nehmen dies 60 % an und bei den Richtern 62 % (siehe Abb. 51 f.).

Bezug auf diese Konstellation aus ökonomischer Perspektive ebenfalls als sinnvoll zu erachten.

Bei Lügen über wahrscheinliche Ausgänge von Gerichtsverfahren besteht aus ökonomischer Sicht das Problem darin, dass diese wohl besonders häufig als Meinung formuliert werden und – wie bereits oben ausgeführt – das Gesetz bzgl. Bluffs über innere Tatsachen kaum einen Steuerungseffekt entfalten kann. Da hier jedoch generell entschieden wurde, innere Tatsachen allgemein zu erfassen, können auch solche Bluffs theoretisch zur Anfechtung berechtigen.

In Bezug auf die rechtlichen Umfeldwertungen bedarf es keiner Unterscheidung zwischen den beiden erörterten Konstellationen. § 263 StGB spricht vielmehr generell dafür, dass auch Täuschungen über die Rechtslage von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein sollten. Aus § 138 BGB lässt sich zumindest für ganz bestimmte Konstellationen ein ähnlicher Schluss ziehen (z. B. bzgl. Lügen, die zu einem Kartellverstoß führen).

Im Ergebnis sollten nach hier vertretener Ansicht daher Täuschungen über die rechtliche Situation generell als widerrechtlich i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB betrachtet werden.

VII. Vorgaben und Anweisungen

In unternehmerischen Verhandlungen kann über die verschiedensten Vorgaben und Anweisungen getäuscht werden. In der Siegener Studie ging es um Vorgaben mit Blick auf bestimmte Vertragsklauseln, die ein Verhandler angeblich von seinem Unternehmen erhalten hatte. Die Gruppe der Studierenden bewertet solche Bluffs mehrheitlich als unmoralisch und nur etwas mehr als die Hälfte der Befragten spricht sich gegen ein Anfechtungsrecht aus (53 %). Diese Bewertung stellt allerdings die Ausnahme dar. Die anderen in Deutschland befragten Gruppen beurteilen entsprechende Bluffs nicht nur als moralisch akzeptabel, sondern sie lehnen entsprechend ein Anfechtungsrecht, wie es § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorsieht, ab.

Die ökonomische Analyse führt wiederum zu dem Ergebnis, dass solche Täuschungen zwar gewisse negative Effekte hervorrufen, diese aber insgesamt begrenzt sind. Die ökonomische Analyse vermag insofern allerdings kein ganz einheitliches Bild zu zeichnen. Das liegt daran, dass Lügen über (unternehmensinterne) Vorgaben und Anweisungen im Baseline Szenario gewisse negative ökonomische Konsequenzen hervorrufen, diese aber durch eine gesetzliche Regelung – wenn überhaupt – nur in sehr geringem Umfang abgemildert werden können. Im Ergebnis ist nach hier vertretener Ansicht daher eine Regulierung solcher Bluffs aus ökonomischer Sicht wohl eher nicht sinnvoll.

Die rechtlichen Umfeldwertungen geben keinen konkreten Hinweis darauf, ob solche Bluffs als zulässig angesehen werden können. Sie stehen einer entsprechenden Einordnung aber wohl zumindest auch nicht im Weg.

Im Ergebnis sprechen nach hier vertretener Ansicht die besseren Argumente dafür, Lügen über Vorgaben und Anweisungen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als zulässig zu bewerten.

VIII. Verfügbarkeit

In Bezug auf Täuschungen über die Verfügbarkeit wird in diesem Werk zwischen Bluffs über die Gesamtverfügbarkeit der Leistung am Markt und Irreführungen über die Verfügbarkeit über die Leistung bei einem Anbieter unterschieden.

Mit Blick auf Lügen über die Gesamtverfügbarkeit der Leistung am Markt zeigt die Siegener Studie, dass die in Deutschland befragten Gruppen solche Bluffs mehrheitlich nicht nur als unmoralisch bewerten, sondern auch für ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB plädieren (Rechtsgefühl).⁹⁷⁰ Zudem erscheint eine Regulierung von solchen Irreführungen aus ökonomischer Sicht sinnvoll. Denn entsprechende Bluffs sind als so schwerwiegend einzustufen, dass es sogar zu einer Einigung außerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) kommen kann und mit erhöhten Transaktionskosten, einer Verwässerung des Wahrheitssignals, einem Verlust des Vertrauens und gewissen Spillover-Effekten zu rechnen ist. Gleichzeitig könnte eine entsprechende Regelung wohl eine Steuerungswirkung entfalten und die negativen ökonomischen Effekte somit reduzieren. Zusätzlich kann in diesem Fall sogar aus den rechtlichen Umfeldwertungen ein Argument für die Unzulässigkeit solcher Täuschungen hergeleitet werden. So lässt sich nach hier vertretener Ansicht aus den Anforderungen des Irrtumsrechts an die Verkehrswesentlichkeit ggf. schließen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Lügen über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt erfassen sollte.⁹⁷¹ Denn es lässt sich insofern argumentieren, dass es sich dabei um eine wertbildende Eigenschaft handelt, die die Sache unmittelbar kennzeichnet. Im Ergebnis sprechen nach hier vertretener Ansicht gute Argumente dafür, Lügen über die Gesamtverfügbarkeit am Markt im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als unzulässig zu bewerten.

Bei Bluffs über die Verfügbarkeit der Leistung bei einem Anbieter stellt sich die Situation hingegen anders dar. Die moralische Bewertung solcher Lügen fällt je nach befragter Gruppe unterschiedlich aus.⁹⁷² Sowohl die Richter, die Anwälte und die professionellen Verhandler als auch die Studierenden sprechen sich im Ergebnis allerdings mehrheitlich gegen ein Anfechtungsrecht aus (Rechtsgefühl). Sie glauben zudem nicht, dass das Recht in seiner jetzigen Form die getäuschte Seite vor solchen Bluffs schützt (Judiz). Aus ökonomischer Sicht ist es allerdings nicht ganz eindeutig, ob eine Regulierung solcher Bluffs aus ökonomischer Sicht sinnvoll wäre. Denn im Baseline Szenario lassen sich gewisse negative Effekte solcher

⁹⁷⁰ Siehe zu den konkreten Ergebnissen der Siegener Studie näher unter 4. Teil, B.II.2, C.IV.2.

⁹⁷¹ Siehe zu dieser Ausprägung der Taktik der kleinen Menge näher unter 2. Teil, A.VI.2.

⁹⁷² Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II., C.IV. und D.III.

Lügen feststellen. Zu bedenken ist allerdings, dass sich diese wohl nur in geringem Umfang durch Regulierung abmildern ließen. Die rechtlichen Umfeldwertungen lassen zudem in diesem Fall keinen so konkreten Schluss zu, wie im Fall der Täuschung über die Gesamtverfügbarkeit am Markt. Das gilt zumindest, sofern man davon ausgeht, dass die Wertungen des Lauterkeitsrechts nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB übertragen werden können. Denn Täuschungen im Rahmen der Taktik der kleinen Menge könnten u.U. explizit von § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 1 UWG erfasst sein, da die Vorschrift die „Verfügbarkeit“ pauschal als wesentliches Merkmal betrachtet.⁹⁷³ Im Ergebnis sprechen daher sowohl Argumente für die Zulässigkeit als auch für die Unzulässigkeit von Bluffs über die Verfügbarkeit bei einem Händler. Der Gesetzgeber könnte sich daher begründet sowohl für die eine als auch für die andere Option entscheiden. Hier wird im Ergebnis allerdings befürwortet, dass die besseren Argumente dafürsprechen, solche Bluffs im Rahmen von unternehmerischen Vertragsverhandlungen als zulässig zu bewerten.

IX. Alternativen und Alternativangebote

Die Bewertung von Täuschungen über Alternativen und Alternativangebote fällt schwer. Insofern wird in dieser Arbeit teils zwischen entsprechenden Lügen des Käufers und des Verkäufers und der materiellen Täuschungsintensität⁹⁷⁴ unterschieden. Die Siegener Studie zeigt, dass diese Differenzierungen zumindest auf die moralische Bewertung durchschlagen. So stellen Irreführungen im Rahmen der Better-offer-Taktik beispielsweise ein klassisches Beispiel für Bluffs von Seiten des Käufers dar. Insofern wird im Rahmen der Siegener Studie eine Lüge des Käufers über ein besseres Angebot bei einer schwachen materiellen Täuschungsintensität als moralisch akzeptabel bewertet.⁹⁷⁵ In Bezug auf die Lüge des Verkäufers geht es in der Siegener Studie hingegen um das Vorliegen eines Alternativangebots durch einen Konkurrenten des potenziellen Abnehmers. Solche Bluffs werden aus moralischer Sicht durchaus kritisch beurteilt.⁹⁷⁶

Unabhängig davon, ob der Käufer oder der Verkäufer blufft, und unabhängig von der materiellen Täuschungsintensität, spricht das empirisch ermittelte Rechtsgefühl der Befragten jedoch mehrheitlich gegen ein Anfechtungsrecht und die Teilnehmer gehen zudem davon aus, dass das Recht in seiner jetzigen Form die getäuschte Seite in solchen Fällen nicht durch ein Anfechtungsrecht schützt (Judiz). Insofern sprechen die Ergebnisse der Siegener Studie nicht nur gegen ein Anfech-

⁹⁷³ Da hier jedoch die Übertragbarkeit der Wertungen abgelehnt wird, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob die Vorschrift diese Konstellation tatsächlich erfasst.

⁹⁷⁴ Dieser Aspekt wurde bereits unter 3. Teil, D.I. erläutert.

⁹⁷⁵ Lediglich in der zweiten Version der Umfrage bewerteten die deutschen Richter diese Taktik bei einer höheren materiellen Intensitätsstufe mehrheitlich als unmoralisch. Die Studierenden hingegen sahen den Bluff auch in diesem Szenario als moralisch vertretbar an.

⁹⁷⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1.

tungsrecht mit Blick auf solche Täuschungen, sondern auch gegen eine noch stärkere Differenzierung innerhalb der Kategorie von Lügen über Alternativen und Alternativangebote.

Die ökonomische Analyse führt hingegen zu keinem eindeutigen Ergebnis. Es lässt sich vielmehr festhalten, dass Lügen über das eigene BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) in Form von besseren Alternativangeboten gewisse negative ökonomische Konsequenzen entfalten. Die tatsächliche Steuerungswirkung entsprechender gesetzlicher Vorgaben wäre aber im Ergebnis wohl begrenzt. Den rechtlichen Umfeldwertungen lässt sich ebenfalls kein eindeutiger Schluss entnehmen. Denn nicht einmal das UWG befasst sich explizit mit Bluffs über Alternativangebote (Better-offer-Taktik).⁹⁷⁷ Aus dem Irrtumsrecht lässt sich immerhin schließen, dass ein Verkäufer, der z. B. irrig annimmt, dass der potenzielle Käufer hat ein gutes Konkurrenzangebot vorliegen hat und ihm deshalb einen günstigen Preis bietet, nicht anfechten kann, wenn sich seine Vorstellung als falsch erweist (der Käufer ihn darüber aber nicht arglistig getäuscht hat). Daraus kann zwar nicht direkt auf die Zulässigkeit entsprechender Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB geschlossen werden. Das Irrtumsrecht steht einer solchen Interpretation aber zumindest nicht entgegen.

Im Ergebnis sprechen daher sowohl Argumente für als auch gegen ein Anfechtungsrecht mit Blick auf solche Bluffs. Der Gesetzgeber könnte sich daher begründet sowohl für die eine als auch für die andere Option entscheiden. Hier wird im Ergebnis befürwortet, dass die etwas besseren Argumente dafürsprechen, Lügen über Alternativangebote im Rahmen von unternehmerischen Vertragsverhandlungen als „listig“ einzuordnen; d. h. der getäuschten Seite sollte insofern kein Anfechtungsrecht gewährt werden.

X. Marktlage

Bluffs über die Marktlage können sich z. B. auf die Situation in einer Branche beziehen. Die Kategorie ist jedoch eng verbunden mit Lügen über das BATNA und die Gesamtverfügbarkeit am Markt. Aus ökonomischer Sicht könnte ein Anfechtungsrecht daher im Ergebnis durchaus sinnvoll erscheinen. Die Siegener Studie untersucht diese Konstellation nicht, weshalb keine konkreten Aussagen zum empirisch ermittelten Moralverständnis, zum Rechtsgefühl bzw. zum Judiz getroffen werden können. Aus den rechtlichen Umfeldwertungen lässt sich ebenfalls kein eindeutiger Schluss ziehen. Zu bedenken ist, dass der deutsche Gesetzgeber dem Erklärenden nur in äußerst begrenztem Umfang Eigenverantwortung zuweist. Dies spielt insofern eine Rolle, da es sich bei Informationen über die Marktlage

⁹⁷⁷ Daraus kann noch nicht geschlossen werden, dass die Umfeldwertungen eher gegen eine Regelung sprechen. Denn das UWG kennt allgemeine Vorschriften, die nicht konkret auf eine Täuschungsvariante ausgerichtet sind. Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VI.

wohl zumindest in vielen Fällen um solche handeln wird, die sich beide Parteien – zumindest mit gewissem Aufwand⁹⁷⁸ – auch unabhängig voneinander besorgen können. Diesbezüglich könnte argumentiert werden, dass es in der Eigenverantwortung der Parteien liegt, entsprechende Informationen zumindest zu prüfen. Die bisherige praktische Negierung der Eigenverantwortung im Irrtumsrecht legt jedoch nahe, diese Argumentation nicht zu berücksichtigen. Im Ergebnis fällt die Einordnung solcher Bluffs daher schwer. Hier wird vertreten, dass zumindest keine gewichtigen Argumente dagegensprechen, entsprechende Lügen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu erfassen.

XI. Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung

Zu den Lügen über die Vertragsdurchführung und die Vertragserfüllung zählen z. B. Täuschungen über die Bereitschaft zu leisten (Eingehungsbetrug⁹⁷⁹) sowie falsche Angaben dazu, die Vertragsdurchführung persönlich zu überwachen. Für eine erfolgreiche Transaktion ist die Vertragsdurchführung daher ebenso zentral wie die Festlegung von Preis und Leistung, weshalb es auch nicht überrascht, dass eine Regulierung solcher Bluffs aus ökonomischer Sicht sinnvoll erscheint. Die Siegener Studie untersucht diese Konstellation allerdings nicht, weshalb keine konkreten Aussagen zum empirisch ermittelten Moralverständnis, zum Rechtsgefühl und zum Judiz getroffen werden können. Es kann an dieser Stelle daher nur vermutet werden, dass solche Bluffs wohl als durchaus problematisch eingestuft würden. Das Mängelgewährleistungsrecht bezieht sich zwar auf den Leistungsgegenstand. Aufgrund seiner Anwendbarkeit nach Gefahrübergang zeigt es allerdings auch durchaus auf, wie wichtig dem Gesetzgeber grundsätzlich eine ordnungsgemäße Vertragsdurchführung ist. Das spricht zumindest indirekt für eine Erfassung solcher Bluffs i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Aufgrund der hohen Bedeutung der Vertragsdurchführung für den Erfolg der Transaktion sollten Bluffs nach hier vertretener Ansicht daher im Ergebnis i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als widerrechtlich eingestuft werden.

XII. Verhandlungsprozess

Lügen über den Verhandlungsprozess umfassen Bluffs über unternehmensinterne Genehmigungssysteme, die Notwendigkeit des Abschlusses eines NDA (*non-disclosure agreement*) oder die Anzahl der Verhandlungsrunden. Mit Blick auf Täu-

⁹⁷⁸ Bezüglich bestimmter Informationen – z. B. über die Marktlage in anderen Ländern – mag die Überprüfung solcher Angaben einen etwas höheren Aufwand erfordern.

⁹⁷⁹ Zu § 263 StGB bereits ausführlich unter 4. Teil, H.VII. Zum Eingehungsbetrug siehe statt vieler Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 125 ff.; Kindhäuser/Hoven in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 316 ff.; Hefendehl in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 801 ff.

schungen über unternehmensinterne Genehmigungssysteme weist diese Kategorie gewisse Überschneidungen mit Täuschungen über die rechtliche Situation auf. Außerdem kann es zu Abgrenzungsschwierigkeiten mit Lügen über Vorgaben und Anweisungen kommen (z.B. in Bezug auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines NDA). Aufgrund der Spannweite dieser Kategorie kommt daher auch die ökonomische Analyse zu keinem eindeutigen Ergebnis, sondern hängt vielmehr von der konkreten Konstellation ab. Erkenntnisse der Siegener Studie zu entsprechenden Täuschungen liegen zudem nicht vor, sodass keine Aussage über zum Moralverständnis, zum Rechtsgefühl und zum Judiz getroffen werden kann. Ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen hilft ebenfalls nur begrenzt weiter. Es fällt daher im Ergebnis nicht leicht, zu entscheiden, ob solche Bluffs i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB als zulässig oder als unzulässig betrachtet werden sollten. Beide Regelungsoptionen erscheinen vertretbar. Hier wird im Ergebnis davon ausgegangen, dass solche Bluffs im unternehmerischen Bereich durchaus als noch zulässig eingestuft werden könnten.

XIII. Zwischenergebnisse/Vereinbarungen

In Verhandlungen kann es vorkommen, dass ein Verhandler seinen Verhandlungspartner über gemeinsam erzielte Zwischenergebnisse bzw. Vereinbarungen irreführt. Diese Konstellation wurde in der Siegener Studie ebenfalls nicht abgefragt, sodass keine Aussage über das Moralverständnis, das Rechtsgefühl und das Judiz getroffen werden kann. Ein Blick auf die Ergebnisse der ökonomischen Analyse zeigt jedoch, dass ein Anfechtungsrecht insofern durchaus sinnvoll sein könnte. Denn im schlimmsten Fall könnte diese Taktik wohl zu einer Einigung außerhalb des ZOPA führen. Andererseits ist dies wohl in der Tat nur im „schlimmsten“ Fall zu erwarten. „Kleinere“ Bluffs könnten hingegen erheblich weniger negative Konsequenzen hervorrufen. Generell scheint Klarheit über erzielte Zwischenergebnisse und vertraglich getroffene Vereinbarungen allerdings zentral für eine unbeeinflusste Willenserklärung und die Verwirklichung der Privatautonomie zu sein. Im Ergebnis wird hier daher vertreten, dass solche Bluffs ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB begründen sollten.

XIV. Zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses

In Bezug auf Lügen über zeitliche Aspekte wurden in diesem Werk vor allem Bluffs im Rahmen der Taktik *false deadline* diskutiert. Die Siegener Studie führt insofern zu dem Ergebnis, dass in Deutschland alle vier befragten Gruppen solche Bluffs (konkret über einen Rückflug) mehrheitlich als unproblematisch erachten. Entsprechend spricht das empirisch ermittelte Rechtsgefühl in allen Gruppen ebenfalls eindeutig (bezogen auf die Mehrheit) gegen ein Anfechtungsrecht. Zudem glauben die Teilnehmer der Studie nicht, dass das Recht in seiner jetzigen Form die ge-

täuschte Seite im Fall entsprechender Bluffs schützt (Judiz).⁹⁸⁰ Diesbezüglich bleibt allerdings anzumerken, dass die Siegener Studie einen relativ „harmlosen“ Bluff untersucht. Es sind durchaus gravierendere Bluffs über zeitliche Aspekte vorstellbar. Da das Ergebnis der Siegener Studie allerdings (sehr) eindeutig ausfällt, wird hier angenommen, dass auch ein „stärkerer“ Bluff über zeitliche Aspekte die Mehrheitsverhältnisse nicht ändern würde.

In Bezug auf die ökonomische Analyse fällt das Ergebnis zudem ähnlich eindeutig aus. Eine Regulierung solcher Bluffs erscheint ökonomisch nicht sinnvoll. Denn es sind von vornherein höchstens geringe negative Effekte zu erwarten und ein Anfechtungsrecht, wie § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorsieht, erscheint zudem nicht in der Lage zu sein, diese geringen negativen Konsequenzen wirksam abzumildern.

Ein Blick in die rechtlichen Umfeldwertungen zeigt, dass ein Verhandler, der sich über eine Deadline irrt und daher unter Zeitdruck nachgibt, beispielsweise nicht nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten könnte. Mit Blick auf § 263 StGB wird die Taktik *false deadline* zwar nicht explizit diskutiert, aber aus den Stellungnahmen in der Literatur zu anderen Aspekten lässt sich durchaus schließen, dass die Literatur wohl annehmen würde, dass solche Bluffs nicht von § 263 StGB erfasst sind. Das Lauterkeitsrecht befasst sich nicht explizit mit Lügen über falsche Angaben zu Rückflügen. Falsche Angaben zur zeitlichen Befristung von Sonderangeboten könnten allerdings von § 5 Abs. 1, S. 2 Nr. 2 UWG bzw. von § 3 Abs. 3 i. V. m. Anhang UWG Nr. 7 erfasst sein. Die Unlauterkeit liegt hier aber wohl eher am Bezug zur Preisgestaltung als an der Lüge über die zeitliche Komponente. Außerdem gilt auch insofern, dass die Wertungen des UWG generell nicht auf das Zivilrecht übertragen werden können. Dafür spricht, dass das Lauterkeitsrecht – jetzt auch ausweislich des § 9 Abs. 2 UWG – zivilrechtliche Konsequenzen lediglich zum Schutz der Verbraucher befürwortet.

Somit ergibt die Betrachtung nach hier vertretener Ansicht insgesamt, dass Irreführungen über zeitliche Aspekte nicht von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst werden sollten.

XV. Interessen und Präferenzen

In Verhandlungen wird viel über Interessen und Präferenzen getäuscht. An dieser Stelle geht es konkret um Interessen und Präferenzen einer Verhandlungsseite mit Blick auf die Vertragsverhandlung, insbesondere den Verhandlungsgegenstand.⁹⁸¹ Die im Rahmen der Siegener Studie befragten Richter sehen entsprechende Täuschungen zwar mehrheitlich als moralisch problematisch an, lehnen allerdings ein entsprechendes Anfechtungsrecht ab. Zum gleichen Ergebnis kommen die befrag-

⁹⁸⁰ Siehe zu den konkreten Ergebnissen der Siegener Studie näher unter 4. Teil, D.III.

⁹⁸¹ Es geht somit nicht um persönliche Präferenzen des Verhandlers bezogen auf Aspekte außerhalb des Verhandlungsgegenstands (z. B. in Bezug auf Hobbys und Reisen).

ten Studierenden. Eine Regulierung solcher Lügen erscheint zudem ökonomisch nicht sinnvoll, obwohl gewisse negative Effekte zu verzeichnen sind. Die rechtlichen Umfeldwertungen geben keinen eindeutigen Hinweis darauf, wie Lügen über Interessen und Präferenzen bewertet werden sollten. Wie bereits mehrfach ausgeführt, stehen die betrachteten Vorgaben der Einordnung solcher, relativ „harmloser“ Täuschungen allerdings auch nicht generell entgegen. Im Ergebnis wird hier daher vertreten, dass Bluffs über Interessen und Präferenzen trotz bestehender Gegenargumente im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in Bezug auf unternehmerische Verhandlungen als zulässig erachtet werden sollten.

XVI. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Unter Täuschungen über gesellschaftliche Rahmenbedingungen können die verschiedensten Aspekte gefasst werden, die außerhalb der Verhandlung liegen, d. h. sich auf externe Rahmenumstände beziehen. Es geht insofern beispielsweise um Bluffs über die Inflation in einem Land sowie (falsche) Aussagen über den Leitzins. Die Siegener Studie befasst sich nicht mit dieser Konstellation, sodass an dieser Stelle keine Aussage über das Moralverständnis, das Rechtsgefühl und das Judiz getroffen werden kann. Die ökonomische Analyse weist hingegen darauf hin, dass ein Anfechtungsrecht wie es § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorsieht, durchaus sinnhaft sein könnte. Aus den rechtlichen Umfeldwertungen lässt sich hingegen kein eindeutiger Schluss ziehen. Es könnte höchstens argumentiert werden, dass gerade solche Bluffs im Grunde keine Verbindung zum Vertragsgegenstand aufweisen und es daher auch nicht unbedingt geregelt werden müssten. Im Ergebnis fällt die Entscheidung an dieser Stelle schwer. Aufgrund der ökonomischen Sinnhaftigkeit einer entsprechenden Regel sollen aber solche Täuschungen hier als arglistig i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eingeordnet werden.

XVII. Ergebnis

Die wertungsmäßige Betrachtung spricht im Ergebnis eindeutig für eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im unternehmerischen Bereich in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Die folgende Tabelle fasst die insofern erzielten Ergebnisse noch einmal überblicksartig zusammen, bevor im Folgenden (siehe 5. Teil, A.) untersucht wird, ob sich die hier vorgeschlagene Grenzziehung im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bereits *de lege lata* erzielen lässt. Die Auflistung erfasst lediglich die in dieser Arbeit untersuchten Täuschungsgegenstände, d. h. sie ist nicht abschließend. Untersucht wurden vielmehr besonders praxisrelevante Bluffs.

Arglistige Täuschungen	Listige Täuschungen
Leistung	Emotionen
Preis i. e. S.	Preis i. w. S.
Rechtliche Situation	Interessen und Präferenzen
Gesamtverfügbarkeit am Markt	Verfügbarkeit bei einem Händler
Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung	Zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses
Zwischenergebnisse/Vereinbarungen	Vorgaben und Anweisungen
Gesellschaftliche Rahmenbedingungen	Alternativen und Alternativangebote
Marktlage	<i>Reservation price</i>
Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffende Umstände	Verhandlungsprozess

Abb. 57: Wertungsmäßig erarbeiteter „Täuschungsspielraum“

5. Teil

Konstruktive Lösung für Deutschland

A. Lösung *de lege lata*

I. Einführung

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB schützt die getäuschte Seite auch im unternehmerischen Bereich formal sehr weitreichend (siehe unter 2. Teil, B.I.16.). Die rechtshistorische Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass der deutsche BGB-Gesetzgeber die hier problematisierten Fälle der Täuschungen bei unternehmerischen Vertragsverhandlungen wohl nicht im Blick hatte, als er das bis dahin differenziertere deutsche Recht pauschalisierte (siehe unter 3. Teil, A.VII.). Die rechtsvergleichende Untersuchung (siehe unter 3. Teil, B.) hat zudem ergeben, dass Deutschland unter Zugrundelegung der formalen Gesetzesstruktur international durch die pauschale Erfassung praktisch aller Bluffs – überspitzt formuliert – eine „Außenseiterstellung“ einnimmt. Denn die anderen betrachteten Rechtsordnungen differenzieren – in ganz unterschiedlicher Weise – stärker zwischen sanktionierten und sanktionslosen¹ Bluffs als das deutsche Recht.² Schließlich hat die wertungsmäßige Betrachtung (im 4. Teil) gezeigt, dass zumindest für den in dieser Arbeit untersuchten B2B-Bereich³ eine stärkere Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, d. h. sanktionslosen und sanktionierten Lügen, wünschenswert erscheint. Neben den insofern bereits verwendeten Regelungselementen (siehe dazu 3. Teil, C.) sollte der deutsche Gesetzgeber nach hier vertretener Auffassung nach dem Gegenstand der Täuschung unterscheiden (siehe unter 3. Teil, D.IX.), da die wertungsmäßigen Ergebnisse durch den Gegenstand der Täuschung geprägt werden. Wie soeben unter 4. Teil, I. erarbeitet, sollten im unternehmerischen Rechtsverkehr beispielsweise Lügen über den Leistungsgegenstand, über den Preis i. e. S.⁴, über die rechtliche Situation und über die Gesamtverfügbarkeit am Markt

¹ Siehe zur in dieser Arbeit verwendeten Terminologie näher unter 1. Teil, B.

² Dies gilt vor allem für das US-amerikanische, das französische und das italienische Recht. In (sehr) begrenztem Umfang kann dies aber auch für die österreichische und die schweizerische Rechtsordnung festgestellt werden, obwohl diese Rechtsordnungen im Ergebnis Regelungen enthalten, die § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB stark ähneln.

³ Diese Arbeit untersucht B2C- und C2C-Konstellationen nicht. Zur Eingrenzung siehe näher unter 1. Teil, A.

⁴ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

als arglistig bewertet werden. Wird eine Seite über diese Aspekte getäuscht, so sollte sie also nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB den Vertrag anfechten können (sofern alle anderen Voraussetzungen vorliegen). Umgekehrt wurde herausgearbeitet, dass die berücksichtigten Wertungen im B2B-Bereich dafürsprechen, bestimmte Irreführungen, z. B. über den Preis i. w. S., über Emotionen, über Alternativen und Alternativangebote sowie über Interessen und Präferenzen, nicht zu sanktionieren. Sie sollten demnach als „listige“ Bluffs eingeordnet werden und die getäuschte Seite nicht zur Anfechtung berechtigen. Im Folgenden wird erörtert, ob bzw. inwieweit sich die soeben vorgeschlagene Abgrenzung (siehe 4. Teil, I.) zwischen sanktionierten und sanktionslosen Lügen für den unternehmerischen Rechtsverkehr mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bereits *de lege lata* erzielen lässt oder ob lediglich eine Lösung *de lege ferenda* in Betracht kommt.

Bezüglich der Lösung *de lege lata* wird an dieser Stelle zunächst überlegt, ob bestimmte Bluffs von vornherein dem verrechtlichten Bereich entzogen werden können (siehe 5. Teil, A.II.). Im Anschluss an die Überprüfung des Verrechtlichungsgrades folgt eine Überprüfung der Differenzierungsmöglichkeiten durch Auslegung des Gesetzesrechts und durch Gewohnheitsrecht. Es werden somit zunächst Lösungsoptionen innerhalb des aktuell ohne Rechtsfortbildung geltenden Rechts untersucht. Denn anders als eine Rechtsfortbildung erlangt Gewohnheitsrecht auf Gesetzesebene Gesetzeskraft und ist damit Teil der bindenden Gesetze, weshalb dieser Lösungsansatz hier vorrangig geprüft wird.

Nicht vertieft wird allerdings die Diskussion um die Erfassung innerer Tatsachen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, wie Bluffs über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Meinungen. Denn § 263 StGB lässt darauf schließen, dass eine Anfechtung auch wegen innerer Tatsachen erfolgen können sollte, weshalb insofern kein Spielraum bei § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bestehen dürfte. Zudem ist zu bedenken, dass selbst die Ablehnung eines Anfechtungsrechts mit Blick auf Lügen über innere Tatsachen nicht dazu führen würde, die wertungsmäßig wünschenswerte Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erreichen.⁵ Innerhalb des geltenden Rechts wird daher in einem ersten Schritt unter 5. Teil, A.III.1. erörtert, ob die bestehenden Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast zu einer zufriedenstellenden Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen beitragen können. Danach wird geprüft, ob (konkretisierendes oder derogierendes) Gewohnheitsrecht in Bezug auf die in dieser Arbeit im Fokus stehenden einzelnen Täuschungsgegenstände festgestellt werden kann (siehe unter 5. Teil, A.III.2.). Es wird insofern überlegt, ob bereits gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, dass bestimmte Täuschungen, wie Bluffs über den *reservation price* oder die Verfügbarkeit bei einem Händler, als rechtmäßig zu bewerten

⁵ Damit soll jedoch nicht ausgesagt werden, dass sich eine stärkere Diskussion, um die genaue Abgrenzung zwischen Meinungen und Tatsachen nicht doch in einem anderen Zusammenhang lohnen könnte.

sind. Daran schließt sich die Prüfung an, ob eine allgemeine Rechtswidrigkeitsvoraussetzung i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB gewohnheitsrechtlich begründet werden kann (siehe unter 5. Teil, A.III.3.). Darüber hinaus wird diskutiert, ob die in der Literatur und Rechtsprechung bereits anerkannten Ausnahmen mit Blick auf Bluffs als Reaktion auf unzulässige Fragen auf einer gewohnheitsrechtlichen Regel basieren (siehe unter 5. Teil, A.III.4.b)). Sollten sich – was naheliegt – die wünschenswerten Ausnahmen für bestimmte Täuschungsgegenstände von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nicht generell gewohnheitsrechtlich begründen lassen und auch eine umfassende Rechtswidrigkeitsabwägung nicht gewohnheitsrechtlich legitim erscheinen, so verbliebe die Möglichkeit, eine rechtsfortbildende Lösung zu finden. Unter den rechtsfortbildenden Lösungsoptionen kommt insbesondere eine Analogie, vor allem in Form der Rechtsanalogie zu den bereits anerkannten Ausnahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (siehe unter 5. Teil, A.IV.3.), eine teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB (siehe unter 5. Teil, A.IV.4.) und ggf. auch eine Rechtsfortbildung *extra legem* (siehe unter 5. Teil, A.IV.5.) in Betracht.

II. Nicht verrechtlichter Bereich?

Es ließe sich zunächst überlegen, ob es einzelne Verhandlungstaktiken gibt, die bereits dem verrechtlichten Bereich entzogen werden sollten. Entsprechende Lügen wären dann nicht vom Anwendungsbereich § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst. Die Besonderheit bestünde bei diesem Lösungsansatz darin, dass solche Bluffs dann nicht allein vom Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ausgenommen, sondern insgesamt dem verrechtlichten Bereich entzogen wären. Auch ein Schadensersatzanspruch aus *culpa in contrahendo* könnte dann beispielsweise nicht geltend gemacht werden. Die Idee dahinter ist, dass es möglicherweise Bluffs geben könnte, die in einen Bereich fallen, für den generell keine staatliche Intervention zu befürworten ist.

Im Ergebnis muss auf die Diskussion um den sog. „rechtsfreien Raum“⁶ an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen werden. Denn zu bedenken ist, dass der Bereich der Vertragsverhandlungen heutzutage sehr stark verrechtlicht ist. Es sprechen keine konkreten Gründe dafür, Bluffs in Verhandlungen dem Regulierungsbereich des Rechts zu entziehen. Die Herausnahme bestimmter Bluffs aus dem verrechtlichten Bereich könnte zudem grundsätzlich wohl am ehesten mit Blick auf die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre⁷ der Verhandler und

⁶ Ausführlich zum „rechtsfreien Raum“ z. B. *Engisch*, ZgS 108 (1952), 385, 385 ff. Dazu, dass es einen „rechtsfreien Raum“ gibt auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 413 ff., insb. S. 426 (im Rahmen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung). Siehe auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 213 (beschreibt die Bezeichnung als „schillernde[s] Konzept“ und bezieht sich insofern auf bloße gesellschaftliche Konventionen und Glaubensfragen). Die Diskussion um den Rechtspositivismus soll an dieser Stelle nicht geführt werden.

⁷ Zum verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre siehe nur beispielhaft *Kämmerer* in: v.

deren persönliche Freiheit gerechtfertigt werden.⁸ Die genannten potenziellen Argumente spielen allerdings für unternehmerische Vertragsverhandlungen keine nennenswerte Rolle. Denn bei unternehmerischen Verhandlungen geht es weder um einen Aspekt der engeren Lebensführung noch um eine räumliche Rückzugsmöglichkeit oder den psychischen Innenbereich einer Person.⁹ Somit ist dieser Ansatz jedenfalls für B2B-Verhandlungen ungeeignet.

Es verbleibt aber, zu überlegen, ob zumindest bestimmte Grundgedanken angeführt werden können, die als Argument für eine gewisse Zurückhaltung mit Blick auf staatliche Intervention herangezogen werden könnten. Die Verrechtlichung ist insbesondere in den letzten 150 Jahren sehr weit vorangeschritten und könnte in Einzelfällen überschießend erfolgt sein. Daher erscheint die Befürwortung einer partiellen Rücknahme der Verrechtlichung rechtspolitisch nicht unvorstellbar. Insbesondere in Bereichen, in denen sich das Recht nicht effizient durchsetzen lässt und die Nichtanwendung des Rechts zu keinen spürbaren Ungerechtigkeiten führt, z. B. wegen eines selbstregulierenden Sozialverhaltens, wäre eine Einschränkung des verrechtlichten Bereichs rechtspolitisch durchaus überlegenswert.¹⁰ Konkret folgt bspw. aus dem Gedanken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch der Schutz der Privatautonomie¹¹ und damit die hohe Bedeutung der Selbstbestimmung und von freien Willenserklärungen. Daraus könnte eine gewisse Zurückhaltung bezüglich einschränkender Vorschriften für den B2B-Bereich hergeleitet werden.¹²

Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 58 f.; *Lang* in: BeckOK GG, Stand: 15.08.2023, Art. 2 Rn. 91 ff.; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 39; BVerfGE 101, 361, 380 ff. (dazu, dass die Privatsphäre nicht auf den häuslichen Bereich beschränkt ist, wobei es im konkreten Fall allerdings um eine Bildberichterstattung ging).

⁸ Vgl. z. B. *Engisch*, ZgS 108 (1952), 385, 385 ff., der als Argument auch „das Innere des Menschen“ (S. 387) sowie den „Drang nach Freiheit (S. 389) diskutiert. Vgl. *L. Alexander/Sherwin*, Law & Phil 22 (2003), 393, 435 in Bezug auf Täuschungen (allerdings nicht mit Blick auf das deutsche Recht).

⁹ Zu den erfassten Aspekten des Schutzes der Privatsphäre siehe etwa *Lang* in: BeckOK GG, Stand: 15.08.2023, Art. 2 Rn. 94.; *Kunig/Kämmerer* in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 58 ff.; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 51.

¹⁰ Mangelnde Durchsetzbarkeit als Argument für den rechtsleeren Raum diskutierend *Engisch*, ZgS 108 (1952), 385, 391.

¹¹ Vgl. insofern BVerfGE 72, 155, 170; siehe auch *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 51; *Kube* in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 56.

¹² Sich für Zurückhaltung staatlicher Intervention mit Blick auf die Privatautonomie aussprechend *Starck* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 145. Vgl. auch *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 f. Mit Blick auf § 123 Abs. 2 BGB führt *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 328 aus: „Wenn dem Einzelnen mit dem Institut der Willenserklärung ein möglichst großer Bereich der Privatautonomie eröffnet werden soll, dann bedeutet dies, daß er prinzipiell jedes Risiko eingehen können sollte. Soweit er sich durch entsprechende Vorbehalte selbst schützen kann, sollte die Rechtsordnung ihn durch die Gewährung zwingender Anfechtungsrechte nur vorsichtig von seiner Eigenverantwortung entlasten, weil eine solche Entlastung zugleich eine Bevormundung und damit eine Einschränkung seiner Freiheit bedeutet.“

Für eine Lösung *de lege lata* könnten diese Überlegungen allerdings höchstens dann eine Rolle spielen, sofern § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einen Auslegungsspielraum hinsichtlich der Erfassung bestimmter Handlungen (d. h. Täuschungen) ließe. Einen potenziellen Spielraum enthält zumindest die gesetzliche Schutzpflichtengrundlage in § 241 Abs. 2 BGB durch die Formulierung „kann“. Sie könnte daher für eine einschränkende Anwendung bei der c.i.c. genutzt werden. Der Gesetzeswortlaut des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist dafür hingegen weitaus schlechter geeignet. Nur das Tatbestandsmerkmal der Täuschung weist durch das in ihr enthaltene Element der „Tatsache“¹³ einen gewissen Interpretationsspielraum auf. Es ist insofern zumindest denkbar, die nicht erfassten Meinungen großzügig auszulegen bzw. gewisse Werbeanpreisungen als erkennbar nicht als Tatsachenaussagen gewollt zu verstehen (vgl. näher 2. Teil, B.I.2.b)aa) und bb)). Abgesehen davon, dass dieser Ansatz bei der Tatsachenkonkretisierung schnell zu einer nicht funktionalen Abgrenzung führen kann, würde diese Lösungsmöglichkeit bei den hier diskutierten unternehmerischen Verhandlungstäuschungen in aller Regel jedoch ohnehin nicht helfen, die gewünschte Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erzielen. Denn am Tatsachencharakter lässt sich bzgl. der hier im Vordergrund stehenden Bluffs schlecht zweifeln (vgl. zur Konkretisierung unter 2. Teil, B.IV.1.).

Im Ergebnis kann eine Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, d. h. zwischen sanktionierten und sanktionslosen Irreführungen, somit nicht über eine Ausnahme bestimmter Bluffs aus dem verrechtlichten Bereich erfolgen. Eine umfassende Einschränkung des verrechtlichten Bereichs mit Blick auf Lügen steht nur dem Gesetzgeber zu. Die tatbestandlich bestehenden Spielräume, insbesondere über die Interpretation des Tatsachenbegriffs, sind zu klein, als dass mit ihrer Hilfe die problematischen Täuschungen dem verrechtlichten Bereich entzogen werden könnten. Dieses Ergebnis ist auch aus rechtsvergleichender Sicht stimmig. Denn keine der betrachteten Rechtsordnungen (siehe näher unter 3. Teil, B. zur Rechtsvergleichung) nimmt Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands generell aus dem verrechtlichten Bereich heraus.

III. Auslegung des Gesetzesrechts und Gewohnheitsrecht

1. Darlegungs- und Beweislast als Teil des geltenden Rechts

Wie bereits unter 2. Teil, B.I.11.b) erläutert, stellt die Darlegungs- und Beweislast für den Getäuschten die wohl größte Herausforderung bei der Durchsetzung der Anfechtung dar. Denn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB werden bei üblichen Bluffs in Vertragsverhandlungen aus objektiver Sicht zwar in vielen Fällen vorliegen (siehe unter 2. Teil, B.IV.). Doch das bedeutet nicht, dass es dem Getäuschten auch tatsächlich möglich ist, einen angemessenen Nach-

¹³ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.I.2.b).

weis zu führen und die Anfechtung damit (notfalls) gerichtlich durchzusetzen. Zunächst muss die getäuschte Seite den Bluff überhaupt erkennen und aufdecken können (siehe dazu unter 2. Teil, A.VII.2.). Zu bedenken ist darüber hinaus, dass in Vertragsverhandlungen vielfach durch mündliche Aussagen getäuscht wird, was die Beweisführung generell erschwert. In der Praxis kann bereits aus diesem Grund oftmals nicht erfolgreich angefochten werden. Die Details der Darlegungs- und Beweislast wurden oben unter 2. Teil, B.I.11. erörtert und sollen an dieser Stelle nicht noch einmal ausgeführt werden. Zur hier vorgeschlagenen Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen, d. h. sanktionierten und sanktionslosen Bluffs, könnte die Darlegungs- und Beweislast auf zwei unterschiedliche Weisen beitragen. Zum einen ließe sich eine Unterscheidung je nach den gesetzten Ansprüchen an die Darlegungs- und Beweislast erzielen. Zum anderen könnte darüberhinausgehend überlegt werden, ob für verschiedene Täuschungsgegenstände unterschiedliche Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast gestellt werden könnten.

Zu den generellen Ansprüchen an die Darlegungs- und Beweislast lässt sich im Ergebnis festhalten, dass die getäuschte Seite bei Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (Preis i. e. S.¹⁴ und Leistung) umso seltener anfechten können wird, je höher die Anforderungen sind, die an die Darlegungs- und Beweislast gestellt werden. In der Literatur wird die Darlegungs- und Beweislast allerdings bislang nicht mit Blick auf die Eröffnung eines sog. „Täuschungsspielraums“ i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB diskutiert. Dennoch soll diese Idee hier aufgegriffen werden. Denn der Autorin ist in vielen geführten Einzelgesprächen mit Richtern, Professoren und Anwälten aufgefallen, dass häufig angedacht wird, die Darlegungs- und Beweislast, insbesondere im Hinblick auf die Kausalität, zu instrumentalisieren, um die Problematik der Abgrenzung von „listigen“ und arglistigen Täuschungen i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu „entschärfen“. Das dies nicht fernliegend ist, zeigt ein Blick auf die rechtlichen Umfeldwertungen. So wird die Darlegungs- und Beweislast beispielsweise auch mit Blick auf die widerrechtliche Drohung, die *culpa in contrahendo* und § 263 StGB (Betrug) diskutiert.¹⁵ Die Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast erscheint auf den ersten Blick i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB insofern erfolgversprechend, als dadurch zumindest Lügen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Meinungen (d. h. innere Tatsachen) weitgehend vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden könnten. Denn diesbezüglich fällt der Nachweis grundsätzlich (äußerst) schwer. Aber auch in Bezug auf Bluffs über Tatsachen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb vom Preis i. e. S. und der Leistung) der getäuschten Seite bereitet vor allem der Nachweis

¹⁴ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

¹⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.II.1. (Drohungen), H.IV. (*culpa in contrahendo*) und H.VII (Betrug).

des Vorsatzes und der Kausalität regelmäßig Schwierigkeiten.¹⁶ Einer der Dreh- und Angelpunkte der Diskussion über den Kausalzusammenhang ist, ob im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ein Anscheinsbeweis genügen kann.¹⁷ Wie gezeigt, besteht mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast im Ergebnis ein nicht unerheblicher richterlicher Anwendungsspielraum, der es theoretisch erlauben würde, selbst bei Vorliegen bestimmter Lügen in Vertragsverhandlungen das Anfechtungsrecht aufgrund von Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten abzulehnen. Die Darlegungs- und Beweislast ließe sich somit in der Tat zu einem gewissen Grad instrumentalisieren, um eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erreichen.

Es sprechen jedoch gleich mehrere Gründe gegen eine entsprechende Lösung *de lege lata*. Zunächst einmal würde sie zu Rechtsunsicherheiten führen, da für Verhandler weiterhin Unklarheiten darüber bestünden, welche Bluffs in der Praxis nicht zu einer erfolgreichen Anfechtung führen würden. Denn die Grenzziehung würde nicht nach inhaltlichen, sondern lediglich anhand prozessualer Gesichtspunkte erfolgen. Vor allem aber wäre die Lösung nicht funktionsgerecht. Denn sie würde nicht zu einer Differenzierung zwischen verschiedenen Irreführungen nach dem Gegenstand der Lüge – und damit nicht entsprechend den erörterten Wertungen¹⁸ – führen, sondern vielmehr flächendeckend die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erschweren. Gerade „kleinere“ Lügen über den Vertragsgegenstand (Preis i. e. S.¹⁹ und Leistung) und die Rechtslage könnten die getäuschte Seite dann teilweise ebenfalls nicht zur Anfechtung berechtigen.²⁰ Das entspricht allerdings nicht der hier erarbeiteten Wertung (siehe unter 4. Teil, I.) und würde auch im Widerspruch zur materiellen Rechtslage der Umfeldwertungen²¹ stehen. Anders ausgedrückt würde diese Lösungsoption somit nicht im Einklang mit dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung stehen (siehe unter 4. Teil, H.). Höhere Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast wären daher als überschießend zu bewerten. Im Einzelfall könnte es umgekehrt jedoch weiterhin möglich sein, selbst bei harmlosen Bluffs die hohen Anforderungen an die Beweisführung zu erfüllen. Dies gälte dann allerdings nicht nur für Täuschungen über den Vertrags-

¹⁶ Siehe zum Nachweis der Kausalität unter 2. Teil, B.I.11.b)bb). Eine Herausforderung stellt insofern vor allem der Nachweis, dass der Irrtum auch die Willenserklärung beeinflusst hat, dar. Vgl. *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), *Handbuch der Beweislast*, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 8ff.; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89 und *Greger*, *VersR* 1980, 1091, 1095. Siehe zur Beweisführung mit Blick auf den Vorsatz näher unter 2. Teil, B.I.11.b)cc).

¹⁷ Siehe dazu ausführlich unter 2. Teil, B.I.11.b)bb).

¹⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter 4. Teil, I.

¹⁹ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

²⁰ Siehe z. B. das bereits unter 2. Teil, B.I.11.b)bb) erläuterte Urteil: AG Frankfurt a. M. WuM 2007, 315, 315.

²¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.

gegenstand, sondern auch für solche außerhalb des Vertragsgegenstands. So könnte es der getäuschten Seite beispielsweise mit Blick auf Bluffs im Rahmen der Better-offer-Taktik²² oder der Taktik der kleinen Menge²³ unter Umständen gelingen, den Beweis zu führen. Schreibt z. B. ein Mitarbeiter eine E-Mail an seinen Vorgesetzten, dass er wegen der knappen Lagerbestände beim Lieferanten sofort (und ohne Ermittlung von Alternativangeboten) die Bestellung aufgeben wird und hat der Lieferant in Wahrheit ein mit dem gewünschten Produkt gefülltes Lager (Taktik der kleinen Menge), so lässt sich im konkreten Einzelfall die Kausalität unproblematisch darlegen und beweisen. Ähnliche Situationen sind bei der Better-offer-Taktik denkbar.²⁴ Insofern wäre die Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast daher umgekehrt „unterschießend“. Die Lösung über die allgemeinen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast wäre somit zugleich sowohl überschießend als auch „unterschießend“. Diese unerwünschte Folge entsteht dadurch, dass die Darlegungs- und Beweislast keine funktionale Lösung bieten kann.

Im Ergebnis könnte das Problem, dass die Rechtslage und das gemäß der wertungsmäßigen Betrachtung wünschenswerte Ergebnisse auseinanderfallen, somit durch hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast lediglich reduziert, aber nicht vollständig gelöst werden. Es wäre zudem zu befürchten, dass sich dieser Lösungsansatz vollumfänglich auf B2C-Verträge auswirken würde.²⁵ Die hier vorgeschlagene Lösung wurde allerdings ausschließlich mit Blick auf den B2B-Bereich entwickelt. Außerdem blieben harmlose Lügen – wie Bluffs über persönliche Präferenzen, Deadlines und den *reservation price* – rechtlich „stigmatisiert“. Denn sie würden aus materieller Sicht weiterhin von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst. Nur rechtliche Konsequenzen müsste die täuschende Seite regelmäßig aufgrund eines Mangels an Beweisen bzw. den Anforderungen an die Beweisführung nicht fürchten.

Alternativ ist zu überlegen, ob unterschiedliche Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast je nach Täuschungsgegenstand, zu einer zufriedenstellenden Lösung führen können. Immerhin könnte eine entsprechende Handhabung die im 4. Teil wertungsmäßig erarbeitete Lösung theoretisch besser abbilden. Denn zumindest bezogen auf die Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand wäre dies ein funktionaler Ansatz. Die Rechtsunsicherheit würde jedoch bestehen bleiben, ebenso wie die „Stigmatisierung“ bestimmter Bluffs. Die Auswirkungen auf B2C-Verhältnisse könnten so ebenfalls nicht verhindert werden. Schließlich ist es generell nicht Aufgabe des Darlegungs- und Beweisrechts, Differenzen in der

²² Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.3.

²³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VI.2.

²⁴ Ein Mitarbeiter teilt seinem Vorgesetzten per E-Mail mit, dass ein wichtiger Kunde ein 5 % günstigeres Konkurrenzangebot vorliegen hat (was in Wahrheit nicht stimmt) und bittet daher um Erlaubnis, selbst einen Rabatt von 7 % geben zu dürfen, um den Kunden zu halten.

²⁵ Diese Arbeit fokussiert sich auf B2B-Verhandlungen.

rechtlichen Bewertung abzubilden,²⁶ weshalb auch diese Lösung nicht funktionsgerecht wäre. Es bedarf daher keiner näheren Erörterung dieser Lösungsoption. Anmerken lässt sich aber generell, dass die Darlegungs- und Beweislast innerhalb einer Vorschrift grundsätzlich einheitlich bestimmt wird.²⁷ Eine Abweichung wäre ein Systembruch, der das Recht unnötig weiter verkomplizieren würde und mit der Gefahr verbunden wäre, dass solche Differenzierungen auch noch in anderen Fällen postuliert würden. Wegen der Abkehr vom Status quo wäre dies darüber hinaus keine Anwendung des geltenden Beweisrechts, sondern eine Rechtsfortbildung.²⁸ Eine Differenzierung nach der Zugänglichkeit zu Beweismitteln wäre zwar theoretisch systemkonform,²⁹ würde jedoch gerade nicht zu einer Einschränkung des Anfechtungsrechts führen und die wertungsmäßig gewünschten Ergebnisse somit nicht erzielen.

So verlockend die Heranziehung von Differenzierungen in der Darlegungs- und Beweislast – insbesondere hinsichtlich der Kausalität und des Vorsatzes – vielen Juristen erscheinen mag, ist diese Lösung somit im Ergebnis abzulehnen.

2. Gewohnheitsrecht in Bezug auf Täuschungsgegenstände

Zu untersuchen bleibt, ob eine Differenzierung zwischen arglistigen und „listigen“ Täuschungen³⁰ mit Hilfe des Gewohnheitsrechts³¹ erreicht werden kann. Auf-

²⁶ Vgl. dazu und zum Risiko der Unaufklärbarkeit von Tatsachen z.B. *Prütting* in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 284 Rn. 97 ff.; Beweislastregeln sollen nicht modifiziert werden, um Billigkeitsabwägungen im Einzelfall möglich zu machen, vgl. dazu u. a. BGH NJW-RR 1997, 892, 892; OLG Hamm NJW-RR 2013, 1374, 1375; *Bacher* in: BeckOK ZPO, Stand: 01.09.2023, § 284 Rn. 80; *Prütting* in: MüKo ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 126.

²⁷ Die Partei trägt insofern die Beweislast für alle Voraussetzungen der für sie günstigen Norm. Vgl. dazu z.B. BGH NJW 1970, 946, 947; *Stein*, JuS 2016, 896, 897; *Muthorst*, JuS 2014, 686, 686.

²⁸ Dazu, dass Rechtsfortbildungen auch mit Blick auf Beweislastregeln grundsätzlich möglich sind, aber sich für eine starke Zurückhaltung aussprechend *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3741 f. Der Autor weist auch darauf hin, dass insbesondere die Beweislastumkehr eine Rechtsfortbildung darstellt.

²⁹ Dies wird vor allem mit Blick auf Aufklärungshindernisse diskutiert BGH NJW 1969, 269, 274 f. (Produzentenhaftung); dem zustimmend z.B. *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3742; siehe auch BGH NJW 1967, 1508, 1508 f. (in Bezug auf grobe Behandlungsfehler eines Arztes); eine Übersicht über die Fälle gebend, in denen die Rechtsprechung eine Beweislastumkehr wegen Aufklärungshindernissen angenommen hat *Prütting* in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, § 286 Rn. 126 ff. Speziell zur Problematik der Beweisführung mit Blick auf innere Tatsachen BGH NJW 2011, 1279, 1281 („Dass eine Partei eine innere Tatsache zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht ohne Weiteres zu Beweiserleichterungen“).

³⁰ Zur in dieser Arbeit verwendeten Terminologie siehe näher unter 1. Teil, B.

³¹ Auf die grundsätzliche Kritik am Gewohnheitsrecht und dessen Feststellung soll hier nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu z.B. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 26 ff., insb. Rn. 26 („Nach der hier vertretenen Ansicht kann auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsfigur verzichtet werden.“); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356; aus unionsrechtlicher Perspektive auch *Köndgen/Mörsdorf* in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Rechtsmethodik, 4. Aufl. 2021, S. 131, 174 f. (Rn. 84) („Die Bildung von Gewohnheitsrecht

grund der gesetzesgleichen Wirkung des Gewohnheitsrechts könnte dadurch ggf. eine sichere Rechtsgrundlage für eine differenzierte Lösung gefunden werden, weshalb diese Option hier vor einer möglichen Rechtsfortbildung geprüft wird.

An dieser Stelle geht es zunächst allein darum, zu untersuchen, ob einzelne Täuschungsgegenstände (zur Auflistung näher unter 3. Teil, D.IX.4.) aufgrund von Gewohnheitsrecht nicht zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechnen. Zentral ist im Rahmen dieser Diskussion vor allem die Tatsache, dass praktisch keine Rechtsprechung vorliegt, die eindeutig feststellt, ob auch bzgl. Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands, der Person und der Rechtslage angefochten werden kann.³² Die Diskussion um das allgemeine Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit und die Frage, ob es sich dabei um Gewohnheitsrecht handelt, wird hingegen erst im Anschluss unter 5. Teil, A.III.3. geführt.

a) Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht

Da im Folgenden intensiv diskutiert wird, ob und, wenn ja, inwiefern eine Lösung über die Feststellung von (konkretisierendem bzw. derogierendem) Gewohnheitsrecht erzielt werden kann, sollen an dieser Stelle zunächst die Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht erörtert werden, um darauf später zurückgreifen zu können. Als Voraussetzung für Gewohnheitsrecht ist grundsätzlich die langjährige Praktizierung des Verhaltens als rechtmäßig durch die Rechtsunterworfenen sowie die Billigung des Verhaltens durch die Rechtsordnung anerkannt.³³ Es reicht damit nicht aus, dass ein bestimmtes Verhalten eine bestimmte Zeit lang praktiziert wird, sondern die Beteiligten müssen dies auch in der Überzeugung tun, dass dies rechtlich legitimiert ist (*opinio iuris sive necessitatis*).³⁴ Daneben bedarf es zudem der

ist schon im nationalen Kontext pluralistischer Gesellschaften fragwürdig geworden, umso mehr unter dem Dach eines supranationalen Verbundes“). Dazu, ob eine entsprechende Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen mit Blick auf das österreichische Recht durch Gewohnheitsrecht gerechtfertigt werden könnte, bereits S. Jung, ÖJZ 2021, 117, 125.

³² Zur vorliegenden Rechtsprechung bereits ausführlich unter 2. Teil, B.II.2.

³³ BVerfG NJW 2009, 1469, 1473; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 176 f.; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 215 ff.; Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98 ff.

³⁴ BVerfG NJW 2009, 1469, 1473; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 215; Merten in: Staudinger BGB – EGBGB, 2018, Art. 2 Rn. 93. Vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356 f., 433 (zum zeitlichen Aspekt: „Doch genügt hierfür keineswegs schon eine erhebliche Länge der Zeit, über die hin sie sich als konstant erweist; der Zeitfaktor darf nicht einmal als entscheidend angesehen werden.“); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356 („hinzutreten muß, daß solches Verhalten Ausdruck einer es begleitenden Rechtsüberzeugung ist“); Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98 ff.; Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 24. Vgl. auch Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 12; K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 555 (beide Voraussetzungen nennend).

Anerkennung der Praxis durch die juristischen Fachkreise.³⁵ Denn ist ein Verhalten zwar bei den Betroffenen als rechtmäßig anerkannt, in den juristischen Fachkreisen jedoch nicht, so handelt es sich lediglich um eine Usance,³⁶ die wohl regelmäßig auf einem abweichenden Rechtsgefühl (dazu unter 4. Teil, C.) aufbaut, nicht aber um Gewohnheitsrecht. Die Überzeugung der Legitimität des praktizierten Verhaltens durch die Rechtsunterworfenen und die juristischen Fachkreise wird als subjektives Element bezeichnet.³⁷ Die langjährige Übung (*longa consuetudo*) stellt das objektive Element dar, welches für die Anerkennung einer gewohnheitsrechtlichen Regel verlangt wird.³⁸ Eine konkrete Dauer als Voraussetzung für Gewohnheitsrecht hat sich bisher allerdings wohl nicht herausgebildet. Es wird aber angenommen, dass spätestens nach 30 Jahren (ggf. auch schon nach 20 Jahren) Übung des konkreten Verhaltens von Gewohnheitsrecht gesprochen werden kann, sofern alle anderen Voraussetzungen vorliegen.³⁹ Es muss sich allerdings um eine „ständige, gleichmäßige und allgemeine“⁴⁰ Übung handeln. Es wird daher vertreten, dass Voraussetzung für eine gewohnheitsrechtliche Regel außerdem ist, dass es sich um ein häufig auftretendes Verhalten und nicht lediglich um ein Randphänomen handelt.⁴¹ Denn ansonsten kann keine allgemeine Übung bejaht werden. Zudem können nur Regeln, die sich rechtsatzmäßig formulieren lassen, Gewohnheitsrecht werden.⁴² Allgemeine Rechtsgedanken, die aufgrund ihrer Abstraktheit nicht

³⁵ Vgl. BVerfG NJW 2009, 1469, 1473 (indirekt); BVerfGE 15, 226, 232 f.; sowie *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98.

³⁶ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 100.

³⁷ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98 m. w. N. Vgl. auch *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. 1948, S. 60 f., der insoweit von einem „inneren Moment“ spricht. Zum subjektiven Element auch ausführlich *Frühauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 181 ff., der eine Geltungsüberzeugung ablehnt.

³⁸ Zur langjährigen Übung z. B. BVerfG NJW 2009, 1469, 1473; *Säcker* in: MüKo BGB, Bd. 12, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 2 Rn. 2; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 100; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 24; vgl. auch *Merten* in: Staudinger BGB – EGBGB, 2018, Art. 2 Rn. 93; *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 131. Die Begründungsansätze für die ständige Übung diskutierend *Frühauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 194 ff.

³⁹ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 100; *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 44 (20–30 Jahre). Hingegen einen erheblich längeren Zeitraum fordernd *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 131 f. (etwa 80 Jahre).

⁴⁰ BVerfG NJW 2009, 1469, 1473.

⁴¹ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98; vgl. auch *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 556, die darauf hinweisen, dass Gerichte sich vor allem dann genötigt sehen werden, Gewohnheitsrecht zu bestätigen, wenn „Privatleute massenhaft und im Vertrauen auf die Gültigkeit“ bestimmte Abmachungen treffen.

⁴² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 177; *Frühauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 32; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98; *Merten* in: Staudinger – EGBGB, 2018, Art. 2 Rn. 93; zur Notwendigkeit der sprachlichen Formulierung auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 357; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 12.

subsumtionsfähig sind, stellen hingegen kein Gewohnheitsrecht im engeren Sinn dar.⁴³

Gewohnheitsrecht gibt es aufgrund des hohen Grades der Verrechtlichung heutzutage fast ausschließlich in der Form von derogierendem Gewohnheitsrecht.⁴⁴ Es ist aber auch (lückenfüllendes) konkretisierendes Gewohnheitsrecht denkbar. Konkretisierendes Gewohnheitsrecht kommt mit Blick auf die hier untersuchte Problematik allerdings nicht in Betracht, da das Gesetz seinem Wortlaut nach umfassend ist. Erforderlich wäre daher an dieser Stelle die Feststellung von derogierendem Gewohnheitsrecht, d. h. einer gewohnheitsrechtlichen Regel, die das bestehende Recht abändert.⁴⁵ Die Prüfung einer gewohnheitsrechtlichen Ausnahme zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB setzt somit voraus, dass die zu prüfenden Irreführungen grundsätzlich von der Vorschrift erfasst sind. Davon wird hier zunächst ausgegangen. Zwar besteht auch die Option, über das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit die hier diskutierten Konstellationen aus dem Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auszunehmen (dazu unter 5. Teil, A. III.3.). Dies erfordert allerdings eine Erörterung auf der Rechtswidrigkeitsebene. Eine gewohnheitsrechtliche Herausnahme wird hier jedoch vorrangig geprüft.

Gewohnheitsrecht wird heutzutage vor allem durch Richterrecht erzeugt, welches von den Rechtsunterworfenen über einen langen Zeitraum als geltendes Recht anerkannt wird.⁴⁶ Gewohnheitsrecht, welches aus der primären Übung der Rechtsunterworfenen ohne höchstrichterliche Rechtsprechung entsteht, spielt hingegen praktisch keine Rolle mehr.⁴⁷ Genau um Letzteres ginge es jedoch mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und die hier aus wertungsmäßiger Sicht vorgeschlagenen Ausnahmen. Denn wie bereits unter 2. Teil, B.II.2.d) gezeigt, liegen zu den meisten Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands keine gerichtlichen Entscheidungen vor. Der bloßen Nichtbeschäftigung der Gerichte mit einer Rechtsfrage mangels Anrufung lässt sich jedoch keine Aussage zu diesem Aspekt entnehmen. Das Fehlen einschlägiger, veröffentlichter und erst recht höchstrichterlicher Ent-

⁴³ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98; vgl. auch *Barczak*, JuS 2021, 1, 6; *Wittreck* in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, Bd. 2, 8. Aufl. 2018, Gewohnheitsrecht.

⁴⁴ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98. Gewohnheitsrecht entsteht somit regelmäßig nicht in unregulierten Bereichen. Dazu, dass es derogierendes Gewohnheitsrecht überhaupt gibt vgl. auch *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 556. Hingegen generell eine hohe Bedeutung von Gewohnheitsrecht feststellend *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 130.

⁴⁵ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98.

⁴⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 356; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 97; *Klose*, Rechtswissenschaft 2017, 370, 373 zur möglichen Erstarkung von Richterrecht zu Gewohnheitsrecht. Vgl. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 152f. (Rn. 232f.). Generell feststellend, dass das „Gewohnheitsrecht zunehmend in den Hintergrund“ tritt *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 12.

⁴⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 356. So z. B. auch *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 218 („Die verschiedenen Rechtsautoritäten produzieren Rechtsnormen [...] in einem solchen Ausmaß, daß die Normentstehung in der Rechtsgemeinschaft selbst dadurch weitgehend unterdrückt werden muß.“).

scheidungen führt somit in jedem Fall dazu, dass eine gewohnheitsrechtliche Regel jedenfalls nicht aus Präjudizen hergeleitet werden kann. Diese Tatsache bereitet vor allem mit Blick auf die Voraussetzung der Anerkennung durch die juristischen Fachkreise für die Entstehung von Gewohnheitsrecht erhebliche Probleme. Denn es wird teils vertreten, dass Gewohnheitsrecht zwingend einer ständigen, höchst-richterlich bestätigten Rechtsprechung bedarf.⁴⁸ Eine gewohnheitsrechtliche Regel mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kommt damit überhaupt nur in Betracht, sofern davon ausgegangen würde, dass Gewohnheitsrecht aus der Übung der Rechtsunterworfenen ohne (höchst-)richterliche Anerkennung entstehen kann.⁴⁹ Es bedarf somit der Annahme, dass die Anerkennung der juristischen Fachkreise nicht nur durch gerichtliche Entscheidungen, sondern ausnahmsweise auch durch andere Rechtsanwender möglich ist.⁵⁰ Nicht unproblematisch ist es jedoch, wenn die Anerkennung eines bestimmten Verhaltens lediglich i. R. d. Diskussion in der einschlägigen Literatur⁵¹ erfolgt. Denn anders als im römischen Recht und seiner mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Ausprägung ist die *communis opinio doctorum* heute nicht mehr als rechtsbestimmend anerkannt.⁵² Unabhängig davon, ob man eine Diskussion in der Literatur genügen lassen könnte, würde dies allein die Schwierigkeiten mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB allerdings nicht lösen. Denn wie bereits unter 2. Teil, B.III. aufgezeigt wurde, werden die meisten relevanten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands auch in der juristischen Literatur nicht erörtert.

Allerdings könnte ggf. die Anerkennung der juristischen Fachkreise durch Anwälte verbleiben.⁵³ Diesbezüglich kann die Siegener Studie⁵⁴ wertvolle Hinweise liefern. Außerdem könnte diskutiert werden, inwiefern die Literatur die Anerkennung durch Anwälte widerzuspiegeln vermag. Lässt man jedoch die Siegener Studie (und die Literatur) nicht als Beleg für die Anerkennung der juristischen

⁴⁸ K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 557 führen aus: „In der Praxis wird eine Gewohnheit nur durch die Entscheidung der Gerichte zum verbindlichen Gewohnheitsrecht“. Zu diesem Aspekt auch ausführlich Frühauf, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 191 ff. (mit Ausnahme der Observanz).

⁴⁹ K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 556 zeigen an, dass diese Frage im Zentrum der Debatte steht („Heute hat sich das Problem des Gewohnheitsrechts auf die Frage verschoben, ob ‚Gewohnheitsrecht‘ von den Gerichten nur festgestellt werden kann oder ob es von ihnen erst konstitutiv anerkannt [„gestattet“] werden muss“).

⁵⁰ So Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98 (z. B. in Bezug auf Rechts- und Staatsanwälte); vgl. auch F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 215 der in Ausnahmefällen Folgendes befürwortet: „Anderes ist wohl nur vorstellbar, wenn es sich um so geringfügige oder selten auftretende Fragen handelt, daß Rechtsanwendungsorgane praktisch gar nicht angerufen werden bzw einschreiten. Hier wird die Überzeugung genügen, daß die Rechtsanwendungsorgane, wenn sie eingeschaltet werden sollten, die betreffende Verhaltensmaxime zugrundelegen würden.“

⁵¹ Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98.

⁵² Vgl. Nachweise bei Krebs, AcP 195 (1995), 171, 171 ff.

⁵³ So Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98 (z. B. in Bezug auf Rechts- und Staatsanwälte).

⁵⁴ Siehe auch die Erläuterungen der Siegener Studie unter 1. Teil, C.

Fachkreise genügen, so stellt sich die Frage, ob auch eine stillschweigende Tolerierung durch die juristischen Fachkreise für die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Regel genügt. Insofern sind die Gestattungstheorie und die Willenstheorie zu unterscheiden. Die Willenstheorie verlangt nicht nur ein entsprechendes „Rechtsbewusstsein der Beteiligten“, sondern zugleich auch deren allgemeine, d. h. wohl aktive, Bestätigung.⁵⁵ Gemäß der Gestattungstheorie genügt hingegen eine stillschweigende Billigung durch die juristischen Fachkreise.⁵⁶ Die Gestattungstheorie stellt somit die niedrigsten Anforderungen, da sie im Gegensatz zur Willenstheorie nicht zu Widerspruch aufruft. Sollte somit selbst unter Berücksichtigung der Gestattungstheorie kein Gewohnheitsrecht bejaht werden können, dann ist diese Lösungsoption definitiv auszuschließen und die Diskussion um beide Theorien muss nicht vertieft werden. Zudem bleibt generell zu berücksichtigen, dass Gewohnheitsrecht oftmals nur in engen Grenzen bejaht wird, was sich bereits in den hohen Anforderungen an dessen Begründung widerspiegelt.⁵⁷

Im Folgenden soll somit unter der Annahme, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB potenziell Lügen außerhalb des Vertragsgegenstands erfasst (siehe zur Rechtslage unter 2. Teil, B.), geprüft werden, ob eine gewohnheitsrechtliche Regel, wonach bestimmte Täuschungen als zulässig zu erachten sind, hergeleitet werden kann.

b) Praktizierung durch die Rechtsunterworfenen

Wie soeben erläutert, erfordert die Annahme von Gewohnheitsrecht, dass eine Praxis lange besteht, d. h. es wird eine langjährige Übung vorausgesetzt (objektives Element)⁵⁸, und es darf sich beim untersuchten Verhalten nicht um ein Randphänomen handeln, d. h. es wird eine allgemeine Übung vorausgesetzt.⁵⁹ Wie bereits unter 2. Teil, A.II. dargelegt, kommen Täuschungen in der unternehmerischen Praxis in der Tat häufig vor. Diese generelle Aussage müsste allerdings mit Blick auf jeden Täuschungsgegenstand konkret überprüft und bejaht werden. Problematisch

⁵⁵ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98; *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 555 („sofern diese Überzeugung nur allgemein bestätigt wird“). Die Autoren weisen darauf hin, dass teilweise auch der Begriff Anerkennungstheorie verwendet wird.

⁵⁶ *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 555; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98. *Klose*, Rechtswissenschaft 2017, 370, 375 geht auf die Gestattungstheorie im Zusammenhang mit der Gestattung durch den Gesetzgeber ein (unter Berücksichtigung des historischen Kontexts).

⁵⁷ Vgl. *Frühauß*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 180.

⁵⁸ Zur langjährigen Übung z. B. BVerfG NJW 2009, 1469, 1473; *Säcker* in: MüKo BGB, Bd. 12, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 2 Rn. 2; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 100; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 3 Rn. 24; vgl. auch *Merten* in: Staudinger – EGBGB, 2018, Art. 2 Rn. 93.

⁵⁹ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98; vgl. auch *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 556, die darauf hinweisen, dass Gerichte sich vor allem dann genötigt sehen werden, Gewohnheitsrecht zu bestätigen, wenn „Privatleute massenhaft und im Vertrauen auf die Gültigkeit“ bestimmte Abmachungen treffen.

ist insofern, dass zur Häufigkeit der Anwendung bestimmter Täuschungstaktiken in der Praxis bislang zumeist keine aussagekräftigen Untersuchungen vorliegen.⁶⁰ In Einzelfällen könnten daher auch in dieser Arbeit untersuchte Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstandes so selten angewandt werden, dass eine Herausbildung von Gewohnheitsrecht bereits aus diesem Grund ausscheidet. So ist z. B. vorstellbar – wenn auch nicht belegt –, dass Lügen über die Vertragsdurchführung vor Vertragsabschluss (z. B. die falsche Angabe der persönlichen Überwachung eines Projekts) relativ selten vorkommen und daher diesbezüglich keine allgemeine Übung vorliegt. Ohne an dieser Stelle die Täuschungstaktiken einzeln zu untersuchen, kann jedoch generell festgehalten werden, dass bestimmte Bluffs (wie z. B. über bessere Angebote, den *reservation price* und Zeitdruck⁶¹) wohl (sehr) häufig vorkommen und daher nicht als Randphänomen bezeichnet werden können. Indirekt könnten darauf die Ergebnisse der Siegener Studie schließen lassen. Denn die Untersuchung zeigt, dass es vorsätzliche, aktive Täuschungen gibt, bei denen die Befragten davon ausgehen, dass sie keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen sollten (siehe unter 4. Teil, C.IV.). Einige werden sogar aus moralischer Sicht akzeptiert (siehe unter 4. Teil, B.II.). Es kann insofern zumindest vermutet werden, dass bei der moralischen Bewertung und der Bildung des Rechtsgefühls auch die jetzige Praxis berücksichtigt wurde,⁶² was darauf schließen lässt, dass viele Bluffs (derzeit) wohl regelmäßig in Verhandlungen eingesetzt werden. Für solche Täuschungen liegen damit zumindest Indizien dafür vor, dass eine allgemeine Übung besteht.

Daneben bedarf es aber noch eines Nachweises der zeitlichen Komponente, d. h. der langjährigen Übung (*longa consuetudo*) dieser Bluffs in Vertragsverhandlungen.⁶³ An dieser Stelle müsste ebenfalls jede einzelne Irreführung konkret überprüft werden. Diesbezüglich besteht wiederum die Problematik, dass keine Studi-

⁶⁰ Einen Überblick über den entsprechenden Forschungsstand gebend *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), *Handbook of Conflict Management Research*, 2014, S. 343, 350 f.; nach *Frühauß*, *Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht*, 2006, S. 201 bedarf es keiner gesonderten Prüfung, da der Autor eine ständige Rechtsprechung fordert. Indirekt scheinen die Ausführungen *Frühauß*s jedoch ansonsten von einer empirischen Feststellung der Übung auszugehen. Nach *Klose*, *Rechtswissenschaft* 2017, 370, 390 können die „Dauer und Häufigkeit der Anwendung einer Regel wie auch die Rechtsüberzeugung der beteiligten Verkehrskreise“ durch empirische Studien ermittelt werden.

⁶¹ Einzelne von der Verfasserin befragte Verhandler gehen davon aus, dass in annähernd jeder zweiten umfangreichen Verhandlung für ein großes Projekt früher oder später über den Zeitdruck geblufft wird.

⁶² Darauf deutet auch eine Zusatzbefragung unter deutschen Studierenden hin, bei der immerhin 60 % der Studierenden angaben, dass sie bei der Beantwortung der Fragen nach dem Rechtsgefühl die Verhandlungspraxis berücksichtigt haben. *S. Jung/Krebs/Leszczynska*, *Does it matter what negotiators lie about?*, 2021, S. 1, 25 (abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

⁶³ Nach *Klose*, *Rechtswissenschaft* 2017, 370, 390 kann die Dauer durch empirische Studien ermittelt werden. Generell kritisch *Ossenbühl* in: *Isensee/P. Kirchhoff* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 59 („Sowohl die *longa consuetudo* wie auch die *opinio*

en über die Entwicklung des Täuschungsverhaltens bei Vertragsverhandlungen im Zeitverlauf vorliegen. Es lässt sich daher nicht mit Sicherheit feststellen, wie Bluffs in Vertragsverhandlungen in den letzten Jahrzehnten in der Praxis gehandhabt wurden. Die Siegener Studie lässt ebenfalls keine Rückschlüsse darüber zu, ob eine langjährige Übung vorliegt. Denn die Untersuchung spiegelt lediglich die Moralvorstellungen und das Rechtsgefühl zum konkreten Zeitpunkt der Befragung wider. Die zunehmende Verrechtlichung des vorvertraglichen Bereichs im Zeitverlauf⁶⁴ spricht jedoch dafür, dass die Ansprüche an redliches Verhalten wohl mit der Zeit eher gestiegen als gesunken sind.⁶⁵ Dies könnte sich im Verhandlungsverhalten widerspiegeln. Das heißt, es ließe sich somit vermuten, dass heute tendenziell weniger in Verhandlungen geblufft wird als früher. Wird daher über einen Aspekt heute noch viel getäuscht (so die obige Argumentation), ließe sich aus den genannten Gründen annehmen, dass wohl eine langjährige Übung vorliegt (und nicht erst kürzlich solche Bluffs zugenommen haben). Diese Praxis besteht dann wohl auch eher hunderte von Jahren (wenn nicht gar tausende) und nicht lediglich erst seit zwei bis drei Jahrzehnten. Das zeigt sich bereits daran, dass bestimmte Aspekte der Täuschung bereits in der Antike diskutiert wurden (siehe zum römischen Recht näher unter 3. Teil, A.III.).

Aber ob und, wenn ja, inwiefern sich die Vorstellungen und daran anschließend auch die Praxis von bestimmten Bluffs in Vertragsverhandlungen im Zeitverlauf konkret geändert haben, lässt sich im Ergebnis nicht eindeutig feststellen. Es kommt somit letztendlich darauf an, ob man an dieser Stelle Indizien und Aussagen in der einschlägigen Verhandlungsliteratur für die Annahme einer langjährigen Praktizierung bestimmter Bluffs genügen lässt.⁶⁶ Nähme man dies an, dann

ius lassen sich im Regelfall nicht durch annähernd rationalisierbare Maßstäbe und Kriterien ermitteln“).

⁶⁴ Siehe zum UWG z. B. unter 4. Teil, H.VI. Zur gesetzlichen Verankerung der *culpa in contrahendo* durch die Schuldrechtsreform in 2002 statt vieler *Becker* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1, 4. Aufl. 2021, § 311 Rn. 37; *Emmerich* in: MüKo BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 37 ff.; *Lapp* in: jurisPK-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Stand: 09.02.2022, § 311 BGB, Rn. 2. Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Arglist auch unter 3. Teil, A.VII.

⁶⁵ Allgemeiner zum Wandel entsprechender Vorstellungen mit Blick auf den „ehrbaren Kaufmann“ v. *Werder* in: *Kremer et al. (Hrsg.), DCGK*, 8. Aufl. 2021, Präambel Rn. 26 („Im Einzelnen sind die Erscheinungsformen eines ethisch fundierten, eigenverantwortlichen Verhaltens allerdings aufgrund ihrer Abhängigkeit von der jeweils vertretenen Moral schillernd und angesichts des gesellschaftlichen Wandels von Werten im Zeitablauf auch Veränderungen unterworfen.“). Zur entsprechenden Änderung des DCGK siehe auch die Erläuterungen der Änderungsvorschläge der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex aus der Plenarsitzung vom 13.10.2016, S. 1 (abrufbar unter: <https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2016/161102%20Erlaeuterungen%20der%20Aenderungsvorschlaege.pdf>, zuletzt abgerufen am: 19.12.2023) („Der Ehrbare Kaufmann wird verstanden als Leitbild, das sich fortlaufend weiterentwickelt.“).

⁶⁶ *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 555 etwa sehen im Zusammenhang mit der Gestattungstheorie wohl zum einen die Möglichkeit, Gewohnheitsrecht über § 291 ZPO als dem Gericht offenkundige Tatsache oder aber über die Beweisführung gem. § 293 ZPO, der das Gewohnheitsrecht ausdrücklich nennt, einzuführen. *Prütting* in: MüKo ZPO, Bd. 1,

dürfte davon auszugehen sein, dass die meisten der hier im Fokus stehenden Lügen in Vertragsverhandlungen schon sehr lange regelmäßig in der Praxis eingesetzt werden. Die Billigung der Taktiken durch die Rechtsunterworfenen als rechtmäßig ist davon getrennt im Folgenden zu prüfen.

c) Billigung als rechtmäßig durch die Rechtsunterworfenen und die juristischen Fachkreise

Notwendig ist zudem, dass sowohl die Rechtsunterworfenen als auch die juristischen Fachkreise die betrachteten Täuschungen als rechtmäßig anerkennen. Diese Feststellung bedarf zumindest mit Blick auf die Rechtsunterworfenen einer Deutung von deren Verhalten.⁶⁷ In der Literatur wird daher kritisch angemerkt, dass dadurch „die Frage der Deutung einer Regel als Gewohnheitsrecht mit der nach ihrem Bestehen“⁶⁸ verschmilzt. Im konkreten Fall könnte zur Deutung des Verhaltens auch auf rechtsethische Prinzipien und das „redliche Verhalten“ im Geschäftsverkehr Bezug genommen werden.⁶⁹ Die Anerkennung der juristischen Fachkreise resultiert, wie oben dargelegt, regelmäßig aus gerichtlichen Entscheidungen⁷⁰ bzw. kann ggf. ausnahmsweise durch andere Rechtsanwender wie z. B. Anwälten erfolgen.⁷¹ Wie bezüglich der Praktizierung bereits erörtert, müsste die Anerkennung für jede einzelne Täuschungstaktik (positiv) festgestellt werden. Im Folgenden soll jedoch vielmehr pauschal untersucht werden, inwieweit dies überhaupt grundsätzlich möglich erscheint.

Die Billigung bestimmter Bluffs in Vertragsverhandlungen durch die Rechtsunterworfenen als rechtmäßig erfordert zunächst sowohl eine Anerkennung durch die Täuschenden als auch durch die Getäuschten. Hierzu liegen ebenfalls keine konkreten Untersuchungen vor, die dies positiv belegen würden. Die Siegener Studie ergründet zwar das Judiz der Befragten, d. h. das Gefühl dafür, wie das Recht ist.⁷² Es wurde allerdings lediglich das Judiz von Richtern, Anwälten und Studie-

6. Aufl. 2020, § 291 Rn. 3 schließt Erfahrungs- und Rechtssätze vom Anwendungsbereich des § 291 ZPO aus und verweist auf § 293 ZPO. *Huber* in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 20. Aufl. 2023, § 293 Rn. 7 geht davon aus, dass inländisches Gewohnheitsrecht durch gerichtsinterne Nachforschungen mit Hilfe von „Kommentaren, Lehrbüchern und sonstigen Veröffentlichungen“ festgestellt werden kann. Daraus lässt sich folgern, dass wohl auch Ausführungen aus der allgemeinen Verhandlungsliteratur angeführt werden könnten.

⁶⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356.

⁶⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356 unter Verweis auf *Somló*, Juristische Grundlehre, 1917, S. 373.

⁶⁹ Die Anerkennung dieser Aspekte proklamierend *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 357.

⁷⁰ *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98.

⁷¹ So *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98 (z. B. in Bezug auf Rechts- und Staatsanwälte).

⁷² Dazu, dass es zumindest denkbar ist, Ergebnisse von Befragungen auch im Rahmen der Prüfung von Gewohnheitsrecht heranzuziehen *Frühauß*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 198 (insbesondere Fn. 796). Der Autor stellt fest, dass dies kaum je

renden ergründet, nicht jedoch das Judiz von professionellen Verhandlern. Die Siegener Studie erfasst zudem – wie bereits erwähnt – nur die derzeitige Beurteilung. Sie sagt damit nicht explizit etwas darüber aus, wie dies in der Vergangenheit bewertet wurde. Zu bedenken ist auch, dass die Befragten im Rahmen der Siegener Studie in die Rolle eines neutralen Beobachters versetzt wurden. Es lässt sich daher mit Hilfe der Studie nicht ermitteln, wie Täuschende und Getäuschte die Bluffs bewerten würden. Es kann somit lediglich vermutet werden, dass die Rechtsunterworfenen bestimmte Täuschungen billigen. Als Argument dafür kann insbesondere die fehlende Rechtsprechung (siehe 2. Teil, B.II.) und die Bewertung vieler Täuschungstaktiken als moralisch akzeptabel (siehe 4. Teil, B.II.) angesehen werden. Zu einem gewissen Grad könnten zudem die Ergebnisse der Studierenden, Anwälte und Richter bzgl. des Judizes auf Verhandler übertragbar sein und somit ebenfalls in die aufgezeigte Richtung weisen.

Ähnlich schwierig nachzuweisen ist allerdings die Billigung durch die Rechtsordnung bzw. die juristischen Fachkreise. Voraussetzung für eine solche Anerkennung ist zunächst die Kenntnis darüber, dass solche Bluffs regelmäßig in Verhandlungen zum Einsatz kommen.⁷³ In einem zweiten Schritt müssten solche Täuschungen dann noch als rechtmäßig mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB angesehen werden.

Zwar kann die Kenntnis der juristischen Fachkreise über die Praxis nur schwer konkret nachgewiesen werden, weil die konkreten Situationen nicht diskutiert werden. Aber zumindest außerhalb der juristischen Literatur gibt es unzählige Veröffentlichungen zu Lügen in Vertragsverhandlungen im Allgemeinen.⁷⁴ Nähme man eine generelle Unkenntnis über die Tatsache, dass in unternehmerischen Verhandlungen gelogen wird, an, würde man den juristischen Fachkreisen *de facto* Lebensfremdheit unterstellen. Ob den juristischen Kreisen hingegen jede einzelne Täuschungstaktik bekannt ist, könnte allerdings fraglich sein. Gerade gängige Lügen, wie z. B. Bluffs über persönliche Präferenzen, die sogar in Small talk-Situationen genutzt werden, sowie typische Täuschungen z. B. über bessere Angebote und den *reservation price*, sind den entsprechenden Kreisen jedoch wohl vertraut. Dennoch bereitet auch an dieser Stelle der konkrete Nachweis der Kenntnis der Praxis durch die juristischen Fachkreise Probleme.

Eine flächendeckende explizite Billigung bestimmter Täuschungstaktiken in Vertragsverhandlungen durch die Rechtsprechung kann in jedem Fall nicht festgestellt werden, was vor allem daran liegt, dass es kaum einschlägige – und erst recht keine höchstrichterlichen – Entscheidungen gibt (siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.II.). In den sehr wenigen einschlägigen Urteilen wurde eine Anfechtung gem.

gemacht wurde, aber zumindest denkbar ist (allerdings mit Blick auf „Gerechtigkeitsüberzeugungen“).

⁷³ Zur Voraussetzung der Kenntnis der fraglichen Praxis *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 100.

⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Auflistung unter 1. Teil, A.

§ 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sogar teils bejaht,⁷⁵ was allerdings auch an speziellen Rahmenbedingungen (in einem Fall sind die äußeren Umstände z. B. nicht bekannt,⁷⁶ in zwei anderen Urteilen ging es um Arbeitsverhältnisse⁷⁷) gelegen haben mag.⁷⁸ Die Siegener Studie zeigt jedoch, dass sowohl Anwälte als auch Richter von der Rechtmäßigkeit der abgefragten Bluffs außerhalb der Leistung und der Rechtslage ausgehen.⁷⁹ Das gilt z. B. für Lügen über die Verfügbarkeit eines Produkts, über alternative Angebote, über unternehmensinterne Vorgaben, über Deadlines (bspw. über einen Rückflug) und über den *reservation price*.⁸⁰ Lässt man die Siegener Studie für die „aktive“ Billigung durch die juristischen Fachkreise jedoch nicht genügen, so könnte sie wohl aber zumindest im Rahmen der stillschweigenden Billigung (Gestattungstheorie⁸¹) herangezogen werden.

d) Zwischenergebnis zum Gewohnheitsrecht in Bezug auf einzelne Täuschungsgegenstände

Im Ergebnis kann derzeit selbst unter Zugrundelegung der relativ großzügigen Gestattungstheorie kein Gewohnheitsrecht mit Blick auf die einzelnen Täuschungsgegenstände gerechtfertigt werden. Mit Hilfe des Gewohnheitsrechts könnte auf Basis der Gestattungstheorie zwar zukünftig versucht werden, besonders „harmlose“ und bekannte Irreführungen als „listige“ Bluffs zu klassifizieren. Problematisch ist allerdings bereits, dass dies für jede Täuschungstaktik einzeln getan werden müsste. Aber vor allem die unzureichende Datenlage zur Häufigkeit und Akzeptanz verschiedener Bluffs sowie über die Bewertung dieser Taktiken im Zeitverlauf schließen die rechtssichere Annahme von Gewohnheitsrecht im Ergebnis aus. Noch schwerer wiegt allerdings die generell fehlende Rechtsprechung zu Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands. Anders ausgedrückt fehlt es an

⁷⁵ AG Berlin, Urteil vom 22.03.1933 – 171 C 130/33, das nur unvollständig veröffentlicht wurde in: Deutsche Justiz: Rechtspflege und Rechtspolitik; amtl. Blatt d. deutschen Rechtspflege (1933), 823 f. (Urteil zur Better-offer-Taktik); ArbG Bad Oldesloe VW 70, 1170, 1170 (Ls.) zitiert nach FHZivR 16 Nr. 126 (falsche Angabe beim Einstellungsgespräch zum Vorgehalt). A. A. allerdings BAG VersR 1984, 373, 373 (Ls.) (lehnte ein Anfechtungsrecht ab).

⁷⁶ Vgl. AG Berlin, Urteil vom 22.03.1933 – 171 C 130/33, das nur unvollständig veröffentlicht wurde in: Deutsche Justiz: Rechtspflege und Rechtspolitik; amtl. Blatt d. deutschen Rechtspflege (1933), 823 f. (Urteil zur Better-offer-Taktik).

⁷⁷ BAG VersR 1984, 373, 373; ArbG Bad Oldesloe VW 70, 1170, 1170 (Ls.) zitiert nach FHZivR 16 Nr. 126.

⁷⁸ Dies ist im Rahmen der Frage, ob die Erkenntnisse auf andere Situationen übertragbar sind, zu berücksichtigen.

⁷⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.III.

⁸⁰ Das Judiz wurde lediglich mit Blick auf die Originalumfrage und damit nur in Bezug auf einen Teil der abgefragten Täuschungsgegenstände ermittelt.

⁸¹ K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 555; Krebs/M. Becker, JuS 2013, 97, 98. Klose, Rechtswissenschaft 2017, 370, 375 geht auf die Gestattungstheorie im Zusammenhang mit der Gestattung durch den Gesetzgeber ein (unter Berücksichtigung des historischen Kontexts).

entsprechenden positiven Nachweisen für die Annahme von Gewohnheitsrecht. Es liegen bislang lediglich gewisse Indizien für die verschiedenen Voraussetzungen von (derogierendem) Gewohnheitsrecht vor. Im Ergebnis erscheint bezüglich einzelner Taktiken derogierendes Gewohnheitsrecht zumindest auf Basis der Gestattungstheorie zwar als möglich, lässt sich aber bisher nicht nachweisen. Eine rechts-sichere und einheitliche Lösung der Problematik käme hier ohnehin nicht in Betracht. Damit kommt es auch nicht darauf an, ob die Gestattungstheorie überhaupt die überzeugende Lösung für die Rechtfertigung von Gewohnheitsrecht ist. Im Folgenden sollen daher weitere Optionen für eine Lösung *de lege lata* geprüft werden.

3. Gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtswidrigkeitsvoraussetzung

a) Hintergrund

Häufig versuchen die Rechtsprechung und die Literatur die für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anerkannten Ausnahmen über die Rechtswidrigkeit zu erzielen.⁸² Die Rechtswidrigkeit wird daher regelmäßig bezüglich Lügen auf unzulässige Fragen, z. B. zur Schwangerschaft im Einstellungsgespräch, diskutiert. Die dogmatische Einordnung dieses Lösungsansatzes steht jedoch generell nicht im Fokus der Diskussion.⁸³ Es wird insofern oftmals vertreten, dass die Rechtswidrigkeit ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sei.⁸⁴ Diese Auffassung ist hier von besonderem Interesse, da durch den unbestimmten Rechtsbegriff eine umfassende Wertungsmöglichkeit für die in dieser Arbeit problematisierten Konstellationen bestünde.

⁸² BGH NJW 1991, 2723, 2723 ff.; v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 stützt sich sowohl auf die Rechtswidrigkeit als auch auf die Notwehr; *Wendtland* in: BeckOK BGB, Stand: 01.11.2023, § 123 Rn. 15 ff. diskutiert die Ausnahmen unter der Überschrift „Rechtswidrigkeit“. Ebenso *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 10. Vgl. auch *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 20; *Leenen/Häublein*, BGB AT, 3. Aufl. 2021, § 14 Rn. 86.

⁸³ So bereits unter 2. Teil, B.I.7.c).

⁸⁴ Vgl. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 (ohne den Begriff ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal direkt zu nennen); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4 (ebenfalls indirekt: „Die Vorschrift geht stillschweigend von der Rechtswidrigkeit einer arglistigen Täuschung aus.“); *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 7 (nennt die Pflichtwidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 32 (stellen fest, dass der Rechtswidrigkeit auch im Rahmen der arglistigen Täuschung Bedeutung zukommt); v. Lübtow in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316. Die zunehmende Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals konstatierend *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 316. In der Rechtsprechung zum Verständnis der Rechtswidrigkeit in der Literatur vgl. BAG NZA 1991, 719, 719 f.; vgl. auch BAG NZA 1996, 371, 374 (in der Entscheidung wird die Widerrechtlichkeit der Täuschung festgestellt).

Insofern ist allerdings zunächst festzuhalten, dass ungeschriebene Tatbestandsmerkmale als solche keine eigene methodische Kategorie darstellen. Aus methodischer Sicht sind sie oftmals Ausdruck dafür, dass eine teleologische Reduktion vorliegt.⁸⁵ Dies wird teils auch mit Blick auf die Rechtswidrigkeit i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vertreten.⁸⁶ Alternativ dazu kann ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zudem kraft Gewohnheitsrecht bestehen. Die Diskussion um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit wird zudem teilweise noch mit einer Vermutungsregel kombiniert. Es wird diesbezüglich auch ausgeführt, dass eine vorsätzliche Täuschung grundsätzlich die Widerrechtlichkeit indiziert.⁸⁷ Im Einzelfall soll es dann jedoch gerechtfertigt sein, die Rechtswidrigkeit abzulehnen.⁸⁸

An dieser Stelle soll zunächst geprüft werden, ob sich herleiten lässt, dass die Rechtswidrigkeit kraft Gewohnheitsrecht ein eigenes Tatbestandsmerkmal i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellt. Denn dann wäre wegen der gesetzegleichen Wirkung des Gewohnheitsrechts eine sichere Rechtsgrundlage für eine differenzierte Lösung gegeben. Die Anerkennung einer Rechtswidrigkeitsprüfung als Gewohnheitsrecht für § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ginge zudem über die Fragestellung hinaus, ob die anerkannten Einzelausnahmen (z. B. zur Lüge über eine bestehende Schwangerschaft) durch Gewohnheitsrecht gerechtfertigt werden können (dazu im Folgenden unter 5. Teil, A.III.4.). Denn nur in dieser weiten Fassung (d. h. mit Hilfe der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal) ließen sich auch die hier diskutierten Konstellationen unmittelbar bewältigen.

b) Die Rechtswidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Die Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht wurden bereits eben unter 5. Teil, A.III.2.a) erläutert. Zentral ist die langjährige Praktizierung des Verhaltens als

⁸⁵ BAG NJW 1991, 2723, 2724; ähnlich v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19. Ebenso *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB 611a. Rn. 316. Vgl. allg. zum europäischen Recht auch *Krebs/S. Jung* in: S. Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 174.

⁸⁶ BAG NJW 1991, 2723, 2724; ähnlich v. *Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19. Ebenso *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB 611a. Rn. 316.

⁸⁷ *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 873; indirekt wohl auch *Büchler*, JuS 2009, 976, 977 („Im Regelfall muss auf die Rechtswidrigkeit auch nicht eingegangen werden“).

⁸⁸ Zur möglichen Rechtfertigung einer Täuschung bspw. *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 873; *Büchler*, JuS 2009, 976, 977. Allg. zum „Recht auf Lüge“ eingehend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 25, 27, 33f.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19, 46; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 45; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 315; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 91 ff. (auch von „Lügerecht“ sprechend); *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321.

rechtmäßig durch die Rechtsunterworfenen sowie die Billigung des Verhaltens durch die juristischen Fachkreise.⁸⁹ Die Rechtswidrigkeit müsste somit seit vielen Jahren als Voraussetzung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anerkannt sein. Teils ließen sich die (aktuellen) Aussagen in der Literatur wohl auf den ersten Blick entsprechend interpretieren.⁹⁰ Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die juristische Literatur die Rechtswidrigkeit praktisch ausschließlich mit Blick auf die anerkannten Ausnahmen (z. B. zur Schwangerschaft) diskutiert. In Bezug auf alle anderen Aspekte wird die Rechtswidrigkeit hingegen nicht explizit erörtert. Somit scheint bereits die Literatur die Rechtswidrigkeit nicht als allgemein zu prüfendes Tatbestandsmerkmal anzusehen. Auf die Problematik, ob eine Anerkennung durch die Literatur genügt (dazu bereits unter 5. Teil, A.III.2.a)), muss hier daher nicht näher eingegangen werden. Ein noch eindeutigeres Bild zeichnet die Rechtsprechung. Die Rechtswidrigkeit wird dort außerhalb der anerkannten Ausnahmen nicht als Tatbestandsmerkmal geprüft oder auch nur erwähnt.⁹¹ Es sind zudem keine Argumente ersichtlich, die darauf hinweisen würden, dass z. B. Anwälte die Rechtswidrigkeit als generelles Tatbestandsmerkmal ansehen.⁹² Damit fehlt es für die Annahme von Gewohnheitsrecht bereits an der Billigung durch die juristischen Fachkreise.⁹³ Die Ablehnung der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erscheint im Ergebnis auch insofern stimmig, als dies einen besonders starken Eingriff in die vom Gesetzgeber vorgesehene Regelung dargestellt hätte. Denn der (historische) Gesetzgeber ging davon aus, dass eine arglistige Täuschung stets, d. h. *ipso facto*, rechtswidrig ist.⁹⁴ Eine generelle Prüfung der Rechtswidrigkeit würde dem diametral entgegenlaufen. Es würde sich um eine echte Rechtsfortbildung *contra legem* handeln, deren Zulässigkeit allenfalls für extreme Ausnahmesituationen anerkannt ist.⁹⁵

⁸⁹ BVerfG NJW 2009, 1469, 1473; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 356; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 176 f.; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 215 ff.; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98 ff.

⁹⁰ Vgl. z. B. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 („In der Tat ist entgegen der Ansicht der Redaktoren des BGB auch bei der Täuschung das Element der Rechtswidrigkeit zu beachten.“); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23 („Vielmehr kennt § 123 Abs. 1 Alt. 1 zumindest faktisch ein ungeschriebenes Merkmal der Widerrechtlichkeit.“).

⁹¹ Beispielhaft seien hier folgende Urteile genannt: BGH BeckRS 1954, 31373407; BGH NJW 1967, 1222, 1222 f.; BGH NJW 1960, 237, 237 ff.; OLG Köln NJW-RR 1988, 1136, 1136; OLG Dresden BeckRS 2019, 34744; BGH NJW-RR 1988, 1290, 1290 f.; OLG Brandenburg BeckRS 2009, 12046; BGH NJW-RR 1992, 333, 334; OLG Rostock BeckRS 2009, 27260.

⁹² Die Siegener Studie untersucht diesen Aspekt nicht und kann daher nicht zur Argumentation herangezogen werden.

⁹³ Aus diesem Grund werden die anderen Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht an dieser Stelle nicht weiter erörtert.

⁹⁴ Bericht der XII. Kommission über den Allgemeinen Theil v. 12.6.1896, S. 39, abgedruckt bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Bericht der XII. Kommission, § 119 (S. 965).

⁹⁵ Zur Rechtsfortbildung *contra legem* z. B. *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*, 1992,

4. Begründung der in der Literatur und Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen durch Gewohnheitsrecht

a) Einleitung

Bestehendes Gewohnheitsrecht für die hier im Vordergrund stehenden Täuschungsgegenstände außerhalb des Vertragsgegenstands konnte somit ebenso wenig festgestellt werden (siehe unter 5. Teil, A.III.2.) wie ein durch Gewohnheitsrecht begründetes allgemeines Rechtswidrigkeitserfordernis, anhand dessen die einzelnen Bluffs dann hätten gemessen werden können (siehe unter 5. Teil, A.III.3.).

Es könnte allerdings noch überlegt werden, ob zumindest die (wenigen) in der Rechtsprechung und der Literatur anerkannten Ausnahmen mittlerweile gewohnheitsrechtlich begründet werden können. Es geht somit konkret um Lügen auf unzulässige Fragen, z.B. zu einer bestehenden Schwangerschaft im Einstellungsgepräch. Auf den ersten Blick ist diese Untersuchung für die hier untersuchte Fragestellung irrelevant, da sich die anerkannten Ausnahmen nicht auf den B2B-Bereich beziehen, sondern vor allem auf das Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis. Zu bedenken ist zudem, dass die Ausnahmen die wertungsmäßig erarbeitete Lösung nicht widerspiegeln, da lediglich einzelne, sehr spezielle Bluffs als zulässig anerkannt sind (z.B. bei Fragen nach einer Schwangerschaft oder der ethnischen Herkunft). Auch dies scheint gegen die Relevanz einer ggf. bestehenden gewohnheitsrechtlichen Regel zu sprechen, da die anerkannten Ausnahmen somit Bluffs über die hier im Vordergrund stehenden Aspekte, wie z.B. über Konkurrenzangebote und unternehmensinterne Vorgaben, nicht erfassen. Bedeutung könnte dieser Aspekt jedoch entfalten, wenn bezüglich Lügen über Schwangerschaften etc. eine (abstrahierte) gewohnheitsrechtliche Regel festgestellt werden könnte. Denn diese gewohnheitsrechtliche Regel, die gesetzesgleiche Wirkung besitzt, könnte dann wiederum die Grundlage für eine Rechtsfortbildung bilden.⁹⁶ Es wäre insofern denkbar, dass eine mögliche gewohnheitsrechtliche Regel die Basis für eine Gesetzesanalogie oder gar eine weiterreichende Rechtsanalogie darstellen könnte.

passim.; *Canaris* in: FS F. Bydlinski, 2002, S. 47, 91 ff.; *F. Bydlinski* in: Koller et al. (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, S. 27, 27 ff.; *F. Bydlinsky/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 114 (auch dazu, dass die Rechtsfortbildung *contra legem* nur für extreme Ausnahmesituationen anerkannt ist); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 428 („Grundsätzlich ist der an Gesetz und Recht gebundene Richter zu einer Entscheidung *contra legem* nicht befugt. Sie bedarf daher besonderer, im Sinngehalt der Rechtsordnung gelegener Gründe, um ausnahmsweise gerechtfertigt zu sein.“); *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 33 („findet daher ihre Grenze dort, wo gegen Anordnungen oder Wertungen des geltenden Rechts verstoßen, also ‚*contra legem*‘ judiziert wird. Mag dies in Ausnahmefällen auch zulässig sein, so gelten dafür doch jedenfalls andere und strengere Voraussetzungen“).

⁹⁶ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.2. und 3.

b) Enge, gewohnheitsrechtliche Regel

Die Anforderungen an derogierendes Gewohnheitsrecht wurden bereits unter 5. Teil, A.III.2.a) erläutert. Im Gegensatz zur oben geführten Diskussion besteht hier die Besonderheit darin, dass zu den anerkannten Ausnahmen Rechtsprechung vorliegt⁹⁷ und diese Fälle in der einschlägigen juristischen Literatur diskutiert werden⁹⁸. Zentral ist zudem, dass mit Blick auf diese Ausnahmen teilweise rechtliche Vorgaben existieren. So ist im arbeitsrechtlichen Bereich z. B. das AGG zu berücksichtigen. § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG enthält zudem eine gesetzlich ausdrücklich festgelegte Täuschungsmöglichkeit mit Blick auf Vorstrafen. In Bezug auf das Versicherungsrecht sehen §§ 19, 22 VVG Spezialregeln vor. Zunächst soll jedoch nur die Praxis zu § 123 BGB in diesen Fällen betrachtet werden, bevor auf die Frage eingegangen wird, ob die gesetzlichen Spezialregelungen der Einordnung als Gewohnheitsrecht entgegenstehen.

⁹⁷ Bzgl. Schwangerschaft: BAG NJW 1993, 1154, 1154 (Ls.); EuGH NZA 2001, 1241, 1242 (Recht zur Lüge auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen), BAG NZA 2003, 848, 848 (Orientierungssätze); bzgl. Parteizugehörigkeit: LAG Rheinland-Pfalz NJW 1985, 510, 510 (allerdings lediglich zum Verschweigen); bzgl. Gewerkschaftszugehörigkeit: BAG NZA 2000, 1294, 1295 f.; BAG NZA 2015, 306, 309 f.; bzgl. sexuelle Orientierung: BAG DB 1991, 1934, Ls. (allerdings lediglich zur ungefragten Nichtangabe); bzgl. Vorstrafen: BAG NJW 1958, 516, 517; BAG NZA 1999, 975, 976; BAG NZA 2014, 1131, 1133 f.; bzgl. Tätigkeiten beim MfS: BVerfG NJW 1997, 2307, 2309 f.; BVerfG NZA 1999, 1095, 1095.

⁹⁸ Bzgl. Schwangerschaft: *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48, 51; *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 54, 56; vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254 f.; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 65 ff.; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 298; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd. 1, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 51; *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 41; bzgl. Religionszugehörigkeit: *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 40; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 298; allg. auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 68; bzgl. Partei- bzw. Gewerkschaftszugehörigkeit: *Ebrich*, DB 2000, 421, 426; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 51; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 307; *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 32; bzgl. ethnische Herkunft: *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 21 (in Bezug darauf, dass Fragen die eines der in § 1 AGG genannten Merkmale betreffen, generell unzulässig sind.); ebenso: *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 304; vgl. auch *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 46; bzgl. sexueller Orientierung: *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 298; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 68; wegen der Unzulässigkeit von Fragen mit Bezug auf § 1 AGG vgl. auch: *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 21; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 46; bzgl. Vorstrafen: *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a BGB Rn. 310; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 47; *Ebrich*, DB 2000, 421, 422; bzgl. Tätigkeiten beim MfS: *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 26; *Ebrich*, DB 2000, 421, 423; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 97; weitere Fragen, die die Literatur als unzulässig ansieht: *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 33 (Heirat); *Ebrich*, DB 2000, 421, 426 (Heirat); *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 49 ([Nicht-] Rauchereigenschaft).

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur⁹⁹ besteht bezüglich bestimmter Bluffs Einigkeit darüber, dass diese die getäuschte Seite nicht zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen. Dies stellt den Hauptunterschied zu den obigen Ausführungen zu den einzelnen Täuschungsgegenständen dar. Denn dadurch ist mit Blick auf diese Täuschungen eine Anerkennung als legitim durch die relevanten juristischen Kreise gegeben, was oben bzgl. der anderen Täuschungsgegenständen nicht eindeutig nachgewiesen werden konnte. Die langjährige Übung könnte zumindest in einigen Fällen wohl bejaht ebenfalls werden,¹⁰⁰ wobei nicht in allen Fällen bereits eine 30-jährige Übung besteht. Letzteres verdeutlicht, dass die Annahme von Gewohnheitsrecht vor allem dann relevant wird, wenn aus den anerkannten Einzelfällen eine abstrahierte, gewohnheitsrechtlich anerkannte Regel abgeleitet werden kann. Sicher festgestellt werden könnte insofern wohl nur eine relativ eng gefasste Regel. Denn die diskutierten Konstellationen beziehen sich ausschließlich auf Lügen als Reaktion auf eine unzulässige Frage, insbesondere im Rahmen von Einstellungsgesprächen. Ganz im Vordergrund stehen zudem Situationen, in denen eine Diskriminierungsgefahr besteht (z. B. bei Fragen nach einer Schwangerschaft, der ethnischen Herkunft oder der Gewerkschaftszugehörigkeit¹⁰¹). Daneben wird noch diskutiert, inwiefern auch Lügen über Vorstrafen zulässig sind.¹⁰² Außerdem geht es praktisch ausschließlich um Bluffs im Rahmen von Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen. Daneben wird die Thematik vor allem mit Blick auf das Mietrecht diskutiert.¹⁰³ Außerdem

⁹⁹ Da auch Rechtsprechung vorliegt, muss an dieser Stelle nicht noch einmal erörtert werden, inwiefern die Literaturmeinung bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht eine Rolle spielen kann.

¹⁰⁰ Zur Zulässigkeit von Täuschungen über eine bestehende Schwangerschaft siehe BAG NJW 1993, 1154, 1154 f.; BAG NZA 2003, 848, 848; anders allerdings noch 1961 BAGE 11, 270, 273 ff.; zur Zulässigkeit von Täuschungen über eine Tätigkeit beim MfS: BVerfG, NJW 1997, 2307, 2309 f.; BVerfG NZA 1999, 1095, 1095; bzgl. Vorstrafen: BAG NJW 1958, 516, 517, BAG NZA 1999, 975, 976; bzgl. Gewerkschaftszugehörigkeit: BAG NZA 2000, 1294, 1295 f.; bzgl. sexuelle Orientierung: BAG, DB 1991, 1934, 1934 (Ls.).

¹⁰¹ Zu unzulässigen und zulässigen Fragen zu diesen und weiteren Aspekten siehe u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48 ff. (bzgl. Schwangerschaft, Krankheit, Drogenabhängigkeit, Infektion u. a.); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 44 ff., (Schwangerschaft, Gewerkschaftszugehörigkeit, Vorstrafen, Schwerbehinderteneigenschaft, Krankheit, Alter, ethnische Herkunft). Vgl. auch *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321 f.; *J. Petersen*, JURA 2006, 904, 904.

¹⁰² § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG enthält z. B. eine gesetzlich ausdrücklich festgelegte Täuschungsmöglichkeit mit Blick auf Vorstrafen. Vgl. zur Thematik bspw. BAG NZA 1999, 975, 976; BAG NJW 2013, 1115, 1116; BAG NZA 2014, 1131, 1133; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 47; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 310; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 1, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 42; *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 45; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 66.

¹⁰³ AG Wiesbaden WuM 1992, 597, 597 f. (Rn. 10 f.); AG Hamburg WuM 1992, 598, 598; Siehe in der Literatur dazu *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 22; *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 67; *N. Fischer*,

wird eine entsprechende Debatte in Bezug auf das Versicherungsrecht geführt, wobei insofern §§ 19, 22 VVG im Vordergrund stehen.¹⁰⁴ Allerdings geht es auch bezüglich der mietrechtlichen sowie der versicherungsrechtlichen Fälle um B2C- und nicht um B2B-Konstellationen.

Im Arbeitsrecht werden darüber hinaus noch Fälle diskutiert, in denen ein Bewerber ein falsches – d. h. ein zu hohes – Vorgehalt beim alten Arbeitgeber angibt. Insofern liegen allerdings bislang keine rechtlichen Vorgaben des AGG vor.¹⁰⁵ Mit dieser Konstellation hat sich die gerichtliche Praxis zwar ebenfalls beschäftigt. Allerdings werden solche Fälle nicht einheitlich beurteilt. So hat das BAG in einem Fall ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite abgelehnt.¹⁰⁶ In einem anderen Fall gewährte ein Instanzgericht hingegen ein Anfechtungsrecht.¹⁰⁷ Die Literatur ist mit Blick auf diese Konstellation ebenfalls geteilter Ansicht.¹⁰⁸ Ob die Frage nach dem Vorgehalt als zulässig oder unzulässig angesehen wird, wird dabei oftmals mit Blick auf die Rahmenumstände beurteilt.¹⁰⁹ Wird von der Unzulässigkeit

NZM 2005, 567, 573 f.; *Bellinghausen* in: Hannemann/Wiegner (Hrsg.), MAH Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 111 ff.; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 57 ff.

¹⁰⁴ Vgl. z. B. OLG Köln r+s 1992, 355, 355 (zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Anfechtung, „wenn der VersNeher bei Vertragsumstellung Gesundheitsfragen falsch beantwortet, die der Versicherer nicht nochmals erneut stellen darf, weil der VersNeher einen Anspruch auf Vertragsänderung hat“). Vgl. aber auch OLG Hamm BeckRS 2019, 37498 (ein Anfechtungsrecht gem. § 22 VVG i. V. m. § 123 BGB bejahend, sofern die Frage nach dem Drogenkonsum bei einer Berufsunfähigkeitsversicherung falsch beantwortet wird).

¹⁰⁵ Zukünftig werden Fragen nach dem Vorgehalt allerdings unzulässig sein. Denn Art. 5 Abs. 2 der EU-Entgelttransparenz-Richtlinie untersagt es Arbeitgebern Bewerber nach ihrer Entgeltentwicklung in laufenden oder früheren Beschäftigungsverhältnissen zu befragen. Die EU-Entgelttransparenz-Richtlinie ist bis zum 07.06.2026 in deutsches Recht umzusetzen. Richtlinie (EU) 2023/970 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Mai 2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen. Speziell zu den Auswirkungen auf die Verhandlungsdynamik siehe *S. Jung*, NZA 2024, 18, 18 ff. Statt vieler einen Überblick über die Richtlinie gebend *dies.*, RdA 2024, (im Erscheinen).

¹⁰⁶ BAG VersR 1984, 373, 373 (Anfechtungsrecht abgelehnt). Auf Anfrage der Autorin haben sowohl das LAG Düsseldorf als auch das BAG angegeben, das Vorinstanzurteil nicht mehr verfügbar zu haben.

¹⁰⁷ A. A. ArbG Bad Oldesloe VW 70, 1170 (Ls.) zitiert nach: FHZivR 16 Nr. 126.

¹⁰⁸ Ein Anfechtungsrecht des getäuschten Arbeitgebers ablehnend *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 54; so genereller zum Reservationspreis auch *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 96; sich gegen ein Recht zu Lüge aussprechend *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 257 ff. (der die Frage allerdings gleichzeitig als unzulässig einstuft); differenzierend *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 308; ebenfalls differenzierend *Ehrlich*, DB 2000, 421, 421 f. (der insbesondere auch auf Situationen eingeht, in denen der Arbeitnehmer das Vorgehalt als Mindestvergütung fordert. Aus Sicht dieser Arbeit handelt es sich insofern um eine aktive Täuschung); wohl ebenfalls differenzierend *Linck* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 26 Rn. 43.

¹⁰⁹ Vgl. *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 37 (Die Frage als unzulässig ansehend, sofern „das bisherige Gehalt für die neue Stelle keine Aussagekraft und der Bewerber das bisherige Gehalt auch nicht als Mindestvergütung gefordert hat“); *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 184 („Die falsche Beantwortung der Frage nach

der Frage ausgegangen, wird dann meist auch in diesem Zusammenhang das sog. „Recht auf Lüge“ als Reaktion auf eine entsprechende Frage befürwortet.¹¹⁰ Die proaktive, d. h. anlasslose, Lüge scheint hingegen grundsätzlich abgelehnt zu werden.¹¹¹ Es gibt allerdings auch Stimmen, die kein Recht zur Lüge annehmen, selbst wenn die Frage als unzulässig angesehen wird.¹¹² Insofern unterscheidet sich die Diskussion von den bislang betrachteten Aspekten (wie der Frage nach der Schwangerschaft). Gewohnheitsrechtlich sind solche Bluffs somit wohl bereits deshalb nicht erfasst, da sie in den juristischen Kreisen nicht herrschend als legitim angesehen werden. Mit Blick auf Mietverhältnisse wird generell vertreten, dass der Vermieter kein „Recht auf Lüge“ bzgl. der von Vormietern gezahlten Miete hat,¹¹³ weshalb insoweit eine gewohnheitsrechtliche Regel ebenfalls nicht in Betracht kommt.

Betrachtet man Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht, d. h. die Praktizierung als rechtmäßig, die notwendige Dauer sowie die Billigung durch Rechtsprechung und Literatur, so lässt sich eine (abstrahierte) gewohnheitsrechtliche Regel wohl für B2C-Verhältnisse bei einer Antwort eines Verbrauchers auf eine unzulässige Frage bejahen. Dabei erfasst die Praxis bisher nur Fragen, deren Beantwortung mit einer Diskriminierungsgefahr verbunden ist, sowie Fragen nach besonders geschützten Informationen (gelöschte Vorstrafe zur Ermöglichung der Resozialisierung). Das Gewohnheitsrecht muss sich insofern rechtsatzmäßig formulieren lassen.¹¹⁴ Für die Formulierung der (abstrahierten) gewohnheits-

der früheren Vergütung ist kein Anfechtungsgrund, da die Frage dann unzulässig ist, wenn nicht die frühere Vergütung zum Ausgangspunkt für die Vergütungsverhandlungen genommen worden ist.“); *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 21 („Unzulässig ist auch die Frage nach dem in der vorherigen Stellung bezogenen Gehalt, wenn die bisherige Vergütung für die erstrebte Stelle keine Aussagekraft und der Bewerber sich bei seiner Gehaltsforderung auch nicht auf sein bisheriges Gehalt bezogen hat“); pauschaler für eine Unzulässigkeit *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 256 ff. (und konkret auf S. 259: „Ins Konkrete gewendet, wird man die Frage nach dem Vorgehalt somit auch dort als unstatthaft ansehen, wo ein Arbeitsplatzbezug gegeben ist.“). Wohl ebenfalls die Frage generell als unzulässig erachtend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 32 („Das bisherige Gehalt eines Bewerbers hat den Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu interessieren, weil ohnehin verhandelbar, die Verhandlungsposition einseitig schwächend und ohnehin nur von begrenzter Aussagekraft.“).

¹¹⁰ So z. B. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 96 f.; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 184; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 21; wohl entsprechend auch *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 37. Anders hingegen *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 258 ff.

¹¹¹ Vgl. z. B. *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 88 ff.

¹¹² So z. B. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 258 ff. (insb. S. 260, der für den Bewerber die Möglichkeit sieht, stattdessen eine Gehaltsvorstellung zu formulieren); ebenfalls ein Recht zur Lüge ablehnend *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 32 (der den Bewerber darauf verweist, die Auskunft zu verweigern).

¹¹³ *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 574.

¹¹⁴ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 177; *Frühauf*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006, S. 32; *Krebs/M. Becker*, JuS 2013, 97, 98;

rechtlichen Regel ist es zunächst entscheidend, noch einmal die Grundregel des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu postulieren. Diese könnte unter Berücksichtigung des Willens des historischen Gesetzgebers¹¹⁵ folgendermaßen lauten: „Arglistige Täuschungen sind per se rechtswidrig.“ Die enge, abstrahierte gewohnheitsrechtliche Regel könnte im Ergebnis dann so gefasst werden:

„Täuschungen eines Verbrauchers als Reaktion auf eine unzulässige Frage eines Unternehmers sind nicht rechtswidrig. Unzulässig ist eine Frage, sofern eine Diskriminierungsgefahr besteht bzw. der Gesetzgeber vorgibt, dass die andere Person ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse besitzt.“

Damit ist die Frage nach einer gewohnheitsrechtlichen Regel jedoch noch nicht vollständig beantwortet. Denn eine Besonderheit besteht hier auch darin, dass für bestimmte Aspekte rechtliche Vorgaben existieren. So ist im arbeitsrechtlichen Bereich z.B. das AGG zu berücksichtigen. § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG enthält zudem – wie bereits erwähnt – die gesetzlich ausdrücklich festgelegte Täuschungsmöglichkeit mit Blick auf Vorstrafen. In Bezug auf das Versicherungsrecht stehen die §§ 19, 22 VVG im Vordergrund. Bezüglich anderer Aspekte greifen die rechtlichen Vorgaben hingegen nicht direkt. Daraus resultieren zahlreiche Fragen: Inwieweit wirken die gesetzlichen Vorgaben auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ein? Ist eine gewohnheitsrechtliche Regel bereits zuvor entstanden? Falls ja, wurde die gewohnheitsrechtliche Regel durch die neuen gesetzlichen Vorgaben geändert oder ganz bzw. teilweise ersetzt? Falls nein, hat sich die Regulierung auf die Entstehung des Gewohnheitsrechts ausgewirkt? Wie sind Aspekte zu bewerten, für die es keine gesetzlichen Grundlagen gibt? Kann insofern Gewohnheitsrecht bejaht werden? Inwieweit wirken sich die rechtlichen Vorgaben auf die Analogiefähigkeit aus?

Pauschal betrachtet erscheint die Bejahung von Gewohnheitsrecht auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben zumindest dann gut vertretbar, wenn man davon ausgeht, dass die genannten Spezialregeln zwar einen eindeutigen Telos haben, aber zur Modifizierung des Wortlautes des § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB in diesen Fällen gerade nichts sagen. Dann hätten diese gesetzlichen Regeln zwar nach und nach den Anwendungsbereich der Durchbrechungen des Wortlautes des § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB erweitert, aber es wäre immer noch allein die Rechtsprechung gewesen, die im Einvernehmen mit der Literatur, vom Wortlaut des § 123 Abs. 1 1. Alt. BGB abgewichen wäre. Doch auch mit Hilfe der Annahme einer solchen engen, abstrahierten gewohnheitsrechtlichen Regel lässt sich die gewünschte Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im B2B-Bereich nicht begründen, weil sie eindeutig zu eng gefasst ist. Ob sie im Wege der Rechtsfortbildung die Basis für eine Gesetzes- oder Rechtsanalogie bilden und somit zur

Merten in: Staudinger – EBGGB, 2018, Art. 2 Rn. 93; zur Notwendigkeit der sprachlichen Formulierung auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 357; Schwacke, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 12.

¹¹⁵ Siehe dazu z.B. näher unter 3. Teil, A.VII.

generellen Unterscheidung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs dienen kann, wird noch zu prüfen sein (siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.2. und 3.).

5. Zwischenergebnis

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass die wertungsmäßig erarbeitete Lösung (siehe unter 4. Teil, I.) weder durch eine Ausnahme von Bluffs aus dem verrechtlichten Bereich (siehe unter 5. Teil, A.II.) noch durch Auslegung mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast (siehe unter 5. Teil, A.III.1.) noch durch Gewohnheitsrecht (siehe unter 5. Teil, A.III.2.) erzielt werden kann. Im Folgenden wird daher erörtert, ob mit Hilfe einer Rechtsfortbildung die gewünschte Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen erreicht werden kann.

IV. Mögliche Rechtsfortbildungen

1. Fehlendes Rechtsfortbildungsbedürfnis?

Bevor im Folgenden die möglichen Rechtsfortbildungen untersucht werden, soll an dieser Stelle zunächst diskutiert werden, ob dafür überhaupt ein Bedürfnis besteht.¹¹⁶ In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass in unternehmerischen Verhandlungen viel getäuscht wird, und zwar auch über Aspekte außerhalb von Preis und Leistung (siehe dazu näher unter 2. Teil, A.II.). Gleichzeitig offenbart ein Blick auf das empirisch ermittelte *Judiz* jedoch, dass die befragten deutschen Richter praktisch nur bei Täuschungen über den Leistungsgegenstand (Verkäufer)¹¹⁷ und in abgeschwächter Form auch bei Lügen über die Rechtslage (Unzulässigkeit) mehrheitlich annehmen, dass der deutsche Gesetzgeber die getäuschte Seite *de lege lata* schützt.¹¹⁸ Die Siegener Studie zeigt somit, dass die befragten Richter mehrheitlich annehmen, dass das Gesetz listige Täuschungen bereits in seiner jetzigen Form kennt. Dass dies *de facto* Auswirkungen auf das Verhalten von getäuschten Personen haben wird, wurde bereits unter 4. Teil, G.IV.2.c) diskutiert. Aus Sicht

¹¹⁶ Mit Blick auf die Rechts- oder Gesetzesanalogie bzw. die teleologische Reduktion bedarf es keines Nachweises eines rechtspolitischen Bedürfnisses. Vgl. *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 202 (allg. zur Analogie).

¹¹⁷ Das *Judiz* der deutschen Richter bezüglich Täuschungen über den Preis i. e. S. wurde nicht untersucht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das *Judiz* der Richter für ein Anfechtungsrecht sprechen würde. Denn die deutschen Richter befürworteten ihrem Rechtsgefühl nach Rechtsfolgen für solche Bluffs und Rechtsgefühl und *Judiz* liegen bei dieser befragten Gruppe nach den Ergebnissen der Siegener Studie relativ nah beieinander.

¹¹⁸ Bei Täuschungen über den Vertragsgegenstand (Übertreibung) gehen 79 % der Anwälte, 78 % der Studierenden und 89 % der Richter von der Anfechtbarkeit aus. Bei der abgefragten Täuschung über die Rechtslage gingen 52 % der Studierenden, 60 % der Anwälte und 62 % der Richter davon aus, dass solche Bluffs rechtswidrig sind (siehe Abb. 51 ff.).

des Rechtsverkehrs bedeutet dies vor allem, dass derzeit Unsicherheit über die Rechtslage besteht. Nun ließe sich argumentieren, dass dies für den Rechtsverkehr keine Relevanz entfaltet, da in der Praxis Anfechtungen über Täuschungen außerhalb von Preis und Leistung nicht gerichtlich durchgesetzt werden.¹¹⁹ Es könnte also an einem Rechtsfortbildungsbedürfnis fehlen.

Für ein Rechtsfortbildungsbedürfnis lassen sich jedoch vereinzelte Urteile zu Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands anführen.¹²⁰ Diese Einzelfälle unterstreichen die bestehende Rechtsunsicherheit. Denn die Rechtsprechung ist bzgl. dieser Aspekte entweder nicht einheitlich oder es wird in Einzelfällen eine Anfechtung zugelassen, obwohl dies nach hier vertretener Ansicht wertungsmäßig abzulehnen wäre.¹²¹

Außerdem bedeutet allein das Fehlen von Rechtsprechung nicht, dass sich die Rechtslage überhaupt nicht auf die Praxis auswirkt. Denn unternehmerische Verhandlungen finden „im Schatten des Rechts“¹²² statt. Unternehmer klagen zwar meistens nicht, berücksichtigen aber die Rechtslage bei ihren Verhandlungen bzw. in Rahmen von Nachverhandlungen. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB kann nach geltender – d. h. umfassender – Interpretation somit als Druckmittel, d. h. als eine Art „Damoklesschwert“, genutzt werden. Denn die bisherige scheinbare pauschale Erfassung aller Bluffs verschiebt die (wahrgenommene) Verhandlungsmacht.¹²³ Besteht eine Rechtsunsicherheit über die Kategorisierung bestimmter Täuschungen, kann eine Seite somit gegebenenfalls (aus wertungsmäßiger Sicht) unberechtigte Vorteile erlangen. Allgemeiner könnte auch argumentiert werden, dass die Rechtsordnung ein generelles Interesse daran hat, zu wertungsmäßig stimmigen Ergebnissen zu gelangen und nicht stattdessen darauf zu vertrauen, dass das Recht andernfalls nicht durchgesetzt wird. Im schlimmsten Fall könnte die Rechtsordnung dadurch an Ansehen verlieren.¹²⁴

Es ließe sich allerdings noch überlegen, ob der vertragliche Ausschluss des Anfechtungsrechts für bestimmte Täuschungsgegenstände die Problematik um die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entschärfen und damit ein Bedürfnis nach einer Rechtsfortbildung entfallen lassen könnte. Unter 2. Teil, B.I.15. wurde bereits erörtert, ob und, wenn ja, inwiefern § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr dispositiv ist. Im Ergebnis ist eine entsprechende im Voraus getroffene vertragliche Abrede für Fälle, in denen die Geschäftspartner bzw. Personen, die nicht

¹¹⁹ Zur fehlenden Rechtsprechung außerhalb von Täuschungen über den Vertragsgegenstand bereits unter 2. Teil, B.II.2.b) bis d) sowie zu den möglichen Gründen unter 2. Teil, B.II.3.

¹²⁰ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, B.II.2.d).

¹²¹ Z. B. bzgl. Täuschungen über einen „Freundschaftspreis“. Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.b).

¹²² Siehe zum Verhandeln im Schatten des Rechts auch S. *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 76 f.

¹²³ Zur Verhandlungsmacht siehe auch S. *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 281.

¹²⁴ Zu dieser Problematik auch bereits unter 4. Teil, G.IV.2.c).

als Dritte i.S.v. § 123 Abs. 2 BGB einzuordnen sind,¹²⁵ arglistig täuschen, abgeschlossen.¹²⁶ Das gilt sowohl für entsprechende Vereinbarungen in AGB als auch für individualvertragliche Abreden,¹²⁷ und zwar unabhängig davon, ob es sich um B2C- oder B2B-Verträge handelt. *De lege lata* stellt die Dispositivität somit ebenfalls keine Lösung für die Abgrenzung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs dar.

Selbst angenommen § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wäre dispositiv, würde die Abdingbarkeit den Parteien bereits aus praktischer Sicht nur begrenzt weiterhelfen. Zwar zeigt ein Blick auf die ausführliche Debatte um diesen Aspekt im US-amerikanischen Recht,¹²⁸ dass die Parteien u.U. entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten nutzen würden. Allerdings ist zu bedenken, dass insofern wohl kulturelle Unterschiede zwischen den USA und Deutschland bestehen und entsprechende Klauseln daher wohl weniger häufig verwendet würden. Dieser kulturelle Unterschied kann unter anderem auch damit begründet werden, dass deutsche Verhandler durch die weite Inhaltskontrolle geprägt sind. Außerdem sprechen weitere Argumente dafür, dass die Parteien von der vertraglichen Abdingbarkeit vermutlich nur beschränkt Gebrauch machen würden. Denn gegen die Nutzung der privatautonomen Regelungsmöglichkeit kann eingewandt werden, dass Täuschungen in Verhandlungen zwar teilweise unausgesprochen von den Parteien toleriert werden mögen bzw. die Verhandler gehen davon aus, dass ihr Gegenüber nicht immer die Wahrheit sagen wird, aber dass die meisten Parteien ein solches Verhalten wohl nicht vertraglich (d.h. aktiv) gestatten würden. Zumal dann auch der Bluff in vielen Fällen nicht die gewünschte Wirkung entfalten würde, da der Vertragspartner dann wahrscheinlich einen besonders hohen Aufwand betreiben würde, um Lügen aufzudecken. Zudem wäre eine solche vertragliche Abrede ein negatives Signal an die Gegenseite und würde regelmäßig den Aufbau vertrauensvoller Beziehungen er-

¹²⁵ Siehe zu § 123 Abs. 2 BGB näher unter 2. Teil, B.I.9.a) bis d).

¹²⁶ BGH NJW 2007, 1058, 1058 f. (Rn. 18); BGH NJW 2012, 296, 298 (Rn. 27); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 16; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 87; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 121; vgl. auch *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 1; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 3 (zur grds. Nichtabdingbarkeit). So auch bereits *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1, 1898, S. 442 f. (der dies aus dem römischen Recht ableitet). *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96 mahnen, diesen Grundsatz nicht zu verabsolutieren. Sie befürworten eine Einschränkung, wenn „dieser Schutz unter gleich starken Partnern in freier Selbstbestimmung aufgegeben wird und der Verzicht einem berechtigten Interesse dient“. Zur Situation eines durch den Vertrag begünstigten Dritten siehe BGH NJW 2012, 206, 298 (Rn. 27 ff.).

¹²⁷ Vgl. auch *Ellenberger* in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, § 19 = S. 401 f. (nur in Bezug auf individualvertragliche Abreden); *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 1044; *Köhler*, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 61a; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 96; anders und differenzierend: *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 802.

¹²⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.11.

schweren.¹²⁹ Selbst im Fall der Dispositivität § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB würde das Problem daher wohl nur entschärft, aber nicht gelöst, da nicht zu erwarten ist, dass die Parteien diese vertragliche Regelungsoption extensiv nutzen würden.

Außerdem erschiene eine Lösung über die Dispositivität auch aus regelungstechnischer Sicht fragwürdig. Dispositives Recht ist generell darauf ausgerichtet, den Parteien Transaktionskosten zu ersparen, da die gesetzliche Lösung den Regelfall darstellen sollte, auf den sich die Parteien in Verhandlungen einigen würden.¹³⁰ Wie dargelegt, wäre dies mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB jedoch gerade nicht der Fall. Die andere mögliche gewünschte Wirkung der Regelung, namentlich die Steuerungswirkung,¹³¹ kann das Gesetz bzgl. bestimmter Täuschungsgegenstände allerdings ebenfalls nicht entfalten.¹³²

Mit Hilfe der Dispositivität kann somit die Problematik der Abgrenzung von „listigen“ und arglistigen Täuschungen damit höchstens entschärft, nicht jedoch gelöst werden. Schließlich ist zu beachten, dass das materielle Rechtsfortbildungsbedürfnis für eine Analogie und eine teleologische Reduktion ohnehin nicht anerkannt ist, weil dort letztlich das Gleichbehandlungsgebot über die Zulässigkeit dieser Rechtsfortbildungsoptionen entscheidet.

Im Ergebnis kann somit nach hier vertretener Ansicht ein Rechtsfortbildungsbedürfnis festgestellt werden.¹³³ Für die noch zu prüfenden Rechtsfortbildungen bedeutet dies zugleich, dass die Planwidrigkeit jedenfalls nicht gestützt auf ein fehlendes Rechtsfortbildungsbedürfnis verneint werden kann.

¹²⁹ In der Verhandlungsliteratur wird insofern von *rapport* gesprochen. Siehe dazu S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 323.

¹³⁰ Vgl. zum Zweck Transaktionskosten zu reduzieren z. B. Basedow, The American Journal of Comparative Law 28 (2008), S. 703, 715; Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 40 (mit weiteren Überlegungen zur Thematik). Vgl. außerdem Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, 2010, S. 363 f. („Imitator privater Verhandlungslösungen, die realiter, effiziente, Pareto-optimale Vertragsgestaltungen produzieren“).

¹³¹ Vgl. Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 133 ff., 158 ff. zur Verhaltenssteuerung als vorrangigem Ziel des Rechts; vgl. auch Krimphove, Rechtsethologie, 2021, S. 134 m. w. N. zur Verhaltenssteuerung als vorrangigem Ziel des Rechts. In diesem Fall würde die dispositive Regelung ein sog. *nudging* darstellen. Siehe zum *nudging* bei der rechtlichen Gestaltung beispielsweise Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 438 ff.; Purnhagen/Reisch, ZEuP 2016, 629, 629 ff.; G. Kirchhof, ZRP 2015, 136, 136 ff.; Hufen, JuS 2020, 193, 196. Sunstein/Reisch, Journal of European Consumer and Market Law 8 (2019), 93, 93 ff. gehen allgemein darauf ein, welche Anforderungen Gesetzgeber beim *nudging* berücksichtigen sollten.

¹³² Das liegt u. a. am entgegenstehenden Rechtsgefühl. Siehe zum Rechtsgefühl näher unter 4. Teil, C.

¹³³ In anderem Kontext darauf hinweisend, dass es risikoreich ist, überschießend zu regulieren Wagner, AcP 222 (2022) 56, 95 („Schließlich ist es rechts- und ordnungspolitisch verfehlt, übermäßig strenge Regeln zu postulieren und dann augenzwinkernd darauf zu vertrauen, sie würden schon nicht richtig durchgesetzt. Eine solche Haltung ist scheinheilig und birgt große Risiken.“).

2. Gesetzesanalogie zur als möglich angesehenen gewohnheitsrechtlichen Regel?

Unter 5. Teil, A.III.4.b) wurde angesprochen, dass wegen der gesetzesgleichen Wirkung von Gewohnheitsrecht¹³⁴ ein ggf. bestehender gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz Basis einer Analogie darstellen könnte. Diesbezüglich kommt logisch vorrangig eine Gesetzesanalogie aber auch eine Rechtsanalogie (dazu näher unter 5. Teil, A.IV.3.) in Betracht.

Voraussetzung einer Gesetzesanalogie ist zum einen eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.¹³⁵ Außerdem bedarf es einer hinreichenden rechtlichen Ähnlichkeit des geregelten Falls (hier der ggf. bestehenden gewohnheitsrechtlichen Regel) und des unregulierten Falls, wobei diese Ähnlichkeit so groß sein muss, dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt werden kann.¹³⁶ Anders als bei der Rechtsanalogie wird die Ähnlichkeit somit dadurch nachgewiesen, dass die bestehenden Unterschiede eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen können.¹³⁷

a) Planwidrige Unvollständigkeit

Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen im unternehmerischen Bereich könnte die planwidrige Lücke in der mangelnden Beschäftigung des Gesetzgebers mit „harmloseren“ Bluffs und der daraus fehlenden Ausnahmebestimmung erblickt werden. Betrachtet man den Gesetzgebungsprozess des BGB,¹³⁸ so scheint die Problematik in der Tat vollständig ausgeblendet worden zu sein. Es deutet nichts darauf hin, dass „harmlosere“ Täuschungen bei der Fassung des Gesetzes konkret berücksichtigt wurden.

Unter Umständen ließe sich jedoch argumentieren, dass der Gesetzgeber vor allem schwere Täuschungen im Blick hatte. Denn ursprünglich verwendete der his-

¹³⁴ Vgl. statt vieler *Frühauß*, Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht, 2006. S. 5; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 152 (Rn. 232) („Von der traditionellen Rechtsquellenlehre wird auch das Gewohnheitsrecht als eigenständige Quelle objektiven Rechts anerkannt.“); *Groh* in: K. Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 31. Ed. 2023, Stichwort: Recht.

¹³⁵ BGH NJW 1997, 2683, 2684; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 94 und 99; *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 381 (allg. zur Analogie); *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 475 (allg. zur Analogie); allgemein zur Analogie auch *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 383, 385.

¹³⁶ Vgl. z. B. *Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 381; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 477; ausführlich auch *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 94 und 100; allgemein zur Analogie auch *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 389; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 545 f. (Rn. 889).

¹³⁷ Indirekt so BGH NJW 1997, 2683, 2684. Ähnlich bzw. indirekt auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 545 f. (Rn. 889); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 56 f. Vgl. auch *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 156 zum Unterschied zwischen Rechts- und Gesetzesanalogie.

¹³⁸ Siehe zur Schaffung des BGB näher unter 3. Teil, A.VII.

torische Gesetzgeber den Begriff „Betrug“. Er änderte die Formulierung dann später und nutzte stattdessen die Bezeichnung „arglistige Täuschung“. Damit sollte vor allem verdeutlicht werden, dass im Unterschied zum strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB) kein Vermögensschaden beim Getäuschten vorliegen muss.¹³⁹ Das lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber vor allem solche Bluffs im Sinn hatte, die potenziell auch einen Betrug darstellen könnten, wobei es dabei nicht auf den Vermögensschaden ankommen sollte. Gerade diese Änderung rückt jedoch „harmlose“ Bluffs in den Vordergrund, was der Gesetzgeber ggf. übersehen haben könnte, da dies an keiner Stelle näher erörtert wird.

Aus den Motiven geht zudem nicht hervor, dass die Begriffsänderung abgesehen von der fehlenden Voraussetzung eines Vermögensschadens weitere Auswirkungen haben sollte. Im Rahmen des § 263 StGB wird allerdings die Abgrenzung von Tatsachen und (bloßen) Meinungsäußerungen sowie marktschreierischen Anpreisungen auch heute noch stärker diskutiert als dies in Bezug auf Täuschungen der Fall ist. Mit Blick auf § 263 StGB wird beispielsweise die Verkehrsauffassung berücksichtigt¹⁴⁰ und erörtert, ob ein Vertrauen auf die Aussage im konkreten Fall berechtigt ist¹⁴¹ (dazu bereits unter 4. Teil, H.VII.). Auch so gesteht das Strafrecht im unternehmerischen Bereich den Verhandlern einen gewissen „Täuschungsspielraum“ zu.¹⁴² Viele praxisnahe Bluffs werden allerdings mit Blick auf § 263 StGB ebenfalls nicht explizit erörtert. Zumindest in Bezug auf Irreführungen bezüglich besserer Alternativangebote wird in der Literatur aber die Ansicht vertreten, dass diese keinen Betrug i. S. d. § 263 StGB darstellen.¹⁴³ Insofern wird vorgetragen, dass das Wirtschaftsleben zwar ein lauterer Verhalten erfordere, dies jedoch nicht bedeute, dass jeder Einzelne „geradezu mit offenen Karten“ spielen müsse.¹⁴⁴ Es wird weiter ausgeführt:

¹³⁹ Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Motive, § 103 (S. 722).

¹⁴⁰ Vgl. bspw. BGH NJW 2004, 375, 379; *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 116 (zur Bestimmung des Tatsachenkerns mit Hilfe der Verkehrsauffassung). Z. B. mit Blick auf die Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Meinungen *Hefendehl* in: MüKo StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 116. Im gesamten Irrtumsrecht inklusive der arglistigen Täuschung und der Drohung werden in den Gesetzgebungsmaterialien zudem weder die Verkehrssitte noch Gewohnheiten erwähnt, vgl. Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Motive, § 95 – 104, 146 (S. 456 – 468, 508).

¹⁴¹ *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 93; *Kindhäuser/Hoven* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn. 88 (der das Nicht-Vertrauendürfen auf die mangelnde Ernsthaftigkeit von Anpreisungen zurückführt).

¹⁴² Ansonsten wird der „Täuschungsspielraum“ vor allem durch die Anforderungen an die Vermögensverfügung und den Vermögensnachteil erreicht, welche wiederum mit den Anforderungen an den Vermögensvorteil korrespondieren müssen. Darüber hinaus muss der Täuschende die Absicht besitzen, diesen Vermögensvorteil zu erlangen, was ebenfalls zu einer Differenzierung beiträgt.

¹⁴³ *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände, 2011, S. 93; *Bockelmann*, ZStW 79 (1967), 28, 33.

¹⁴⁴ *Bockelmann*, ZStW 79 (1967), 28, 33.

„Es ist wohl noch niemand auf die Idee gekommen, denjenigen wegen Betruges zu bestrafen, der, um einen Kaufinteressenten zu höheren oder selbst überhöhten Preisangeboten zu reizen, der Wahrheit zuwider behauptet, es sei ihm von anderer Seite schon mehr geboten worden.“¹⁴⁵

Hier wird daher im Ergebnis vertreten, dass der historische Gesetzgeber an „harmlose“ Bluffs (z. B. über den *reservation price*, Emotionen und Deadlines) nicht gedacht hat, da sie aufgrund der Struktur des § 263 StGB von der strafrechtlichen Vorschrift zumindest in gewissem Umfang nicht erfasst sind. Alternativ ließe sich zumindest anführen, dass der Gesetzgeber ein ähnliches Verständnis wie beim Betrug auch im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befürwortete. Im letzteren Fall wäre zumindest eine kleine Lücke nachträglich aufgetreten, da die Täuschung in § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB heute nicht entsprechend interpretiert wird und somit (nachträglich) zumindest eine beschränkte Ausnahmerebestimmung fehlt.¹⁴⁶ Eine nachträgliche Lücke durch eine Änderung in einem Spezialfall ließe sich schließlich auch noch bei Bejahung des oben diskutierten gewohnheitsrechtlichen Ausnahmesatzes bejahen, weil dessen Auswirkungen im Gesetz ebenfalls nicht mitgedacht sind. Eine planwidrige Lücke kann somit nach hier vertretener Ansicht bejaht werden.

b) Hinreichend große rechtliche Ähnlichkeit des geregelten und des unregulierten Falls

Neben der planwidrigen Lücke bedarf es außerdem einer hinreichend großen Ähnlichkeit des geregelten und des unregulierten Falls. Bei der Gesetzesanalogie wird insofern kein umfassender Rechtsähnlichkeitstest vorgenommen. Es wird vielmehr lediglich geprüft, ob die (wenigen) Abweichungen zwischen dem geregelten und dem unregulierten Fall eine unterschiedliche Behandlung tragen können. Die Vielzahl der Unterschiede zwischen den anerkannten Ausnahmen (aus denen sich ggf. eine [enge] gewohnheitsrechtliche Regel herleiten ließe) und den in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Fällen lassen jedoch große Zweifel an der Möglichkeit einer Gesetzesanalogie aufkommen. Denn die in der Literatur und Rechtsprechung diskutierten Ausnahmen beschränken sich auf Lügen als Reaktion auf eine gestellte Frage, wogegen die wertungsmäßig geforderte Differenzierung auch für proaktive Lügen gelten sollte. Außerdem stammen die anerkannten Ausnahmen vor allem aus dem Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis und nicht aus dem B2B-Bereich. Darüber hinaus beziehen sich die Ausnahmen nur auf unzulässige Fragen, die meist noch mit einer potenziellen Diskriminierungsgefahr verbunden sind. Es geht diesbezüglich um sensible, persönliche Informationen wie das Vorliegen einer Schwangerschaft, die Zugehörigkeit zu einer Religion, die ethnische Her-

¹⁴⁵ Bockelmann, ZStW 79 (1967), 28, 33.

¹⁴⁶ Dazu, dass aus rechtshistorischer Sicht nach und nach praktisch alle Differenzierungsmöglichkeiten aufgegeben wurden, bereits unter 3. Teil, A.VII.

kunft¹⁴⁷ oder um Vorstrafen.¹⁴⁸ Bei den hier untersuchten Bluffs sind hingegen keine Diskriminierungen zu fürchten. Aufgrund dieser Vielzahl von Unterschieden zwischen dem geregelten und dem ungeregelten Fall sowie vor allem auch aufgrund der Intensität der Unterschiede kann die hinreichende rechtliche Ähnlichkeit im Sinne der Gesetzesanalogie nicht festgestellt werden. Umgekehrt ausgedrückt kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Unterschiede eine differenzierte Behandlung rechtfertigen können. Mit Hilfe einer einfachen Gesetzesanalogie zur möglicherweise bestehenden gewohnheitsrechtlichen Ausnahme kann die wertungsmäßig wünschenswerte Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen somit nicht erreicht werden.

3. Rechtsanalogie zur als möglich angesehenen gewohnheitsrechtlichen Regel?

a) Einleitung

Eine weitere Lösungsoption stellt eine Rechtsanalogie zur oben als zumindest plausibel angesehenen gewohnheitsrechtlichen Regel dar. Diese ggf. bestehende gewohnheitsrechtliche Regel gibt vor, dass „Täuschungen eines Verbrauchers als Reaktion auf eine unzulässige Frage eines Unternehmers nicht rechtswidrig sind. Unzulässig ist eine Frage, sofern eine Diskriminierungsgefahr besteht bzw. der Gesetzgeber vorgibt, dass die andere Person ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse besitzt“. Wie bzgl. der Gesetzesanalogie bedarf es auch mit Blick auf die Rechtsanalogie einer planwidrigen Lücke.¹⁴⁹ Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen (siehe unter 5. Teil, A.IV.2.a)) und von einer entsprechenden Lücke ausgegangen werden. Die Rechtsanalogie kommt sodann nur in Betracht, wenn die einfache Gesetzesanalogie aufgrund zu großer Unterschiede nicht bejaht werden kann.¹⁵⁰ Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt (siehe unter 5. Teil,

¹⁴⁷ Zu unzulässigen und zulässigen Fragen zu diesen und weiteren Aspekten siehe u. a. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 48 ff. (bzgl. Schwangerschaft, Krankheit, Drogenabhängigkeit, Infektion u. a.); *Feuerborn* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 44 ff., (Schwangerschaft, Gewerkschaftszugehörigkeit, Vorstrafen, Schwerbehinderteneigenschaft, Krankheit, Alter, ethnische Herkunft). Vgl. auch *Preis/Bender*, NZA 2005, 1321, 1321 f.; *J. Petersen*, JURA 2006, 904, 904.

¹⁴⁸ § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG enthält z. B. eine gesetzlich ausdrücklich festgelegte Täuschungsmöglichkeit mit Blick auf Vorstrafen.

¹⁴⁹ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 157; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 475 (allg. zu den Varianten der Analogie); allgemein zur Analogie auch *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 383, 385 („Eine Analogie setzt voraus, daß eine Gesetzeslücke oder Regelungslücke besteht.“; „Eine faktische Lücke ist zwar eine notwendige Voraussetzung für eine Gesetzeslücke, reicht aber nicht aus. Erforderlich ist eine planwidrige Lücke.“); *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 126 und 156. Zu den Voraussetzungen einer Rechtsanalogie auf europäischer Ebene auch *Krebs/S. Jung* in: S. Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 172.

¹⁵⁰ Insofern auf die Risiken einer Gesamtanalogie hinweisend *Larenz*, Methodenlehre der

A.IV.2.b)). Die Rechtsanalogie weist die Ähnlichkeit zwischen dem geregelten und dem unregulierten Fall dadurch nach, dass sich der geregelte Fall zu einem Prinzip abstrahieren lässt, welches auch den unregulierten Fall erfasst und für den kein gegenläufiges Prinzip im konkreten Anwendungsfall existiert.¹⁵¹ Da es um die Herleitung eines Prinzips geht und dies ein sehr unsicheres Verfahren ist,¹⁵² wird die Rechtsanalogie meist in Form einer Gesamtanalogie zu mehreren Normen praktiziert.¹⁵³ Sie ist jedoch nicht an eine Vielzahl von Normen gebunden.¹⁵⁴ Es ist daher grundsätzlich auch eine Rechtsanalogie basierend auf einer ggf. bestehenden gewohnheitsrechtlichen Ausnahme zu § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB denkbar.

Um die erarbeitete wertungsmäßige Lösung zu erzielen, bedürfte es im Ergebnis einer Abstraktion weg vom B2C-Verhältnis hin zur Erfassung aller Fälle, d. h. auch Bluffs in B2B-Verhandlungen. Zudem müsste eine Abstraktion mit Blick auf anlasslose Lügen durch eine Aussage (ohne vorherige Frage) bejaht werden können. Eine Erörterung der genannten Punkte erübrigt sich jedoch, wenn bereits eine analoge Anwendung auf andere Bluffs (z. B. auf Lügen über Konkurrenzangebote) ausscheidet. Dieser Aspekt wird daher vorrangig im Folgenden unter 5. Teil, A.IV.3.b) geprüft.

Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 386 („Der Umstand, daß es für die Gerichte sehr schwierig ist, die volle Tragweite eines von ihnen aufgefundenen allgemeinen Rechtsgrundsatzes sogleich zu übersehen, läßt es ihnen mitunter als ratsam erscheinen, sich vorerst mit einer Einzelanalogie zu begnügen, auch wo eine Gesamtanalogie naheläge.“). Zu den Voraussetzungen einer Rechtsanalogie auf europäischer Ebene auch *Krebs/S. Jung* in: S. Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 172.

¹⁵¹ Vgl. z. B. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 155 ff.; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 478; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 232; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 547 (Rn. 892). *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 50, S. 126, S. 155 und auf S. 239 zur möglichen Überlagerung des Prinzips „von einem anderen Rechtsgedanken“. Zu den Voraussetzungen einer Rechtsanalogie auf europäischer Ebene auch *Krebs/S. Jung* in: S. Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 2 Rn. 172.

¹⁵² Auf Unsicherheiten beim Nachweis solcher Rechtsprinzipien hinweisend *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 240.

¹⁵³ Vgl. z. B. *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 478; *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 397; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 547 (Rn. 892); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 155; *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 155.

¹⁵⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 388; *Krebs*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 50 und S. 155.

b) Analoge Anwendung auf Bluffs über den Entscheidungswert?

An dieser Stelle wird überlegt, ob eine Abstraktion der gewohnheitsrechtlichen Regel zur Erfassung weiterer Täuschungen (zumindest bzgl. unzulässiger Informationsverlangen) führen könnte. Diesbezüglich erscheint es im Prinzip möglich aus der ggf. zu bejahenden, (engen) gewohnheitsrechtlichen Regel, die sich lediglich auf Diskriminierungsgefahren bezieht bzw. gesetzlich vorgegebene Geheimhaltungsinteressen berücksichtigt, folgendes Prinzip zu abstrahieren: Eine Täuschung ist zulässig, sofern die täuschende Seite ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse innehat, dem kein legitimes Interesse der getäuschten Seite entgegensteht.

Im Folgenden soll jedoch anhand von Täuschungen über den Entscheidungswert gezeigt werden, dass selbst diese Abstraktion nicht zur Erfassung der in dieser Arbeit diskutierten Bluffs durch eine Analogie führen würde. Bei unternehmerischen Entscheidungen stehen vor allem Erkundigungen nach dem BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*), Einkaufspreisen und Verdienstspannen und jeweils darauf bezogene Lügen im Vordergrund. In Deutschland wird diesbezüglich teils vom Entscheidungswert gesprochen.¹⁵⁵ Insofern kann ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse der täuschenden Seite im Ergebnis bejaht werden. Denn aus verhandlungstaktischer Sicht ist es zentral, den eigenen Entscheidungswert nicht zu offenbaren. Nicht umsonst empfiehlt auch die Verhandlungsliteratur „Schütze dein BATNA“¹⁵⁶.

Die entscheidende Frage ist daher, ob der Fragende ein legitimes Interesse an Informationen über das BATNA der Gegenseite hat. Zu bedenken ist insofern, dass in unternehmerischen Verhandlungen das BATNA beider Seiten für die Bestimmung des ZOPA¹⁵⁷ (*zone of possible agreement*) bzw. des NOPA (*no possible agreement*) notwendig ist. Beide BATNA spielen damit auch für die Verteilung des sog. Verhandlungskuchens¹⁵⁸ eine zentrale Rolle. Dies gilt vor allem für Einkäufer. Auf Verkäuferseite werden statt des BATNA häufig Selbstkosten und Gewinnmargen zur Entscheidung herangezogen.¹⁵⁹ Im Gegensatz zum Arbeitsrecht lassen

¹⁵⁵ Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 256 ff. (ab S. 260 diskutiert der Autor dann Täuschungen über die Verdienstspanne). Die Diskussion um die vom Vermieter gezahlte Miete ist hingegen nicht im gleichen Maße vergleichbar. Der Unterschied besteht hier darin, dass mit neuen Mietern regelmäßig verhandelt wird, wenn das alte Mietverhältnis bereits nicht mehr besteht oder in absehbarer Zeit endet. In der Regel stellt eine Weitervermietung an den bisherigen Mieter daher keine Alternative zum Vertragsabschluss mit dem neuen Interessenten dar (und damit auch kein BATNA [*best alternative to a negotiated agreement*], siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.1.). Die gezahlte Miete ist auch nicht mit Einkaufspreisen bzw. Selbstkosten des Verkäufers zu vergleichen. Denn sie sagt nichts über die für den Vermieter anfallenden Kosten bzw. über erzielbare Gewinnmargen aus.

¹⁵⁶ S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 319.

¹⁵⁷ Siehe dazu bereits unter 2. Teil, A.V.1.

¹⁵⁸ Im englischsprachigen Raum wird der Begriff *negotiation pie* verwendet. Der Verhandlungskuchen beschreibt den Gesamtwert der Verhandlung, das heißt die Summe der Vorteile, die sich daraus für beide Seiten ergeben. Vgl. S. Jung/Krebs, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 279.

¹⁵⁹ S. Jung/Matejek, ZKM 2021, 103, 105.

sich aus Fragen nach diesen Aspekten damit ausnahmslos wertvolle Informationen für die Verhandlung gewinnen.¹⁶⁰ Allgemeiner formuliert, lässt sich der fragenden Seite somit ein (legitimes) Informationsinteresse nicht absprechen.¹⁶¹

In der Literatur wird allerdings angenommen, dass die Frage nach dem Entscheidungswert gegen das Gebot fairen Verhandeln verstößt.¹⁶² Es könnte daher überlegt werden, ob mit Hilfe des Gebots fairen Verhandeln¹⁶³ (so man dieses Gebot überhaupt akzeptiert) dem Vertragspartner in B2B-Verhandlungen ein legitimes Interesse an der Information abgesprochen werden könnte. Es muss jedoch nach hier vertretener Ansicht nicht gegen das Gebot fairen Verhandeln verstoßen, das BATNA des Verhandlungspartners zu erforschen. Wäre das BATNA beider Seiten bekannt, könnten die Parteien sogar viel besser einschätzen, ob sie einen „fairen“¹⁶⁴ Anteil vom Verhandlungskuchen erhalten. Man stelle sich zudem folgende Situation vor:

Der Verkäufer A hat das BATNA von Käufer B durch seine besonderen Marktkenntnisse herausgefunden. Käufer B kennt jedoch das BATNA von Verkäufer A nicht und kann es auch nach intensiven Nachforschungen nur sehr grob abschätzen. In diesem Szenario hat Verkäufer A aufgrund seiner Kenntnisse über das BATNA von Käufer B einen großen Verhandlungsvorteil und kann dadurch womöglich einen Großteil des Verhandlungskuchens – wenn nicht gar den gesamten Verhandlungskuchen – erlangen.¹⁶⁵ Käufer B kann nur hoffen, durch geschicktes

¹⁶⁰ Bei Einstellungsgesprächen wird teils argumentiert, dass das Vorgehalt keine bzw. nur eine geringe Aussagekraft für den Arbeitgeber besitzt bzw. besitzen kann. Vgl. *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 21 („wenn die bisherige Vergütung für die erstrebte Stelle keine Aussagekraft [...] hat“); *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 32 („und ohnehin nur von begrenzter Aussagekraft.“).

¹⁶¹ Zum berechtigten Interesse im Arbeitsrecht BAG NJW 1985, 645, 645; *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 21. Zum berechtigten Interesse im Mietrecht AG Wolfsburg NZM 2001, 987, 988 („Ein berechtigtes Interesse ist gegeben, wenn der Vermieter bei objektiver Wertung unter Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Mieters der Auskunft bedarf, um sich für oder gegen den Abschluss des Mietvertrags zu entscheiden“); *N. Fischer*, NZM 2005, 567, 574 argumentiert mit Blick auf das Mietrecht mit dem berechtigten Interesse.

¹⁶² *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 260.

¹⁶³ BAG NJW 2019, 1966, 1966 ff. (Leitsatz 2: „Ein Aufhebungsvertrag ist jedoch unwirksam, wenn er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist.“). Aus arbeitsrechtlicher Sicht kritisch *Fischinger*, NZA-RR 2020, 516, 516 ff., der das Gebot fairen Verhandeln als „Irrweg“ bezeichnet; vgl. auch *ders.*, NZA 2019, 729, 730 f.; ebenfalls kritisch *Kamanabrou*, RdA 2020, 201, 209 f.; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2210; *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 203 f.; *Rolfs* in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, Aufhebungsvertrag Rn. 108b; *W. Hamann*, jurisPR-ArbR 11 (2020), Anm. 4; *Eufinger*, DB 2020, 2695, 2695; vor allem die damit verbundenen Unsicherheiten kritisierend *Hördt*, ArbRAktuell 2019, 289, 290; *ders.*, ArbRAktuell 2022, 38, 41 (für eine Beschränkung auf Extremfälle); ähnlich auch *Bauer*, ArbRAktuell 2019, 93. Positiv hingegen z. B. *Gräf*, Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, passim (zusammenfassend auf S. 425 ff.); *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1966, 1969 f.

¹⁶⁴ An dieser Stelle soll nicht darauf eingegangen werden, welche Verteilung des Verhandlungskuchens als „fair“ anzusehen ist.

¹⁶⁵ Das liegt daran, dass jede Einigung innerhalb des ZOPA (*zone of possible agreement*) für B

Nachfragen während der Verhandlung den Nachteil zumindest zu einem gewissen Grad auszugleichen und dann auch einen höheren („faireren?“¹⁶⁶) Anteil am Verhandlungskuchen zu erhalten. Nach hier vertretener Ansicht verstößt die Ermittlung des fremden BATNA daher grundsätzlich nicht gegen das Gebot der fairen Verhandlungsführung, sofern man dieses Gebot überhaupt als gegeben ansieht. Dafür spricht auch, dass die Erforschung des fremden BATNA einhellig von der Verhandlungsliteratur empfohlen – ja sogar nachdrücklich gefordert – wird.¹⁶⁷ Es kann somit nach hier vertretener Ansicht der fragenden Partei ihr legitimes Interesse an der Information nicht abgesprochen werden. Die oben vorgeschlagene, abstrahierte Regel würde somit Täuschungen über den Entscheidungswert ebenfalls nicht erfassen.

Bezüglich anderer relevanter Bluffs in B2B-Verhandlungen dürften vergleichbare Ergebnisse erzielt werden. Dies soll an dieser Stelle allgemein festgestellt werden, ohne im Detail auf die einzelnen Täuschungsgegenstände einzugehen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass es z. T. bereits am Geheimhaltungsinteresse scheitern könnte. Noch genereller lässt sich allerdings wohl festhalten, dass der fragenden Seite regelmäßig ihr legitimes Informationsinteresse nicht abgesprochen werden kann. Denn die Informationsgewinnung – auch außerhalb des Vertragsgegenstands – ist vielmehr umgekehrt Teil einer guten Verhandlungsführung. So ist es für Verhandler z. B. in der Praxis durchaus relevant, unternehmensinterne Vorgaben des anderen Verhandlers zu kennen. Wird beispielsweise auf eine generelle Unternehmenspolitik verwiesen, kann der Verhandlungspartner dadurch besser den Verhandlungsaufwand und die Erfolgchancen einer Diskussion dieses Aspekts einschätzen.¹⁶⁸ Informationen über zeitliche Aspekte sind ebenfalls von Bedeutung. Sie können z. B. dabei helfen, Transaktionskosten abzuschätzen und bei der Verhandlung zu berücksichtigen. Informationen über Interessen bezüglich des Vertragsgegenstands sind wiederum essenziell, um gemäß dem Harvard Verhandlungskonzept zu versuchen, den Verhandlungskuchen zu vergrößern. Die oben vorgeschlagene abstrahierte Regel würde somit nicht dazu führen, dass die in dieser Arbeit diskutierten Bluffs als „listig“ gewertet werden würden.

rational sinnvoll ist und B nicht einschätzen kann, wann bei A der Indifferenzpunkt erreicht ist. Zur Sinnhaftigkeit einer Einigung im ZOPA und dem Indifferenzpunkt siehe z. B. *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 103. Siehe zum Indifferenzpunkt auch *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 230 f.

¹⁶⁶ An dieser Stelle soll nicht darauf eingegangen werden, welche Verteilung des Verhandlungskuchens als „fair“ anzusehen ist.

¹⁶⁷ Vgl. statt vieler z. B. *S. Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016, S. 15 und S. 79; *S. Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102, 105; *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard Konzept, 25. Aufl. 2015, S. 157 f.; *Sebenius*, Negotiation Journal 33 (2017), 89, 94.

¹⁶⁸ Dadurch wird z. B. deutlich, dass sich der einzelne Verhandler nicht über die Vorgabe hinwegsetzen darf. Die Änderung der Unternehmenspolitik oder einer Ausnahme dazu bedarf vielmehr regelmäßig einer Entscheidung auf höchster Ebene. Ein Verweis auf eine strikte (tatsächlich bestehende und implementierte) Unternehmenspolitik bedeutet somit einen hohen Verhandlungsaufwand (mit oftmals geringen Erfolgchancen).

c) Zwischenergebnis

Zur in dieser Arbeit angestrebten Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs in unternehmerischen Verhandlungen anhand der erarbeiteten Wertungen kann die Rechtsanalogie im Ergebnis somit nicht beitragen. Denn eine analoge Anwendung einer ggf. bestehenden (engen) gewohnheitsrechtlichen Regel auf Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (z. B. über bessere Alternativen, Deadlines, unternehmensinterne Vorgaben sowie Interessen) scheidet aus. Noch allgemeiner lässt sich somit festhalten, dass weder die ggf. bestehende gewohnheitsrechtliche Regel selbst noch eine analoge Anwendung dieser Regel die wertungsmäßig¹⁶⁹ wünschenswerte Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen erzielen kann.

4. Teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB

a) Einführung

Eine teleologische Reduktion (teilweise auch teleologische Restriktion genannt¹⁷⁰) führt generell zu einer Eingrenzung, d. h. Reduzierung, des Anwendungsbereiches der betrachteten Norm entgegen dem Wortlaut aber in Übereinstimmung mit dem Normzweck (*contra verba sed secundum rationem legis*).¹⁷¹ Eine teleologische Reduktion wird somit dann notwendig, wenn eine Norm ihrem Wortlaut nach zu weit gefasst ist.¹⁷² Das Problem liegt daher in einer zu undifferenzierten Formulierung des Gesetzes,¹⁷³ die dazu führt, dass Fälle erfasst werden, die nach dem Telos nicht unter die Norm fallen sollten.¹⁷⁴ Insofern wird teils davon ausgegangen, dass

¹⁶⁹ Zur wertungsmäßigen Betrachtung siehe ausführlich im 4. Teil dieses Werks.

¹⁷⁰ Beide Begriffe nennend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 211; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480.

¹⁷¹ *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 250ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 391ff.; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 551f. (Rn. 902f.). Vgl. auch *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 55ff.

¹⁷² *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 251. *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 68 spricht von „zu allgemein“ und führt auf S. 69 in Bezug auf Ausnahmeregelungen weiter aus: „Das Problem besteht insbesondere darin, daß solche Sonderbestimmungen oft zu präzise formuliert sind und durch den Verallgemeinerungseffekt der Norm einen zu weiten Anwendungsspielraum erhalten“. Vgl. in der Rechtsprechung auch BVerfG NJW 1997, 2230, 2231; BVerwG ZfBR 2014, 694, 696.

¹⁷³ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 230f. sprach vom mangelhaften Ausdruck des Gesetzes. „Da nun der Ausdruck blosses Mittel ist, der Gedanke aber der Zweck, so ist es unbedenklich, dass der Gedanke vorgezogen, der Ausdruck also nach ihm berichtigt werden muss“; siehe auch *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 251. Vgl. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 551f. (Rn. 903), die von einem „mißglückten Wortlaut“ sprechen.

¹⁷⁴ Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 123; *Rüthers/C. Fischer/*

die entsprechend dem Telos fehlende Ausnahmeregelung eine „verdeckte“ Lücke darstellt.¹⁷⁵ Die „verdeckte“ Lücke kann dann durch die Ergänzung einer Ausnahmeregelung gefüllt werden.¹⁷⁶ Die teleologische Reduktion basiert dabei auf der Idee des negativen Gleichheitssatzes, d. h. dass Ungleiches auch ungleich zu behandeln ist.¹⁷⁷ Allein auf Billigkeitserwägungen kann eine teleologische Reduktion hingegen nicht gestützt werden.¹⁷⁸ Teilweise wird umgekehrt gefordert, hohe Anforderungen an die teleologische Reduktion zu stellen, und zwar insbesondere bei Regelvorschriften.¹⁷⁹ Die teleologische Reduktion soll danach nur zulässig sein, wenn „ganz wichtige(r), fast zwingende(r) Gründe“¹⁸⁰ dafür sprechen.

Ergebnis der teleologischen Reduktion muss eine rechtsatzmäßig formulierte Ausnahme sein. Umgekehrt ausgedrückt, muss eine umschreibbare Fallgruppe identifiziert werden können, die aufgrund des Telos nicht von der Vorschrift er-

Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 551 (Rn. 902); *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480 sieht darin das Fehlen einer Ausnahmeregelung.

¹⁷⁵ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 198; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 83 („Da das Gesetz scheinbar eine Regelung enthält, die Lücke also nicht ‚offen‘ in Erscheinung tritt, handelt es sich in diesen Fällen um sogenannte ‚verdeckte Lücken.‘“); siehe auch *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480; *F. Bydliński/P. Bydliński*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl. 2023, S. 97f.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 123; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 551 f. (Rn. 903); *Danwerth*, ZfPW 2017, 230, 235. Kritisch dazu *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 131; a. A. auch *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 63 f.

¹⁷⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 198; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 551 f. (Rn. 903); *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 252.

¹⁷⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 211; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480; vgl. auch *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 378; *Danwerth*, ZfPW 2017, 230, 234 (zum negativen Gleichheitssatz); *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 124f.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 82ff.; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 141. Implizit auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 57.

¹⁷⁸ *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 262 f. (dazu, dass sich die Rechtsprechung nicht wegen „unwillkommener Regelungen“ vom Gesetzeszweck entfernen darf); *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 265 nehmen hingegen auf die Notwendigkeit „vernünftiger und billiger Ergebnisse“ Bezug; vgl. außerdem *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rn. 131 („Für diese Argumentationsfigur werden vorrangig *folgenorientierte Argumente* vorgetragen. Dazu gehört es vor allem, *unbillige Ergebnisse zu vermeiden*.“ [Hervorhebungen durch Autor]).

¹⁷⁹ *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 404 und 410; vgl. im Ergebnis wohl auch *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 277, der insofern hohe Anforderungen an die Ermittlung des Telos, sowie die Erforderlichkeit der Reduktion, stellt. Dazu, dass vor allem Ausnahmeregelungen von teleologischen Reduktionen betroffen sind, *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 68.

¹⁸⁰ *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, Rn. 404; vgl. auch *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 69, der von der Notwendigkeit der teleologischen Reduktion bei untragbaren Ergebnissen spricht; *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 201 erkennt eine Ablehnung vorhandener Einzelgebote durch den Richter in bestimmten Fällen an.

fasst sein sollte.¹⁸¹ Für die Ermittlung, ob überhaupt eine teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglich ist, kommt es im Ergebnis zum einen entscheidend auf den Wortlaut und den Normzweck an und zum anderen darauf, ob eine entsprechende rechtssatzmäßige Ausnahme formuliert werden kann.

b) Teleologische Reduktion in Form des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit

Bereits im Rahmen des Gewohnheitsrechts wurde untersucht, ob die Rechtswidrigkeit ein allgemeines (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB darstellt. Eine entsprechende gewohnheitsrechtliche Regel konnte jedoch nicht festgestellt werden (siehe unter 5. Teil, A.III.3.). Es verbleibt an dieser Stelle somit noch zu erörtern, ob dasselbe Ergebnis mit Hilfe einer teleologischen Reduktion erzielt werden kann. Insofern ist zunächst noch einmal festzuhalten, dass ungeschriebene Tatbestandsmerkmale als solche keine eigene methodische Kategorie darstellen. Sie können allerdings insbesondere¹⁸² Ausdruck einer teleologischen Reduktion sein.¹⁸³

Die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion wurden soeben erörtert (siehe unter 5. Teil, A.IV.4.a)). Im Ergebnis scheitert eine entsprechende teleologische Reduktion in Form eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals hier allerdings daran, dass die generelle Annahme eines Rechtswidrigkeitserfordernisses zu weitreichend wäre. Der Anwendungsbereich der Norm würde daher nach hier vertretener Ansicht über den Telos hinaus eingeschränkt. Der (historische) Gesetzgeber ging davon aus, dass eine arglistige Täuschung stets, d. h. *ipso facto*, rechtswidrig ist,¹⁸⁴ da die Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit durch die Vorschrift umfassend geschützt werden soll.¹⁸⁵ Eine generelle Prüfung der Rechtswidrigkeit würde dem diametral entgegenlaufen und erscheint auch nicht notwendig. Der Gesetzgeber hat mit Blick auf die von ihm bedachten Konstellationen eindeutig ent-

¹⁸¹ F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 480.

¹⁸² Alternative Rechtfertigungen eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals sind Gewohnheitsrecht oder eine Rechtsfortbildung *extra legem*.

¹⁸³ Brandenburg, Die teleologische Reduktion, 1983, S. 43; dies am Fall des § 817 S. 2 BGB zeigend Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983, S. 89.

¹⁸⁴ Bericht der XII. Kommission über den Allgemeinen Theil v. 12.6.1896, S. 39, abgedruckt bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Bericht der XII. Kommission, § 119 (S. 965).

¹⁸⁵ Zum Schutz der Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit BGH NJW 1988, 2599, 2601; vgl. z. B. auch BGH BeckRS 2011, 25937 (Ls.) (zum Schutz der freien Selbstbestimmung^e); vgl. auch Hefermehl in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999 (Altauflage), § 123 Rn. 1 („möglichst unbeeinflusst von außen selbst bestimmen“); Rehberg in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 5 ff.; Singer/v. Finckenstein in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 1; Feuerborn in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 1; Arnold in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; Köhler, BGB AT, 47. Aufl. 2023, § 7 Rn. 37; Moritz in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 1; Abrens in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1.

schieden, dass die Rechtswidrigkeit als gegeben anzusehen ist. Es ist nicht ersichtlich, welcher Telos es rechtfertigen würde, z. B. auch bei Täuschungen über den Leistungsgegenstand und den Preis i. e. S., die Rechtswidrigkeit zu erörtern. Eine solche umfassende, d. h. weite, teleologische Reduktion wird hier daher abgelehnt.

Wie bereits i. R. d. der entsprechenden Diskussion um eine gewohnheitsrechtliche Regel festgestellt (siehe unter 5. Teil, A.III.3.), scheint auch die Literatur keine so weitreichende teleologische Reduktion des Wortlautes zu befürworten. Zwar wird die Rechtswidrigkeit häufig als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bezeichnet¹⁸⁶ und insofern von einer teleologischen Reduktion gesprochen,¹⁸⁷ aber ein genauer Blick auf die Argumentation zeigt, dass sich diese ausschließlich auf die anerkannten Ausnahmen (z. B. Bluffs über die eigene Religionszugehörigkeit) bezieht.¹⁸⁸

c) Enge teleologische Reduktion

aa) Begründung einer engen teleologischen Reduktion

Naheliegender erscheint stattdessen eine engere, d. h. weniger umfassende, teleologische Reduktion des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Diesbezüglich muss man sich noch einmal vergegenwärtigen, dass der historische Gesetzgeber davon ausging, dass eine arglistige Täuschung *ispo facto* rechtswidrig sei.¹⁸⁹ Aus diesem Grund muss die Rechtswidrigkeit i. R. v. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB grundsätzlich nicht geprüft werden. Es wird vielmehr unwiderleglich vermutet, dass arglistige Täuschungen rechtswidrig sind. Denkbar ist nun, dass dies insb. mit Blick auf Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands dem Telos zuwiderlaufen könnte. Die Bestimmung des konkreten Normzwecks einer Vorschrift stellt allerdings häufig eine Herausforderung dar,¹⁹⁰ weil der Gesetzgeber den Zweck der einzelnen Norm

¹⁸⁶ *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 23; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19 (ohne den Begriff ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal direkt zu nennen); *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 4 (ebenfalls indirekt: „Die Vorschrift geht stillschweigend von der Rechtswidrigkeit einer arglistigen Täuschung aus.“); *Abrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 16. Aufl. 2021, § 123 Rn. 7 (nennt die Pflichtwidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal); *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 32 (stellen fest, dass der Rechtswidrigkeit auch im Rahmen der arglistigen Täuschung Bedeutung zukommt); *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316.

¹⁸⁷ BAG NJW 1991, 2723, 2724; ähnlich *v. Lübtow* in: FS Bartholomeyczik, 1973, S. 249, 275; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19. Ebenso *Moritz* in: jurisPK-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 67; *Preis* in: ErfK Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 611a Rn. 316. *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 19.

¹⁸⁸ So auch schon oben unter 5. Teil, A.III.4.b).

¹⁸⁹ Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Bericht der XII. Kommission, § 119 (S. 965).

¹⁹⁰ An dieser Stelle soll auf die Diskussion um die subjektive und die objektive teleologische Auslegung nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu z. B. *E. Kramer*, Juristische Methoden-

oder eines Normteils fast nie verbindlich festlegt. An dieser Stelle ist zu bedenken, dass es hier nicht um die Bestimmung des Telos der gesamten Vorschrift (d. h. des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB) geht, sondern vielmehr um den Telos der Nichterwähnung einer Rechtswidrigkeitsprüfung. Es geht also um den Sinn und Zweck davon, kein Rechtswidrigkeitserfordernis zu verlangen. Hinter dieser Entscheidung steht der Gedanke, dass es aus Sicht des historischen BGB-Gesetzgebers keine Fälle geben konnte, in denen eine Prüfung erforderlich ist. Der Gesetzgeber sah bzgl. der Konstellationen, die er bedachte, die Rechtswidrigkeit *ipso facto* als gegeben an. Die Nichterwähnung der Rechtswidrigkeit sollte damit keine Wertungen verschieben, sondern vielmehr offensichtliche Wertungen vereinfacht festhalten. Die Gesetzesfassung stimmt daher nur dann mit dem Telos überein, sofern der historische Gesetzgeber keine Fälle übersehen hat, für die diese vereinfachende Regelung des Verzichts auf eine Rechtswidrigkeitsprüfung unangemessen ist.

Ein Blick auf Lügen über Aspekte wie eine bestehende Schwangerschaft zeigt allerdings bereits, dass der Gesetzgeber nicht alle Täuschungsgegenstände im Blick hatte. Diesbezüglich ist jedoch wohl keine teleologische Reduktion (mehr) notwendig, da die Rechtmäßigkeit dieser Bluffs bereits gewohnheitsrechtlich begründet werden kann (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.4.b)). Bei den weiteren, in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Lügen ist dies aber nicht der Fall (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.2.), weshalb mit Blick auf diese Lügen die Frage nach einer möglichen teleologischen Reduktion beantwortet werden muss.

Insofern zeigt der Gesetzgebungsprozess¹⁹¹ des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB – wie bereits angeklungen (siehe unter 5. Teil, A.IV.2.a)) –, dass sich der Gesetzgeber vor allem auf gravierende Täuschungen konzentrierte. Denn ursprünglich verwendete der historische Gesetzgeber den Begriff „Betrug“. Zwar änderte er die Formulierung später und nutzte stattdessen die Bezeichnung „Täuschung“. Damit sollte jedoch vor allem verdeutlicht werden, dass im Unterschied zum strafrechtlichen Betrug (§ 263 StGB) kein Vermögensschaden beim Getäuschten vorliegen muss.¹⁹² Das lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber vor allem solche Bluffs im Sinn hatte, die potenziell auch einen Betrug darstellen könnten, wobei es dabei nicht auf den Vermögensschaden ankommen sollte. Folgt man dieser Argumentation, so hat der historische Gesetzgeber gerade „harmlosere“ Bluffs nicht im Blick gehabt. Die Gesetzesmaterialien lassen denn auch an keiner einzigen Stelle erkennen, dass der Gesetzgeber an eine der hier problematisierten Fälle der Täuschung gedacht hätte.

Wäre bei den vom Gesetzgeber nicht bedachten Täuschungen an der Vermutung der Rechtswidrigkeit nicht zu zweifeln, müsste eine teleologische Reduktion aller-

lehre, 6. Aufl. 2019, S. 173; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 41 f.; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 175 ff.; K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 620 ff.

¹⁹¹ Siehe zur rechtshistorischen Entwicklung der Norm näher unter 3. Teil, A.VII.

¹⁹² Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, Motive, § 103 (S. 722).

dings dennoch abgelehnt werden. Denn dann würde der Wortlaut im Ergebnis zum Telos passen. Die wertungsmäßigen Überlegungen (im 4. Teil dieser Arbeit) haben jedoch ergeben, dass zumindest im B2B-Bereich gewichtige Argumente für die Ablehnung der Rechtswidrigkeit bzgl. einiger Täuschungsgegenstände bestehen. Wertungsmäßig wäre es daher angemessen, wenn die Rechtswidrigkeit in den vom Gesetzgeber nicht bedachten Konstellationen zumindest im B2B-Bereich stets geprüft werden müsste.

Zu bestimmen bleibt dann allerdings, welche Konstellationen der Gesetzgeber bei der Fassung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berücksichtigt hat. Rückschlüsse lassen sich vor allem aus dem Gesetzgebungsprozess und den gesetzlichen Umfeldwertungen ziehen. Wie bereits erörtert hat der historische Gesetzgeber wohl vor allem an solche Fälle gedacht, die auch vom Betrug erfasst sind. Eine Rechtswidrigkeitsprüfung sollte daher bei Bluffs über die Leistung, den Preis i. e. S.¹⁹³, den Vertragspartner und die Rechtslage ausscheiden, da insofern potenziell (d. h. wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind) gleichzeitig ein Betrug vorliegen könnte. Das Irrtumsrecht lässt ähnliche Rückschlüsse zu. Da der Gesetzgeber diese Aspekte somit bei der Regelung des Betrugs bzw. des Irrtumsrechts im Blick hatte, liegt es nahe, dass er diese Konstellationen auch i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bedacht hat. Bezüglich aller anderen Aspekte wird hier vertreten, dass die enge teleologische Reduktion dazu führt, dass die Rechtswidrigkeit zu prüfen ist.

Rechtssatzmäßig formuliert könnte die teleologische Reduktion daher folgendermaßen gefasst werden:

„Arglistige Täuschungen sind *per se* rechtswidrig, sofern es sich um Täuschungen über die Leistung, den Preis i. e. S., den Vertragspartner bzw. die Rechtslage handelt. Im Übrigen ist die Rechtswidrigkeit im unternehmerischen Rechtsverkehr zu prüfen.“

An der Darlegungs- und Beweislast ändert die teleologische Reduktion nichts.¹⁹⁴ Die Darlegungs- und Beweislast obliegt demjenigen, der sich auf die Anfechtung beruft.¹⁹⁵ Dieser muss daher auch die Rechtswidrigkeit darlegen und beweisen.

Die hier befürwortete, enge teleologische Reduktion führt zu der Besonderheit, dass die Widerrechtlichkeit bei Lügen über die Charakteristiken einer Vertragspartei grundsätzlich als gegeben angesehen wird (und eine Prüfung damit entfällt). Lediglich bei Lügen über Aspekte wie eine bestehende Schwangerschaft greift in-

¹⁹³ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

¹⁹⁴ Siehe zur Darlegungs- und Beweislast näher unter 2. Teil, B.I.11.

¹⁹⁵ BGH NJW 1957, 988, 988; BGH NJW 2014, 3296, 3297 Rn. 13; BGH BeckRS 1960, 31189044; BGH BeckRS 1976, 31117217; BGH NJW-RR 1987, 1415, 1416; *Kessen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 5. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1; *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 122; *Armbrüster* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 95; *Singer/v. Finckenstein* in: Staudinger BGB, 2021, § 123 Rn. 89; *Ahrens* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 18. Aufl. 2023, § 123 Rn. 47; *Dörner* in: Schulze, HK-BGB, 11. Aufl. 2022, § 123 Rn. 13.

sofern die bereits ggf. gewohnheitsrechtlich gerechtfertigte Ausnahmeregel (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.4.b)). Ursprünglich (d. h. vor der Erstarkung zu Gewohnheitsrecht) wurden die anerkannten Ausnahmen wohl wiederum durch eine (enge) teleologische Reduktion begründet.

bb) Abwägung i. R. d. Rechtswidrigkeitsprüfung

Die soeben befürwortete teleologische Reduktion führt somit für viele Täuschungen im B2B-Bereich zur Notwendigkeit einer Rechtswidrigkeitsprüfung. Dies geht zwangsläufig mit einem gewissen Verlust an Rechtssicherheit einher. Weiter oben (siehe unter 5. Teil, A.IV.1.) wurde bereits überlegt, ob wirklich ein Rechtsfortbildungsbedürfnis besteht oder ob soziale und vertragliche Selbststeuerungsmechanismen ausreichen. Da das Rechtsfortbildungsbedürfnis aber bejaht wurde, bedeutet dies, dass ein gewisser Rechtssicherheitsverlust kein entscheidendes Argument gegen die teleologische Reduktion darstellt. Umgekehrt ist allerdings zu fragen, inwieweit die jetzt notwendige Rechtswidrigkeitsprüfung handhabbar ist.

Die Besonderheit der Rechtswidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die vom Gesetzgeber nicht bedachten Konstellationen besteht darin, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff¹⁹⁶ handelt.¹⁹⁷ Unbestimmte Rechtsbegriffe sind „durch einen besonders unsicheren Bedeutungsgehalt charakteri-

¹⁹⁶ Teilweise wird auch die Bezeichnung „Wertbegriff“ oder „Ermessensbegriff“ verwendet. Vgl. z. B. E. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 77 f.; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 133 unterscheiden „unscharf begrenzte Begriffe“, „unbestimmte Rechtsbegriffe“ und „ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe“. Bachof, JZ 1955, 97, 98, schlägt alternativ die Bezeichnung „unbestimmter Gesetzesbegriff“ mit Blick auf das Verwaltungsrecht vor. Zu unbestimmten Rechtsbegriffen z. B. auch Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 234 ff.; Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 115 ff. (Rn. 164 ff.) (zur Unbestimmtheit von Wortbedeutungen). Teils wird auch ausgeführt: „Jeder Gesetzesbegriff ist ‚mehr oder weniger unbestimmt‘“, Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 26 m. w. N. Die Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln soll an dieser Stelle nicht herausgearbeitet werden. Gleiches gilt für die mögliche Unterscheidung zwischen Wertbegriffen und unbestimmten Rechtsbegriffen. Gemein ist allen, dass ein Konkretisierungsbedürfnis besteht. Teilweise wird innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe auch zwischen normativen und deskriptiven Begriffen unterschieden. Siehe dazu z. B. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 160 ff. (ebenso Nastelski, GRUR 1968, 545, 545). Allg. zur Unterscheidung zwischen normativen und deskriptiven Begriffen Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 123 ff. (Rn. 176 ff.).

¹⁹⁷ Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 159. Rütters/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 124 f. (Rn. 181) ordnen den Begriff „widerrechtlich“ als normativen Begriff (Wertbegriff) ein (allerdings mit Blick auf § 823 Abs. 1 BGB). Looschelders/Roth, Juristische Methodik, 1996, S. 200 gehen davon aus, dass „treuwidrig“ einen ausfüllungsbedürftigen Wertbegriff darstellt. Es könnte daher angenommen werden, dass die Autoren auch die Begriffe „rechtswidrig“ bzw. „widerrechtlich“ entsprechend einordnen würden.

sier¹⁹⁸. Solche Begriffe sind daher stark konkretisierungsbedürftig.¹⁹⁹ Sie gewähren dem „Rechtsanwender insofern ein weites Feld des Konkretisierungsermessens“²⁰⁰. Ausgangspunkt bleiben jedoch die anerkannten juristischen Auslegungsmethoden,²⁰¹ d.h. insbesondere der Wortlaut,²⁰² die historische Auslegung,²⁰³ der Telos²⁰⁴ und die Systematik,²⁰⁵ wobei allerdings regelmäßig angemerkt wird, dass aufgrund der Unbestimmtheit der Terminologie der Wortlaut meist wenig Klarheit bringt.²⁰⁶ Daneben sind noch die Durchsetzbarkeit und die

¹⁹⁸ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 135; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 27; vgl. auch *H. Geiger*, SVR 2009, 41, 41 („Der unbestimmte Rechtsbegriff enthält mit anderen Worten nicht nur einen Bedeutungsinhalt, sondern mehrere.“); *Nastelski*, GRUR 1968, 545, 545 („Darunter werden Begriffe verstanden, deren Inhalt und Umfang ungewiß sind.“).

¹⁹⁹ *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 234 erläutert, dass bei bestimmten Rechtsbegriffen eine Auslegung, bei unbestimmten hingegen eine Konkretisierung notwendig ist.

²⁰⁰ *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 78.; vgl. auch *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 672 zu Generalklauseln („Da die üblichen Auslegungsmittel jedenfalls keine abschließende Interpretation von Generalklauseln gestatten, sollen Generalklauseln durch Konkretisierung interpretiert werden.“). Dazu, dass Generalklauseln das Recht wandlungsfähiger und dauerhafter machen, auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl. 2016, S. 476 f. (der gleichzeitig auch auf die damit verbundenen Gefahren hinweist).

²⁰¹ *Bachof*, JZ 1955, 97, 98. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 133 weist auf die begrenzte Leistungsfähigkeit der Auslegung mit Blick auf unbestimmte Rechtsbegriffe hin.

²⁰² Da der Wortlaut unbestimmt ist, lassen sich daraus allerdings generell nur grobe Schlussfolgerungen erzielen. Vgl. auch *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 134.

²⁰³ Zur geringen Bedeutung der historischen Auslegung in diesem Kontext *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 135 f.

²⁰⁴ Zur Bedeutung des Telos bei der Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Wertbegriffe *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 203; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 136 ff. Vgl. auch *H. Geiger*, SVR 2009, 41, 42.

²⁰⁵ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 783; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 136 ff.; vgl. auch *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 670 f. zu den Wertungen des Normsystems („Aus den Wertungen des gesamten Normsystems werden sich bei der Auslegung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe eher begrenzende als sinngebende Hinweise ergeben.“). Vgl. auch *H. Geiger*, SVR 2009, 41, 42 (dazu, dass es helfen kann, wenn der Begriff noch an anderer Stelle verwendet wird).

²⁰⁶ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 137; *H. Geiger*, SVR 2009, 41, 42; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 114 geht zudem davon aus, dass auch die historische Auslegung und die Systematik zumeist nicht weiterhelfen werden. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 582 f. argumentiert ähnlich mit Blick auf den Wortlaut und die historische Auslegung – allerdings mit Blick auf die Konkretisierung von Generalklauseln. *H. Geiger*, SVR 2009, 41, 42 geht hingegen davon aus, dass die Gesetzesmaterialien hilfreich sein können (in Bezug auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht). *Wank*, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 339 sieht generell Schwierigkeiten bei der Anwendung der üblichen Auslegungskriterien und geht daher davon aus, dass der Anwender selbst Kriterien entwickeln muss. *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 671 differenziert zwischen den unterschiedlichen Arten von unbestimmten Rechtsbegriffen. Bezüglich wertausfüllungsbedürftiger Begriffe stellt sie die Unergiebigkeit der Wortlautauslegung fest („Unbestimmte Rechtsbegriffe, bei denen die Unbestimmtheit sich aus der Mehrdeutigkeit eines Ausdrucks oder aus unscharfen Grenzen eines Begriffs ergibt, sind praktisch der Normalfall der Auslegung. [...] Zu Recht wird der Wortsinne wertausfüllungsbedürftiger Begriffe als zu weit betrachtet“).

Rechtssicherheit bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen. Methodisch lassen sich die genannten Aspekte u. a. über den Telos der Norm einbringen. Denn die Rechtssicherheit ist ein grundlegendes Anliegen des deutschen Gesetzgebers.²⁰⁷ Gleiches gilt auch für die Durchsetzbarkeit der etablierten Regelung.²⁰⁸ Außerdem könnten die Verkehrssitte bzw. Gebräuche oder Übungen wertvolle Hinweise liefern.²⁰⁹ Bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe stehen ansonsten Wertungsfragen im Vordergrund.²¹⁰ Unbestimmte Rechtsbegriffe können daher auch einen gesellschaftlichen Wertewandel reflektieren.²¹¹ Die im 4. Teil dieser Arbeit angestellten wertungsmäßigen Überlegungen können im Rahmen dieser Lösung im Ergebnis zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit herangezogen werden und die gewünschte Differenzierung somit rechtfertigen.²¹² Konkret

²⁰⁷ Siehe statt vieler *Grob* in: K. Weber (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 31. Ed. 2023, Stichwort: Rechtssicherheit („Die Rechtssicherheit gehört zu den tragenden Zielen einer jeden Rechtsordnung.“); vgl. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 58f. (Rn. 87) („Recht soll Rechtssicherheit schaffen und damit ein wichtiges Teilstück von Gerechtigkeit gewährleisten“); *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Aufl. 2018, S. 44 sprechen mit Blick auf die teleologische Auslegung davon, dass die Rechtssicherheit zu „den zentralen Grundsätzen des Rechts“ gehört und daher eine dementsprechende Interpretation anzustreben sei.

²⁰⁸ Vgl. zur Rechtsdurchsetzung (in Zusammenhang mit der Rechtssicherheit) z. B. *F. Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 326 („Auch die Sicherung der Rechtsdurchsetzung ist zu erwähnen, [...]. Man muß die Möglichkeit haben, sich der konkreten Rechtslage endgültig durch eine ‚rechtskräftige‘ Entscheidung zu vergewissern und dann sein Recht durchsetzen können.“). Vgl. zur Gestaltungsfunktion von Recht, welche ohne Durchsetzung nicht denkbar ist, z. B. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 53f. (Rn. 78f.) („Die Gestaltungsfunktion ist der zentrale Normzweck aus der Sicht der Gesetzgebung.“).

²⁰⁹ *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4. Aufl. 2023, S. 51 im Rahmen der teleologischen Auslegung („Kurz gesagt kommt es also auf die betätigte Übung der unmittelbar Beteiligten in ihren funktionierenden Beziehungen an“); *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehren*, 3. Aufl. 2008, S. 557.

²¹⁰ *E. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2019, S. 78 bezeichnet solche Begriffe als „in hohem Masse ‚wertausfüllungsbedürftig‘“. *Schwacke*, *Juristische Methodik*, 5. Aufl. 2011, S. 114 („der Gesetzgeber hat ihn [den Rechtsanwender, Anm. der Autorin] vielmehr planmäßig autorisiert, [...] selbst eine genaue Bestimmung vorzunehmen und wertausfüllend zu entscheiden“). Vgl. auch *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 146ff. zur Bedeutung von Abwägungsargumenten sowie *Nastelski*, *GRUR* 1968, 545, 545 (zu normativen Begriffen). Vgl. in Bezug auf das Verwaltungsrecht auch *Bachof*, *JZ* 1955, 97, 99 der festhält, dass sowohl Wertvorstellungen als auch objektive Erfahrungsgrundsätze im Rahmen der Anwendung berücksichtigt werden können. *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 124f. (Rn. 181 und 183) sprechen generell davon, dass Begriffe wie die Widerrechtlichkeit eine Wertung des Rechtsanwenders verlangen.

²¹¹ *E. Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2019, S. 85; *Wank*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, S. 235. Vgl. auch *Rüthers/C. Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 12. Aufl. 2022, S. 121 (Rn. 174) („Offen für veränderte Weltansichten und Wertvorstellungen sind insbesondere die unbestimmten Rechtsbegriffe“).

²¹² Die Probleme bzgl. Täuschungen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Meinungen sollten jedoch nicht über die Rechtswidrigkeit gelöst werden. Diese Diskussion sollte mit Blick auf die Voraussetzung einer Täuschung über Tatsachen erfolgen. Siehe dazu unter 2. Teil, B.I.2.

bedeutet dies, dass bei der Abwägung somit insbesondere die rechtlichen Umfeldwertungen,²¹³ das empirisch ermittelte Rechtsgefühl²¹⁴ und die ökonomischen Auswirkungen²¹⁵ eine Rolle spielen werden.

5. Rechtsfortbildung *extra legem*

Zwar wurde soeben unter 5. Teil, A.IV.4.c) festgestellt, dass die wünschenswerte Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen im B2B-Rechtsverkehr *de lege lata* mit Hilfe einer (engen) teleologischen Reduktion erzielt werden kann. Diese Lösung ist jedoch insoweit bis zu einem gewissen Grade mit Unsicherheiten behaftet, als der Telos als Basis der teleologischen Reduktion relativ aufwendig erschlossen werden musste. Als Kontrollüberlegung soll daher geprüft werden, ob im Fall der Ablehnung der teleologischen Reduktion aufgrund der Schwierigkeiten der Telosbestimmung eine Rechtsfortbildung *extra legem* (aber *intra ius*) zum selben Ergebnis führen würde.²¹⁶

Voraussetzung für eine Rechtsfortbildung *extra legem* ist zunächst eine Lücke.²¹⁷ Insofern kann auf die Ausführungen unter 5. Teil, A.IV.2.a) verwiesen und die Lücke im Ergebnis bejaht werden. Eine Rechtsfortbildung *extra legem* greift jedoch stärker in das Recht ein als eine Analogie oder eine teleologische Reduktion, weil sie größere Freiheitsgrade aufweist. Die Rechtsfortbildung *extra legem* ist daher nur zulässig, sofern keine weniger einschneidende Rechtsfortbildung, d.h. eine Rechtsfortbildung *intra legem*, möglich ist.²¹⁸ Eine Analogie bzw. teleologische Reduktion muss somit ausgeschlossen sein.²¹⁹ Lehnte man die (in dieser Arbeit befürwortete) teleologische Reduktion wegen der Unsicherheiten über den Telos ab,

²¹³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.I.

²¹⁴ Zur Bedeutung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls für die Rechtsordnung siehe näher unter 4. Teil, F.VI.

²¹⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.II.

²¹⁶ Zur Rechtsfortbildung *extra legem* ausführlich *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 413 ff. (verwendet die Bezeichnung „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“); siehe auch *Schwacke*, Juristische Methodik, 2011, S. 144 (ebenfalls den Begriff „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ verwendend); *Schmalz*, Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 134 ff. (Rn. 416 ff.) (der den Begriff „Rechtsergänzung“ benutzt); *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 267 ff. („gesetzesübersteigendes Richterrecht“).

²¹⁷ *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 267; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 260; *ders.*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 128; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 426 verlangt eine Rechtsfrage; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2411 f. spricht in Bezug auf die „grenzüberschreitende Rechtsfortbildung“ von einem Fehlen an Vorgaben.

²¹⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 426; *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 400; *ders.*, Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, 1991, S. 128; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 145.

²¹⁹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 426; in Bezug auf die Analogie auch *Schmalz* Methodenlehre, 4. Aufl. 1998, S. 134 Rn. 416 ff.

so wäre diese Voraussetzung erfüllt. Das Rechtsfortbildungsbedürfnis könnte dann damit begründet werden, dass in den Fällen, die der Gesetzgeber von 1896 im unternehmerischen Bereich nicht im Blick hatte, eine pauschale Annahme der Rechtswidrigkeit gemäß den wertungsmäßigen Überlegungen nicht gerechtfertigt erscheint. Da allerdings nicht alle vorstellbaren Täuschungskonstellationen in dieser Arbeit untersucht wurden, kommt auch bei einer Rechtsfortbildung *extra legem* primär die Notwendigkeit der Rechtswidrigkeitsprüfung in den vom Gesetzgeber nicht gesehenen unternehmerischen Fällen in Betracht. Insoweit würde die Lösung daher der teleologischen Reduktion entsprechen. Anders als bei der teleologischen Reduktion wäre es allerdings möglich, *extra legem* zu statuieren, bei welchen Konstellationen die Rechtswidrigkeit sicher abgelehnt werden könnte. Im Ergebnis würde daher dasselbe Ergebnis wie bei der teleologischen Reduktion erzielt, wobei die Lösung noch etwas konkretisiert werden könnte. Potenzielle Zweifel an der Teloskonkretisierung mit Blick auf die teleologische Reduktion wirken sich daher nach hier vertretener Ansicht nicht entscheidend aus.

6. Exkurs: Täuschungen im B2C- und C2C-Bereich

Die hier befürwortete teleologische Reduktion zur Abgrenzung von „listigen“ und arglistigen Täuschungen wurde allein mit Blick auf B2B-Verhältnisse geprüft. Gleiches gilt für die hilfsweise zu befürwortende Rechtsfortbildung *extra legem*. Die bisherigen Ausführungen lassen damit offen, wie Lügen im B2C- bzw. C2C-Bereich zu bewerten wären. Diese Fragestellung wird in dieser Arbeit jedoch nicht beleuchtet (siehe dazu nur noch einmal kurz unter 6. Teil, C.). Zusammenfassend ließe sich nach hier vertretener Ansicht die Hypothese aufstellen, dass zwar Wertungsunterschiede zwischen B2B-Situationen und B2C- bzw. C2C-Konstellationen zu erwarten. Denn letztere zeichnen sich durch eine strukturelle Ungleichgewichtslage und eine fehlende Professionalisierung der Verhandlungen aus. Doch auch wenn diese Wertungsunterschiede das Ergebnis verschieben werden, so hat der historische Gesetzgeber auch insofern bestimmte Bluffs bei der Regulierung ebenfalls nicht im Blick gehabt. Es scheint daher plausibel, dass trotz der Wertungsunterschiede auch im B2C- und C2C-Bereich eine Rechtswidrigkeitsprüfung für Bluffs, die der Gesetzgeber nicht vor Augen hatte, zu befürworten ist. Im Rahmen dieser Abwägung würden sich dann jedoch die Wertungsunterschiede auswirken.

7. Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass es nicht leichtfällt, die unter 4. Teil, I. vorgeschlagene Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen im unternehmerischen Bereich mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB über eine Lösung *de lege lata* zu erzielen. Insofern wurde in diesem Abschnitt zunächst fest-

gestellt, dass die hier diskutierten, praxisrelevanten Bluffs dem verrechtlichten Bereich nicht entzogen werden können (siehe 5. Teil, A.II.). Eine entsprechende Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast wurde ebenfalls abgelehnt (siehe 5. Teil, A.III.1.), obwohl dadurch eine gewisse Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs erreicht werden könnte. Eine ausführliche Erörterung hat zudem ergeben, dass eine gewohnheitsrechtliche Einschränkung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB für einzelne Täuschungstaktiken im Ergebnis ebenfalls ausscheidet (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.2.d)). Denn auch wenn sich vermuten lässt, dass die Voraussetzungen bzgl. einiger Taktiken erfüllt sein könnten, so mangelt es doch an ausreichend positiven Nachweisen. Die Erforderlichkeit einer allgemeinen Rechtswidrigkeitsprüfung konnte ebenfalls gewohnheitsrechtlich nicht nachgewiesen werden (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.3.). Insofern fehlt es allerdings nicht nur an positiven Nachweisen. Rechtsprechung und Literatur scheinen vielmehr gerade nicht von einer allgemeinen Rechtswidrigkeitsprüfung auszugehen. Allerdings können die bisher in der Literatur und der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen (z. B. bei Bluffs über eine bestehende Schwangerschaft) wohl gewohnheitsrechtlich begründet werden (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.4.b)). Die gewohnheitsrechtliche Regel ist allerdings eng gefasst und trägt nicht dazu bei, in unternehmerischen Verhandlungen zwischen sanktionslosen und sanktionierten Täuschungen zu unterscheiden. Dennoch ist die Feststellung dieser engen gewohnheitsrechtlichen Regelung von Bedeutung, da darauf aufbauend in diesem Abschnitt eine Analogie zu dieser Regel geprüft wurde.

Bevor jedoch einzelne Rechtsfortbildungen untersucht wurden, wurde unter 5. Teil, A.IV.1. zunächst festgestellt, dass ein Rechtsfortbildungsbedürfnis besteht. Auch wenn zu vielen Bluffs kaum Rechtsprechung vorliegt, so ist doch zu befürchten, dass sich die Rechtslage auf Verhandlungen auswirkt. Außerdem besteht für die Verhandlungsparteien nicht die Möglichkeit, „listige“ Täuschungen vertraglich zu regeln. Denn § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist nicht dispositiv. Hinzu kommt, dass eine vertragliche Regelung durch die Parteien in der Praxis selbst dann wohl nur eingeschränkt erfolgen würde, wenn entsprechende vertragliche Bestimmungen zulässig wären. Die Dispositivität könnte die Thematik daher ebenfalls wohl nur entschärfen, aber nicht lösen. Aus diesen Gründen wurde ein Rechtsfortbildungsbedürfnis bejaht und insofern zunächst die analoge Anwendung der möglichen engen gewohnheitsrechtlichen Regel geprüft. Eine Gesetzesanalogie scheidet im Ergebnis aus. Eine Rechtsanalogie erscheint ebenfalls nicht zur gewünschten Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu führen, denn bereits eine inhaltliche Erweiterung ist abzulehnen. Die ggf. bestehende gewohnheitsrechtliche Regel kann im Ergebnis nicht auf weitere vorsätzliche Irreführungen, z. B. über den Entscheidungswert oder andere Aspekte, übertragen werden.

Abgelehnt wurde hier im Ergebnis zudem die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit generell als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu bewerten. Diese Lösung kann somit im Ergebnis weder mit Hilfe des Gewohnheitsrechts noch im Rahmen

einer Rechtsfortbildung durch eine weite teleologische Reduktion erzielt werden. Denn sie würde den Gesetzgeber in all den Fällen konterkarieren, die er 1896 im Blick hatte und für die er bewusst auf eine Rechtswidrigkeitsprüfung verzichtet hat. Eine engere teleologische Reduktion erscheint jedoch möglich. Dadurch bleibt es dabei, dass die vom Gesetzgeber bedachten Konstellationen *ipso facto* als rechtswidrig anzusehen sind. Die Rechtswidrigkeit muss daher bezüglich dieser Täuschungen nicht geprüft werden. Das gilt für Lügen über die Leistung, den Preis i. e. S.²²⁰, die Rechtslage und den Vertragspartner, wobei mit Blick auf Letzteres die ggf. gewohnheitsrechtlich zu begründende Ausnahmeregel zu bedenken ist (bzgl. Fragen zur Schwangerschaft etc.). In Bezug auf alle nicht vom Gesetzgeber bedachten Aspekte wird hier allerdings vertreten, dass die Rechtswidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu prüfen ist. Die Rechtswidrigkeit stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, weshalb insofern vor allem die in dieser Arbeit vorgenommene wertungsmäßige Betrachtung bei der Abwägung an Bedeutung gewinnt. Konkret bedeutet dies, dass insbesondere die rechtlichen Umfeldwertungen,²²¹ das empirisch ermittelte Rechtsgefühl²²² und die ökonomischen Auswirkungen²²³ bei der Konkretisierung des unbestimmten Begriffs der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen sind. Im Ergebnis folgt daraus, dass mit Hilfe der hier vorgeschlagenen engen teleologischen Reduktion die gewünschte Differenzierung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen erzielt werden kann. Hilfsweise käme eine Rechtsfortbildung *extra legem* in Betracht, die dem Grunde nach zum selben Ergebnis führen würde. Sie könnte mit Hilfe einer lückenfüllenden „insbesondere“-Regelung allerdings für Fälle, in denen die Rechtmäßigkeit eindeutig vorzugswürdig ist, eine etwas konkretere Lösung vorsehen, als es die teleologische Reduktion vermag.

In dieser Arbeit wird somit im Ergebnis vertreten, dass „listige“ Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen bereits *de lege lata* akzeptiert werden können. Dies geschieht jedoch nicht in pauschaler Weise, sondern in Form der Notwendigkeit einer Rechtswidrigkeitsprüfung für alle nicht vom Gesetzgeber ursprünglich in Bezug genommenen Täuschungskonstellationen.

²²⁰ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

²²¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.I.

²²² Zur Bedeutung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls für die Rechtsordnung siehe näher unter 4. Teil, F.VI.

²²³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.II.

B. Lösung *de lege ferenda*

I. Einführung

Wie soeben unter 5. Teil, A.IV.4. und 5. Teil, A.IV.5. ausgeführt wurde, wird in dieser Arbeit vertreten, dass eine Unterscheidung zwischen „listigen“ (d. h. rechtmäßigen) und arglistigen (d. h. rechtswidrigen) Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen bereits *de lege lata* mit Hilfe einer teleologischen Reduktion im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bzw. hilfsweise durch eine Rechtsfortbildung *extra legem* erzielt werden kann. An dieser Stelle sollen dennoch Überlegungen zu einer Lösung *de lege ferenda* angestellt werden. Dies erscheint deshalb sinnvoll, da die vorgeschlagene Lösung *de lege lata* mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist. Im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit könnte daher eine Neuregelung und damit eine Lösung *de lege ferenda* angedacht werden, um das wertungsmäßig wünschenswerte Ergebnis (siehe dazu näher unter 4. Teil, I.) zu erzielen. Die Überlegungen sollen an dieser Stelle zudem über eine reine Klarstellung hinausgehen. Denn ein Vorschlag *de lege ferenda* eröffnet die Möglichkeit, eine noch besser strukturierte Lösung i. S. d. wertungsmäßig wünschenswerten Ergebnisses zu erarbeiten. Außerdem bietet ein Vorschlag *de lege ferenda* auch die Gelegenheit, die Auswirkungen auf B2C- und C2C-Konstellationen zu überdenken und konkret zu regeln.

II. Konkretisierung der *de lege lata* erarbeiteten Lösung

Im Rahmen der soeben erarbeiteten Lösung *de lege lata* wurde festgestellt, dass eine Prüfung der Rechtswidrigkeit bei Bluffs über die Leistung, den Preis i. e. S.²²⁴, den Vertragspartner und die Rechtslage ausscheidet. Lediglich bezüglich anderer Täuschungen wird eine Abwägung i. R. d. Rechtswidrigkeit befürwortet. Dogmatisch wird dies durch eine (enge) teleologische Reduktion erreicht (siehe unter 5. Teil, A.IV.4.c)). Die wertungsmäßige Betrachtung (siehe unter 4. Teil, B.) hat allerdings gezeigt, dass es weitere Lügen gibt, bezüglich derer ein Anfechtungsrecht zu befürworten ist. Das gilt vor allem für Bluffs über die Gesamtverfügbarkeit der vertraglichen Leistung, die Vertragsdurchführung und -erfüllung, getroffene Vereinbarungen, die Marktlage und für Lügen über gesellschaftliche Rahmenbedingungen. Dies kann im Rahmen des Lösungsvorschlags *de lege ferenda* berücksichtigt werden. Das heißt, es soll insofern vorgesehen werden, dass die aufgezählten Täuschungen ebenfalls als rechtswidrig anzusehen sind und eine entsprechende Prüfung der Widerrechtlichkeit somit entfällt. Dadurch ließe sich eindeutig abstecken, welche Täuschungen unzweifelhaft zu einem Anfechtungsrecht der ge-

²²⁴ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

täuschten Seite führen (sofern die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen). So könnte eine höhere Rechtssicherheit bezüglich entsprechender Lügen erzielt werden. Mit Blick auf alle anderen Aspekte, bei denen somit eine Rechtswidrigkeitsprüfung notwendig wird, bestünde zudem die Möglichkeit, relevante Abwägungskriterien vorzugeben. Dadurch würde die Rechtssicherheit ebenfalls erhöht.

Auch wenn eine Regelung, die Bluffs über das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Meinungen erfasst, aus ökonomischer Sicht nicht zu einer Reduzierung negativer Effekte führt, so wird hier vertreten, dass es aus regelungstechnischer Sicht dennoch sinnvoll erscheint, die Rechtslage insofern nicht zu verändern. Es wird an dieser Stelle bevorzugt, den „Täuschungsspielraum“ mit Hilfe des Täuschungsgegenstands abzustecken. Kann wegen eines bestimmten Bluffs aufgrund der Abwägung i. R. d. Rechtswidrigkeit jedoch nicht angefochten werden, so ist von dieser Ausnahme auch die entsprechende innere Tatsache erfasst, was die Problematik entschärft.

Eine Gesetzesänderung würde zudem die Möglichkeit eröffnen, dass viel diskutierte „Recht zur Lüge“ mit Blick auf Lügen über eine bestehende Schwangerschaft und ähnliche Aspekte explizit im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu verankern. Die insofern bestehenden Unsicherheiten bzgl. der dogmatischen Einordnung und Reichweite der entsprechenden Ausnahmen könnten dadurch beseitigt werden. Insofern bestünde i. R. d. Lösung *de lege ferenda* die Option, eine abstrahierte Vorgabe zu machen, bezüglich derer es nicht darauf ankommt, ob der betroffene Aspekt bereits an anderer Stelle durch den Gesetzgeber geregelt wurde. Es könnte zudem geregelt werden, ob die Ausnahmen nur für unzulässige Fragen im B2C-Verhältnis oder auch für den B2B-Bereich (und C2C-Bereich) gelten sollen. Die Vorschrift könnte darüber hinaus Vorgaben dazu machen, ob indirekte Informationsverlangen und anlasslose Täuschungen über diese Aspekte erfasst sind. Dadurch würde sich die (aufwendige) Prüfung erübrigen, ob entsprechende Ergebnisse i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB auch anderweitig erzielt werden können (z. B. durch eine gewohnheitsrechtliche Regel oder deren analoge Anwendung). Obwohl diese Fälle, bei denen es vor allem um den Schutz vor möglichen Diskriminierungen geht, in dieser Arbeit nicht näher behandelt wurden, da diese Konstellationen im unternehmerischen Bereich höchstens ein Randphänomen darstellen, soll dazu im Folgenden ein Vorschlag unterbreitet werden.

Eine Gesetzesänderung wiese außerdem generell den Vorteil auf, dass eindeutig festgelegt werden könnte, in welchen Konstellationen welche Vorgaben greifen. Das bedeutet, dass sich z. B. Besonderheiten im B2C-Bereich eindeutig regeln ließen. Auch wenn dies ebenfalls nicht Gegenstand dieser Arbeit war,²²⁵ so liegt es doch nahe, dass in B2C-Konstellationen aus wertungsmäßiger Sicht eine etwas andere Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Bluffs sinnvoll erschiene –

²²⁵ Zur Eingrenzung der Fragestellung siehe näher unter 1. Teil, A.

zumindest sofern ein Unternehmer einen Verbraucher anlügt. Das Schutzbedürfnis des Verbrauchers dürfte tendenziell für ein weiter reichendes Anfechtungsrecht des Verbrauchers sprechen. Dies soll im Folgenden berücksichtigt werden. Allerdings dürfte die Basisidee dieser Arbeit, dass eine Unterscheidung anhand der verschiedenen Täuschungsgegenstände erfolgen sollte, auch im B2C-Bereich gelten. Nur die konkrete Grenzziehung fiel somit anders aus als im B2B-Bereich. Dasselbe müsste für C2C-Konstellationen gelten. Der im Folgenden unterbreitete Vorschlag konzentriert sich zwar auf die hier erarbeitete Lösung für den B2B-Bereich, ist aber für Erweiterungen mit Blick auf B2C- und C2C-Konstellationen offen.

III. Lösungsvorschlag *de lege ferenda*

1. § 123 BGB n. F.

Im Folgenden wird zunächst der Lösungsvorschlag *de lege ferenda* unterbreitet, bevor dieser dann unter 5. Teil, B.III.2. näher erläutert wird. Da sich die Regelung des § 123 BGB im Grundsatz seit ihrer Einführung durch den Gesetzgeber von 1896 bewährt hat, sollen die bislang verwendeten Regelungselemente²²⁶ i. R. d. Lösungsvorschlags *de lege ferenda* weiterhin genutzt werden. Dafür spricht auch, dass die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen übereinstimmend bestimmte Regelungselemente (wie Täuschung, Irrtum, Vorsatz und Kausalität) einsetzen. Die gänzlich anders strukturierte Lösung des US-amerikanischen Rechts würde sich insofern nicht stimmig in die deutsche Rechtsordnung eingliedern lassen. Konkret bedeutet dies, dass die Grundregel, wie sie bislang existiert, beibehalten werden sollte. Eine minimale Einschränkung wird daher bereits jetzt durch die Abgrenzung von Tatsachen und Meinungen erzielt.²²⁷

Um jedoch die wertungsmäßig wünschenswerte Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu erreichen, genügen allein die bislang i. R. d. § 123 BGB verwendeten Regelungselemente nicht. Es muss daher über den Einsatz weiterer Regelungselemente nachgedacht werden. Im 3. Teil, C.II. wurde mit Hilfe einer rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Betrachtung ermittelt, welche Regelungselemente von den verschiedenen Gesetzgebern bereits genutzt werden bzw. wurden. Im 3. Teil, D. wurde zudem analysiert, welche weiteren Regelungsoptionen (theoretisch) bestehen. Da es an dieser Stelle um einen Vorschlag *de lege ferenda* geht, können im Prinzip alle im 3. Teil, C.II. bzw. 3. Teil, D. aufgeführten Optionen in den unterschiedlichsten Kombinationen zur Regulierung eingesetzt werden. Hier soll es darum gehen, einen stimmigen Vorschlag zu erarbeiten, der die in dieser Arbeit erzielte Lösung möglichst exakt widerspiegelt und gleichzeitig für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgt. Ziel des folgenden Vorschlags ist es

²²⁶ Siehe zu den verwendeten Regelungselementen aus rechtsvergleichender und rechtshistorischer Sicht näher unter 3. Teil, C.II.

²²⁷ Siehe zu diesem Regelungselement näher unter 3. Teil, C.II.4.

zudem, eine gleichsam minimalinvasive Lösung zu entwickeln, die vor allem auf bereits etablierten Ideen und Regelungskonzepten aufbaut. Dies soll helfen, eine breite Akzeptanz für den hier unterbreiteten Vorschlag zu erzielen.

Unter den bereits bekannten Regelungselementen bietet es sich daher an, mit der Widerrechtlichkeit zu arbeiten.²²⁸ Denn die Widerrechtlichkeit steht bereits mit Blick auf die Debatte um das „Recht zur Lüge“ im Vordergrund (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.7.b)). Die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*, die strukturell mit der Widerrechtlichkeit vergleichbar ist, wird hier somit nicht gewählt, weil sie dem deutschen Recht seit über 120 Jahren fremd geworden ist. Da Lügen so mannigfaltig sind, bietet ein unbestimmter Rechtsbegriff wie die Widerrechtlichkeit zudem gewisse regulative Vorteile (dazu auch noch einmal i. R. d. Erläuterung des Vorschlags unter 5. Teil, B.III.2.c)), die i. R. d. Vorschlags *de lege ferenda* genutzt werden sollen.

Darüber hinaus soll der Gedanke des historischen Gesetzgebers aufgegriffen werden: Dieser ging davon aus, dass bestimmte Täuschungen *ipso facto* rechtswidrig sind.²²⁹ Dieser Grundgedanke kann für die folgende Regelung ebenfalls fruchtbar gemacht werden, denn er hat das Potenzial Rechtssicherheit zu schaffen. Dass bestimmte Täuschungen *ipso facto* rechtswidrig sind, stellt aus regelungstechnischer Sicht eine unwiderlegbare Vermutung dar. Das Regelungselement der Vermutung ist daher schon *de lege lata* i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB verankert und kann mit Blick auf die Lösung *de lege ferenda* in noch stärkerem Umfang genutzt werden. Außerdem wird der folgende Vorschlag zwischen unternehmerischen Verhandlungen und B2C- sowie C2C-Verhandlungen unterscheiden.²³⁰ Sprachlich differenziert bislang keine der betrachteten Rechtsordnungen explizit zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen. Insofern würde die Regelung zwar ein Novum darstellen. Das gilt insbesondere auch für die deutsche Rechtsordnung. Aber implizit finden sich in anderen Rechtsordnungen Ansätze dazu, zwischen den verschiedenen Konstellationen zu differenzieren (siehe z. B. die enge gewohnheitsrechtliche Regel). Diese Abgrenzungsmöglichkeit wurde aber bislang nicht weiter konkretisiert. Aus deutscher Sicht scheint diese Fortentwicklung jedoch durchaus systemstimmig sowie gut geeignet, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Denn auch wenn B2C-Verhandlungen in dieser Arbeit nicht untersucht wurden, so liegt es doch nahe, dass aus wertungsmäßiger Sicht gewisse Besonderheiten bestehen könnten, die eine unterschiedliche Bewertung rechtfertigen.

²²⁸ Siehe zu diesem Regelungselement bereits unter 3. Teil, C.II.2.

²²⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.VII.

²³⁰ Siehe zu diesem Regelungselement bereits unter 3. Teil, C.II.7.

Andere bekannte Regelungsmechanismen wie die Einführung eines Bereichs der *sollertia*²³¹, die Verknüpfung von Rechtsfolge und Auswirkung der Täuschung²³² sowie die Regelung von Vertrauen und Eigenverantwortung werden für den folgenden Vorschlag nicht genutzt. Nach hier vertretener Ansicht führt das Regelungselement der Widerrechtlichkeit zu einer punktgenaueren Erfassung des Problems. Zu den Vor- bzw. Nachteilen der hier ausgeschlossenen Optionen siehe bereits unter 3. Teil, C.II.

Gleichzeitig wird im Folgenden auch ein neuartiges Regelungselement für den Vorschlag *de lege ferenda* herangezogen. Denn die zentrale Idee dieser Arbeit ist die Differenzierung nach Täuschungsgegenständen, da die Wertung – wie gezeigt (siehe näher unter 4. Teil, B.II., C.IV., D.III. und G.VII) – hierdurch maßgeblich beeinflusst wird. Gleichzeitig bietet der Rückgriff auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände durch den hohen Konkretisierungsgrad die Möglichkeit, eine rechtssichere Lösung zu schaffen.²³³ Die weiteren möglichen Regelungsinstrumente, d. h. die Differenzierung nach materiellen Intensitätsstufen der Täuschung, nach der Handlungsintensität von Bluffs, nach Situationen der Täuschung, nach Techniken der Täuschung, nach Zielen und Gründen für Lügen, nach Konsequenzen von vorsätzlichen Irreführungen sowie nach der zeitlichen Dimension von Bluffs, werden im Folgenden hingegen nicht genutzt. Denn nach hier vertretener Ansicht stellt die Unterscheidung nach dem Täuschungsgegenstand das geeignetere Mittel zur Regulierung dar. Da dadurch das wertungsmäßig wünschenswerte Ergebnis erreicht werden kann, bedarf es auch keines zusätzlichen Einsatzes weiterer Regelungsoptionen. Zu den Vor- und Nachteilen der hier ausgeschlossenen Regelungselemente siehe bereits unter 3. Teil, D.

Aufgrund der regulativen Unterschiede und der eigenständigen Bedeutung der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung, wird im Folgenden vorgeschlagen, beide Aspekte in getrennten Absätzen zu erfassen. § 123 Abs. 1 S. 1 bis S. 6 BGB n.F. befasst sich daher ausschließlich mit arglistigen Täuschungen, während § 123 Abs. 3 BGB n.F. die widerrechtliche Drohung erfasst. Bezüglich der widerrechtlichen Drohung soll die Vorschrift ansonsten unverändert übernommen werden. Auch die Regelung zur Täuschung durch Dritte wird ohne Änderung bei-

²³¹ Das römische Recht unterschied zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* bzw. erfasste bestimmte Täuschungen erst gar nicht. Letztere fielen dann in den Bereich der *sollertia*. Siehe zu diesem Regelungselement näher unter 3. Teil, C.II.1.

²³² Die Rechtsfolge der Anfechtung (d. h. die Nichtigkeit *ex tunc*) soll hier beibehalten werden. Mit Blick auf die *culpa in contrahendo* muss dort auch gelten, dass „listige“ Täuschungen, die kein Anfechtungsrecht begründen, nicht zu einer Vertragsaufhebung wegen einer Informationspflichtverletzung i. R. d. c. i. c. führen können. Damit ist jedoch noch nichts über das Verhältnis von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu einem ggf. möglichen Schadensersatz i. R. d. *culpa in contrahendo* gesagt. Siehe dazu auch noch einmal i. R. d. kritischen Reflexion unter 6. Teil, C.

²³³ Zu diesem Regelungselement siehe bereits ausführlich unter 3. Teil, D.IX.

behalten und folgt, da sie an den Grundfall der Täuschung anschließt, als Absatz 2.²³⁴

Neugeregelt wird somit nur § 123 Abs. 1 BGB n.F.:

§ 123 n. F. Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung

(1) ¹Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. ²Die Widerrechtlichkeit wird für Täuschungen über den Vertragsinhalt, die Vertragsparteien, die rechtliche Situation, die Gesamtverfügbarkeit der vertraglichen Leistung, die Vertragsdurchführung und -erfüllung, getroffene Vereinbarungen, die Marktlage und gesellschaftliche Rahmenbedingungen unwiderleglich vermutet. ³Für andere Täuschungen wird die Widerrechtlichkeit widerleglich vermutet. ⁴Im unternehmerischen Geschäftsverkehr gilt diese Vermutung nicht. ⁵Die Widerrechtlichkeit erfordert eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, insbesondere anhand der rechtlichen Umfeldwertungen, des empirisch ermittelten Rechtsgefühls und der ökonomischen Auswirkungen der Täuschungen. ⁶Die Anfechtbarkeit ist ausgeschlossen, wenn die Täuschung der Abwehr einer Diskriminierungsgefahr bzw. dem Schutz gesetzlich geschützter persönlicher Informationen dient.

(2) [...]

(3) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

2. Erläuterung des § 123 BGB n. F.

a) Widerrechtliche Drohung

Die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung werden weiterhin gemeinsam in § 123 BGB geregelt, allerdings nun in getrennten Absätzen. § 123 Abs. 1 BGB n. F. regelt ausschließlich die arglistige Täuschung, während § 123 Abs. 3 BGB n. F. allein die widerrechtliche Drohung erfasst. Da letztere nicht Gegenstand dieser Untersuchung war, wurde die Vorschrift – wie angekündigt – ansonsten unverändert übernommen. Es bleibt insofern Aufgabe des Gesetzgebers, zu überlegen, ob auch bezüglich der widerrechtlichen Drohung ein Änderungsbedarf besteht. Ohne an dieser Stelle konkret auf mögliche Änderungen eingehen zu wollen, blieben in jedem Fall die Auswirkungen der BAG-Rechtsprechung mit Blick auf das Gebot fairen Verhandeln zu diskutieren.²³⁵ Denn würde man das Gebot fairen Verhandeln anerkennen und auf unternehmerische Vertragsverhandlungen im

²³⁴ Zu diesem Regelungselement siehe auch näher unter 3. Teil, C.II.8.

²³⁵ BAG NJW 2019, 1966, 1966 ff. (Leitsatz 2: „Ein Aufhebungsvertrag ist jedoch unwirksam, wenn er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist.“). Siehe dazu kritisch *Fischinger*, NZA-RR 2020, 516, 516 ff. Vgl. zu dem Urteil u.a. auch *Holler*, NJW 2019, 2206, 2206 ff.; *Boemke*, JuS 2019, 1204, 1204 ff.; ausführlich zudem *Gräf*, Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags, 2021, passim.

Allgemeinen übertragen, müsste überlegt werden, ob ein Verstoß dagegen zu einem Anfechtungsrecht führen sollte. In der Literatur ist dieser Ansatz schon mit Blick auf Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnisse nicht unumstritten.²³⁶ Erst recht ist die allgemeine Anwendung des Gebots fairen Verhandeln auf (z.T. vehemente) Kritik gestoßen.²³⁷ Eine Gesetzesänderung böte aber zumindest die Gelegenheit, diesen Aspekt zu debattieren.

b) Täuschungen durch Dritte

§ 123 Abs. 2 BGB n.F. befasst sich weiterhin mit Täuschungen durch Dritte und enthält keine Änderungen gegenüber § 123 Abs. 2 BGB (geltende Fassung). Siehe zur Bedeutung dieser Regelung mit Blick auf die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen näher unter 2. Teil, B.I.9.

c) Die Grundidee der Kombination von Widerrechtlichkeit, Vermutung und konkreten Täuschungsgegenständen

§ 123 Abs. 1 BGB n.F. regelt die arglistige Täuschung mit Hilfe von sechs Sätzen. Idee der neuen Fassung des § 123 Abs. 1 BGB ist es, zur Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen die Vorteile des unbestimmten Rechtsbegriffs der Widerrechtlichkeit mit der Konkretisierung durch Täuschungsgegenstände zu verknüpfen. Da die Wertung maßgeblich durch die Täuschungsgegenstände beeinflusst wird, ist es einerseits zentral, diesen Aspekt i. S. d. Rechtssicher-

²³⁶ Aus arbeitsrechtlicher Sicht kritisch *Fischinger*, NZA-RR 2020, 516, 516 ff., der das Gebot fairen Verhandeln als „Irrweg“ bezeichnet; vgl. auch *ders.*, NZA 2019, 729, 730 f.; ebenfalls kritisch *Kamanabrou*, RdA 2020, 201, 209 f.; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2210; *Moritz* in: *jurisPK-BGB*, Bd. 1, 10. Aufl. 2023, Stand: 15.05.2023, § 123 Rn. 203 f.; *Rolfs* in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 6. Aufl. 2021, Aufhebungsvertrag Rn. 108b; *Bauer/Romero*, ZfA 2019, 608, 613; *W. Hamann*, *jurisPR-ArbR* 11 (2020), Anm. 4; *Eufinger*, DB 2020, 2695, 2695; vor allem die damit verbundenen Unsicherheiten kritisierend *Hördt*, *ArbRAktuell* 2019, 289, 290; *ders.*, *ArbRAktuell* 2022, 38, 41 (für eine Beschränkung auf Extremfälle); ähnlich auch *Bauer*, *ArbRAktuell* 2019, 93. Positiv hingegen z. B. *Gräf*, *Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags*, 2021, passim (zusammenfassend auf S. 425 ff.); *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1966, 1969 f.

²³⁷ *Sutschet* in: *BeckOK BGB*, Stand: 01.11.2023, § 311 Rn. 62 („Keinesfalls aber kann das Unbehagen am Nichtbestehen eines Widerrufsrechts für arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge dazu führen, die gesetzlich festgelegten Grenzen zulässigen vorvertraglichen Verhaltens für jedweden Vertrag im Wege der Rechtsfortbildung zu verschieben.“); mit Blick auf § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB auch *Armbrüster* in: *MüKo BGB*, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 56 („Jedenfalls sollte das Gebot fairen Verhandeln nicht auf das allgemeine Zivilrecht erstreckt werden.“); die generelle Bedeutung betonend (allerdings wohl nicht kritisch) *Plum*, MDR 2020, 69, 74 (Rn. 7, 31). Eher positiv hingegen *Zimmer*, JZ 2019, 897, 900 („Die Anerkennung eines derartigen Gebots als allgemeiner Rechtsgrundsatz erscheint daher zumindest erwägenswert.“), der gleichzeitig aber auch den noch „weiten Weg“ bzgl. der Ausarbeitung des Gebots betont. Für eine allg. Anwendung auch *Gräf*, *Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags*, 2021, S. 225 ff.

heit zu nutzen. Dies geschieht durch die Auflistung der Täuschungsgegenstände in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. Andererseits ist zu bedenken, dass Lügen so mannigfaltig sind, dass eine Regelung jedes einzelnen Täuschungsgegenstandes nicht möglich erscheint. Es bedarf daher neben der Konkretisierung durch die einzelnen Täuschungsgegenstände eines unbestimmten Rechtsbegriffs, in dessen Rahmen eine Abwägung bezüglich aller nicht aufgelisteter Täuschungsgegenstände stattfinden kann. Die Widerrechtlichkeit ist insofern i.R.d. § 123 Abs. 1 BGB bereits etabliert und kann dafür entsprechend genutzt werden. In diesem Zusammenhang wird dann mit dem Regelungsinstrument der Vermutung gearbeitet, um die Anfechtbarkeit zu erleichtern bzw. bewusst nicht zu erleichtern. Um die Lösung auch mit Blick auf den unbestimmten Rechtsbegriff handhabbar zu machen, bestimmt § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F. zudem die Abwägungskriterien, die mit Blick auf die Widerrechtlichkeit insbesondere berücksichtigt werden sollen.

d) § 123 Abs. 1, S. 1 BGB n.F.

§ 123 Abs. 1, S. 1 BGB n.F. ist – nahezu – wortgleich mit der bisherigen Vorschrift. Satz 1 legt damit weiterhin die Grundregel mit Blick auf arglistige Täuschungen fest: Der getäuschten Seite steht danach ein Anfechtungsrecht zu, sofern ihre Willenserklärung durch eine vorsätzliche, kausal gewordene Täuschung über Tatsachen beeinflusst wurde. § 123 Abs. 1 BGB n.F. gibt somit die Tatbestandsvoraussetzungen einer Anfechtung wegen Täuschung vor. Der einzige Unterschied²³⁸ im Vergleich zur geltenden Fassung des § 123 Abs. 1 BGB besteht darin, dass § 123 Abs. 1, S. 1 BGB n.F. die Widerrechtlichkeit explizit als Tatbestandsmerkmal auführt.

e) § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F.

§ 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. nutzt den in dieser Arbeit entwickelten Ansatz der Differenzierung gem. Täuschungsgegenständen in Kombination mit einer Vermutung der Widerrechtlichkeit. Die Vorschrift regelt, bezüglich welcher Täuschungsgegenstände die Widerrechtlichkeit unwiderleglich vermutet wird. Dies soll Rechtssicherheit schaffen und eine einfache Handhabung der Vorschrift sicherstellen. Im Zusammenspiel spiegeln § 123 Abs. 1, S. 1 und S. 2 BGB n.F. somit die Lösung *de lege lata* wider. Die Tatsache, dass die Vermutung unwiderleglich ausgestaltet ist, führt dazu, dass die Widerrechtlichkeit bezüglich der in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. aufgeführten Aspekte auch weiterhin nicht geprüft werden muss, was der einfachen Handhabung der Norm dient. Im Unterschied zur festgestellten (engen) teleologischen Reduktion²³⁹ wurde die unwiderlegliche Vermutung allerdings

²³⁸ Abgesehen davon, dass die widerrechtliche Drohung in § 123 Abs. 3 BGB n.F. verschoben wurde.

²³⁹ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.c).

i.S.d. Rechtssicherheit auf weitere Täuschungsgegenstände ausgeweitet. Dem Rechtsverkehr soll damit angezeigt werden, welche Bluffs eindeutig unzulässig sind. Dies dient der Verbesserung der Steuerungswirkung des Gesetzes. Denn die Siegener Studie hat gezeigt, dass sich auch bezüglich dieser Täuschungsgegenstände teils nicht alle Verkehrsteilnehmer bewusst sind, dass diese nach geltender Rechtslage zur Anfechtung berechnigen.²⁴⁰ Die neue Fassung des § 123 Abs. 1 BGB würde die Rechtslage für die betroffenen Verkehrskreise somit klarer formulieren und könnte dadurch auch zu einer besseren Durchsetzung der Vorschrift beitragen. Es ließe sich daher vermuten, dass bezüglich der dort genannten Aspekte dann auch öfter angefochten würde bzw. sich dies auf ggf. geführte Nachverhandlungen auswirken würde.

§ 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. unterscheidet zudem bewusst nicht zwischen dem B2B-Bereich und B2C- bzw. C2C-Verhandlungen. Denn in dieser Arbeit wurde festgestellt, dass die unter 4. Teil, I.XVII. aufgelisteten Lügen im unternehmerischen Bereich die getäuschte Seite zur Anfechtung berechnigen sollten. Mit Blick auf Verbraucher kann dann im Erstrecht-Schluss nichts Anderes gelten.

f) § 123 Abs. 1, S. 3 und S. 4 BGB n.F.

§ 123 Abs. 1, S. 3 und S. 4 BGB n.F. regeln die Widerrechtlichkeit und die dafür geltende Vermutung für die nicht aufgelisteten Täuschungen. § 123 Abs. 1, S. 3 BGB n.F. gibt vor, dass die Widerrechtlichkeit für alle Täuschungen außerhalb der in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. genannten, widerleglich vermutet wird. Aus dem Zusammenspiel dieser Vorgabe mit § 123 Abs. 1, S. 4 BGB n.F. ergibt sich, dass diese Vorgabe allein für C2C-Konstellationen sowie Täuschungen eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher (B2C) gilt (zu C2B-Täuschungen sogleich im Folgenden). Die Vorschrift eröffnet daher auch im B2C- und C2C-Bereich die Möglichkeit, die Widerrechtlichkeit bei den nicht aufgelisteten Bluffs abzulehnen. Insofern folgt die Vorschrift der auch *de lege lata* erarbeiteten Lösung und der dort aufgestellten Hypothese, wonach die teleologische Reduktion im Prinzip auch für diese Konstellation gilt. Gleichzeitig erleichtert die Vermutung allerdings die Anfechtung für Verbraucher. Die Änderung wird somit aus Sicht des Verbrauchers verglichen mit dem rechtlichen Status quo möglichst minimalinvasiv ausgestaltet. Dies erscheint hier auch insoweit notwendig, als diese Konstellationen in dieser Arbeit nicht näher untersucht wurden. Aus der systematischen Betrachtung ergibt sich, dass die Überlegungen i.R.v. § 123 Abs. 1, S. 3 BGB n.F. ebenfalls mit Blick auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände erfolgen sollte.

²⁴⁰ Insofern sei noch einmal beispielhaft auf das Judiz bezüglich der Täuschung über die Rechtslage (Unzulässigkeit) hingewiesen. So nehmen beispielsweise 40 % der befragten Anwälte an, dass das Recht in diesem Fall kein Anfechtungsrecht gewährt. Bei den befragten Richtern sehen dies immerhin 38 % ebenfalls so.

Für den B2B-Bereich stellt § 123 Abs. 1, S. 4 BGB n.F. hingegen klar, dass die Vermutung der Widerrechtlichkeit nicht greift. Es muss daher eine umfassende Abwägung der Widerrechtlichkeit erfolgen, sofern es um Bluffs geht, die in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. nicht genannt sind. Die systematische Auslegung ergibt auch an dieser Stelle, dass dies mit Blick auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände erfolgen sollte. Wie bereits in dieser Arbeit gezeigt, würde die wertungsmäßige Betrachtung nach hier vertretener Ansicht dazu führen, dass bezüglich vieler Aspekte außerhalb der in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. genannten, die Widerrechtlichkeit im B2B-Bereich abzulehnen wäre. Die Regelung würde dadurch die wertungsmäßig wünschenswerte Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr ermöglichen. Bezüglich der nicht in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. aufgelisteten Gegenstände würde im B2B-Bereich daher wohl weniger häufig angefochten (z. B. in Bezug auf Freundschaftspreise). Denn die Parteien könnten insbesondere bei harmlosen Bluffs gut einschätzen, dass diese nicht zur Anfechtung berechtigen. Das würde zu Rechtssicherheit führen und die Parteien könnten sich darauf sowohl in Bezug auf die Verhandlung als auch mit Blick auf eine mögliche Aufklärung der Täuschung einstellen.

Aus dem Zusammenspiel von § 123 Abs. 1, S. 3 und S. 4 BGB n.F. soll zudem herausgelesen werden, dass die widerlegliche Vermutung des § 123 Abs. 1, S. 3 BGB n.F. im B2C-Verhältnis einseitig gilt. Das heißt, sie greift nur dann, wenn ein Unternehmer einen Verbraucher täuscht. Blufft hingegen ein Verbraucher gegenüber einem Unternehmer (C2B), so gelten die Maßstäbe des § 123 Abs. 1, S. 4 BGB n.F. Das heißt, es bestünde keine Vermutung für die Widerrechtlichkeit. Der Unternehmer müsste dann gegenüber dem Verbraucher vielmehr die Widerrechtlichkeit darlegen und beweisen. Unternehmer sollen somit gegenüber Verbrauchern nicht bessergestellt werden als gegenüber anderen Unternehmern.

g) § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F.

§ 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F. legt fest, welche Aspekte bei der Bestimmung der Widerrechtlichkeit berücksichtigt werden sollen. Die Vorschrift greift sowohl mit Blick auf § 123 Abs. 1, S. 3 BGB n.F. als auch in Bezug auf § 123 Abs. 1, S. 4 BGB n.F. Die Abwägungskriterien der Widerrechtlichkeit werden somit unabhängig von der Frage, wer täuscht und wer getäuscht wird, statuiert. Aber die Abwägung kann dann zu unterschiedlichen Ergebnissen im B2B- und B2C- bzw. C2C-Bereich führen.

Bei der Widerrechtlichkeit sollen sowohl die Interessen des Täuschenden als auch des Getäuschten berücksichtigt werden. Dies stellt eine grundlegende Änderung gegenüber der bisherigen Fassung des § 123 BGB dar. Denn bislang stehen bei einer arglistigen Täuschung unabhängig vom Täuschungsgegenstand die Interessen des Getäuschten (einseitig) im Vordergrund. Bei der Abwägung sollen dann insbesondere die rechtlichen Umfeldwertungen, das empirisch ermittelte Rechts-

gefühl und die ökonomischen Auswirkungen berücksichtigt werden. Die Formulierung „insbesondere“ zeigt an, dass potenziell auch weitere Erwägungen einfließen könnten.

Aus regelungstechnischer Sicht ist es ungewöhnlich, die Abwägungskriterien eines unbestimmten Rechtsbegriffs vorzugeben. Die Alternative bestünde daher darin, § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F. ersatzlos zu streichen und die Konkretisierung allein der Rechtsprechung zu überlassen. Dies erscheint nach hier vertretener Ansicht ebenfalls eine gangbare Möglichkeit zu sein. Vorteil der Regelung der Abwägungskriterien ist allerdings, dass dies zu etwas mehr Rechtssicherheit führt, weshalb § 123 Abs. 1, S. 5 BGB im Rahmen des Vorschlags *de lege ferenda* aufgenommen wurde. Zudem bietet eine explizite Regelung die Option, Abwägungskriterien vorzugeben, die ansonsten ggf. unberücksichtigt bleiben würden. Dass rechtliche Umfeldwertungen zu bedenken sind, stellt allerdings eher eine Klarstellung dar. Denn dies bedeutet im Grunde lediglich, dass systematische Argumente berücksichtigt werden sollen. Die explizite Bezugnahme zum empirisch ermittelten Rechtsgefühl ist hingegen ein Novum. Die Sinnhaftigkeit der Ermittlung des empirischen Rechtsgefühls und dessen potenzielle Bedeutung für die Rechtsordnung wurde in dieser Arbeit bereits unter 4. Teil, C.III. und F.VI. erörtert. Ohne eine explizite Regelung fände dieser Aspekt (bislang) keine Berücksichtigung. Gerade weil die Rechtsprechung jedoch gleichzeitig Gewohnheiten bei der Auslegung praktisch unberücksichtigt lässt, erscheint dies umso zentraler. Die Heranziehung ökonomischer Argumente kann wiederum mit Blick auf die Konzeption des BGB gerechtfertigt werden. Denn die mit Hilfe von Willenserklärungen eingegangenen Rechtsgeschäfte verwirklichen die Privatautonomie²⁴¹ und dadurch auch den Gedanken der freien Marktwirtschaft. Da die Vorschrift zwischen B2B- und B2C- bzw. C2C-Konstellationen unterscheidet, kann insofern allerdings auch berücksichtigt werden, dass dieser Aspekt im B2B-Bereich stärker im Vordergrund stehen wird als mit Blick auf B2C- und C2C-Verhältnisse.

h) § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n.F.

§ 123 Abs. 1, S. 6 BGB n.F. regelt explizit, dass eine Anfechtung nicht in Frage kommt, sofern der Bluff der Abwehr einer Diskriminierungsgefahr bzw. dem Schutz gesetzlich geschützter, persönlicher Informationen dient. § 123 Abs. 1, S. 6

²⁴¹ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 413; *Martens* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, 2012, S. 179, 202. Vgl. auch *Arnold* in: Erman, BGB, Bd. 1, 17. Aufl. 2023, § 123 Rn. 1 („rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung, wie sie von der Privatautonomie vorausgesetzt wird“) und mit Blick auf § 145 BGB auch *Busche* in: MüKo BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 2 („Vertrag als Instrument der individuellen Rechtsverwirklichung“); *Neuner*, BGB AT, 13. Aufl. 2023, § 37 Rn. 1: „Nur dann, wenn die vertragliche Regelung im Augenblick des Vertragsschlusses vom erklärten Willen beider Vertragspartner getragen wird, ist sie Ausdruck und Verwirklichung der Privatautonomie der Beteiligten.“; *Singer* in: Staudinger BGB, 2021, VBem. zu §§ 116–124 Rn. 6; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 19.

BGB n.F. stellt eine Konkretisierung zu § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. dar. Denn letztere Vorschrift gibt vor, welche Aspekte generell zur Anfechtung berechtigen. In diesem Zusammenhang nennt § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. auch Täuschungen über die Vertragsparteien. Eine spezielle Konstellation stellt insofern die Situation dar, in der eine Partei über eigene Charakteristiken täuscht, bzgl. derer eine Diskriminierungsgefahr besteht (wie z.B. die eigene Religionszugehörigkeit oder eine Schwangerschaft). Ausnahmsweise ist somit auch bei Lügen über eine Vertragspartei ein Anfechtungsrecht ausgeschlossen. Wie bereits erwähnt, stand diese Konstellation nicht im Fokus dieser Arbeit, da sie im unternehmerischen Bereich von allenfalls untergeordnetem Interesse ist und Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands und des Vertragspartners im Zentrum der Diskussion stehen.

§ 123 Abs. 1, S. 6 BGB n.F. schlägt vor, die Ausnahmebestimmung nicht auf Täuschungen im B2C-Bereich zu beschränken und regelt somit auch B2B- und C2C-Konstellationen. Außerdem werden indirekte Informationsverlangen sowie anlasslose Lügen erfasst. Zu bedenken ist insofern, dass der Vorschlag sich allein auf das Anfechtungsrecht bezieht und damit in den genannten Konstellationen eine Anfechtung des Vertrags verhindern soll. Es soll damit keine weitergehende Aussage bezüglich der damit verbundenen Vorschriften (z.B. des AGG und des § 53 Abs. 1 Nr. 2 BZRG) getroffen werden. Das führt nicht zu Systemunstimmigkeiten. Denn es ist durchaus plausibel, dass so eine einschneidende Rechtsfolge wie die Anfechtung generell nicht gewünscht ist, der Gesetzgeber aber bspw. lediglich in bestimmten Konstellationen Schadensersatzansprüche vorsieht. Hinter dem relativ weiten Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, S. 6 n.F. stehen die folgenden Überlegungen.

aa) Erfassung des B2B-Bereichs

Wie aus den Ausführungen zu einer gewohnheitsrechtlichen Regel ersichtlich wurde (siehe dazu unter 5. Teil, A.III.4.b)), wird das sog. „Recht zur Lüge“ zur Abwehr einer Diskriminierungsgefahr bzw. zum Schutz gesetzlich geschützter, persönlicher Informationen im B2C-Verhältnis diskutiert. Dies liegt wohl vor allem an den Anwendungsbereichen der damit verbundenen gesetzlichen Bestimmungen (wie dem AGG) sowie daran, dass die erörterten Problemlagen in unternehmerischen Verhandlungen wohl kaum einmal Bedeutung erlangen. Denn die juristischen Personen, die gewöhnlich die Vertragsparteien sind, weisen diese „menschlichen“ Charakteristiken grundsätzlich nicht auf. Denkbar sind solche Problemstellungen jedoch mit Blick auf die Verhandler.

Auch wenn die Entscheidung an dieser Stelle nicht leichtfällt, so besteht nach hier vertretener Ansicht für die Anwendung des § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F. auf den B2B-Bereich im Ergebnis doch eine gewisse Plausibilität, da unter Umständen eine vergleichbare Problemlage bestehen kann. Verhandeln beispielsweise Einkäufer und Verkäufer über eine Maschine, so wird es aber generell keine Rolle spielen, ob

die Einkäuferin oder die Verkäuferin schwanger ist. Sexualität, Religion und Herkunft werden in diesem Zusammenhang wohl ebenfalls zumeist ausgeblendet bzw. nicht in diskriminierender Weise berücksichtigt. Allerdings sollte die Vorschrift jeweils im vorliegenden Kontext interpretiert werden. So stellt eine Differenzierung nach dem Herkunftsland im unternehmerischen Bereich beispielsweise nicht direkt eine Differenzierung dar. Dasselbe gilt für Vereinbarungen, dass eine bestimmte Leistung höchstpersönlich zu erbringen ist.

Die Vorschrift soll aber generell auch auf B2B-Verhältnisse angewandt werden, obwohl außerdem überlegt werden könnte, ob Unternehmen Vermeidungsstrategien eher zumutbar sein könnten als Verbrauchern. Allerdings können bei geschickter Fragestellung wohl oftmals Informationen gewonnen werden, selbst wenn die andere Seite geschickt agiert. Unterschiede sollten zudem nach hier vertretener Ansicht nicht mit dem Hinweis auf ein stärkeres Vertrauens- und Schutzverhältnis im Arbeitsbereich²⁴² gerechtfertigt werden. Denn gerade die anerkannten Ausnahmen mit Blick auf das Versicherungsrecht zeigen, dass ein ggf. fehlendes besonderes Vertrauensverhältnis kein Hindernis bei der Übertragbarkeit des Ansatzes darstellen muss. Eine strukturelle Ungleichgewichtslage kann Unterschiede wohl ebenfalls nicht rechtfertigen. Dafür spricht bereits, dass mit Blick auf die anerkannten Ausnahmen die strukturelle Ungleichgewichtslagen bei der Ermittlung des Rechts auf Lüge nur geringe Bedeutung haben – und häufig nicht einmal angeführt werden.

bb) Erfassung indirekter Informationsverlangen sowie anlasslose Lügen

Die anerkannten Ausnahmen im Rahmen des „Rechts auf Lüge“ beziehen sich zudem ausschließlich auf Bluffs als Reaktion auf eine unzulässige Frage. In der Literatur werden anlasslose Lügen, d. h. solche ohne vorherige Frage, praktisch nicht diskutiert.²⁴³ Ohne konkret auf die hier beschriebene Problematik einzugehen, wird vielmehr meist pauschal festgestellt, dass Äußerungen (auf Fragen) korrekt und vollständig sein müssen, wenn sich der Verhandler dazu entscheidet, Auskunft zu geben.²⁴⁴ Daraus kann jedoch kein direkter Schluss gezogen werden, wie die Literatur anlasslose Lügen beurteilen würden. Unabhängig davon, ergeben sich bei anlasslosen Lügen allerdings gewisse Unterschiede zur Situation beim Bluff als

²⁴² Zum Vertrauens- und Schutzverhältnis im Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis siehe statt vieler z. B. BAG NZA 1996, 637, 638 (die besondere persönliche Bindung anführend); *Fischinger* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 29 ff. (zur Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers).

²⁴³ Eine Ausnahme stellen *Faust*, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 387 (unveröffentlichte Fassung) und *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9 (insb. Fn. 6) dar.

²⁴⁴ Siehe z. B. *Rehberg* in: BeckOGK BGB, Stand: 01.09.2023, § 123 Rn. 12.1 und Rn. 59 zur Erklärungs haftung (zur Antwort auf eine Frage); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 254 (zur Antwort auf eine Frage).

Antwort auf eine unzulässige Frage. Denn bei anlasslosen Lügen liegt kein direktes, unzulässiges Informationsverlangen der anderen Seite (z. B. des Arbeitgebers) vor. Es kann u. U. jedoch ein indirektes, unzulässiges Informationsverlangen durch eine Seite bejaht werden. Dies ist der Fall, wenn z. B. nicht direkt nach der Schwangerschaft gefragt wird, aber der potenzielle Vertragspartner provozierende Kommentare einsetzt, denen bestimmte Annahmen, z. B. über eine Schwangerschaft, zugrunde liegen. Die Aussagen zielen dann darauf ab, eine Reaktion beim Gegenüber auslösen, die dem potenziellen Vertragspartner die Wahrheit enthüllt. Deuten äußere Merkmale darauf hin, dass eine Frau schwanger sein könnte, könnte der potenzielle Vertragspartner beispielsweise anmerken:

„Für Sie ist ja sicherlich auch von Interesse, dass wir ein sehr familienfreundliches Unternehmen sind. Um die Ecke gibt es übrigens eine sehr gute Kita.“

Im Beispielsfall wird nicht direkt nach der Schwangerschaft gefragt, sondern vielmehr eine Aussage getroffen, die auf der Annahme der Schwangerschaft der Verhandlerin aufbaut bzw. aufbauen könnte. Der potenzielle Vertragspartner erhofft sich, von der Reaktion auf diese Aussage zu erfahren, ob die Verhandlerin tatsächlich schwanger ist. Auch in diesem Fall dient eine Lüge durch die Verhandlerin daher dem Schutz der sensiblen Information. Es ließe sich im Ergebnis zudem weiterhin von einer proaktiven Verletzung der Privatsphäre der Verhandlerin durch den potenziellen Vertragspartner sprechen, die auch für ein diskriminierendes Verhalten sprechen kann. Umgekehrt ausgedrückt lügt die Verhandlerin also auch in diesem Fall nicht vollständig anlasslos. Die Situation von Lügen auf eine unzulässige Frage und solche auf ein unzulässiges, indirektes Informationsverlangen erscheint daher vergleichbar. Der größte Unterschied besteht darin, dass die Verhandlerin ggf. durch eine geschickte Beantwortung in der Lage sein könnte, die Information zu schützen, ohne zu lügen. Es könnte argumentiert werden, dass eine Lüge somit weniger zwingend notwendig erscheint als im Fall einer direkten Frage nach einer Schwangerschaft. Dies mag allerdings nicht immer der Fall sein. Außerdem wiegt das indirekt ausgedrückte, unzulässige Informationsverlangen durch den potentiellen Vertragspartner schwerer. Aus den genannten Gründen werden auch indirekte Informationsverlangen von § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F. erfasst.

Damit verbleiben allerdings die Situationen, in denen eine Seite weder direkt noch indirekt ein unzulässiges Informationsverlangen ausdrückt und die andere Seite daher anlasslos täuscht. Dass die Lüge hier als anlasslos bezeichnet wird, darf nicht missverstanden werden. Aus Sicht des Lügners ist der Bluff zumeist nicht anlasslos, da er oder sie ggf. begründete Sorge vor einer Diskriminierung hat. Dieser allgemeine Anlass ist dem potenziellen Vertragspartner aber nicht zurechenbar, weshalb die Lüge im Verhältnis zu ihm hier als anlasslos beschrieben wird. Selbst in dieser Situation mag die Lüge allerdings dennoch dem Schutz der sensiblen Information dienen. Vermutet eine Bewerberin beispielsweise, dass die andere Seite aufgrund ihrer äußerlichen Merkmale (richtigerweise) annehmen könnte, dass sie

schwanger sei, so kann die Lüge (auch ohne Anmerkungen bzw. Provokationen) proaktiv von der Bewerberin genutzt werden, um entsprechende Befürchtungen der anderen Seite zu zerstreuen. Gleiches ist denkbar, wenn ein Bewerber z. B. aufgrund seines Nachnamens befürchtet, dass der die andere Seite auf eine bestimmte Religionszugehörigkeit schließen und ihn (bzw. sein Unternehmen) deshalb womöglich diskriminieren wird. In diesem Fall mag der Bewerber z. B. proaktiv eine andere Religionszugehörigkeit oder eine atheistische Einstellung vortäuschen. Auch die proaktive Täuschung bezüglich der sensiblen Information zielt dann auf die Abwehr einer möglichen Diskriminierung bzw. dem Schutz der Privatsphäre. Schweigen hilft der schwangeren Bewerberin im genannten Beispiel insofern nicht, als sie so den (vermuteten) Bedenken der anderen Seite nicht entgegenreten kann. Gleiches gilt für das Beispiel bezüglich der (vermuteten) Religionszugehörigkeit.

Fraglich ist somit im Ergebnis vor allem, ob die Tatsache, dass die andere Seite sich nicht erkennbar unzulässig verhält (z. B. keine unzulässige Frage stellt und auch keine provozierenden Kommentare einsetzt), die Bewertung verändert. Denn in diesen Fällen ist zu bedenken, dass das Verhalten der anderen Seite im konkreten Fall gerade nicht (weder direkt noch indirekt) auf ein diskriminierendes Verhalten oder den Eingriff in die schützenswerte Privatsphäre hindeutet. Der Arbeitnehmer, der weder die schwangere Bewerberin noch den Bewerber aufgrund seiner Religionszugehörigkeit diskriminieren würde, erleidet durch die Lüge allerdings auch keine erkennbaren Nachteile (da er diese Information von vornherein nicht in die Beurteilung der Bewerbung einfließen lässt). Problematisch ist insofern höchstens die mögliche Beschädigung des Vertrauensverhältnisses der beiden Parteien aufgrund der Täuschung. Abgesehen davon, müssen allerdings nur Verhandlungspartner, die zwar nicht proaktiv nach der Schwangerschaft oder der Religionszugehörigkeit fragen würden, aber aufgrund anderweitiger (z. B. äußerer Anzeichen, Nachnamen etc.), solche Bewerber diskriminieren möchten, deren (erfolgreiche) Lügen fürchten. Aus Sicht der Bewerber kann daher auch eine proaktive Lüge die beste Möglichkeit darstellen, einer möglichen Diskriminierung vorzubeugen und ihr Geheimhaltungsinteresse mit Blick auf Informationen aus ihrer Privatsphäre zu wahren. Es ist somit nicht eindeutig, ob auch solche Fälle von der Ausnahmeregel des § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F. erfasst sein sollten. Sofern diese Konstellationen ausnahmsweise doch einmal in der Literatur diskutiert wird, lehnen die Autoren ein Recht auf Lüge *de lege lata* ab.²⁴⁵ Ob die Autoren eine Erfassung auch *de lege ferenda* nicht gutheißen würden, bleibt jedoch offen. Hier wird im Ergebnis davon ausgegangen, dass die Ausführungen nahelegen, dass es sinnvoll sein könnte, auch anlasslose Lügen i. R. v. § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F. zu berücksichtigen.

²⁴⁵ Faust, Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001, S. 387 (unveröffentlichte Fassung) („Keinesfalls darf jemand von sich aus falsche Angaben machen, also etwa von sich aus wahrheitswidrig angeben, nicht schwanger zu sein.“); wohl ebenfalls Huber in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten, 2001, S. 5, 9 (insb. Fn. 6).

IV. Zwischenergebnis

Eine Änderung des § 123 BGB würde im Ergebnis verschiedene Vorteile gegenüber der Lösung *de lege lata* bieten. Zum einen würde das Gesetz durch die Änderung wieder explizit der Rechtswirklichkeit entsprechen. Zum anderen würde die Regelung die Rechtssicherheit erhöhen. Denn die unter 5. Teil, B.III.1. vorgeschlagene Vorschrift steckt eindeutig ab, welche Täuschungen zu einem Anfechtungsrecht führen, da sie als unwiderleglich widerrechtlich angesehen werden (§ 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F.). Dies ist zentral, da nicht allen Verkehrsteilnehmern bewusst ist, dass sie bezogen auf die dort genannten Aspekte nach geltender Rechtslage zur Anfechtung berechtigt sind. Zur Festlegung der widerrechtlichen Täuschungen nutzt die Lösung *de lege ferenda* das innovative Regelungselement des Täuschungsgegenstands, welches durch seinen hohen Konkretisierungsgrad und der leichten, intuitiven Erfassung durch den Rechtsverkehr, die Rechtssicherheit erhöht.

In Bezug auf alle nicht in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. genannten Bluffs arbeitet § 123 Abs. 1 BGB n.F. mit dem unbestimmten Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit in Kombination mit einer Vermutungsregel (§ 123 Abs. 1, S. 3 und S. 4 BGB n.F.). Die Widerrechtlichkeit eines Bluffs kann somit mit Blick auf alle nicht in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. genannten Täuschungen abgelehnt werden, wodurch die getäuschte Seite ihr Anfechtungsrecht verliert. Die Widerrechtlichkeit steht bereits mit Blick auf die Debatte um das „Recht zur Lüge“ im Vordergrund (dazu bereits unter 2. Teil, B.I.7.b)) und stellt damit ein minimalinvasives Regelungsinstrument dar. Der unbestimmte Rechtsbegriff ermöglicht eine Abwägung der beiderseitigen Interessen gemäß den erarbeiteten Wertungen, wobei die Systematik des § 123 Abs. 1 BGB n.F. vorgibt, dass diese anhand von Täuschungsgegenständen zu erfolgen hat. § 123 Abs. 1, S. 5 BGB n.F. konkretisiert zudem, dass bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit insbesondere die rechtlichen Umfeldwertungen, das empirisch ermittelte Rechtsgefühl und die ökonomischen Auswirkungen entsprechender Bluffs zu berücksichtigen sind. § 123 Abs. 1, S. 3 BGB n.F. gibt vor, dass die Widerrechtlichkeit in B2C- und C2C-Konstellationen widerleglich vermutet wird. Die Anfechtung wird Verbrauchern dadurch erleichtert. In B2B-Konstellationen wird die Widerrechtlichkeit hingegen nicht vermutet. Täuscht ein Verbraucher einen Unternehmer (C2B) greift die Vermutung ebenfalls nicht. Dies führt im Ergebnis dazu, dass bezüglich vieler Täuschungen, die nicht in § 123 Abs. 1, S. 2 BGB n.F. genannt sind, im unternehmerischen Bereich ein Anfechtungsrecht für die getäuschte Seite abgelehnt würde.

Da Bluffs über eine Vertragspartei grundsätzlich unwiderleglich als rechtswidrig angesehen werden, bedarf es zudem der Ausnahmebestimmung des § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n.F., um die wohl bestehende gewohnheitsrechtliche Regel umzusetzen. § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n.F. hält fest, dass z.B. Lügen auf eine Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft wahrheitswidrig beantwortet werden dürfen, ohne dass sich daraus ein Anfechtungsrecht für die getäuschte Seite ergäbe. Aller-

dings soll diese Regelung auch im B2B-Verhältnis und sogar für anlasslose Bluffs gelten und insofern das Anfechtungsrecht einschränken. Diese Ausweitung ist nicht ganz unproblematisch. Im Ergebnis sprechen nach hier vertretener Ansicht jedoch die besseren Argumente für einen entsprechend weiten Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F. Zu bedenken ist, dass diese Aspekte im unternehmerischen Bereich lediglich einen kleinen Ausschnitt der relevanten Lügen darstellen. Die Bedeutung der Ausweitung § 123 Abs. 1, S. 6 BGB n. F. sollte daher nicht überschätzt werden.

6. Teil

Ergebnisse

A. Das Ergebnis *in a nutshell*

Kern dieser Arbeit ist die hier erstmals gestellte Forschungsfrage, ob es im unternehmerischen Geschäftsverkehr vorsätzliche, kausale Lügen gibt, die die getäuschte Seite nicht zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen, d. h. die als rechtmäßig anzuerkennen sind. Sind somit sog. „listige“¹ Täuschungen bereits *de lege lata* vertretbar? Oder sollte diese Kategorie zumindest *de lege ferenda* eingeführt werden? Und falls ja, wo wäre die Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen zu ziehen? Es handelt sich um eine Fragestellung, die hier zwar konkret für das deutsche Recht gestellt wurde, die aber weltweit einer Beantwortung bedarf. Angesichts der Verbreitung solcher vorsätzlichen Täuschungen im unternehmerischen Verkehr² handelt es sich um eine Problematik von großem wirtschaftlichen Gewicht. Das bestätigt auch ein Blick in die einschlägige Verhandlungsliteratur, die Täuschungstaktiken in vielen Fällen als akzeptierte und/oder notwendige Geschäftspraxis bzw. wichtige Fähigkeit eines erfolgreichen Verhandlers ansieht.³

Die Arbeit bedient sich zur Beantwortung der Forschungsfrage einer gesamtgesellschaftlichen Methodik. Hierfür wurde die Problematik intensiv aus Sicht der Verhandlungspraxis,⁴ aus Sicht der Rechtsprechungspraxis und der rechtswissenschaftlichen Literatur⁵ sowie aus rechtshistorischer,⁶ rechtsvergleichender,⁷ ökonomischer⁸ und empirischer Sicht (bzgl. des Rechtsgefühls, des *Judizes* und des Moralverständnisses)⁹ analysiert. Im Ergebnis konnte dadurch ermittelt werden, dass es aus wertungsmäßiger Sicht „listige“, d. h. rechtmäßige, Täuschungen in ge-

¹ Zur in dieser Arbeit verwendeten Terminologie siehe unter 1. Teil, B.

² Zur Häufigkeit von Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen siehe näher unter 2. Teil, A.II.

³ Siehe dazu die ausgewählten Zitate unter 1. Teil, A.

⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.

⁵ Siehe näher zum rechtlichen Status quo unter 2. Teil, B. Konkret zur Rechtsprechungspraxis siehe unter 2. Teil, B.II. Zur Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe näher unter 2. Teil, B.III.

⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.

⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.

⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.

⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B. bis F.

wissem Umfang geben sollte.¹⁰ Kernidee dieser Arbeit ist insofern, dass die Grenzziehung anhand von Täuschungsgegenständen erfolgen sollte.¹¹ Das bedeutet, dass es bei der Abgrenzung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen darauf ankommen sollte, worüber der Verhandler blufft (z. B. über den Preis, die Leistung, Emotionen, bessere Alternativangebote etc.¹²). Dieser Ansatz kann nicht nur für den deutschen Rechtsraum, sondern auch international als *Novum* bezeichnet werden.

Für das so gewonnene wertungsmäßige Ergebnis wurde eine entsprechende, differenzierte dogmatische Lösung erarbeitet,¹³ wobei insbesondere Wert auf methodische Präzision bzgl. der Möglichkeiten *de lege lata* gelegt wurde. Dadurch mussten zwar scheinbar einfache Lösungen wie die Postulierung eines allgemeinen Rechtswidrigkeitserfordernisses für die arglistige Täuschung verworfen werden.¹⁴ Aber im Ergebnis gelang es dennoch mit Hilfe einer (engen) teleologischen Reduktion zu einer angemessenen Lösung zu kommen.¹⁵ Durch die dadurch (lediglich) teils notwendige Abwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeit kann die wertungsmäßig erarbeitete Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen erzielt werden. Die im Folgenden nochmals kritisch zu reflektierende Lösung *de lege lata* wurde im Anschluss noch um einen umfassenderen Lösungsvorschlag *de lege ferenda* ergänzt.¹⁶

B. Die Beantwortung der Forschungsfrage

I. Ausgangspunkt der Untersuchung

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist die Diskrepanz zwischen dem Wortlaut des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und den Vorstellungen der klassischen Moralphilosophen auf der einen Seite sowie der Praxis in unternehmerischen Verhandlungen und der internationalen nichtjuristischen Verhandlungsliteratur auf der anderen Seite. Der Wortlaut des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst insofern scheinbar uneingeschränkt alle arglistigen (vorsätzlichen), kausalen Täuschungen, was auch mit den Vorstellungen der klassischen Moralphilosophen übereinstimmt. Die Praxis zeigt jedoch, dass in Vertragsverhandlungen zahlreiche Täuschungsformen regelmäßig eingesetzt werden. Gleichzeitig spricht sich die Verhandlungsliteratur für

¹⁰ Siehe zur Gesamtbewertung näher unter 4. Teil, I.

¹¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IX.

¹² Für eine Auflistung der Täuschungsgegenstände siehe näher unter 3. Teil, D.IX.4. Die Gesamtbewertung erfolgt ebenfalls anhand der Täuschungsgegenstände. Siehe näher unter 4. Teil, I.

¹³ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.

¹⁴ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.b) (teleologische Reduktion) und 5. Teil, A.III.3. (gewohnheitsrechtliche Regel).

¹⁵ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.c).

¹⁶ Siehe dazu näher unter 5. Teil, B.

einen gewissen „Täuschungsspielraum“ aus und sieht Grundfähigkeiten eines Verhandlers zur Täuschung als üblich, wenn nicht gar als notwendig, an. Bisher waren die in der Verhandlungsliteratur diskutierten Täuschungstaktiken außerhalb von Preis und Leistung allerdings nicht Gegenstand der deutschen, rechtswissenschaftlichen Diskussion bzw. der deutschen Rechtsprechung. Das Spannungsverhältnis wurde daher bislang weder von der Rechtsprechung noch der Literatur aufgelöst. Aus diesem Grund beschäftigt sich die vorliegende Arbeit mit dieser Thematik.

II. Ziel der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist es, zu ergründen, ob es vorsätzliche, kausale Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen *de lege lata* gibt bzw. *de lege ferenda* geben sollte, die kein Anfechtungsrecht für die getäuschte Seite gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB begründen bzw. begründen sollten. Zur Beantwortung dieser Forschungsfrage wurde ein ganzheitlicher Ansatz gewählt, bei dem alle in Betracht kommenden Erkenntnisquellen herangezogen wurden. Es wurde daher zunächst der Status quo der Geschäftspraxis untersucht, bevor im Anschluss daran der rechtliche Status quo des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ermittelt wurde. Insofern wurde analysiert, ob sich Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur tatsächlich noch nicht näher mit dieser Problematik befasst haben bzw. wo bereits einzelne Bezugspunkte vorhanden sind. Außerdem wurden Erkenntnisse der Rechtsvergleichung und der Rechtshistorie zur Lösung der Problematik herangezogen. Gleichzeitig wurden die ökonomischen Auswirkungen erforscht. Darüber hinaus wurde das Moralverständnis, das Rechtsgefühl und das Judiz in Bezug auf Lügen in Vertragsverhandlungen empirisch ermittelt und ausgewertet. Gerade das empirisch ermittelte Rechtsgefühl (Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte) erlangt dabei eine prominente Rolle, die weit über die Lösung der hier gestellten Forschungsfrage hinausgeht. In die Lösung wurden zudem zentrale juristische Umfeldwertungen einbezogen. Die Arbeit hat es sich außerdem zum Ziel gesetzt, die Leistungsfähigkeit ausdifferenzierter Rechtsmethodik unter deutlicher Abgrenzung zwischen dem nur *de lege ferenda* Erwünschten und dem *de lege lata* Gebotenen aufzuzeigen. Die Erkenntnisgewinne des ganzheitlichen Ansatzes und der ausdifferenzierten Methodik waren für die hier behandelte Problematik so groß, dass sich diese Herangehensweise nach hier vertretener Ansicht für ganz andersartige, komplexe Probleme ebenfalls empfiehlt.

III. Ergebnis der Untersuchung

Inhaltlich lässt sich zunächst festhalten, dass in unternehmerischen Verhandlungen häufig und über die verschiedensten Aspekte geblufft wird, wodurch die beleuchtete Fragestellung an Praxisrelevanz gewinnt. Das gilt sowohl in Deutschland als auch weltweit, weshalb die hier geführte Debatte nicht nur aus deutscher Sicht,

sondern auch international von großer Bedeutung ist. Da in dieser Arbeit allein B2B-Verhandlungen untersucht werden, muss im Rahmen der gesamten Ausführungen immer die sog. Prinzipal-Agenten-Problematik berücksichtigt werden. Das heißt, es geht um Situationen, in denen ein Prinzipal (d.h. ein Geschäftsherr, hier die juristische Person) einen Agenten (d.h. einen Verhandler) damit beauftragt, für ihn zu handeln (konkret zu verhandeln und den Vertrag ggf. auch abzuschließen). Bluffs werden von Verhandlern in unternehmerischen Verhandlungen insofern generell mit dem Ziel eingesetzt, für sich selbst bzw. das eigene Team oder den Prinzipal einen Vorteil zu erzielen. Dabei werden oftmals auch Nachteile für den Verhandlungspartner in Kauf genommen (*harmful lies/black lies*). Deckt die getäuschte Seite einen Bluff auf, stehen ihr dann (z. T. kumulativ, z. T. alternativ) ganz unterschiedliche Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung, von denen die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB regelmäßig eine Option darstellt. Denn die getäuschte Seite wird nach dem Wortlaut und der bisherigen Auffassung durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB formal sehr weitreichend geschützt. Bislang wird dementsprechend davon ausgegangen, dass der getäuschten Seite im Fall einer vorsätzlichen, kausalen Täuschung über eine Tatsache von der deutschen Rechtsordnung praktisch ausnahmslos ein Anfechtungsrecht zugesprochen wird. Die Rechtsprechung und die Literatur erkennen bisher nur marginale Ausnahmen (mit Blick auf marktschreierische Anpreisungen und Lügen auf unzulässige Fragen) an. Die deutsche Rechtsordnung scheint damit eine pauschale Lösung – konkret eine pauschale Unzulässigkeit von Lügen – für alle Täuschungen, und zwar auch in unternehmerischen Verhandlungen vorzusehen.

Gerade ein Blick in die Rechtsprechung verdeutlicht, dass sich diese umfassende Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB allerdings nicht in der Gerichtspraxis widerspiegelt. Denn bezüglich der meisten Bluffs außerhalb des Preises, der Leistung und der Vertragspartei lassen sich keine bzw. fast keine Gerichtsentscheidungen finden. Ein Großteil der relevanten Bluffs wird auch in der Literatur nicht thematisiert. Eine Gesamtschau der Rahmenumstände lässt daher die Schlussfolgerung zu, dass die Anfechtung des Vertrags gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr oftmals nicht als Reaktionsmöglichkeit auf eine Täuschung gewählt wird. Die Gründe dafür sind mannigfaltig. Ein Grund ist in jedem Fall darin zu sehen, dass andere Handlungsoptionen (wie z.B. Nachverhandlungen) für die Betroffenen wohl oftmals sinnhafter erscheinen.

Da die deutsche Regelung darauf ausgerichtet ist, pauschal alle Lügen zu erfassen, steht die Rechtslage damit im Ergebnis in Bezug auf Bluffs außerhalb des Vertragsgegenstands (d.h. außerhalb der Leistung und des Preises i.e.S.) in einem Spannungsverhältnis zur unternehmerischen Praxis. Denn § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB möchte zwar einen Steuerungseffekt erzielen. D.h. die Vorschrift zielt darauf ab, (jegliche) Täuschungen in Verhandlungen zu unterbinden und die getäuschte Seite vor den Folgen der beeinflussten Willenserklärung zu bewahren. Das gelingt ihr jedoch *de facto* nicht. Denn Lügen sind trotz der gesetzlichen Regelung in un-

ternehmerischen Verhandlungen weit verbreitet und das der getäuschten Seite gewährte Anfechtungsrecht wird in der Praxis aus den verschiedensten Gründen nicht durchgesetzt. Allein aus diesen Gründen lohnt es sich, sich näher mit der Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu befassen.

Diese Argumentation wird durch die rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung noch verstärkt. So zeigt ein Blick in andere Rechtsordnungen beispielsweise, dass diese durchaus stärker zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen differenzieren als die deutsche Rechtsordnung. Dies gilt vor allem für das italienische und das US-amerikanische Recht sowie mit Abstrichen auch für die französische Rechtsordnung. Das römische Recht, auf dem die deutsche Rechtsordnung basiert, ließ ebenfalls einen beachtlichen Freiraum für Bluffs bei Vertragsverhandlungen. Erst der BGB-Gesetzgeber entschied sich für eine pauschale Erfassung der hier diskutierten Täuschung durch § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Allerdings tat er dies, ohne sich inhaltlich mit der Änderung zu beschäftigen. Diese Erkenntnis liefert ein weiteres Argument für eine nähere Beschäftigung mit der Frage, ob eine stärkere Differenzierung zwischen den sog. „listigen“ und arglistigen Täuschungen mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sinnvoll wäre. Gleichzeitig unterstreichen die rechtshistorische und die rechtsvergleichende Betrachtung, dass es sich um ein weltweites Problem handelt und dass auch die Lösungen der untersuchten Rechtsordnungen nicht unbedingt zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. So sieht z. B. das US-amerikanische Recht zwar eine (sehr) differenzierte Lösung für die komplexe Problematik vor und leidet daher nicht an einer zu starken Pauschalität wie das deutsche Recht. Aber die Flexibilität der US-amerikanischen Rechtslage wird durch eine hohe Rechtsunsicherheit und Vagheit „erkauft“. Nach hier vertretener Ansicht kann im Ergebnis keine der betrachteten Rechtsordnungen als „Blaupause“ für die Regelung der Problematik in Deutschland gewählt werden.

Dennoch können mit Hilfe der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Untersuchung mögliche Regelungselemente ermittelt werden, die bei der Gestaltung rechtlicher Regelungen von Bluffs in Vertragsverhandlung sinnvoll zum Einsatz kommen könnten. Neben den bereits in den unterschiedlichen Rechtsordnungen genutzten Regelungselementen wurde an dieser Stelle der Arbeit ein neues, innovatives Regelungselement herausgearbeitet, welches bei der Regulierung der Thematik potenziell eine bedeutende Rolle spielen kann: Der Gegenstand der Täuschung. Der Gegenstand der Täuschung bezeichnet den konkreten Aspekt, über den der Verhandler lügt. Dies kann beispielsweise der Preis, die Leistung oder die rechtliche bzw. vertragliche Situation sein. Verhandler können zudem u. a. über Emotionen, den *reservation price* oder die Verfügbarkeit des Produkts täuschen. In dieser Arbeit werden 16 verschiedene Täuschungsgegenstände unterschieden. Die Idee der Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen mit Hilfe des Täuschungsgegenstands erscheint vielversprechend, da dieser Aspekt erheb-

lichen Einfluss auf die Bewertung von Lügen hat. Konkret wirkt sich der Gegenstand der Täuschung auf das Moralverständnis, das Rechtsgefühl und das Judiz aus. Das unterstreichen die Ergebnisse der Siegener Studie, die mit 1.884 deutschen und 1.254 nichtdeutschen Teilnehmern¹⁷ durchgeführt wurde, eindrucksvoll. Zudem ist der Gegenstand der Täuschung mit Blick auf die ökonomischen Konsequenzen von Relevanz. Denn wie stark die negativen wirtschaftlichen Folgen von Lügen ausfallen, hängt davon ab, über welchen Aspekt gelogen wird.

Das Moralverständnis, das Rechtsgefühl und das Judiz werden zudem in Bezug auf die wertungsmäßige Betrachtung aufgegriffen und liefern weitere zentrale Erkenntnisse. Im Ergebnis zeigt die Siegener Studie, dass eine stärkere Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen nachdrücklich von den befragten Gruppen (Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende) gewünscht wird. So unterstreicht beispielsweise das empirisch ermittelte Moralverständnis, dass die deutschen Teilnehmer der Siegener Studie verschiedene Bluffs in Vertragsverhandlungen mehrheitlich sogar für moralisch akzeptabel halten. Dies ist insofern beachtlich, als dass Moralvorstellungen wohl generell eher idealistisch formuliert werden und in aller Regel strenger sind als das Recht. Selbst für die Verfechter der These, dass Moral und Recht Hand-in-Hand gehen sollten, deutet die Siegener Studie somit darauf hin, dass es rechtmäßige Täuschungen geben sollte.¹⁸

Die Siegener Studie verdeutlicht zudem, dass das empirisch ermittelte Rechtsgefühl – also das Gefühl dafür, wie das Recht sein sollte – erst recht für die Bejahung sog. „listiger“ Täuschungen spricht. Beachtlich sind vor allem die eindeutigen Einschätzungen der befragten deutschen Richter, von denen insgesamt 186 an der Siegener Studie teilnahmen. Im Ergebnis lehnen die Richter ein Anfechtungsrecht ihrem Rechtsgefühl nach in vielen Fällen mit einer klaren Mehrheit ab. Doch nicht nur die deutschen Richter, sondern auch alle anderen befragten Gruppen¹⁹ in Deutschland (und sogar international) erzielen vergleichbare Ergebnisse.

Bemerkenswert ist außerdem, dass die Siegener Studie darauf schließen lässt, dass die Befragten praktisch nur ausnahmsweise mehrheitlich annehmen, dass der deutsche Gesetzgeber die getäuschte Seite nach geltender Rechtslage tatsächlich durch ein Anfechtungsrecht schützt (Judiz – Gefühl dafür, wie das Recht ist). Die Teilnehmer der Siegener Studie gehen somit mehrheitlich davon aus, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB „listige“ Täuschungen bereits in seiner jetzigen Form – in Übereinstimmung mit ihrem Rechtsgefühl – anerkennt. Die Siegener Studie untersucht zwar nicht, wie die Befragten ihr Judiz bilden. Es kann aus den Ergebnissen jedoch geschlossen werden, dass sie somit entweder direkt oder indirekt davon ausgehen, dass der Gesetzgeber bereits *de lege lata* nach dem Gegenstand der Täuschung unterscheidet.

¹⁷ An der Siegener Studie nahmen Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende teil.

¹⁸ Sofern man auf die tatsächlichen Moralvorstellungen der befragten Personengruppen abstellt und nicht auf traditionelle moralphilosophische Überlegungen.

¹⁹ D.h. Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende.

Die Siegener Studie lässt zudem Rückschlüsse darauf zu, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen gemäß dem Rechtsgefühl der Befragten verlaufen sollte. Im Ergebnis befürworten die Teilnehmer der Studie vor allem mit Blick auf Lügen über den Preis im engeren Sinn sowie in Bezug auf Bluffs über die Leistung²⁰, die Rechtslage und die Gesamtverfügbarkeit am Markt mehrheitlich ein Anfechtungsrecht.²¹ Mit Blick auf andere Täuschungsgegenstände, wie Irreführungen über Emotionen, die Verfügbarkeit bei einem Händler, bessere Konkurrenzangebote, den *reservation price*, Zeitdruck etc. wird somit ein Anfechtungsrecht dem Rechtsgefühl nach grundsätzlich²² abgelehnt.

Darüber hinaus liefert die ökonomische Analyse von Lügen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen wertvolle Hinweise dafür, dass es zulässige Täuschungen in Verhandlungen geben sollte und wo die Grenze zu ziehen wäre. Zwar gestaltet sich die ökonomische Analyse aufgrund der zahlreichen Argumentationslinien, Ausdifferenzierungen und der verschiedenen Täuschungsgegenstände äußerst komplex, was aber nicht verhindert, dass sich dennoch grundlegende Schlussfolgerungen ziehen lassen. Es wurden daher trotz der Komplexität alle zentralen ökonomischen Ansätze bei der Analyse aufgegriffen, d.h. konkret die Idee des *cheapest cost avoider*, die Transaktionskostentheorie, das Recht zu lügen, um das Recht zu schweigen zu schützen, Überlegungen zum Wahrheitssignal und zum Vertrauen, Spillover-Effekte und die Geschäftspraxis (als Indikator). Zusätzlich wurden wohlfahrtsökonomische Überlegungen berücksichtigt, insbesondere mit Blick auf die Auswirkungen auf das BATNA und das ZOPA sowie Überlegungen zur Pareto-Effizienz. Zudem wurde auf der Grundlage evolutionsbiologischer Erkenntnisse untersucht, ob Lügen zur Stärkung der wirtschaftlich schwächeren Partei beitragen oder nicht. Eine Kernerkenntnis der Untersuchung besteht darin, dass die ökonomische Analyse ebenfalls Argumente dafür liefert, der belogenen Seite bei bestimmten Täuschungsgegenständen kein Anfechtungsrecht zu gewähren. Das liegt darin begründet, dass bestimmte Gegenstände der Täuschung entweder keine oder praktisch keine negativen wirtschaftlichen Konsequenzen nach sich ziehen oder das Recht nicht bzw. nur in sehr beschränkter Form in der Lage ist, bestehende negative Folgen abzumildern. Gleichzeitig unterstreicht die ökonomische Analyse allerdings, dass es wichtig ist, gewisse Lügen rechtlich zu erfassen, d.h. möglichst zu unterbinden. Dies ist immer dann der Fall, wenn Bluffs nicht unerhebliche negative Folgen hervorrufen und das Recht diese zugleich effektiv

²⁰ Insofern bleibt allerdings anzumerken, dass die deutschen Studierenden ein Anfechtungsrecht auch bei Lügen über die Leistung ablehnen, wenn der Käufer den Verkäufer über sein Produkt täuscht.

²¹ Es ist insofern zu bedenken, dass die Siegener Studie nicht alle Täuschungsgegenstände, die in dieser Arbeit unterschieden werden, erfasst. Die Studie konzentriert sich auf 11 Täuschungsgegenstände, während in dieser Arbeit 16 verschiedene Gegenstände der Täuschung erfasst werden und auch dies keine abschließende Erfassung ist.

²² Dazu und zu besonderen gruppenspezifischen Aspekten siehe näher unter 4. Teil, C.IV.1 und 2.

reduzieren kann. Im Rahmen der Untersuchung der ökonomischen Konsequenzen musste jedoch auch festgestellt werden, dass die Ergebnisse bezüglich einiger Täuschungsgegenstände nicht eindeutig ausfallen. Im Ergebnis hilft die ökonomische Untersuchung aber dennoch bei der Grenzziehung zwischen den sog. „listigen“ und arglistigen Bluffs. In Übereinstimmung mit dem empirisch ermittelten Rechtsgefühl unterstreicht die ökonomische Analyse beispielsweise die Sinnhaftigkeit, Lügen über die Leistung sowie Bluffs über den Preis im engeren Sinn, über die Rechtslage und über die Gesamtverfügbarkeit am Markt rechtlich zu regeln.

Die Betrachtung der rechtlichen Umfeldwertungen führt in Deutschland hingegen zu weniger eindeutigen Erkenntnissen in Bezug auf die untersuchte Fragestellung. Zwar unterstreichen § 123 Abs. 1, 2. Alt. BGB (Drohung) und § 263 StGB (Betrug), dass eine stärkere Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus systemstimmig wäre. Allerdings könnte die Negierung der Eigenverantwortung des Erklärenden im Irrtumsrecht umgekehrt als Anhaltspunkt gegen einen gewissen „Täuschungsspielraum“ gewertet werden. Mit Blick auf die Abgrenzung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen kann die Betrachtung der rechtlichen Umfeldwertungen allerdings in begrenztem Umfang Hinweise liefern. So lässt sich den Umfeldwertungen beispielsweise eindeutig entnehmen, dass Lügen über die Leistung die getäuschte Seite zur Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB berechtigen müssen. Der Schutzbereich muss zudem mindestens so weit reichen wie § 119 Abs. 2 BGB und daher z. B. auch Täuschungen über zentrale Personen sowie über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt erfassen. § 263 StGB (teils gestützt durch § 138 Abs. 1 BGB) spricht zudem dafür, dass Täuschungen über die Rechtslage ebenfalls eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB rechtfertigen sollten. Außerdem lässt § 263 StGB darauf schließen, dass eine Anfechtung auch wegen innerer Tatsachen erfolgen können sollte, weshalb insofern kein Spielraum bei § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bestehen dürfte. Mit Blick auf die relevanten Bluffs außerhalb dieser Täuschungsgegenstände bieten die rechtlichen Umfeldwertungen allerdings keine konkreten Anhaltspunkte für die Zulässigkeit solcher Irreführungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. Positiv gewendet stehen sie einer stärkeren Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen aber zumindest auch nicht prinzipiell entgegen.

Insgesamt zeigt die Analyse damit, dass gute Gründe für die Unterscheidung zwischen sog. „listigen“ und arglistigen Täuschungen im Rahmen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sprechen. Die entsprechende Grenzziehung sollte nach hier vertretener Ansicht zumindest auch anhand des Gegenstands der Täuschung gezogen werden. Lügen über den Preis im engeren Sinn sowie Bluffs über die Leistung, über die Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. seine Umstände, über die rechtliche und vertragliche Situation, die Gesamtverfügbarkeit am Markt sowie über die Marktlage, die Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung, Vertragsergebnisse und gesellschaftliche Rahmenbedingungen sollten im Ergebnis rechtlich er-

fasst werden. Der getäuschten Seite sollte somit in den genannten Konstellationen ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zustehen. In Bezug auf alle anderen Täuschungsgegenstände wie beispielsweise Irreführungen über Emotionen, die Verfügbarkeit bei einem Händler, bessere Konkurrenzangebote, den *reservation price*, zeitliche Aspekte sowie Interessen und Präferenzen wird in dieser Arbeit ein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB abgelehnt. Allerdings ist diesbezüglich zuzugestehen, dass diese Kategorisierung in einigen Fällen nicht ganz unstrittig ist. Gerade bei Bluffs über Konkurrenzangebote und den Verhandlungsprozess sprechen beispielsweise auch gute Argumente für die Gewährung eines Anfechtungsrechts. Einige Irreführungen liegen somit „auf der Grenze“ bzw. in einem „Graubereich“. Diesbezüglich ließe sich somit eine andere Einordnung ebenfalls plausibel vertreten.

Teil 5 dieser Arbeit beschäftigt sich entsprechend damit, wie die vorgeschlagene Lösung im deutschen Recht umgesetzt werden könnte, wobei insofern zunächst untersucht wird, ob sich die vorgeschlagene Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im unternehmerischen Bereich mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB bereits *de lege lata* erzielen lässt. Nach hier vertretener Ansicht kann die Differenzierung in jedem Fall nicht damit begründet werden, dass die in diesem Werk diskutierten, praxisrelevanten Bluffs aus dem verrechtlichten Bereich herausfallen. Eine Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast zur Gewinnung eines „Täuschungsspielraums“ wird auch abgelehnt, obwohl dadurch eine gewisse Unterscheidung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Bluffs erzielt werden könnte. Die gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer Einschränkung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB für einzelne Täuschungstaktiken kann ebenfalls nicht bejaht werden, da es vor allem an positiven Nachweisen für die einzelnen Voraussetzungen mangelt. Die Erforderlichkeit einer allgemeinen Rechtswidrigkeitsprüfung konnte gewohnheitsrechtlich gleichfalls nicht nachgewiesen werden. Die bisher in der Literatur und der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen (z. B. bei Bluffs über eine bestehende Schwangerschaft) können allerdings wohl gewohnheitsrechtlich begründet werden, wobei dies für unternehmerische Verhandlungen im Ergebnis nicht dazu beiträgt, zwischen sanktionslosen und sanktionierten Täuschungen zu unterscheiden. Denn es handelt sich im Ergebnis um eine enge gewohnheitsrechtliche Regel, die folgendermaßen gefasst wurde:

„Täuschungen eines Verbrauchers als Reaktion auf eine unzulässige Frage eines Unternehmers sind nicht rechtswidrig. Unzulässig ist eine Frage, sofern eine Diskriminierungsgefahr besteht bzw. der Gesetzgeber vorgibt, dass die andere Person ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse besitzt.“

Dennoch ist das Ergebnis von Bedeutung, da eine gewohnheitsrechtliche Regel wiederum die Grundlage für eine Rechtsfortbildung bilden kann.

Die Ausführungen zeigen somit, dass eine Lösung *de lege lata* daher nur durch eine Rechtsfortbildung erzielt werden kann, für die in dieser Arbeit auch ein Be-

dürfnis nachgewiesen wurde. Eine Gesetzesanalogie zur möglichen engen gewohnheitsrechtlichen Regel scheidet im Ergebnis allerdings aus. Gleiches gilt für die Etablierung eines „Täuschungsspielraums“ mit Hilfe einer Rechtsanalogie zur möglichen engen gewohnheitsrechtlichen Regel, da diese nicht dazu führt, dass weitere inhaltliche Aspekte erfasst werden können. Das heißt, die gewohnheitsrechtliche Regel kann nicht auf weitere vorsätzliche Irreführungen, z. B. über den Entscheidungswert oder andere Bluffs, z. B. über unternehmensinterne Vorgaben, oder Deadlines, übertragen werden. Die gewünschte Differenzierung zwischen sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen kann somit auch mit Hilfe einer Rechtsanalogie nicht erzielt werden.

Abgelehnt wurde hier im Ergebnis zudem die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit mit Hilfe einer teleologischen Reduktion generell als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu bewerten, da diese Rechtsfortbildung nach hier vertretener Ansicht zu weitreichend wäre. Der Anwendungsbereich der Norm würde dadurch über den Telos der Vorschrift hinaus eingeschränkt. Die einzige Möglichkeit, eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu erreichen, besteht nach hier vertretener Ansicht somit in einer engen teleologischen Reduktion. Mit Hilfe einer engen teleologischen Reduktion bleibt es dabei, dass die vom Gesetzgeber bedachten Konstellationen *ipso facto* als rechtswidrig anzusehen sind. Die Rechtswidrigkeit muss daher bezüglich Täuschungen über die Leistung, den Preis i. e. S.²³, die Rechtslage und den Vertragspartner nicht geprüft werden. Bezüglich aller anderen Aspekte ist die Rechtswidrigkeit dann jedoch in der Tat ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Die Rechtswidrigkeit stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, weshalb insofern vor allem die in dieser Arbeit vorgenommene wertungsmäßige Betrachtung bei der Abwägung an Bedeutung gewinnt, wodurch die wünschenswerte Differenzierung erzielt werden kann. Hilfsweise käme eine Rechtsfortbildung *extra legem* in Betracht, die dem Grunde nach zum selben Ergebnis führen würde.

Obwohl somit in dieser Arbeit eine Lösung *de lege lata* befürwortet wird, könnte im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine Neuregelung und damit eine Lösung *de lege ferenda* angedacht werden, um das wertungsmäßig wünschenswerte Ergebnis zu erzielen. Außerdem würde das Gesetz durch die Änderung wieder explizit der Rechtswirklichkeit entsprechen. Die neue Regelung könnte wie folgt formuliert sein:

§ 123 n. F. Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung

(1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.¹ Die Widerrechtlichkeit wird für Täuschungen über den Vertragsinhalt, die Vertragsparteien, die

²³ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

rechtliche Situation, die Gesamtverfügbarkeit der vertraglichen Leistung, die Vertragsdurchführung und -erfüllung, getroffene Vereinbarungen, die Marktlage und gesellschaftliche Rahmenbedingungen unwiderleglich vermutet.² Für andere Täuschungen wird die Widerrechtlichkeit widerleglich vermutet.³ Im unternehmerischen Geschäftsverkehr gilt diese Vermutung nicht.⁴ Die Widerrechtlichkeit erfordert eine Abwägung der beiderseitigen Interessen insbesondere anhand der rechtlichen Umfeldwertungen, des empirisch ermittelten Rechtsgefühls und der ökonomischen Auswirkungen entsprechender Täuschungen.⁵ Die Anfechtbarkeit ist ausgeschlossen, wenn die Täuschungen der veranlassenden Abwehr einer Diskriminierungsgefahr bzw. dem Schutz gesetzlich geschützter, persönlicher Informationen zu dienen geeignet ist.⁵

(2) [...]

(3) *Wer zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.*

Der Vorschlag *de lege ferenda* bietet den Vorteil, eine noch besser strukturierte Lösung zu erarbeiten als sie mit Hilfe der engen teleologischen Reduktion erzielt werden kann. Außerdem eröffnet ein Vorschlag *de lege ferenda* auch die Möglichkeit, die Auswirkungen auf B2C- und C2C-Konstellationen zu regeln. Im Rahmen der Lösung *de lege ferenda* kann zudem das innovative Regelungselement des Täuschungsgegenstands genutzt werden, welches durch seinen hohen Konkretisierungsgrad und der leichten, intuitiven Erfassung durch den Rechtsverkehr die Rechtssicherheit erhöht. Im Übrigen arbeitet der Vorschlag mit dem unbestimmten Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit und einer Vermutungsregel.

Unabhängig davon, ob man eine Lösung *de lege lata* oder *de lege ferenda* bevorzugt, führt die propagierte Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen im unternehmerischen Bereich somit – negativ formuliert – zu einem gewissen „Täuschungsspielraum“. Dies stellt eine eindeutige Abkehr vom bisherigen juristischen Verständnis des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dar. Für einen gewissen „Täuschungsspielraum“ zu plädieren, mag vor allem wegen der moralischen Bedenken, die Lügen in pauschaler Form entgegengebracht werden, zunächst ein gewisses Unbehagen auslösen. Aus praktischer Sicht sollte jedoch bedacht werden, dass die Änderung wohl von den betroffenen Verkehrskreisen als weniger „dramatisch“ wahrgenommen würde, als sich dies zunächst anhören mag. Denn bereits jetzt gehen die betroffenen Verkehrskreise davon aus, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB die getäuschte Seite in den meisten Fällen außerhalb des Preises i. e. S. und der Leistung nicht schützt (Judiz). Praktisch wird und kann das Anfechtungsrecht zudem wohl nur selten außerhalb vom Vertragsgegenstand, der Vertragspartei und der Rechtslage geltend gemacht werden. Denn abgesehen von Aufklärungs- und Beweisschwierigkeiten befürworten die Befragten in vielen Fällen kein Anfechtungsrecht (Rechtsgefühl) und bewerten einzelne Täuschungstaktiken nicht einmal als unmoralisch. Durch die hier vorgeschlagene Lösung (*de lege lata* oder

de lege ferenda) würde somit im Ergebnis vor allem eine größere Übereinstimmung zwischen Rechtslage, Judiz, Rechtsgefühl, Moralverständnis und Praxis erzielt sowie Rechtssicherheit geschaffen.

C. Kritische Reflektion des erzielten Ergebnisses

Die in diesem Werk erarbeitete Lösung bzgl. der Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen wurde allein in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB sowie mit Blick auf unternehmerische Vertragsverhandlungen entwickelt. Um praktikabel zu sein, ist es jedoch zentral, zu überlegen, ob die entwickelte Lösung und die dahinterstehenden Überlegungen auf angrenzende Aspekte übertragen werden können. Aus diesem Grund wurde bereits i. R. d. der Erörterung der Lösung *de lege lata* und des Vorschlags *de lege ferenda* angerissen, inwiefern die Überlegungen auch für B2C- und C2C-Verhältnisse gelten. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in allen Konstellationen die grundlegenden Ideen, namentlich die Abwägung i. R. d. Widerrechtlichkeit und die Bezugnahme zu Täuschungsgegenständen, greifen. Bei der konkreten Grenzziehung kann es dann jedoch zu Unterschieden kommen.²⁴ Bei Täuschungen eines Verbrauchers ggü. einem Unternehmer darf allerdings nichts Anderes gelten als im B2B-Verhältnis. Denn der Unternehmer sollte in diesem Zusammenhang nicht bessergestellt werden, als er im Fall einer Verhandlung mit einem anderen Unternehmer stünde. Belügt ein Unternehmer hingegen einen Verbraucher, stellt sich die Situation anders dar, da insofern eine strukturelle Ungleichgewichtslage vorliegt. Auch hier greift zwar die teleologische Reduktion bzw. der Vorschlag *de lege ferenda*. Bei bestimmten Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands ist daher auch im B2C-Verhältnis eine Abwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeit notwendig. Allerdings ist diesbezüglich die strukturelle Ungleichgewichtslage zu bedenken, wodurch die Grenzziehung anders verläuft. Der Bereich „listiger“ Täuschungen würde im Ergebnis bei Bluffs eines Unternehmers ggü. einem Verbraucher wohl erheblich geringer ausfallen. Im C2C-Verhältnis ist ebenfalls mit einer anderen Grenzziehung zu rechnen. Wo genau die Grenze zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im B2C- und C2C-Verhältnissen verläuft, sollte Gegenstand zukünftiger Forschungsanstrengungen sein. In Bezug auf treuhänderische Verhältnisse bzw. Verhandlungen, in denen eine Partei eine Expertenstellung einnimmt, könnten potenziell ebenfalls hinreichend Besonderheiten bestehen, um eine Modifizierung der Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu rechtfertigen. Dies bleibt zu ergründen. Doch auch insoweit gilt, dass die grundlegenden Ideen (d. h. die Widerrechtlichkeit und die Bedeutung der Täuschungsgegenstände) in solchen Verhältnissen gleichfalls Anwendung finden sollten.

²⁴ I. R. d. Lösungsvorschlags *de lege ferenda* wurde dafür auch mit einer Vermutungsregel gearbeitet. Siehe dazu näher unter 5. Teil, B. III.

Im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB konzentrieren sich die Ausführungen in dieser Arbeit zudem auf vorsätzliche Täuschungen durch aktives Tun. Die hier erzielten Ergebnisse müssen daher in Einklang mit Täuschungen durch Unterlassen bei Bestehen einer Aufklärungspflicht gebracht werden. Generell kann diesbezüglich angenommen werden, dass eine Lüge durch Verschweigen erst recht zulässig sein muss, wenn bereits eine entsprechende aktive Irreführung als „listig“ eingeordnet wird. Allerdings ist zu bedenken, dass Aufklärungspflichten grundsätzlich nur bezüglich wesentlicher Aspekte bejaht werden. In diesen Fällen sind jedoch auch aktive Bluffs regelmäßig widerrechtlich, weshalb mit Blick auf Aufklärungspflichten keine größeren Konflikte mit der hier entwickelten Lösung zu erwarten sind.

Durch die in dieser Arbeit vorgeschlagene Lösung könnten außerdem u. U. Vereinbarungen von Verhaltensstandards an Bedeutung gewinnen. Die bisherigen Überlegungen zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB schienen die getäuschte Seite formal nahezu vollumfänglich zu schützen. Für die Verhandlungsparteien bestand somit keine Veranlassung dazu, ggf. über höhere vertragliche Anforderungen an das Verhandlungsverhalten nachzudenken. Gemäß der hier vorgeschlagenen Lösung gibt es jedoch „listige“ Täuschungen, die kein Anfechtungsrecht der getäuschten Seite begründen. Den Parteien sollte es insofern prinzipiell möglich sein, höhere Standards vertraglich zu vereinbaren. Allerdings bedarf es diesbezüglich weiterer Überlegungen bzgl. entsprechender AGB-Klauseln. Außerdem sollten entsprechende Vereinbarungen auch aus verhandlungstaktischer Sicht untersucht werden.

Da der Fokus dieses Werks auf der Anfechtung liegt, wurde zudem nicht näher untersucht, was die gefundene Lösung für die Haftung aus *culpa in contrahendo* bedeutet (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Entscheidend ist insofern, Systemunstimmigkeiten mit der Haftung aus *culpa in contrahendo* zu vermeiden. Daher muss zumindest gelten, dass „listige“ Täuschungen, die kein Anfechtungsrecht begründen, nicht zu einer Vertragsaufhebung wegen einer Informationspflichtverletzung gem. *culpa in contrahendo* führen können. Diese Situation entsteht dadurch, dass die Rechtsfolge bei der *culpa in contrahendo* gewöhnlich in einem Schadensersatz in Form der Naturalrestitution (§ 249 BGB) besteht, was wiederum grds. eine Vertragsaufhebung bedeutet. Ein Verhalten, das vorsätzlich gestattet ist, muss erst recht bei einer ggf. lediglich fahrlässigen Handlung erlaubt sein. Umgekehrt muss auch gelten, dass eine Irreführung, die im Rahmen der c.i.c. schon bei leichter Fahrlässigkeit zur Vertragsaufhebung führt, erst recht eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung rechtfertigen muss (*argumentum a maiore ad minus*). Dies wurde durch die Berücksichtigung der rechtlichen Umfeldwertungen in dieser Arbeit sichergestellt. Die Wertungen von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB und *culpa in contrahendo* müssen im Ergebnis somit parallel verlaufen. Damit ist jedoch noch nichts über das Verhältnis von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zu einem ggf. möglichen Schadensersatz i. R. d. *culpa in contrahendo* gesagt. Allerdings ist der „minderungsähnliche Schadensersatz“ an die Überlegungen des Gewährleistungs-

rechts angelehnt und passt daher grundsätzlich nicht für die Irreführungen außerhalb des Vertragsgegenstands. Doch nur diese sind ggf. als „listige“ Täuschungen einzuordnen. Im Rahmen des „(Rest-)Vertrauensschadens“ wird allerdings ein Ersatz in Höhe des Betrags diskutiert, „um den der Geschädigte den Kaufgegenstand zu teuer erworben hat“²⁵. Nach hier vertretener Ansicht liegt ein entsprechender Schadensersatz zwar in Bezug auf „listige“ Täuschungen nicht nahe, bliebe aber zu diskutieren. Aus Sicht der Verhandlungstheorie ist diesbezüglich vor allem problematisch, dass regelmäßig nicht abgeschätzt werden kann, ob und, wenn ja, in welcher Höhe sich eine bestimmte Taktik auf den Kaufpreis ausgewirkt hat.

In dieser Arbeit standen außerdem Lügen durch Aussagen im Vordergrund, wobei ansonsten nicht genauer nach dem Kommunikationsmittel differenziert wurde. Es wäre daher durchaus interessant, Täuschungen, die mit Hilfe von Dokumenten bzw. Aufzeichnungen begangen werden, näher zu untersuchen. In diesem Zusammenhang scheint vor allem die Verbindung zu den entsprechenden strafrechtlichen Vorschriften von Interesse zu sein (vgl. § 267 StGB [Urkundenfälschung], § 268 StGB [Fälschung technischer Aufzeichnungen]). Generell muss diesbezüglich allerdings angenommen werden, dass Täuschungen, die strafrechtliche Konsequenzen entfalten, auch als widerrechtlich i. S. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB anzusehen sind.

Die hier erarbeitete Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen fügt sich damit stimmig in die deutsche Rechtsordnung ein.

D. Detaillierte Darstellung der erzielten Ergebnisse

Im Folgenden werden die zu den Einzelaspekten gewonnenen Erkenntnisse in detaillierter Form aufgelistet. In der Fußnote wird jeweils auf den Abschnitt verwiesen, wo das Resultat erzielt wurde.

1. Die im Verhandlungskontext vorliegenden Rahmenbedingungen nehmen entscheidenden Einfluss darauf, ob ein Verhandler sich dazu entscheidet, zu bluffen und wenn er lügt, worüber er ggf. täuscht.²⁶
2. Auch wenn bislang noch nicht näher untersucht wurde, wie häufig professionelle Verhandler in unternehmerischen Verhandlungen im Ergebnis tatsächlich lügen, so lassen die bereits vorliegenden Erkenntnisse darauf schließen, dass in B2B-Verhandlungen Bluffs häufig zum Einsatz kommen.²⁷
3. Unternehmerische Verhandlungen sind durch eine komplexe, mehrstufige Prinzipal-Agenten-Situation charakterisiert.²⁸ Dies wirkt sich auf die Anreize zu

²⁵ BGHZ 168, 35 = NJW 2006, 3139, 3141 (Rn. 22); BGH BeckRS 2010, 17953, Rn. 8ff.; BGH NJW 2012, 846, 847 (Rn. 12).

²⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.I.

²⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.II.

²⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.1.

bluffen und den Umgang mit Täuschungen durch den Verhandlungspartner aus. Außerdem ist zu bedenken, dass sowohl der Prinzipal (hier: der Vorgesetzte) als auch der Agent (hier: der Verhandler) lügen können.²⁹ Diese Erkenntnisse werden in dieser Arbeit durchgehend berücksichtigt.

4. Lügen in unternehmerischen Verhandlungen werden regelmäßig eingesetzt, um einen Vorteil für sich bzw. für das eigene Verhandlungsteam oder den Prinzipal zu erzielen. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass der Verhandlungspartner dadurch regelmäßig einen Nachteil erleidet (und somit eine Win-lose-Situation vorliegt).³⁰ Studien legen insofern nahe, dass Lügen tatsächlich dazu beitragen können, den durch ihren Einsatz angestrebten Vorteil zu erlangen.³¹
5. Verhandlungsparteien können auf das Täuschungsrisiko mit Präventionsmaßnahmen reagieren, um das Ausmaß und die Intensität der Täuschungen zu reduzieren. Dazu zählen z. B. der Aufbau einer Vertrauensbeziehung zur Gegenseite, eine sorgfältige Informationsbeschaffung und das Einfordern eines *signalling* bezüglich Ehrlichkeit.³²
6. Für die getäuschte Seite bestehen ganz unterschiedliche Möglichkeiten, auf eine Lüge durch den Verhandlungspartner zu reagieren³³ (z. B. mit einer Gegenlüge,³⁴ Nachverhandlungen,³⁵ dem Verhandlungsabbruch³⁶ oder sozialen Sanktionen³⁷), wobei insofern aus Sicht der getäuschten Seite das Betrugsdilemma zu berücksichtigen ist.³⁸ Das Betrugsdilemma ist dadurch gekennzeichnet, dass sowohl die Konfrontation als auch die Nichtkonfrontation des Verhandlers mit seiner Lüge negative Konsequenzen für den Getäuschten haben kann. Dies wirkt sich auf die Wahl der Reaktionsmöglichkeit aus, da einige Optionen eine Konfrontation erfordern, andere hingegen nicht. Die Anfechtung des Vertrags stellt im Ergebnis lediglich eine Option dar, bei der eine Konfrontation des Lügners notwendig ist, und die in der Praxis wohl aus verschiedenen Gründen relativ selten gewählt wird.³⁹
7. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB schützt die getäuschte Seite gemäß seinem Wortlaut scheinbar sehr weitreichend. Die Vorschrift ist auf alle Formen der Vorspiegelung falscher Tatsachen anwendbar und ist damit in Bezug auf die Täuschungshandlung denkbar weit ausgestaltet. Die Norm erfasst verbale, nonverbale, visuelle, konkludente und implizite Täuschungen sowie ambivalente, schiefe bzw.

²⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.III.3.

³⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.IV.

³¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.V.2.

³² Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.1.

³³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.4. bis 13.

³⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.7.

³⁵ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.8.

³⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.11.

³⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.12.

³⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.4.

³⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, A.VII.13 sowie konkret unter 2. Teil, B.II.3.a) bis e).

- sarkastische Aussagen oder Fragen, und zwar unabhängig von deren Intensität und dem verwendeten Kommunikationsmittel.⁴⁰
8. Bezüglich aktiver, arglistiger Täuschungen über Tatsachen im engeren Sinn werden kaum Ausnahmen diskutiert, d.h. es wird eine pauschale Lösung für alle Lügen vorgesehen. Denn § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist grundsätzlich bzgl. Täuschungen über Tatsachen einschlägig. Die Äußerung einer „falschen“ Meinung ist zwar nicht von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst, dafür aber Bluffs über innere Tatsachen⁴¹ (wozu auch Absichten⁴² zählen) und Meinungen, die einen Tatsachenkern enthalten.⁴³ Obwohl Letzteres pauschal befürwortet wird, scheinen Rechtsprechung und Literatur eine Anfechtung jedoch im Einzelfall nur eingeschränkt zuzulassen. Gefasst werden diese Ausnahmen meist unter den Begriff der „marktschreierischen Anpreisungen“.⁴⁴ „Marktschreierische Anpreisungen“ führen somit zu einer gewissen – wenn auch für den unternehmerischen Bereich geringen – Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.
 9. Täuschungen über Wahrscheinlichkeiten können eine Meinung darstellen, was die Anfechtbarkeit gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB grundsätzlich ausschließt. Sie können allerdings auch eine Lüge über eine Tatsache enthalten, was dann ein Anfechtungsrecht begründet.⁴⁵ Letzteres ist immer dann der Fall, wenn sich die Behauptung auf den aktuellen Kenntnisstand bezieht. Ähnliche Überlegungen können mit Blick auf zukünftige Ereignisse angestellt werden.⁴⁶
 10. Die Voraussetzung des Irrtums ist ebenfalls so weit gefasst, dass die Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands mit Hilfe dieses Tatbestandsmerkmals ebenfalls nicht dem Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB entzogen werden können. Denn es sind insbesondere auch Motivirrtümer von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst und einer „objektiven“ Erheblichkeit des Irrtums bedarf es ebenfalls nicht.⁴⁷
 11. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB setzt doppelte Kausalität voraus. Im Ergebnis lässt sich jedoch auch über diese Anforderung keine Einschränkung des Anwendungsbereichs bezüglich Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands, d.h. außerhalb der Leistung und des Preises i. e. S., erreichen. Denn in unternehmerischen Verhandlungen werden Bluffs regelmäßig gerade deshalb eingesetzt, da sie sich potenziell zugunsten des Täuschenden auf den Vertragsschluss auswirken können.⁴⁸

⁴⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.a).

⁴¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)aa).

⁴² Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)dd).

⁴³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)bb).

⁴⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)bb).

⁴⁵ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)ec).

⁴⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.2.b)ff).

⁴⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.3.

⁴⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.4.c).

12. Unerheblich ist mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB nach ganz h. M., ob der Getäuschte ohne die Täuschung gar keinen Vertragsschluss angestrebt hätte (*dolus causam dans*) oder ob er lediglich einen Vertrag mit anderem Inhalt (*dolus incidens*) abgeschlossen hätte.⁴⁹ Dies unterstreicht, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Bluffs grundsätzlich umfassend erfasst.
13. Die im Gesetz verwendete Formulierung „arglistig“ ist mit „vorsätzlich“ gleichzusetzen.⁵⁰ Eine weitergehende Bedeutung, z. B. im Sinn einer „verwerflichen Gesinnung“ oder einer gewissen Schwere, kommt dem Begriff nicht zu.⁵¹ Grobe und erst recht leichte Fahrlässigkeit des Täuschenden schließen eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB hingegen aus. Gerade bei Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen liegt allerdings wohl regelmäßig Vorsatz vor, sodass dieses Tatbestandsmerkmal ebenfalls nicht zur Differenzierung zwischen den sog. „listigen“ und arglistigen Täuschungen beitragen kann.⁵² Das Vorsatzerfordernis ist zudem auch dann erfüllt, wenn ein Prinzipal zunächst seinen Agenten täuscht und dieser dann die falsche Information an den Verhandlungspartner weiterleitet.⁵³
14. In dieser Arbeit wird vertreten, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zudem Situationen erfasst, in denen eine Verhandlungspartei zunächst gutgläubig (bzw. fahrlässig) eine Fehlinformation weitergibt, dann aber noch vor Vertragsschluss die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit der Information erkennt, diese jedoch nicht mehr korrigiert.⁵⁴ Es wird somit eine Garantenstellung aus vorangegangenen Tun angenommen. Diese Interpretation führt sogar zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift.
15. Eine generelle Aufklärungspflicht für Situationen, in denen eine Partei der anderen Partei zunächst eine korrekte Information übermittelt, sich daraufhin aber die Umstände noch vor Vertragsschluss ändern, ist hingegen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung abzulehnen.⁵⁵
16. Stimmt die Realität entweder bereits vor Vertragsschluss mit der zuvor vorgetäuschten Situation überein oder kommt es dazu nach Vertragsschluss, so entfällt entweder der Irrtum oder es ist kein Schutzbedarf des Getäuschten gegeben. In beiden Fällen scheidet eine Anfechtung aus.⁵⁶ Dies führt im Ergebnis jedoch zu keiner signifikanten Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.
17. Das Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird vor allem mit Blick auf Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnisse (in geringem Umfang) einge-

⁴⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.4.b).

⁵⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.a).

⁵¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.d).

⁵² Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.a).

⁵³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.9.c).

⁵⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.b).

⁵⁵ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.5.c).

⁵⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.6.

- schränkt. Insofern soll ein „Recht zur Lüge“ bestehen, wenn es um eine falsche Antwort auf eine unzulässige Frage geht.⁵⁷ Paradebeispiel dafür ist die unzulässige Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft im Bewerbungsgespräch. Diesbezüglich wird dem Arbeitgeber ein legitimes Informationsinteresse abgesprochen. Das Problem besteht darin, dass er die Information jedoch auch dann erlangen kann, wenn die schwangere Bewerberin die Auskunft verweigert. Nur ein „Recht zu Lüge“ kann den Informationsfluss verhindern.⁵⁸ Mit Blick auf Mietverhältnisse und Versicherungsverträge werden vergleichbare Überlegungen angestellt.
18. Die dogmatische Einordnung dieser Ausnahme vom generellen Täuschungsverbot ist nicht unumstritten. Oftmals versuchen die Rechtsprechung und die Literatur diese Ausnahmen über die Rechtswidrigkeit zu erzielen. Teils wird angenommen, dass es sich dabei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal handelt.⁵⁹ In dieser Arbeit wird die dogmatische Lösung i.R.d. Lösung *de lege lata* erörtert.⁶⁰
 19. Eine Einschränkung des Anfechtungsrechts gem. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB wird zudem dann vorgenommen, wenn die Täuschung von einem „Dritten“ verübt wurde (§ 123 Abs. 2 BGB). Insofern ist es entscheidend, zu bestimmen, wer als Dritter i.S.d. Vorschrift zu qualifizieren ist. Vertreter sowie Verhandlungsgehilfen sind jedenfalls keine Dritten. Noch weiter gefasst gilt dies für alle unternehmensinternen Personen. Notare sind hingegen grundsätzlich Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB. Bei Maklern und Vermittlern sowie bei Lieferanten kommt es hingegen auf die konkreten Umstände an. Kunden sind generell als Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2 BGB einzuordnen.⁶¹ § 123 Abs. 2 BGB führt somit im Ergebnis nicht zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Anfechtungsrechts.
 20. Wird ein Stellvertreter getäuscht, so bestimmt § 166 Abs. 1 BGB ausdrücklich, dass es auf den Vertreter und nicht auf den Vertretenen ankommt.⁶² Wird der Vertretene getäuscht und erteilt dieser dann aufgrund des Bluffs seinem Vertreter die Weisung, den Vertrag abzuschließen, so ist der Vertretene ebenfalls schutzwürdig und § 166 Abs. 2 BGB kommt analog zur Anwendung.⁶³ Wird ein Verhandlungsgehilfe ohne Abschlussvollmacht getäuscht, so kommt es auf das Vorliegen einer verlängerten Kausal- und Vorsatzkette an.⁶⁴
 21. Die Beweislast stellt für die anfechtende Seite in der Praxis ein erhebliches Hindernis für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung dar. Bei Bluffs außer-

⁵⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.7.a).

⁵⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.7.b)

⁵⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.7.c).

⁶⁰ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.

⁶¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.9.a).

⁶² Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.10.a).

⁶³ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.10.b).

⁶⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.10.c).

halb des Vertragsgegenstands besteht die Herausforderung oftmals darin, die Täuschung, die Kausalität und den Vorsatz nachzuweisen. Es besteht daher das Risiko, dass die Anforderungen an die Beweisführung instrumentalisiert werden, um eine Differenzierung zwischen arglistigen und sog. „listigen“ Täuschungen zu erreichen. Dies wäre jedoch nicht „methodenehrlich“, weshalb in dieser Arbeit eine Lösung auf materieller Ebene befürwortet wird.⁶⁵

22. Aus wertungsmäßiger Sicht sowie unter Berücksichtigung des Ziels des Verkehrsschutzes und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Vorschrift keine Erheblichkeitsschwelle kennt, ist die Ausschlussfrist von zehn Jahren sehr lang.⁶⁶
23. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB schützt die getäuschte Seite somit formal sehr weitreichend und dieser Schutz steht vor Vertragsschluss auch nicht zur Disposition der Parteien. Es besteht also nicht einmal theoretisch die Möglichkeit, diesen hohen Standard durch vertragliche Regelungen im Voraus abzubedingen. Im Ergebnis gewährt § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB in seiner jetzigen Form daher keine Opt-out-Möglichkeit. Nur nach Entdeckung der Lüge kann die getäuschte Seite auf ihr Anfechtungsrecht verzichten.⁶⁷
24. Ein Blick in die Rechtsprechung macht deutlich, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB eine hochrelevante Norm ist.⁶⁸ Dass die Vorschrift die getäuschte Seite sehr weitreichend schützt, spiegelt sich bezüglich des Preises und der Leistung sowie des Vertragspartners auch durchgehend in den entsprechenden Urteilen wider.⁶⁹ Zu einem weiten Spektrum an Täuschungstaktiken außerhalb von Preis und Leistung sowie dem Vertragspartner liegen jedoch keine bzw. kaum Entscheidungen vor.⁷⁰ Aus der Rechtsprechung lässt sich daher nicht konkret ableiten, wo die Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen verlaufen sollte.⁷¹
25. Die Gründe für das Fehlen von Urteilen zu Täuschungstaktiken außerhalb von Preis und Leistung sowie dem Vertragspartner sind mannigfaltig. Einer gerichtlichen Durchsetzung der Anfechtung steht u. a. oftmals die fehlende Aufdeckung der Täuschung, Beweisschwierigkeiten, die Möglichkeit, eine attraktivere Handlungsalternative zu wählen (z. B. Nachverhandlungen) sowie ein anderes Moralverständnis, ein abweichendes Rechtsgefühl und das Judiz entgegen. Falls die getäuschte Partei selbst in gewissem Umfang geblufft haben sollte, führt dies wohl ebenfalls dazu, dass oftmals nicht angefochten wird.⁷²

⁶⁵ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.11.b)aa) bis ee).

⁶⁶ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.14.

⁶⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.I.15.

⁶⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.1.

⁶⁹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.a) bis c).

⁷⁰ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.d).

⁷¹ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.2.d).

⁷² Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.II.3.

26. Die rechtliche Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit bestimmter aktiver Täuschungen außerhalb von Preis und Leistung sowie den Verhandlungsparteien ist – abgesehen von der Diskussion um Lügen auf unzulässige Fragen – nur relativ selten Gegenstand der aktuellen⁷³ juristischen Diskussion.⁷⁴ Ausnahmen dazu stellen beispielsweise die Ausführungen von *Fleischer*⁷⁵ und *Wagner*⁷⁶ dar. Teils lassen sich umgekehrt allerdings sogar Beiträge finden, die dafür plädieren, Personen, deren Willenserklärung durch die Täuschung beeinflusst wurde, noch weitergehender als bislang zu schützen.⁷⁷
27. Die Messung praxisrelevanter Täuschungstaktiken an den Voraussetzungen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB zeigt, dass es Ausformungen der Better-offer-Taktik, der Taktik der kleinen Menge, der Taktik „false deadline“ und der Taktik „unternehmensinterne Beschränkungen“ gibt, die durchaus den Tatbestand der Norm erfüllen können. Lediglich wegen Täuschungen über Emotionen und Täuschungen im Rahmen der Similar-to-me-Taktik dürfte regelmäßig auch nach geltender Rechtslage nicht angefochten werden können, da insofern bereits der Tatbestand der Vorschrift in vielen Fällen nicht erfüllt sein dürfte.⁷⁸
28. Die rechtshistorische Betrachtung verdeutlicht, dass traditionell jedoch durchaus zwischen arglistigen und sog. „listigen“ Täuschungen differenziert wurde. Ein Beispiel dafür stellt das römische Recht dar, welches mit Blick auf vorsätzliche Täuschungen besonders differenzierungsfreundlich war. Es unterschied im Ergebnis zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* bzw. erfasste bestimmte Täuschungen nicht, die in den Bereich der *sollertia* fielen.⁷⁹
29. Die Glossatoren führten die wichtige terminologische Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* ein, was zu einer Verknüpfung der Rechtsfolge mit der Auswirkung der Täuschung auf den Vertragsschluss führte. Dies bedingt zwar keine Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen, dafür aber unterschiedliche Rechtsfolgen.⁸⁰
30. Die Ideen der Aufklärung und des Naturrechts in Form des Vernunftrechts wirkten sich hingegen praktisch nicht direkt auf die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen aus.⁸¹
31. In Bezug auf die historische Rechtsschule lässt sich ein gewisser Einfluss der strengen moralphilosophischen Erwägungen *Kants* erkennen, sowie die Tendenz zu einem klar konturierten Tatbestand ohne differenzierte Wertungs-

⁷³ Zur Entwicklung der Diskussion bis zum aktuellen Stand siehe näher unter 2. Teil, B.III.2.

⁷⁴ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.III.1.

⁷⁵ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 258 ff.

⁷⁶ *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 59, 96 ff.

⁷⁷ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.III.1.

⁷⁸ Siehe dazu näher unter 2. Teil, B.IV.1. bis 6.

⁷⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.III.

⁸⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.IV.

⁸¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.V.

- möglichkeiten. Gleichzeitig wird aber auch deutlich, dass das sächsische BGB von 1865 als ein wichtiger Vorläufer des BGB dennoch viel differenzierungsfreudiger ausgestaltet war als der heutige § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.⁸²
32. In Bezug auf den Gesetzgebungsprozess des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB ist bemerkenswert, dass die Abgrenzung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen scheinbar nahezu vollständig ausgeblendet wurde. Nach und nach lehnten die Rechtsprechung und Literatur dann zudem die bis dahin ggf. noch bestehenden möglichen Differenzierungen z. B. mit Blick auf den Begriff der Arglist ab.⁸³
 33. Das US-amerikanische Recht zu *misrepresentation* lässt aufgrund von mehreren vagen Regelungskonzepten einen weiten Auslegungsspielraum, wodurch *de facto* zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen differenziert werden kann. So besteht z. B. mit Blick auf die Anforderung an das berechtigte Vertrauen (*justified reliance*) ein nicht unerheblicher Interpretationsspielraum.⁸⁴ Außerdem sind die Anforderungen an die Erheblichkeit (*materiality*) nicht klar umrissen, was insofern eine Rolle spielt, als dass in der gerichtlichen Praxis oft indirekt ein entsprechender Nachweis verlangt wird, obwohl formal der Nachweis des Vorsatzes genügt.⁸⁵
 34. Daneben stellt im US-amerikanischen Recht die Abgrenzung von Meinung und Fakten (z. B. bei Lügen über den Wert einer Sache) eine Herausforderung dar.⁸⁶ Die täuschende Seite kann zu ihrer Entlastung zudem anführen, dass es sich bei der Lüge lediglich um *sales talk* oder *puffery* handelte.⁸⁷
 35. Ein Vermögensschaden (*pecuniary loss*) ist im Rahmen der Anfechtung wegen *misrepresentation* nach dem US-amerikanischen Recht zwar grundsätzlich keine Voraussetzung, wird von einigen Gerichten aber teils dennoch verlangt.⁸⁸
 36. Die italienische Rechtsordnung ist bzgl. der Annullierung wegen Täuschungen ebenfalls eindeutig differenzierungsfreundlicher als die deutsche Rechtsordnung. Zwar erfasst Art. 1439 c.c. sowohl wesentliche als auch unwesentliche Irrtümer. Im letzteren Fall ist allerdings der Nachweis erforderlich, dass der Irrtum kausal für den Vertragsschluss war,⁸⁹ wodurch insoweit höhere Beweisforderungen gestellt werden als an wesentliche Irrtümer.
 37. Das italienische Recht lässt zudem eine Annullierung des Vertrags nur im Fall von *dolus causam dans* und nicht bei Vorliegen von *dolus incidens* zu, was dazu

⁸² Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.VI.

⁸³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, A.VII.

⁸⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.4.

⁸⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.b) und c).

⁸⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.2.a).

⁸⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.7.

⁸⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.II.6.

⁸⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.5.

- führt, dass viele Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands den Getäuschten nicht zur Annullierung berechtigen.⁹⁰
38. Außerdem wird in Italien die Eigenverantwortung der getäuschten Seite debattiert.⁹¹ Auch die Diskussion um die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* wird bis heute intensiv geführt.⁹² Unter *dolus bonus* werden traditionell Bluffs verstanden, die keinen Grund für eine Annullierung des Vertrags darstellen.⁹³ Beide Aspekte tragen somit zu einer stärkeren Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen bei.
 39. In Bezug auf Täuschungen durch andere Personen als den Vertragspartner herrscht in Italien zudem Uneinigkeit darüber, wer als Dritter anzusehen ist. Folgt man der Auffassung, die viele Personen als Dritte qualifiziert, wird die Möglichkeit der Annullierung des Vertrags gerade im unternehmerischen Bereich noch weiter eingeschränkt.⁹⁴
 40. Auch das französische Recht ist mit Blick auf „listige“ und arglistige Täuschungen differenzierungsfreundlicher als die deutsche Rechtsordnung. Denn es unterscheidet zwischen Täuschungen, die sich substantiell und solchen, die sich nicht substantiell auf den Vertrag auswirken⁹⁵ und lässt darüber hinaus eine Differenzierung zwischen B2B- und B2C-Verhandlungen zu.⁹⁶
 41. Wie das italienische Recht kennt das französische Recht zudem die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus*.⁹⁷ Darüber hinaus wird die Nichtigkeit wegen Täuschung teilweise abgelehnt, wenn der Getäuschte den Bluff hätte erkennen können, was mit einem gewissen Grad an Eigenverantwortung einhergeht.⁹⁸
 42. Das österreichische Recht kennt bislang formal hingegen keine Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen mit Blick auf § 870 1. Alt. ABGB. Eine im Vordringen befindliche Ansicht befürwortet allerdings eine Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen bei wesentlichen und unwesentlichen Irrtümern, was zumindest den Anwendungsbereich der Anfechtung einschränken würde.⁹⁹
 43. Ansatzpunkt für eine Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen im Rahmen von § 870 1. Alt. ABGB könnte im Ergebnis das Tat-

⁹⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.6.

⁹¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.7.

⁹² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.8.

⁹³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.8.

⁹⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.III.10.

⁹⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.6.

⁹⁶ Siehe dazu insb. näher unter 3. Teil, B.IV.7.

⁹⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.3.

⁹⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.IV.7.

⁹⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.5.b).

- bestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit sein.¹⁰⁰ Praktiziert wird eine entsprechende Differenzierung bislang jedoch (noch) nicht.
44. Das schweizerische Recht differenziert bisher i.R.d. Art. 28 OR nicht zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Täuschungen. Es werden aber gewisse „Täuschungsspielräume“ erörtert. So wird z.B. dafür plädiert, Bluffs, die nichts mit der Vertragsverhandlung zu tun haben, dem Anwendungsbereich zu entziehen.¹⁰¹
 45. Im schweizerischen Recht wird zudem diskutiert, ob die absichtliche Täuschung mit dem arglistigen Betrug im Strafrecht identisch ist, wodurch kleinere Bluffs aus dem Anwendungsbereich der Norm fallen würden.¹⁰² Für solche Bluffs wird in Bezug auf *dolus incidens* auch die Einschränkung der Anfechtung nach Treu und Glauben erörtert.¹⁰³
 46. Kategorisiert man die Rechtsordnungen in Bezug auf ihre Differenzierungsfreundlichkeit (steigend) in Bezug auf rechtmäßige und rechtswidrige Täuschungen unter Berücksichtigung von Recht, Rechtsprechung und Schrifttum so ergibt sich folgendes Bild: Deutschland, Österreich, Schweiz, Frankreich sowie (in etwa gleich auf) Italien und die USA.¹⁰⁴
 47. Das Regelungselement der *sollertia* – wie es das römische Recht kannte – wird heute von keiner der genannten Rechtsordnungen mehr zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen eingesetzt. Obwohl das Regelungsinstrument im Ergebnis prinzipiell dazu geeignet ist, einen „Täuschungsspielraum“ abzustechen, sollte es aber auch in Deutschland nicht zur Unterscheidung herangezogen werden.¹⁰⁵
 48. Das Regelungselement der Rechtswidrigkeit ist strukturell mit der Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* vergleichbar. Allerdings wird der Anwendungsbereich in beiden Fällen unterschiedlich gefasst.¹⁰⁶ Die Rechtswidrigkeit ist aus deutscher Sicht bereits deshalb ein interessantes Regelungselement, da das Erfordernis bereits *de lege lata* anerkannt ist. Es wird daher mit Blick auf den Lösungsvorschlag *de lege lata* aufgegriffen.¹⁰⁷
 49. Die Unterscheidung zwischen *dolus causam dans* und *dolus incidens* kann die Problematik der pauschalen Erfassung aller Bluffs zumindest abmildern, da die Rechtsfolge von den unterschiedlichen Auswirkungen der Täuschung abhängig gemacht wird. Dieser Ansatz trägt jedoch nicht dazu bei, zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen zu differenzieren.¹⁰⁸

¹⁰⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.V.7.

¹⁰¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.2.

¹⁰² Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.6.

¹⁰³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, B.VI.12.

¹⁰⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.I.

¹⁰⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.1.

¹⁰⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.2.

¹⁰⁷ Zur Lösung *de lege lata* siehe näher unter 5. Teil, B.

¹⁰⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.3.a).

50. Ein weiteres Regelungselement zur Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen stellt die Erheblichkeitsschwelle dar bzw. die Anforderungen an *materiality* (wie sie das US-amerikanische Recht kennt). Die Erheblichkeitsschwelle kann im Ergebnis sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie ließe prinzipiell aber eine Grenzziehung nach ökonomischen Erwägungen zu. Dieser Gedanke ist interessant, und die ökonomischen Aspekte werden in dieser Arbeit berücksichtigt.¹⁰⁹ Eine Grenzziehung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen sollte jedoch nicht allein nach ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden.¹¹⁰
51. Eine Unterscheidung zwischen Tatsachen und Meinungen stellt eine weitere Regelungsmöglichkeit dar. Sie gewinnt vor allem dann an Bedeutung, wenn ansonsten praktisch keine Regelungsinstrumente zur Grenzziehung zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Täuschungen genutzt werden, wie dies beispielsweise in Deutschland der Fall ist. Sie eignet sich aber im Ergebnis allein nicht für die Absteckung eines „Täuschungsspielraums“.¹¹¹
52. Gesetzgeber können Opfern von Täuschungen zudem mehr oder weniger Eigenverantwortung zuweisen. In der deutschen Rechtsordnung gilt der Grundsatz „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“. Im US-amerikanischen Recht wird hingegen *justified reliance* verlangt und der aus Deutschland bekannte Grundsatz somit beispielsweise nicht vollumfänglich praktiziert. Die Eigenverantwortung ist im Ergebnis facettenreich und bereits insofern interessant, da sie aus der Perspektive der getäuschten Seite gedacht ist. Allerdings können relevante Erwägungen auch über andere Regelungsinstrumente (wie z. B. die Rechtswidrigkeit) aufgegriffen werden, was in dieser Arbeit bevorzugt wird.¹¹²
53. Die Debatte um die Berücksichtigung des Vertrauens ist ebenfalls facettenreich und wird in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich geführt. In den USA wird bspw. die Verbindung aus Vertrauen und Eigenverantwortung durch das Konzept *justified reliance* erfasst. In Deutschland und Österreich steht die Diskussion um Vertrauen und Eigenverantwortung bereits deshalb nicht im Vordergrund, da diesen Rechtsordnungen die Berücksichtigung der Eigenverantwortung des Getäuschten grundsätzlich fremd ist. In Frankreich werden Vertrauensbeziehungen mit Blick auf die Unterscheidung zwischen *dolus bonus* und *dolus malus* bzw. in Bezug auf Ungleichgewichtslagen aufgegriffen. In Italien sollen Lügen vor allem dann als Täuschung i. S. d. Art. 1439 Abs. 1 c.c. gelten, je mehr Vertrauen in solche Aussagen bzw. Handlungen gewöhnlich gesetzt wird. Das sich diese Arbeit allerdings auf unternehmerische

¹⁰⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.

¹¹⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.3.b).

¹¹¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.4.

¹¹² Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.5.

- Vertragsverhandlungen fokussiert, in denen keine besondere Vertrauensbeziehung besteht,¹¹³ wurde dieser Ansatz nicht weiterverfolgt.¹¹⁴
54. Rechtsordnungen können sich zudem dazu entschließen, zwischen B2C- und B2B-Verhandlungen in Bezug auf Bluffs zu unterscheiden. Explizit erfolgt dies jedoch in keiner der betrachteten Rechtsordnungen. In Italien, Frankreich und den USA wird dieser Aspekt jedoch diskutiert. Dieser Ansatz erscheint durchaus vielversprechend, wurde aber hier ebenfalls nicht näher erörtert, da sich diese Arbeit ausschließlich auf unternehmerische Vertragsverhandlungen fokussiert.¹¹⁵ Allerdings wird der Aspekt im Rahmen des Lösungsvorschlags *de lege ferenda* aufgegriffen, um ein stimmiges Gesamtkonzept zu entwerfen.¹¹⁶
 55. Bei unternehmerischen Täuschungen kann außerdem in personeller Hinsicht, d. h. zwischen dem Vertragspartner, dem Verhandler sowie anderen unternehmensinternen Personen und Dritten, differenziert werden. Die betrachteten Rechtsordnungen unterscheiden insofern danach, wer lügt. Es wird hingegen nicht danach differenziert, über wen gelogen wird, was nach hier vertretenen Ansicht auch sinnvoll erscheint.¹¹⁷
 56. Theoretisch bestehen für Gesetzgeber viele weitere Regelungsoptionen, um zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen zu unterscheiden. Nicht sinnvoll erscheint es nach hier vertretenen Ansicht, nach materiellen Intensitätsstufen der Täuschung¹¹⁸ oder nach Zielen und Gründen von Bluffs¹¹⁹ zu differenzieren. Gemein ist diesen Regelungsoptionen, dass sie wohl zu hoher Rechtsunsicherheit führen würden. Mit Blick auf materielle Intensitätsstufen wäre es zudem schwierig, abzugrenzen, ab welcher Intensitätsstufe eine Rechtsfolge gerechtfertigt wäre. Eine Unterscheidung nach Zielen und Gründen erscheint aus wertungsmäßiger Sicht generell nicht zielführend, da sie die Irreführung allenfalls in ganz besonderen Ausnahmesituationen rechtfertigen können.
 57. In Bezug auf die Handlungsintensität von Lügen unterscheiden viele Rechtsordnungen zwischen Täuschungen durch aktives Tun und Täuschungen durch Unterlassen. In dieser Arbeit wird eine weitergehende, d. h. detaillierte, Differenzierung nach der Handlungsintensität für die rechtliche Erfassung abgelehnt.¹²⁰ Eine weitergehende Unterscheidung wäre mit Rechtsunsicherheit sowie mit Abgrenzungs- und Rechtsfolgefragen verbunden.
 58. Rechtsordnungen könnten theoretisch verschiedene Situationen unterscheiden, in denen getäuscht wird. Eine entsprechende Differenzierung wird hier aber regelmäßig ebenfalls nicht befürwortet. Sie käme nur in besonderen Situ-

¹¹³ Zur Eingrenzung der Fragestellung dieses Werks siehe näher unter 1. Teil, A.

¹¹⁴ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.6.

¹¹⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.7.

¹¹⁶ Siehe dazu näher unter 5. Teil, B.

¹¹⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, C.II.8.

¹¹⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.I.

¹¹⁹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.V.

¹²⁰ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.II.

- ationen in Betracht (z. B. im Fall eines besonderen Vertrauensverhältnisses), die in dieser Arbeit aus der Betrachtung ausgeklammert wurden.¹²¹
59. Kommunikationstechniken der Täuschung sind häufig eng verwoben mit der Handlungsintensität von Bluffs. Die Rechtsordnungen unterscheiden bei der rechtlichen Regelung von Bluffs allerdings regelmäßig nicht nach den verwendeten Kommunikationstechniken. Da sie jedoch rudimentär nach der Handlungsintensität differenzieren (Täuschung durch aktives Tun bzw. Unterlassen) ergibt sich daraus *de facto* (indirekt) eine gewisse Unterscheidung gemäß den Täuschungstechniken. Einer weitergehenden, direkten Differenzierung wird in dieser Arbeit eine Absage erteilt.¹²²
 60. Direkt unterscheidet zudem keine der betrachteten Rechtsordnungen nach den Konsequenzen von Lügen – indirekt hingegen schon.¹²³ In dieser Arbeit werden die ökonomischen Konsequenzen im Rahmen der Wertung berücksichtigt.¹²⁴
 61. Eine weitere Kategorisierungsmöglichkeit für Lügen besteht darin, zu untersuchen, wie die Irreführung aus Sicht des Täuschenden angelegt war (z. B. Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, leichte Fahrlässigkeit).¹²⁵ Diese Arbeit fokussiert sich allein auf vorsätzliche Bluffs, weshalb eine weitergehende Erörterung dieses Aspekts unterbleibt.
 62. Täuschungen könnten im Prinzip zudem nach ihrer zeitlichen Komponente unterschieden werden. Die betrachteten Rechtsordnungen gehen mit der Thematik teils unterschiedlich um, auch wenn dieser Aspekt in keiner der Vorschriften explizit geregelt wird.¹²⁶ Das Regelungselement eignet sich von vornherein nur begrenzt für die Absteckung eines „Täuschungsspielraums“, weshalb dieser Aspekt in dieser Arbeit zunächst ausgeklammert wurde.
 63. In dieser Arbeit wird eine stärkere Differenzierung nach dem Gegenstand der Täuschung befürwortet. Das US-amerikanische Recht unterscheidet bisher rudimentär zwischen Täuschungen über Tatsachen, über die Rechtslage, über Intentionen und über Meinungen. Hier wird jedoch eine weitergehende, d. h. konkretere, Differenzierung vorgeschlagen. Es werden im Ergebnis 16 verschiedene Täuschungsgegenstände unterschieden.¹²⁷
 64. Für eine stärkere Differenzierung nach dem Täuschungsgegenstand spricht, dass sowohl das Rechtsgefühl, als auch das Judiz, die Moralvorstellungen¹²⁸

¹²¹ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.III.

¹²² Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IV.

¹²³ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.VI.

¹²⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.

¹²⁵ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.VII.

¹²⁶ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.VIII.

¹²⁷ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IX.

¹²⁸ Siehe dazu näher unter 3. Teil, D.IX.2.

- und die ökonomischen Konsequenzen¹²⁹ stark davon abhängen, über welchen Gegenstand gelogen wird.
65. Die internationale Siegener Studie zu Lügen in Vertragsverhandlungen, die von *Peter Krebs* und der Autorin gemeinsam durchgeführt wurde, bildet die empirische Grundlage für die Analyse des Rechtsgefühls, des Judizes und der Moralvorstellungen. Die Umfrage umfasst insgesamt 3.138 Antworten aus 13 verschiedenen Ländern. Befragt wurden Richter, Anwälte, professionelle Verhandler und Studierende.¹³⁰
 66. Die Ergebnisse der Siegener Studie sind vor allem auch Gegenstand der wertungsmäßigen Betrachtung. Denn die Begründung einer Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen erfordert eine tiefgreifende, differenzierte wertungsmäßige Erörterung der Problematik. Die Siegener Studie verdeutlicht, dass das Moralverständnis sehr stark von Gruppe zu Gruppe¹³¹ und Land zu Land¹³² schwankt und außerdem sehr nuanciert ausfällt. Die Ergebnisse können daher nur begrenzt Hinweise darauf geben, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen konkret verlaufen sollte.¹³³
 67. Bezüglich einiger Täuschungstaktiken findet sich allerdings in allen in Deutschland befragten Gruppen eine klare Mehrheit, die sie entweder als moralisch oder unmoralisch einstuft.¹³⁴ Bluffs über den *reservation price*, über persönliche Präferenzen (Fußballclub), über Zeitdruck, über Emotionen und über ein besseres Angebot, welches dem Käufer vorliegt, werden beispielsweise von allen befragten Gruppen mehrheitlich als moralisch akzeptabel bewertet.¹³⁵ Dies ist ein äußerst beachtliches Ergebnis, da Moralvorstellungen wohl generell eher idealistisch formuliert werden.¹³⁶ Sogar die Moralvorstellungen sprechen daher für die Existenz „listiger“ Täuschungen ohne Anfechtungsmöglichkeit.
 68. Lügen über den Leistungsgegenstand (Verkäufer), Bluffs über die Rechtslage (Zulässigkeit und Unzulässigkeit) sowie Täuschungen über die Verfügbarkeit am Markt und die Preisberechnung werden von allen befragten Gruppen umgekehrt als unmoralisch bewertet.¹³⁷
 69. Bezüglich anderer Bluffs fallen die Ansichten bei den einzelnen Gruppen hingegen differenziert aus. Dies gilt beispielsweise für Lügen über die Verfügbarkeit (Verkäufer) sowie über unternehmensinterne Vorgaben und Alternativ-

¹²⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.VII.

¹³⁰ Siehe dazu näher unter 1. Teil, C.I.

¹³¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.

¹³² Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.III.

¹³³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.IV.

¹³⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.3.

¹³⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1. und 2.

¹³⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.IV.

¹³⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1. und 2.

- angebote (Verkäufer).¹³⁸ International weichen die Moralvorstellungen z.T. ebenfalls erheblich voneinander ab.¹³⁹
70. Unter der Bezeichnung „Rechtsgefühl“ wird in dieser Arbeit das Gefühl dafür, was Recht sein sollte, verstanden (*Riezlers*¹⁴⁰ zweite Kategorie).¹⁴¹ Nach hier vertretener Ansicht kann das Rechtsgefühl auch sinnvoll empirisch ermittelt werden.¹⁴²
71. Die Siegener Studie verdeutlicht, dass in allen in Deutschland befragten Gruppen eine Mehrheit für die Anfechtung im Fall von Lügen über den Leistungsgegenstand (Verkäufer) plädiert. Gleiches gilt für Täuschungen über die Preisberechnung und die Verfügbarkeit am Markt. In Bezug auf Bluffs über die Rechtslage (Zulässigkeit und Unzulässigkeit) ist dies grundsätzlich ebenso, mit der Ausnahme, dass sich bei den professionellen Verhandlern eine knappe Mehrheit gegen die Anfechtung bei Bluffs über Zulässigkeit eines bestimmten Aspekts ausspricht.¹⁴³
72. Die Ergebnisse der Siegener Studie zeigen, dass eine Mehrheit in allen befragten Gruppen beispielsweise ein Anfechtungsrecht bei Täuschungen über den *reservation price*, über persönliche Präferenzen (Fußballclub), über Zeitdruck, über Emotionen und über ein besseres Angebot, welches dem Käufer vorliegt, ablehnt,¹⁴⁴ was mit ihren Moralvorstellungen übereinstimmt.
73. Bezüglich vieler anderer Täuschungsgegenstände lehnen die befragten Gruppen ebenfalls ein Anfechtungsrecht ab. Die Besonderheit besteht insofern teils darin, dass sie dies tun, obwohl sie solche Bluffs teils als unmoralisch bewerten.¹⁴⁵ Das Rechtsgefühl weist damit eindeutig auf eine Unterscheidung zwischen arglistigen und „listigen“ (i. S. v. nicht rechtswidrigen) Täuschungen hin.
74. In Bezug auf das empirisch ermittelte Rechtsgefühl zeigt die Siegener Studie, dass einige Ergebnisse sogar international als durchaus stabil betrachtet werden können.¹⁴⁶
75. Unter der Bezeichnung *Judiz* wird in dieser Arbeit das Gefühl dafür, wie das Recht ausgestaltet ist, verstanden,¹⁴⁷ wobei der Übergang zur Rechtskenntnis fließend ist.¹⁴⁸

¹³⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.II.1. Siehe auch 4. Teil, B.II.2.

¹³⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, B.III.

¹⁴⁰ *Riezler*, Das Rechtsgefühl, 1946, S. 10ff.

¹⁴¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.II.

¹⁴² Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.III.

¹⁴³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.IV.1. und 2.

¹⁴⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.IV.1. und 2.

¹⁴⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.IV.1. und 2.

¹⁴⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, C.IV.3.

¹⁴⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.I.

¹⁴⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.II.

76. Die Ergebnisse der Siegener Studie zeigen, dass die Mehrheit der Richter und Anwälte¹⁴⁹ für alle abgefragten¹⁵⁰ Fälle der Täuschung außerhalb des Leistungsgegenstands und der Rechtslage davon ausgeht, dass das deutsche Recht kein Anfechtungsrecht gewährt (Judiz). Die Befragten nehmen somit mehrheitlich an, dass das Gesetz „listige“ Täuschungen bereits in seiner jetzigen Form – in Übereinstimmung mit ihrem Rechtsgefühl – kennt.¹⁵¹
77. Die Siegener Studie belegt, dass Moral und Rechtsgefühl – trotz einer bestehenden Verbindung – nicht gleichzusetzen sind. Moralvorstellungen setzen grundsätzlich höhere Standards als das Rechtsgefühl. Es ist zugleich eine größere Homogenität innerhalb des Rechtsgefühls im Vergleich zur Moral festzustellen. Insgesamt scheint das empirisch ermittelte Rechtsgefühl im Verhältnis zur Moral das überzeugendere Abwägungskriterium darzustellen.¹⁵² Moralische Wertungen stehen bei der Interpretation des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB somit nicht im Vordergrund und werden in dieser Arbeit lediglich als Aufgreifkriterium bzw. als (weiterer) Hinweis genutzt.¹⁵³
78. Zwischen Judiz und Rechtsgefühl lässt sich eine relativ starke Verbindung feststellen. Dennoch sind auch diese beiden Aspekte nicht vollständig gleichzusetzen, weshalb es sich lohnt, zwischen Judiz und Rechtsgefühl zu differenzieren.¹⁵⁴ In Bezug auf das Judiz ist zwischen dem Judiz von Laien und dem richterlichen Judiz zu unterscheiden.¹⁵⁵ Im Ergebnis wird das Judiz in beiden Ausprägung in dieser Arbeit lediglich als Aufgreifkriterium bzw. als (zusätzlicher) Hinweis genutzt und nicht im Rahmen der Lösung *de lege lata* oder des Vorschlags *de lege ferenda* herangezogen.
79. Das Rechtsgefühl stellt im Ergebnis einen Zusammenfluss aus den verschiedensten Erwägungen dar und ist gegenüber anderen Aspekten wie der Moral und dem Judiz als eigenständig anzusehen.¹⁵⁶ In dieser Arbeit wird die Heranziehung des empirisch ermittelten Rechtsgefühls als ein Wertungsargument im Rahmen der Auslegung im deutschen Vertragsrecht und damit mit Blick auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB befürwortet.¹⁵⁷ In Bezug auf den Lösungsvorschlag *de lege ferenda* sollte dem empirisch ermittelten Rechtsgefühl nach hier vertretener Ansicht ebenfalls eine herausgehobene Stellung zukommen.¹⁵⁸

¹⁴⁹ Professionelle Verhandler wurden im Rahmen der Siegener Studie nicht nach ihrem Judiz befragt.

¹⁵⁰ Das Judiz wurde nur in Bezug auf die Szenarien der Originalumfrage ermittelt (dritte Version). Es kann daher keine Aussage über das Judiz bezüglich der weiteren Bluffs, wie Lügen über Einkaufspreise etc., getroffen werden.

¹⁵¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, D.III.

¹⁵² Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.I.

¹⁵³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.IV.

¹⁵⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.II.

¹⁵⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.V.1. und 2.

¹⁵⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.III.

¹⁵⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.VI.

¹⁵⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, F.VI.

80. Ökonomische Konsequenzen stellen ein außerrechtliches Argument dar, welches zum einen mit Blick auf Lösungsvorschläge *de lege ferenda* an Bedeutung gewinnt. Zum anderen können die im Rahmen der ökonomischen Analyse erzielten Erkenntnisse nach hier vertretener Ansicht potenziell auch bei der Auslegung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB *de lege lata* Relevanz entfalten. Denn im Ergebnis ist eine Berücksichtigung ökonomischer Argumente bei der Auslegung über den Telos grundsätzlich möglich.¹⁵⁹
81. Die im Schrifttum erörterten ökonomischen Ansätze zur Bewertung von Lügen sind sehr ausdifferenziert. Die einschlägigen Beiträge konzentrieren sich in der Regel auf einen Aspekt (oder wenige Aspekte) und analysieren diesen (diese) tiefgreifend. Um die Erkenntnisse jedoch für die rechtliche Betrachtung fruchtbar zu machen, werden in dieser Arbeit die verschiedenen Ansätze umfassend berücksichtigt. Es stellt ein Novum dar, dass die Argumentationslinien auf die verschiedenen Täuschungsgegenstände angewandt werden.¹⁶⁰
82. Die ökonomische Analyse ist aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeiten verschiedener Faktoren, wie der Moral, dem Rechtsgefühl, dem Judiz, dem Recht, den ökonomischen Effekten und der Häufigkeit von Lügen, äußerst komplex.¹⁶¹ So hängt die Kosten-Nutzen-Relation von Bluffs beispielsweise in hohem Maße von der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung der Täuschung, der Wahrscheinlichkeit der Nutzung der verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten sowie der Intensität und der Auswirkung dieser Reaktionsmöglichkeiten ab.¹⁶²
83. Gesteht das Rechtssystem der getäuschten Partei bestimmte Rechte und Ansprüche zu, beeinflusst auch die Rechtslage die Häufigkeit von Lügen.¹⁶³ Insofern kommt es insbesondere darauf an, ob die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten in der Praxis genutzt werden können. Diesbezüglich ist vor allem entscheidend, ob die Täuschung aufgedeckt und bewiesen werden kann.¹⁶⁴ Unabhängig von einzelnen Arten von Lügen ist die Durchsetzbarkeit von Rechtsfolgen wegen Täuschungen über Meinungen, also über subjektive Bewertungen, besonders schwierig.¹⁶⁵ Außerdem ist mit Blick auf die Durchsetzung zu bedenken, dass diese wohl zumindest auch vom Rechtsgefühl beeinflusst wird.¹⁶⁶
84. In Bezug auf Lügen in Vertragsverhandlungen existieren Transaktionskosten, die mit der „Erfindung“ und dem Erzählen der Lüge einhergehen, Transaktionskosten, die mit der Befürchtung zusammenhängen, vom Verhandlungspartner

¹⁵⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.II.

¹⁶⁰ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.III.

¹⁶¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.

¹⁶² Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.1.

¹⁶³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.2.

¹⁶⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.2.a).

¹⁶⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.2.b).

¹⁶⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.IV.2.c).

- belogen zu werden und Transaktionskosten, die durch die Aufdeckung einer Täuschung hervorgerufen werden. Transaktionskosten entstehen auch dann, wenn die Täuschung nicht erfolgreich war, weshalb eine gesetzliche Regelung wie § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB einen nicht unerheblichen Teil der negativen wirtschaftlichen Auswirkungen von Lügen nicht verhindern kann. Die Transaktionskostentheorie bestätigt jedoch gleichzeitig, dass Lügen, die ursächlich für den Abschluss eines Vertrages sind und aufgedeckt werden, besonders hohe Transaktionskosten verursachen können, was für eine Sanktionierung solcher Bluffs spricht.¹⁶⁷
85. Der Täuschende ist grundsätzlich der *cheapest cost avoider* bezüglich der Vermeidung des Irrtums. Dies gilt selbst dann, wenn die getäuschte Partei in der Lage wäre, die Täuschung mit (sehr) geringem Aufwand zu erkennen. Das spricht für den im deutschen Recht verankerten Grundgedanken „Vorsatz schlägt Fahrlässigkeit“. Allerdings trägt das Konzept des *cheapest cost avoider* nicht dazu bei, festzustellen, welche Lügen rechtmäßig und welche unrechtmäßig sein sollten.¹⁶⁸
 86. Lügen können sich unterschiedlich auf das BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) und ZOPA (*zone of possible agreement*) auswirken.¹⁶⁹ Entweder entfalten sie keine Auswirkungen auf die BATNA der beiden Parteien und lassen damit das ZOPA/NOPA (*no possible agreement*) unverändert. Oder sie nehmen in vielfältiger Weise Einfluss auf die BATNA der beiden Parteien und damit auf deren ZOPA/NOPA.¹⁷⁰
 87. Täuschungen, die das ZOPA/NOPA unbeeinflusst lassen, können aber dennoch Verteilungseffekte entfalten. Zeitliche Vorteile durch den Bluff sind zwar ebenfalls denkbar, im Ergebnis aber wohl zu vernachlässigen.¹⁷¹
 88. Bluffs, die das ZOPA/NOPA beeinflussen, können zu äußerst komplexen Konsequenzen führen. Diesbezüglich sind drei Dimensionen zu unterscheiden: 1. Die Einwirkung auf die BATNA beider Seiten, 2. Die (vermeintliche) Einwirkung auf das ZOPA/NOPA und 3. Die Einwirkung auf das durch die Parteien erzielte Ergebnis.¹⁷²
 89. *Pareto white lies*¹⁷³ stellen in unternehmerischen Verhandlungen ein Randphänomen dar.¹⁷⁴
 90. Gruppen entwickeln im Zeitverlauf solche Geschäftspraktiken, die für die Beteiligten am erfolgreichsten sind. Es wird daher argumentiert, dass eine Ge-

¹⁶⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.1.

¹⁶⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.2.

¹⁶⁹ Die Begriffe BATNA, ZOPA und NOPA werden näher unter 2. Teil, A.V.1. erläutert.

¹⁷⁰ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.a).

¹⁷¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.a)aa).

¹⁷² Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.a)bb).

¹⁷³ *Sanjiv/Gneezy*, Management Science 58 (2012), 723, 724 verwenden diese Terminologie und untersuchen den Einsatz von *Pareto-white lies*.

¹⁷⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.b).

- schäftspraxis als Indiz dafür gewertet werden kann, dass das Verhalten für die Beteiligten effizient ist. Insofern ließe sich dann wiederum gemäß der *hypothetical bargain theory* generalisierend annehmen, dass Parteien, die verhandeln, sich mit kleinen Bluffs *ex ante* einverstanden erklären würden.¹⁷⁵
91. Lügen können dazu führen, dass das Wahrheitssignal verwässert wird und das Vertrauen sinkt. In erster Linie schwächt der Täuschende sein eigenes Wahrheitssignal und das durch die Gegenseite in ihn gesetzte Vertrauen, wobei es insofern darauf ankommen wird, worüber geblufft wird. Aber auch andere Marktteilnehmer können bei Kenntniserlangung über den Bluff das Vertrauen in diesen Verhandler verlieren. Außerdem können Externalitäten in der Form auftreten, dass durch einen bekannt gewordenen Bluff zugleich das Wahrheitssignal anderer ehrlicher Verhandler sowie das anderen Verhandlern entgegengebrachte Vertrauen sinkt. In unternehmerischen Verhandlungen ist bezüglich der beiden letztgenannten Punkte zu bedenken, dass vor allem kleinere Bluffs wohl oftmals nicht publik gemacht werden.¹⁷⁶
92. Bluffs können zu Spillover-Effekten führen. Lügt ein Verhandler in einer Verhandlung, so kann dies die Bereitschaft anderer Marktteilnehmer, ebenfalls zu lügen, erhöhen. Zum einen kann sich der Verhandlungspartner entweder in der konkreten Verhandlung (sog. Gegenlüge) oder in Verhandlungen mit Dritten dazu veranlasst sehen, ebenfalls zu täuschen. Es ist aber auch denkbar, dass andere Marktteilnehmer, die schlicht von der Lüge erfahren, damit beginnen, in ihren eigenen Verhandlungen zu bluffen.¹⁷⁷
93. In dieser Arbeit wird vermutet, dass der Spillover-Effekt zunächst einmal Lügen „derselben Art“ betrifft und somit im Umfang beschränkt ist. Als schwerwiegender wahrgenommene Lügen können allerdings wohl den Einsatz „harmloser“ Lügen rechtfertigen und somit einen stärkeren Spillover-Effekt hervorrufen.¹⁷⁸ Außerdem hängt der Effekt u. a. auch davon ab, wie sehr sich andere Personen mit dem Täuschenden identifizieren können (Social-identity-Theorie).¹⁷⁹ Es liegt zudem nahe, dass der Spillover-Effekt umso stärker wirkt, je häufiger eine Täuschung in der Praxis vorkommt.¹⁸⁰
94. Teils wird ein „Recht zur Lüge“ zum Schutz der Freiheit zu schweigen befürwortet. Denn ohne das „Recht zur Lüge“ kann der Fragende eine Art *windfall profit* generieren. Der Gesetzgeber muss daher entscheiden, ob er die Vermögensverschiebungen durch Befragung mithilfe eines „Rechts zur Lüge“ verhindern will.¹⁸¹

¹⁷⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.3.b).

¹⁷⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.4.

¹⁷⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.5.

¹⁷⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.5.d).

¹⁷⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.5.d).

¹⁸⁰ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.5.e).

¹⁸¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.V.6.

95. Die ökonomische Analyse spricht nach hier vertretener Ansicht im Ergebnis in Bezug auf folgende Täuschungsgegenstände für eine gesetzliche Regulierung: Täuschungen über die Leistung (durch den Anbieter und – wenn auch weniger eindeutig – durch den Nachfrager), Bluffs über die Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. in betreffende Umstände, Lügen über den Preis i. e. S., Bluffs über die rechtliche Situation, Täuschungen über die Gesamtverfügbarkeit am Markt sowie über die Marktlage und gesellschaftliche Rahmenbedingungen, Bluffs über die Vertragsdurchführung/Vertragserfüllung sowie Lügen über Zwischenergebnisse/Vereinbarungen.¹⁸²
96. Die ökonomische Analyse liefert nach hier vertretener Ansicht in Bezug auf folgende Täuschungsgegenstände Anhaltspunkte, die gegen eine gesetzliche Regulierung angeführt werden können: Täuschungen über den Preis i. w. S., Bluffs über Emotionen, Lügen über den *reservation price*, Irreführungen über unternehmensinterne Vorgaben und Anweisungen, Täuschungen über die Verfügbarkeit einer Leistung bei einem Anbieter, Lügen über zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses sowie Bluffs über Interessen und Präferenzen.¹⁸³
97. Insbesondere bei Bluffs über Alternativen und Alternativangebote sowie über den Verhandlungsprozess führt die ökonomische Analyse nach hier vertretener Ansicht zu keinem eindeutigen Ergebnis.¹⁸⁴
98. Bei der wertungsmäßigen Betrachtung spielen zudem die rechtlichen Umfeldwertungen eine zentrale Rolle. Drohungen werden insofern anders als Täuschungen im Rahmen von § 123 Abs. 1. BGB nicht pauschal als unzulässig angesehen. Die Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Drohungen steht – im Gegensatz zur Situation bei den arglistigen Täuschungen – im Zentrum der Diskussion, weshalb eine stärkere Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen i. R. d. § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durchaus systemstimmig erscheint. Insofern wird z. B. die Zulässigkeit von Drohungen zur Abwendung eines noch größeren Übels erörtert.¹⁸⁵
99. § 263 StGB steht einer stärkeren Unterscheidung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB aus systematischer Sicht nicht entgegen, sondern kann vielmehr Anregungen für eine entsprechende Differenzierung liefern. Gleichzeitig zeigt § 263 StGB jedoch, dass innere Tatsachen prinzipiell auch im Rahmen des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein sollten.¹⁸⁶
100. Die Negierung der Eigenverantwortung des Erklärenden im Irrtumsrecht könnte als Argument dafür angeführt werden, dass die getäuschte Seite bei

¹⁸² Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.VII. und G.VIII.

¹⁸³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.VII. und G.VIII.

¹⁸⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, G.VII.4.

¹⁸⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.II.1.

¹⁸⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VII.

arglistigen Täuschungen erst recht keine Eigenverantwortung tragen muss. Das könnte gegen eine stärkere Differenzierung zwischen „listigen“ (nicht rechtswidrigen) und arglistigen Täuschungen sprechen. Allerdings wird die Negierung der Eigenverantwortung in der Literatur durchaus nachdrücklich kritisiert.¹⁸⁷

101. Die Regelung der *culpa in contrahendo* (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) lässt aus systematischer Sicht die Frage aufkommen, ob bei arglistigen Täuschungen stärker zwischen unterschiedlichen Rechtsfolgen differenziert werden sollte.¹⁸⁸
102. Aus der Betrachtung der rechtlichen Umfeldwertungen lassen sich vereinzelt Rückschlüsse auf die Zulässigkeit einzelner Täuschungen ziehen. So zeigen beispielsweise das Irrtumsrecht, das Mängelgewährleistungsrecht, die *culpa in contrahendo* und § 263 StGB, dass Lügen über die Leistung zur Anfechtung berechtigen müssen.¹⁸⁹ Für Lügen über den Vertragspartner weisen die Umfeldwertungen in dieselbe Richtung.
103. Aus den Anforderungen des Irrtumsrechts an die Verkehrswesentlichkeit lässt sich zudem wohl schließen, dass § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB Bluffs über die Gesamtverfügbarkeit eines Produkts am Markt erfassen muss.¹⁹⁰
104. § 263 StGB spricht dafür, dass auch Täuschungen über die Rechtslage in den Anwendungsbereich von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB fallen müssten.¹⁹¹
105. Umgekehrt weisen die Vorschriften des Irrtums- und des Mängelgewährleistungsrechts sowie § 263 StGB darauf hin, dass Täuschungen außerhalb des Vertragsgegenstands (d. h. außerhalb von Preis und Leistung) sowie des Vertragspartners nicht unbedingt von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein müssten.¹⁹² Die Regeln sprechen allerdings nicht direkt für eine Differenzierung zwischen den sog. „listigen“ und arglistigen Täuschungen, stehen einer solchen aber zumindest nicht im Weg. Konkrete Hinweise für die einzelnen Täuschungsgegenstände lassen sich hingegen kaum erzielen.¹⁹³
106. Nach hier vertretener Ansicht schlagen die Wertungen des UWG im B2B-Bereich nicht auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB durch. Daran ändert auch § 9 Abs. 2 UWG n. F. (mit Geltung ab Mai 2022) nichts. Im Gegenteil: Die Vorschrift verdeutlicht vielmehr, dass die Wertungen des UWG zuvor keine Auswirkungen auf das BGB entfalten konnten. Für B2B-Verhältnisse – und damit für die in diesem Werk betrachteten Konstellationen – gilt dies aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs des § 9 Abs. 2 UWG weiterhin.¹⁹⁴

¹⁸⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.I.2.

¹⁸⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.IV.

¹⁸⁹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VIII.

¹⁹⁰ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VIII.

¹⁹¹ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VIII.

¹⁹² Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VIII.

¹⁹³ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VIII.

¹⁹⁴ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VI.

107. Auch das Lauterkeitsrecht muss eine Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen ziehen. Insofern ergeben sich Unterschiede zu § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB. So sind i. R. v. § 5 UWG beispielsweise die Täuschungseignung und die Marktentscheidungsrelevanz von Bedeutung. Mit Blick auf die Abgrenzung ist zudem interessant, dass das Lauterkeitsrecht sich im Gegensatz zur Arglistanfechtung viel konkreter mit einzelnen Irreführungen beschäftigt. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass eine Unterscheidung nach Täuschungsgegenständen durchaus auch aus regelungstechnischer Sicht im BGB sinnvoll sein kann.¹⁹⁵
108. Die wertungsmäßige Betrachtung spricht in ihrer Gesamtheit im Ergebnis eindeutig für eine Differenzierung zwischen zulässigen und unzulässigen Täuschungen im unternehmerischen Bereich in Bezug auf § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB.¹⁹⁶
109. Täuschungen über die Leistung, den Preis i. e. S., die rechtliche Situation, die Gesamtverfügbarkeit am Markt, die Vertragsdurchführung und Vertragserfüllung, Zwischenergebnisse sowie Vereinbarungen, gesellschaftliche Rahmenbedingungen, die Marktlage und die Identität und Charakteristiken des Vertragspartners bzw. ihn betreffender Umstände sollten nach hier vertretener Ansicht von § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB erfasst sein. Der getäuschten Seite sollte bei entsprechenden Bluffs daher ein Anfechtungsrecht zustehen.¹⁹⁷
110. Lügen über Emotionen, den Preis i. w. S., Interessen und Präferenzen, die Verfügbarkeit bei einem Händler, zeitliche Aspekte des Verhandlungsprozesses, unternehmensinterne Vorgaben und Anweisungen, Alternativen und Alternativangebote, den *reservation price* und den Verhandlungsprozess sollten hingegen als „listige“ (d. h. rechtmäßige) Täuschungen gewertet werden. Im B2B-Bereich würden solche Bluffs die getäuschte Seite dann nicht zur Anfechtung berechtigen.¹⁹⁸
111. Diese Arbeit befasst sich intensiv mit der Frage, ob die Absteckung des wertungsmäßig befürworteten „Täuschungsspielraums“ bereits *de lege lata* möglich ist.¹⁹⁹ Eine Differenzierung zwischen „listigen“ und arglistigen Täuschungen kann jedenfalls nicht damit gerechtfertigt werden, dass die hier diskutierten praxisrelevanten Bluffs aus dem verrechtlichten Bereich herausfallen.²⁰⁰
112. Eine Abgrenzung von sanktionierten und sanktionslosen Täuschungen über eine entsprechende Instrumentalisierung der Darlegungs- und Beweislast wird hier ebenfalls abgelehnt. Denn dies würde zu Rechtsunsicherheit füh-

¹⁹⁵ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VI.

¹⁹⁶ Siehe dazu näher unter 4. Teil, H.VII.

¹⁹⁷ Siehe dazu näher unter 4. Teil, I.XVII.

¹⁹⁸ Siehe dazu näher unter 4. Teil, I.XVII.

¹⁹⁹ Siehe dazu den gesamten 5. Teil, A.

²⁰⁰ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.II.

- ren. Die Lösung wäre zudem nicht passgenau. Die dann erzielten Ergebnisse entsprächen nicht den hier erarbeiteten Wertungen und würden darüber hinaus zu Widersprüchen in Bezug auf die materielle Rechtslage führen.²⁰¹
113. Eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB für einzelne Täuschungstaktiken scheidet vor allem aufgrund mangelnder positiver Nachweise aus.²⁰²
114. Die Erforderlichkeit einer allgemeinen Rechtswidrigkeitsprüfung kann ebenfalls nicht gewohnheitsrechtlich begründet werden.²⁰³
115. Die bereits in der Literatur und der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen (z. B. bei Bluffs über eine bestehende Schwangerschaft) können aber wohl gewohnheitsrechtlich begründet werden. Die gewohnheitsrechtliche Regel ist insofern allerdings eng gefasst und trägt nicht dazu bei, in unternehmerischen Verhandlungen zwischen sanktionslosen und sanktionierten Täuschungen zu unterscheiden. Dennoch ist die Feststellung dieser engen gewohnheitsrechtlichen Regelung von Bedeutung, da darauf aufbauend eine Rechtsfortbildung geprüft werden kann.²⁰⁴
116. Generell kann ein Rechtsfortbildungsbedürfnis festgestellt werden. Denn die Rechtslage wirkt sich auf die Vertragsverhandlung aus, sie ist derzeit mit Rechtsunsicherheit behaftet und für die Verhandlungsparteien besteht nicht einmal theoretisch die Möglichkeit, „listige“ Täuschungen vertraglich zu regeln – auch wenn diese Option praktisch wohl nicht genutzt würde.²⁰⁵
117. Eine Gesetzesanalogie zur engen gewohnheitsrechtlichen Regel scheidet im Ergebnis aus, da aufgrund der festgestellten Unterschiede zwischen dem geregelten und dem unregulierten Fall sowie vor allem auch aufgrund der Intensität der Unterschiede eine hinreichende rechtliche Ähnlichkeit im Sinne der Gesetzesanalogie nicht festgestellt werden kann.²⁰⁶
118. Eine Rechtsanalogie muss im Ergebnis ebenfalls abgelehnt werden. Denn die gewohnheitsrechtliche Regel kann nicht auf weitere vorsätzliche Irreführungen, z. B. über den Entscheidungswert, Deadlines, unternehmensinterne Vorgaben etc. übertragen werden.²⁰⁷
119. Die Rechtswidrigkeit stellt auch nicht generell ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB dar. Denn dies würde den Gesetzgeber in all den Fällen konterkarieren, die er 1896 im Blick hatte und für die er bewusst auf eine Rechtswidrigkeitsprüfung verzichtet hat.²⁰⁸

²⁰¹ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.1.

²⁰² Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.2. (und speziell Punkt d) zum Ergebnis der Untersuchung).

²⁰³ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.3.

²⁰⁴ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.III.4.

²⁰⁵ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.1.

²⁰⁶ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.2.

²⁰⁷ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.3.

²⁰⁸ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.b).

120. Eine engere teleologische Reduktion erscheint jedoch möglich. Dadurch bleibt es dabei, dass die vom Gesetzgeber bedachten Konstellationen *ipso facto* als rechtswidrig anzusehen sind. Die Rechtswidrigkeit muss daher bezüglich dieser Täuschungen nicht geprüft werden. Das gilt für Lügen über die Leistung, den Preis i. e. S.²⁰⁹, die Rechtslage und den Vertragspartner. Bezüglich aller nicht vom Gesetzgeber bedachter Aspekte wird hier allerdings vertreten, dass die Rechtswidrigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu prüfen ist.²¹⁰
121. Die Rechtswidrigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der Konkretisierung bedarf. Insofern kann die in dieser Arbeit vorgenommene wertungsmäßige Betrachtung bei der Abwägung herangezogen werden.²¹¹
122. Hilfsweise käme als Alternative zur engen teleologischen Reduktion eine Rechtsfortbildung *extra legem* in Betracht, die dem Grunde nach zum selben Ergebnis führen würde.²¹²
123. Im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wird in dieser Arbeit zudem eine Lösung *de lege ferenda* angedacht, um das wertungsmäßig wünschenswerte Ergebnis zu erzielen. Der Vorschlag *de lege ferenda* eröffnet die Möglichkeit, eine noch besser strukturierte Lösung zu erarbeiten und auch B2C- und C2C-Verhältnisse in den Blick zu nehmen.²¹³
124. In dieser Arbeit wird folgende Neufassung des § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB vorgeschlagen:²¹⁴

§ 123 n. F. Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung

(1) ¹Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. ²Die Widerrechtlichkeit wird für Täuschungen über den Vertragsinhalt, die Vertragsparteien, die rechtliche Situation, die Gesamtverfügbarkeit der vertraglichen Leistung, die Vertragsdurchführung und -erfüllung, getroffene Vereinbarungen, die Marktlage und gesellschaftliche Rahmenbedingungen unwiderleglich vermutet. ³Für andere Täuschungen wird die Widerrechtlichkeit widerleglich vermutet. ⁴Im unternehmerischen Geschäftsverkehr gilt diese Vermutung nicht. ⁵Die Widerrechtlichkeit erfordert eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, insbesondere anhand der rechtlichen Umfeldwertungen, des empirisch ermittelten Rechtsgefühls und der ökonomischen Auswirkungen der Täu-

²⁰⁹ Zu den Lügen über den Preis i. e. S. gehören in dieser Arbeit Lügen über Preisbestandteile, während unrichtige Aussagen über einen „Sonderpreis“ oder einen „Freundschaftspreis“ hier als Lügen über den Preis i. w. S. gelten.

²¹⁰ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.c)aa).

²¹¹ Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.4.c)bb).

²¹² Siehe dazu näher unter 5. Teil, A.IV.5.

²¹³ Siehe dazu näher unter 5. Teil, B.III.1.

²¹⁴ Siehe dazu näher unter 5. Teil, B.III.1. und zur Erläuterung des Vorschlags unter 5. Teil, B.III.2.

schungen.⁶Die Anfechtbarkeit ist ausgeschlossen, wenn die Täuschung der Abwehr einer Diskriminierungsgefahr bzw. dem Schutz gesetzlich geschützter persönlicher Informationen dient.

(2) [...]

(3) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

Quellenverzeichnis

I. Literaturverzeichnis

- Aaken, Anne van*: „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft – zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden, 2001 (zit.: *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft).
- Abe, Nobuhito*: The neurobiology of deception: evidence from neuroimaging and loss-of-function studies, *Current Opinion in Neurology* 22 (2009), S. 594–600.
- ders.*: How the Brain Shapes Deception: An Integrated Review of the Literature, *The Neuroscientist* 17 (2011), S. 560–574.
- Abe, Nobuhito/Suzuki, Maki/Mori, Etsuro/Itoh, Masatoshi/Fujii, Toshikatsu*: Deceiving Others: Distinct Neural Responses of the Prefrontal Cortex and Amygdala in Simple Fabrication and Deception with Social Interactions, *Journal of Cognitive Neuroscience* 19 (2007), S. 287–295 (zit.: *Abe et al.*, *Journal of Cognitive Neuroscience* 19 (2007)).
- Abeler, Johannes/Becker, Anke/Falk, Armin*: Representative evidence on lying costs, *Journal of Public Economics* 113 (2014), S. 96–104 (zit.: *Abeler/A. Becker/Falk*, *Journal of Public Economics* 113 (2014)).
- Aden, Menno*: Law Made in Germany, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2012, S. 50–53 (zit.: *Aden*, ZRP 2012).
- Adler, Robert S.*: Negotiating With Liars, *MIT Sloan Management Review* 48 (2007), S. 69–74.
- Akerlof, George A.*: The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), S. 488–500.
- de las Alas-Pumariño Miranda, Enrique*: El Arte de Negociar – El negociador a tiempo completo, 2014 abrufbar unter: <https://aiim.es/wp-content/uploads/2016/06/EL-ARTE-DE-NEGOCIAR.pdf> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Alavoine, Claude/Batazzi, Claudine*: Attribution theory and unethical practices in negotiation: How to explain what is unbearable?, *International Journal of Business and Management Studies* 5 (2013), S. 33–51.
- Alexander, Christian*: Vertrag und unlauterer Wettbewerb – Eine Untersuchung der wechselseitigen Beziehungen von Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht zueinander, Berlin, 2002 (zit.: *C. Alexander*, Vertrag und unlauterer Wettbewerb).
- ders.*: Verhältnis des UWG nF zu spezialgesetzlichen Regelungen und individueller Schadensersatz für Verbraucher, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, S. 1445–1452 (zit.: *C. Alexander*, GRUR 2021).
- Alexander, Larry/Sherwin, Emily*: Deception in Morality and Law, *Law and Philosophy* 22 (2003), S. 393–450 (zit.: *L. Alexander/Sherwin*, *Law and Philosophy* 22 (2003)).
- Allhoff, Fritz*: Business Bluffing Reconsidered, *Journal of Business Ethics* 45 (2003), S. 283–289.
- Allred, Keith G./Mallozzi, John S./Matsui, Fusako/Raia, Christopher P.*: The Influence of Anger and Compassion on Negotiation Performance, *Organizational Behavior and Hu-*

- man Decision Processes 70 (1997), S. 175–187 (zit.: *Allred et al.*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 70 (1997)).
- Alpa, Guido/Mariconda, Vincenzo*: Codice dei contratti – Commentato, Mailand, 2. Aufl. 2020 (zit.: *Alpa/Mariconda*, Codice dei contratti).
- Alparslan, Adem*: Strukturalistische Prinzipal-Agent-Theorie, Wiesbaden, 2006.
- Al-Shamari, Nadia*: Die Verkehrssitte im § 242 BGB – Konzeption und Anwendung seit 1900, Tübingen, 2006 (zit.: *Al-Shamari*, Die Verkehrssitte im § 242 BGB).
- Althammer, Christoph/Löhnig, Martin*: Sachmangelbedingte Rückzahlungsklagen und ius variandi des Käufers – Zur Verzahnung von materiellem Recht und prozessualer Taktik, Archiv für die civilistische Praxis 205 (2005), S. 520–546 (zit.: *Althammer/Löhnig*, AcP 205 (2005)).
- Altman, Jonathan P.*: Rule 10b-5 and reasonable reliance: Why courts should abandon focus on non-reliance clauses, University of Pittsburgh Law Review 68 (2007), S. 747–761.
- Anderlini, Luca/Felli, Leonardo*: Transaction Costs and the Robustness of the Coase Theorem, The Economic Journal 116 (2006), S. 223–245.
- Anderson, Norman H.*: Likableness Ratings of 555 Personality-Trait Words, Journal of Personality and Social Psychology 9 (1968), S. 272–279.
- Anton, Ronald J.*: Drawing the Line: An Exploratory Test of Ethical Behavior in Negotiations, The International Journal of Conflict Management 1 (1990), S. 265–280.
- Antonenko, Elizaveta/Baev, Igor A.*: Transaction costs of innovative enterprise, SHS Web of Conferences 35 (2017), S. 1–5.
- Antoniolli, Luisa/Veneziano, Anna*: Principles of European Contract Law and Italian Law, Den Haag, 2005.
- Aquin, Thomas von*: Summe der Theologie, hrsg. von Bernhart, Joseph, Bd. 3: Der Mensch und das Heil, Stuttgart, 3. Aufl. 1985 – Originaltitel: SUMMA THEOLOGICÆ, Entstehungszeit: 1265 bis 1272 (zit.: *v. Aquin*, Summe der Theologie, hrsg. v. Bernhart, Bd. 3).
- Aquino, Karl*: The Effects of Ethical Climate and the Availability of Alternatives on the Use of Deception During Negotiation, The International Journal of Conflict Management 9 (1998), S. 195–217.
- Aquino, Karl/Becker, Thomas E.*: Lying in Negotiations: How Individual and Situational Factors Influence the Use of Neutralization Strategies, Journal of Organizational Behavior 26 (2005), S. 661–679 (zit.: *Aquino/T. Becker*, Journal of Organizational Behavior 26 (2005)).
- Aristoteles*: Nikomachische Ethik, 4. Buch, übersetzt v. Stahr, Adolf, 1863 – Originaltitel: ἠθικὰ Νικομάχεια, (genaue Entstehungszeit unbekannt).
- ders.*: Politik – Buch I: Über die Hausverwaltung und die Herrschaft des Herrn über Sklaven, – Originaltitel: Πολιτικά, Entstehungszeit geschätzt auf: 350 v. Chr., zitiert nach *Otfried Höffe*, Aristoteles: Die Hauptwerke – Ein Lesebuch, Berlin, 2009 (zit.: *Aristoteles*, Politik I (zitiert nach *Höffe*, Aristoteles, 2009)).
- Arrow, Kenneth J.*: An Extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics in: Neyman, Jerzy (Hrsg.), Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability, Berkeley u. a., 1951, S. 507–532 (zit.: *Arrow* in: Neyman (Hrsg.), Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability).
- ders.*: Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, The American Economic Review 53 (1963), S. 941–973.

- ders.*: The Economics of Agency in: Pratt, John W./Zeckhauser, Richard (Hrsg.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, Boston, 1985, S. 37–51 (zit.: *Arrow* in: Pratt/Zeckhauser (Hrsg.), *Principals and Agents*).
- Ascheid/Preis/Schmidt: Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), München, 6. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht).
- Asmussen, Sven*: Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrages, *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 118–123 (zit.: *Asmussen*, NJW 2017).
- Attas, Daniel*: What’s Wrong with „Deceptive“ Advertising, *Journal of Business Ethics* 21 (1999), S. 49–59.
- Auer, Marietta*: Methodenkritik und Interessenjurisprudenz – Philipp Heck zum 150. Geburtstag, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, S. 517–533 (zit.: *Auer*, ZEuP 2008).
- Augenhofer, Susanne*: Rechtsvergleichung in: Krüper, Julian (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021, S. 222–248 (zit.: *Augenhofer* in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*).
- Augustinus*: Die Lüge und gegen die Lüge, übersetzt von Keseling, Paul, 1953, Würzburg, 3. Aufl. 2007 – Originaltitel: De mendacio – Contra mendacium, Entstehungszeit: 394–395 (Die Lüge); 419 (Gegen die Lüge) (zit.: *Augustinus*, Die Lüge und gegen die Lüge).
- Aune, R. Kelly/Metts, Sandra/Ebesu Hubbard, Amy S.*: Managing the Outcomes of Discovered Deception, *The Journal of Social Psychology* 138 (1998), S. 677–689.
- Axelrod, Robert*: *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984.
- Babusiaux, Ulrike/Baldus, Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel, Franz-Stefan/Platschek, Johannes/Rüfner, Thomas (Hrsg.): *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Bd. 2: §§ 59–112, Tübingen, 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Babusiaux et al. (Hrsg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Bd. 2).
- Bachmann, Gregor/Ponßen, Tobias*: Anmerkung: Verletzung des Gebots fairen Verhandeln bei Aufhebungsvertrag – BAG v. 7.2.2019, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, S. 1966–1970 (zit.: *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019).
- Bachof, Otto*: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, *JuristenZeitung* 1955, S. 97–102 (zit.: *Bachof*, JZ 1955).
- Backhaus, Ralph*: Ethik und Recht in Cicero, de officiis 3.12.50 ff. in: Kern, Bernd-Rüdiger/Schroeder, Klaus-Peter (Hrsg.), *Humaniora – Medizin, Recht, Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin/Heidelberg, 2006, S. 3–24 (zit.: *Backhaus* in: FS Laufs).
- Banas, Joseph T./Parks, Judi M.*: Lambs Among Lions? The Impact of Ethical Ideology on Negotiation Behaviors and Outcomes, *International Negotiation* 7 (2002), S. 235–260.
- Barczak, Tristan*: Rechtsgrundsätze – Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung, *Juristische Schulung* 2021, S. 1–7 (zit.: *Barczak*, JuS 2021).
- Barnett, Randy E.*: Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 15 (1992), S. 783–803.
- Barry, Bruce/Rebel, Erin M.*: Lies, Damn Lies, and Negotiation: An Interdisciplinary Analysis of the Nature and Consequences of Deception at the Bargaining Table in: Ayoko, Oluremi B./Ashkanasy, Neal M./Jehn, Karen A. (Hrsg.), *Handbook of Conflict Manage-*

- ment Research, Cheltenham, 2014, S. 343–360 (zit.: *Barry/Rebel* in: Ayoko/Ashkanasy/Jehn (Hrsg.), Handbook of Conflict Management Research).
- Barta, Heinz*: Zum Entstehen von Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl in: Lang, Martin/Barta, Heinz/Rollinger, Robert (Hrsg.), Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike, Wiesbaden, 2010, S. 1–26 (zit.: *Barta* in: Lang/Barta/Rollinger (Hrsg.), Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient und in der griechisch-römischen Antike).
- Basedow, Jürgen*: Preiskalkulation und culpa in contrahendo, Neue Juristische Wochenschrift 1982, S. 1030–1031 (zit.: *Basedow*, NJW 1982).
- ders.*: Handelsbräuche und AGB-Gesetz: Spontane Regelbildung im Zeitalter kodifizierter Usancen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 150 (1986), S. 469–491 (zit.: *Basedow*, ZHR 150 (1986)).
- ders.*: The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making, The American Journal of Comparative Law 28 (2008), S. 703–721.
- Bass, Ken/Barnett, Tim/Brown, Gene*: The Moral Philosophy of Sales Managers and its Influence on Ethical Decision Making, The Journal of Personal Selling and Sales Management 18 (1998), S. 1–17.
- Bauer, Jobst-Hubertus*: BAG, Urteil vom 07.02.2019 – 6 AZR 75/18: Kein Widerruf von außerhalb der Geschäftsräume abgeschlossenen Aufhebungsverträgen, Arbeitsrecht Aktuell 2019, S. 93 (zit.: *Bauer*, ArbRAktuell 2019).
- Bauer, Jobst-Hubertus/Romero, Sibylle*: Kein Widerrufsrecht bei Aufhebungsverträgen – Verletzung des Gebots fairen Verhandeln, Zeitschrift für Arbeitsrecht 2019, S. 608–618 (zit.: *Bauer/Romero*, ZfA 2019).
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.): Handbuch der Beweislast, Bd. 2: §§ 1–811 BGB, Köln, 5. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Bd. 2).
- Baumgartner, Thomas/Gianotti, Lorena R./Knoch, Daria*: Who is honest and why: Baseline activation in anterior insula predicts inter-individual differences in deceptive behavior, Biological Psychology 94 (2013), S. 192–197.
- Bayer, Ralph C./Ke, Changxia*: Discounts and Consumer Search Behavior: The Role of Framing, Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, No. 11 2011, S. 1–24, abrufbar unter: <https://www.tax.mpg.de/RePEc/mpi/wpaper/Tax-MPG-RPS-2011-11.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.12.2023) (zit.: *R. Bayer/Ke*, Discounts and Consumer Search Behavior, Working Paper of the MPI for Tax Law and Public Finance).
- Bazerman, Max H.*: Negotiator Judgment, American Behavioral Scientist 27 (1983), S. 211–228.
- Bearden, Neil J.*: Ultimatum Bargaining Experiments: The State of The Art, 2001, S. 1–56, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=626183 (zuletzt abgerufen am 19.12.2023) (zit.: *Bearden*, Ultimatum Bargaining Experiments).
- Beatty, Anne/Liao, Wei-Yi (Scott)/Yu, Jeff J.*: The spillover effect of fraudulent financial reporting on peer firms' investments, Journal of Accounting and Economics 55 (2013), S. 183–205.
- Beckmann, Roland M./Matusche-Beckmann, Annemarie* (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, München, 3. Aufl. 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch).

- Beck-online Großkommentar zum Zivilrecht: Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), München, Stand: 01.09.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOKG BGB).
- Beck'scher Online-Kommentar: Grundgesetz, Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), München, 56. Edition, Stand: 15.08.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK GG).
- , BGB, Hau, Wolfgang/Posek, Roman (Hrsg.), München, 68. Edition, Stand: 01.11.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK BGB).
- , HGB, Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), München, 40. Edition, Stand: 01.07.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK HGB).
- , StGB, Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), München, 58. Edition, Stand: 01.08.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK StGB).
- , UWG, Fritzsche, Jörg/Münker, Reiner/Stollwerck, Christoph (Hrsg.), 22. Edition, Stand: 01.10.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK UWG).
- , ZPO, Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), München, 50. Edition, Stand: 01.09.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK ZPO).
- Béguelin, Edouard*: Contrat – IV. Vices du consentement: Dol, Fiches Juridiques Suisses N. 277, 1998.
- Behnke, Joachim*: Entscheidungs- und Spieltheorie, Berlin, 2. Aufl. 2020.
- Belot, Michèle/Schröder, Marina*: Sloppy Work, Lies and Theft: A Novel Experimental Design to Study Counterproductive Behaviour, *Journal of Economic Behavior & Organization* 93 (2013), S. 233–238.
- Bénabent, Alain*: Droit des obligations, Paris, 20. Aufl. 2023.
- Benaroch, Michel/Lichtenstein, Yossi/Fink, Lior*: Contract Design Choices and the Balance of Ex-Ante and Ex-Post Transaction Costs in Software Development Outsourcing, *Management Information Systems Quarterly* 40 (2016), S. 1–46.
- Benjamin, Robert*: Terry Waite: A Study in Authenticity in: Folberg, Jay/Golann, Dwight (Hrsg.), *Lawyer Negotiation – Theory, Practice, and Law*, New York, 2. Aufl. 2011, S. 87–89 (zit.: *Benjamin* in: Folberg/Golann (Hrsg.), *Lawyer Negotiation*).
- Bentham, Jeremy*: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation in: *The Works of Jeremy Bentham, Now First Collected: Under the Superintendence of His Executor*, Bd. 1, hrsg. von Bowring, John, Edinburgh, 1962 – Originalerscheinungsjahr 1789, S. 1–105 (zit.: *Bentham* in: Bowring (Hrsg.), *The Works of Jeremy Bentham*, Bd. 1).
- Berchtold, Josef (Hrsg.): *Sozialgerichtsgesetz – Handkommentar*, Baden-Baden, 6. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Berchtold (Hrsg.), *SGG*).
- Berger, Klaus P./Bernhardt, Madeleine/Bernhardt, Andreas*: Umgang mit Emotionen in Verhandlungen (Teil 1), *Zeitschrift für Konflikt Management* 2011, S. 40–44 (zit.: *K. Berger/M. Bernhardt/A. Bernhardt*, ZKM 2011).
- Berndt, Thorsten*: Richterbilder – Dimensionen richterlicher Selbsttypisierung, Wiesbaden, 2010 (zit.: *Berndt*, *Richterbilder*).
- Bert, Daniel*: *Cours de droit des obligations – Tout le programme en 49 fiches et en schémas*, Paris, 5. Aufl. 2022 (zit.: *Bert*, *Cours de droit des obligations*).
- Betsch, Tillmann/Glückner, Andreas*: Intuition in Judgement and Decision Making: Extensive Thinking Without Effort, *Psychological Inquiry* 21 (2010), S. 279–294.
- Betti, Emilio*: *Teoria generale del negozio giuridico*, Neapel, 2. Aufl. 1994.
- Beyer, Günther*: *Der Lüge auf der Spur – knacken Sie die Täuschungsmanöver in Verhandlungen*, Weinheim, 2007 (zit.: *Beyer*, *Der Lüge auf der Spur*).
- Bhide, Amar/Stevenson, Howard H.*: Why Be Honest If Honesty Doesn't Pay?, *Harvard Business Review* 126 (1990), S. 121–129.

- Biallowons, Simon/Schwartz, Thomas*: Ehrlichkeit: Die zeitgemäße Tugend – Mit einem Vorwort von Harald Lesch, München, 2014 (zit.: *Biallowons/Schwartz*, Ehrlichkeit).
- Bianca, Cesare M.*: Diritto civile – Il contratto, Bd. 3: Il contratto, Mailand, 3. Aufl. 2019 (zit.: *Bianca*, Diritto civile, Bd. 3).
- Bianca, Cesare M./Bianca, Mirzia*: Istituzioni di diritto privato, Mailand, 3. Aufl. 2022 (zit.: *C. Bianca/M. Bianca*, Istituzioni di diritto privato).
- Bies, Robert J.*: Interactional justice: Looking Backward, Looking Forward in: Cropanzano, Russell (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*, Oxford, 2015, S. 89–107 (zit.: *Bies* in: Cropanzano (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*).
- Biblers, Michael*: Rechtsgefühl, System und Wertung, München, 1979 (zit.: *Biblers*, Rechtsgefühl).
- Binding, Karl*: Die Schuld im deutschen Strafrecht – Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit: kurzes Lehrbuch, Leipzig, 1919 (zit.: *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht).
- Binmore, Ken*: The Ultimatum Game in: Binmore, Ken (Hrsg.), *Does Game Theory Work? The Bargaining Challenge*, Cambridge (MA.)/London, 2007, S. 103–113 (zit.: *Binmore* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*).
- Binmore, Ken/Shaked, Avner/Sutton, John*: Testing Noncooperative Bargaining Theory: A Preliminary Study in: Binmore, Ken (Hrsg.), *Does Game Theory Work? The Bargaining Challenge*, Cambridge (MA.)/London, 2007, S. 113–118 (zit.: *Binmore/Shaked/Sutton* in: Binmore (Hrsg.), *Does Game Theory Work?*).
- Blair, Allen*: A Matter of Trust: Should No-Reliance Clauses Bar Claims for Fraudulent Inducement of Contract, *Marquette Law Review* 92 (2009), S. 423–480.
- Blankenburg, Erhard*: Empirisch meßbare Dimensionen von Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein und Vertrauen in Recht in: Hof, Hagen/Kummer, Hans/Weingart, Peter/Maasen, Sabine (Hrsg.), *Recht und Verhalten, Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen*, Baden-Baden, 1994, S. 83–110 (zit.: *Blankenburg* in: Hof et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*).
- Boasson, Johan J.*: Het rechtsbewustzijn: een onderzoek naar het leven der rechtsidee in het individueel bewustzijn, 's-Gravenhage, 1919 (zit.: *Boasson*, Het rechtsbewustzijn).
- Boatright, John R.*: Morality in Practice: Dees, Crampton, and Brer Rabbit on a Problem of Applied Ethics, *Business Ethics Quarterly* 2 (1992), S. 63–73.
- Bockelmann, Paul*: Kriminelle Gefährdung und strafrechtlicher Schutz des Kreditgewerbes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 79 (1967), S. 28–58 (zit.: *Bockelmann*, *ZStW* 79 (1967)).
- Boehmer, Gustav*: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 2/1: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen, 1951 (zit.: *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 2/1).
- Boemke, Burkhard*: Schuldrecht: Widerruf eines Aufhebungsvertrags, *Juristische Schulung* 2019, S. 1204–1206 (zit.: *Boemke*, *JuS* 2019).
- Bohn, Henning*: Monitoring multiple agents: The role of hierarchies, *Journal of Economic Behavior & Organization* 8 (1987), S. 279–305.
- Bok, Sissela*: *Lying: Moral Choice in Public and Private Life*, New York, 1999 (zit.: *Bok*, *Lying*).
- Boles, Terry L./Croson, Rachel T./Murnighan, J. Keith*: Deception and Retribution in Repeated Ultimatum Bargaining, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 83 (2000), S. 235–259.

- Bond Jr., Charles F./DePaulo, Bella M.*: Accuracy of Deception Judgments, Personality and Social Psychology Review 10 (2006), S. 214–234.
- Bonilini, Giovanni/Confortini, Massimo/Granelli, Carlo*: I codici ipertestuali, Codice civile commentato, Bd. 1: Artt. 1–1677, Turin, 4. Aufl. 2012 (zit.: *Bonilini/Confortini/Granelli*, I codici ipertestuali, Bd. 1).
- Borden, Michael J.*: Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs, Missouri Law Review 73 (2008), S. 667–705.
- Bork, Reinhard*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen, 4. Aufl. 2016 (zit.: *Bork*, BGB AT).
- Bornemann, Wilhelm*: Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, Bd. 1: enthaltend die geschichtliche Einleitung, die Fundamentallehren des preußischen Rechts und die Lehre vom Besitz, Frankfurt a.M., 2. Aufl. 1842 (zit.: *Bornemann*, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1).
- Bowie, Norman E./Freeman, Edward R.*: Ethics and Agency: An Introduction in: Bowie, Norman E./Freeman, Edward R. (Hrsg.), Ethics and Agency Theory – An Introduction, New York, 1992, S. 3–24 (zit.: *Bowie/Freeman* in: Bowie/Freeman (Hrsg.), Ethics and Agency Theory).
- Brandenburg, Hans-Friedrich*: Die teleologische Reduktion, Göttingen, 1983.
- Büchler, Kai*: Die Anfechtungsgründe des § 123 BGB, Juristische Schulung 2009, S. 976–980 (zit.: *Büchler*, JuS 2009).
- Buffelan-Lanore, Yvaine/Larribau-Terneyre, Virginie*: Droit civil – Les obligations, Paris, 18. Aufl. 2022 (zit.: *Buffelan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Les obligations).
- Büren, Bruno von*: Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil: Art. 184–551, Zürich, 1972 (zit.: *v. Büren*, Schweizerisches Obligationenrecht).
- Busch, Christoph*: Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, Tübingen, 2008.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen, 1999.
- Büscher, Wolfgang*: Neue Unlauterkeitstatbestände und Sanktionen im Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (Teil 2), Wettbewerb in Recht und Praxis 2022, S. 132–137 (zit.: *Büscher*, WRP 2022).
- Buschmann, Arno*: Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 – Vorläufer und Muster des BGB, Juristische Schulung 1980, S. 553–559 (zit.: *Buschmann*, JuS 1980).
- Bydlinski, Franz*: Über listiges Schweigen beim Vertragsschluß, Juristische Blätter 102 (1980), S. 393–397 (zit.: *F. Bydlinski*, JBl 102 (1980)).
- ders.*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien, 2. Aufl. 1991 (zit.: *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff).
- ders.*: Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung in: Koller, Ingo/Hager, Johannes/Junker, Michael/Singer, Reinhard/Neuner, Jörg (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, Symposium zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München, 1998, S. 27–88 (zit.: *F. Bydlinski* in: Koller et al. (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken).
- ders.*: Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens in: Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen, 2001, S. 113–142 (zit.: *F. Bydlinski* in: FS Stoll).
- Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter*: Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien, 3. Aufl. 2018 (zit.: *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre).

- Bydlinski, Peter*: Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil, Bd. 1, Wien/Bensberg, 9. Aufl. 2021 (zit.: *P. Bydlinski, Bürgerliches Recht – AT, Bd. 1*).
- Bydlinski, Peter/Ibler, Alexandra*: Die Wirkungen der Anfechtung von Dauerschuldverhältnissen wegen eines Willensmangels, *Juristische Blätter* 138 (2016), S. 2–20 (zit.: *P. Bydlinski/Ibler, JBl* 138 (2016)).
- Byrne, Richard/Whiten, Andrew*: Cognitive Evolution in Primates: Evidence from Tactical Deception, *Man (New Series)* 27 (1992), S. 609–625.
- Calabresi, Guido*: The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis, New Haven, 1970 (zit.: *Calabresi, The Cost of Accidents*).
- Calabresi, Guido/Hirschhoff, Jon T.*: Toward a Test for Strict Liability in Torts, *The Yale Law Journal* 81 (1972), S. 1055–1085.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Goldbach, 1971 (zit.: *Canaris, Die Vertrauenshaftung*).
- ders.*: Die Lückenfeststellung im Gesetz, Berlin, 2. Aufl. 1983.
- ders.*: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre in: Bydlinski, Franz/Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski*, Wien, 2002, S. 47–103 (zit.: *Canaris in: FS F. Bydlinski*).
- Capitant, Henri/Terré, François/Lequette, Yves/Chénéde, François*: Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Bd. 2: Obligations Contrats spéciaux Sûretés, Paris, 13. Aufl. 2015 (zit.: *Capitant et al., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Bd. 2*).
- Carcattera, Antonio*: Dolus bonus/dolus malus – Esegisi di D. 4. 3. 1. 2–3, Neapel, 1970 (zit.: *Carcattera, Dolus bonus/dolus malus*).
- Carney, Dana*: Defend Your Research: Powerful People Are Better Liars (Interview), *Harvard Business Review* 88 (2010), S. 32–33.
- Carr, Albert Z.*: Is Business Bluffing Ethical?, *Harvard Business Review* 46 (1968), S. 143–153.
- Carresi, Franco*: Il contratto in: Cicu, Antonio/Messineo, Francesco/Mengoni, Luigi (Hrsg.), *Trattato di diritto civile e commerciale, Vol. 21, Bd. 1*, Mailand, 1987 (zit.: *Carresi in: Cicu/Messineo/Mengoni (Hrsg.), Trattato di diritto civile e commerciale, Vol. 21, Bd. 1*).
- Carson, Thomas L.*: Second Thoughts About Bluffing, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), S. 317–341.
- Carson, Thomas L./Wokutch, Richard E.*: The Moral Status of Bluffing and Deception in Business in: Robinson, Wade L./Prichard, Michael S./Ellin, Joseph (Hrsg.), *Profits and Professions – Essays in Business and Ethics*, Totowa, 1983, S. 141–155 (zit.: *Carson/Wokutch in: Robinson/Prichard/Ellin (Hrsg.), Profits and Professions*).
- Casimir, Étienne*: Le dolus bonus, une notion à réhabiliter, *Revue de contrats* 2017, S. 153–164.
- Cassani, Ursula*: Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, *Revue pénale suisse* 177 (1999), S. 152–174.
- Cavalcanti Pontes de Miranda, Francisco*: Rechtsgefühl und Begriff des Rechts, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 16 (1922), S. 157–196 (zit.: *de Miranda, ArchRWPhil* 16 (1922)).
- Chantepie, Gaël/Latina, Mathias*: Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Paris, 2. Aufl. 2018 (zit.: *Chantepie/Latina, Le nouveau droit des obligations*).
- Cheit, Ross E./Gersen, Jacob E.*: When Businesses Sue Each Other: An Empirical Study of State Court Litigation, *Law and Social Inquiry* 25 (2000), S. 789–816.

- Chen, Mei-Fang/Mau, Liang-Hung*: The impacts of ethical sales behaviour on customer loyalty in the life insurance industry, *The Service Industries Journal* 29 (2009), S. 59–74.
- Chen, Shih-Fen S./Monroe, Kent B./Lou, Yung-Chien*: The Effects of Framing Price Promotion Messages on Consumers' Perceptions and Purchase Intentions, *Journal of Retailing* 74 (1998), S. 353–372.
- Chisholm, Roderick/Feehan, Thomas D.*: The Intent to Deceive, *The Journal of Philosophy* 74 (1977), S. 143–159.
- Christoph, Stephan*: Die (un)mögliche Messung des allgemeinen Rechtsgefühls, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 103 (2020), S. 58–73 (zit.: *Christoph, MschrKrim* 103 (2020)).
- Cialdini, Robert/Reno, Raymond/Kallgren, Carl*: A focus theory of normative conduct: Recycling the concept of norms to reduce littering in public places, *Journal of Personality and Social Psychology*, 58 (1990), S. 1015–1026.
- Cialdini, Robert/Trost, Melanie R.*: Social Influence, Social Norms, Conformity and Compliance in: Fiske, Susan T./Gilbert, Daniel T./Lindzey, Gardner (Hrsg.), *The Handbook of Social Psychology*, Bd. 2, Boston, 4. Aufl. 1998, S. 151–192 (zit.: *Cialdini/Trost* in: Gilbert/Fiske/Lindzey (Hrsg.), *The Handbook of Social Psychology*, Bd. 2).
- Cicero, Marcus T.*: De officiis, Buch 3, 44 v. Chr.
- Citera, Maryalice/Beauregard, Russell/Mitsuya, Takashi*: An experimental study of credibility in E-negotiations, *Psychology & Marketing* 22 (2005), S. 163–179.
- Clark, Karen Frances*: Fraudulent Misrepresentation in the Inducement of an As-Is Contract – Conflict, Confusion, and Compromise in the Courts, *Memphis State University Law Review* 17 (1986), S. 94–126.
- Clement, Reiner/Schreiber, Dirk/Bossauer, Paul/Pakusch, Christina*: Internet-Ökonomie – Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft, Berlin/Heidelberg, 4. Aufl. 2019 (zit.: *Clement et al.*, *Internet-Ökonomie*).
- Lloyd Johnson, Margaret*: Contracts – Fraud – Misrepresentation of State of Mind – Parol Evidence, *The North Carolina Law Review* 32 (1938), S. 32–36.
- Cohen, Taya R.*: Moral Emotions and Unethical Bargaining: The Differential Effects of Empathy and Perspective Taking in Detering Deceitful Negotiation, *Journal of Business Ethics* 94 (2010), S. 569–579.
- Cohn, Alain/Fehr, Ernst/Maréchal, Michel A.*: Business culture and dishonesty in the banking industry, *Nature* 516 (2014), S. 86–89.
- Coing, Helmut*: Die obersten Grundsätze des Rechts – Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, Heidelberg, 1947 (zit.: *Coing*, *Die obersten Grundsätze des Rechts*).
- ders.*: Kant und die Rechtswissenschaft in: Kant und die Wissenschaften. Reden gehalten am 12. Februar 1954 anlässlich der 150. Wiederkehr des Todestags von Immanuel Kant, *Frankfurter Universitätsreden* Heft 12, 1955, S. 34–42 (zit.: *Coing*, *Kant und die Rechtswissenschaft*, *Frankfurter Universitätsreden* 12, 1955).
- ders.*: *Europäisches Privatrecht – 1500 bis 1800*, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht, München, 1985 (zit.: *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1).
- Coleman, Jules A./Heckathorn, Douglas D./Maser, Steven M.*: A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 12 (1989), S. 639–710.
- Colombo, Claudio*: Il dolo nei contratti – Idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 1993, S. 347–398.
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas*: *Law and Economics*, Boston u. a., 6. Aufl. 2016.

- Corbin, Arthur L. (Begr.): Corbin on Contracts, Bd. 7, Newark, 2023 (zit.: Corbin (Begr.), Corbin on Contracts, Bd. 7).
- Cordella, Antonio: Transaction Costs and Information Systems: Does IT Add Up?, *Journal of Information Technology* 21 (2006), S. 195–202.
- Cornioley, Pierre: Contrat – IV. Vices du consentement: Dol, Fiches Juridiques Suisses N. 277a, 1967.
- Corsaro, Luigi: L'abuso del contraente nella formazione del contratto, Perugia/Florenz, 1979.
- Cowan, Dave: Legal Consciousness: Some Observations, *Modern Law Review* 67 (2004), S. 928–958.
- Cox, Courtney M.: Legitimizing Lies, *George Washington Law Review* 90 (2022), S. 297–375.
- Coyle, Sean: Positivism, Idealism and the Rule of Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006), S. 257–288.
- Cramton, Peter C./Dees, J. Gregory: Promoting Honesty in Negotiation: An Exercise in Practical Ethics, *Business Ethics Quarterly* 3 (1993), S. 359–394.
- Crawford, Vincent P.: Lying for Strategic Advantage: Rational and Boundedly Rational Misrepresentation of Intentions, *The American Economic Review* 93 (2003), S. 133–149.
- Criscuoli, Giovanni: La réclame „non obiettiva“ come mezzo di inganno nella formazione dei contratti in: Studi in onore di Gioacchino Scaduto – Diritto civile, Bd. 1, Padua, 1970, S. 299–374 (zit.: Criscuoli in: Studi in onore di Gioacchino Scaduto – Diritto civile, Bd. 1).
- Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen, 1900.
- Crone, Hans C. von der: Rahmenverträge – Vertragsrecht – Systemtheorie – Ökonomie, Zürich, 1993 (zit.: v. der Crone, Rahmenverträge).
- Crosan, Rachel T./Boles, Terry L./Murnighan, J. Keith: Cheap talk in bargaining experiments: lying and threats in ultimatum games, *Journal of Economic Behavior & Organization* 51 (2003), S. 143–159.
- Crott, Helmut W./Kayser, Egon/Lamm, Helmut: The effects of information exchange and communication in an asymmetrical negotiation situation, *European Journal of Social Psychology* 10 (1980), S. 149–163.
- Crott, Helmut W./Scholz, Roland W./Michels, Beate: The Effect of Experience on Information Exchange and Cheating in an Asymmetrical Bargaining Situation in: Brandstätter, Hermann/Davis, James H./Stocker-Kreichgauer, Gisela (Hrsg.), *Group Decision Making*, London/New York, 1982, S. 345–364 (zit.: Crott/Scholz/Michels in: Brandstätter/H. Davis/Stocker-Kreichgauer (Hrsg.), *Group Decision Making*).
- Cupples, Ronald: Personal Property – Gift of a Fur Coat Revoked – Contract for Its Sale Rescinded, *Washington University Law Review* 1951 (1951), S. 589–595.
- Curtiss, W. David: State of Mind Fact or Fancy, *Cornell Law Review* 33 (1948), S. 351–359.
- Cziupka, Johannes: Dispositives Vertragsrecht, Tübingen, 2010.
- Da Fonseca, Fabio B./Vanalle, Rosângela M./Camarotto, João A.: Identification of ex-ante and ex-post transaction costs in industrial construction engineering projects, *Journal of Civil Engineering and Management* 24 (2018), S. 424–436.
- Dahlman, Carl J.: The problem of externality, *The Journal of Law & Economics* 22 (1979), S. 141–162.
- Danwerth, Christopher: Analogie und teleologische Reduktion – zum Verhältnis zweier scheinbar ungleicher Schwestern, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2017, S. 230–249 (zit.: Danwerth, ZfPW 2017).

- Darby, Michael R./Karni, Edi*: Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, *The Journal of Law & Economics* 16 (1973), S. 67–88.
- Darley, John M.*: Citizens' Sense of Justice and the Legal System, *Current Directions in Psychological Science* 10 (2001), S. 10–13.
- Darley, John M./Sanderson, Catherine A./LaMantia, Peter S.*: Community Standards for Defining Attempt: Inconsistencies With the Model Penal Code, *American Behavioral Scientist* 39 (1996), S. 405–420.
- Davis, Kevin*: Licensing Lies: Merger Clauses, the Parol Evidence Rule and Precontractual Misrepresentations, *Valparaiso University Law Review* 33 (1999), S. 485–534 (zit.: *K. Davis*, *Valparaiso University Law Review* 33 (1999)).
- Dees, Gregory J./Cramton, Peter C.*: Shrewd Bargaining on the Moral Frontier: Toward a Theory of Morality in Practice, *Business Ethics Quarterly* 1 (1991), S. 135–167.
- dies.*: Deception and Mutual Trust: A Reply to Strudler, *Business Ethics Quarterly* 5 (1995), S. 823–832.
- DeGeorge, Richard*: Agency Theory and the Ethics of Agency in: Bowie, Norman E./Freeman, Edward (Hrsg.), *Ethics and Agency Theory: An Introduction*, New York, 1992, S. 59–74 (zit.: *DeGeorge* in: Bowie/Freeman (Hrsg.), *Ethics and Agency Theory*).
- Debnow, Fritz*: Wesen und Wert des Rechtsgefühls, *Archiv für systematische Philosophie* 20 (1914), S. 90–92 (zit.: *Debnow*, *ArchSPH* 20 (1914)).
- Demougin, Dominique/Jost, Peter-J.*: Theoretische Grundlagen der Prinzipal-Agenten-Theorie in: Jost, Peter-J. (Hrsg.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart, 2001, S. 45–81 (zit.: *Demougin/Jost* in: Jost (Hrsg.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*).
- DePaulo, Bella M./Bell, Kathy L.*: Truth and Investment: Lies Are Told to Those Who Care, *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (1996), S. 703–716.
- DePaulo, Bella M./Kashy, Deborah A.*: Everyday Lies in Close and Casual Relationships *Journal of Personality and Social Psychology* 74 (1998), S. 63–79.
- DePaulo, Bella M./Kashy, Deborah A./Kirkendol, Susan E./Wyer, Melissa M.*: Lying in Everyday Life, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996), S. 979–995 (zit.: *DePaulo et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 70 (1996)).
- Dernburg, Heinrich*: *Pandekten*, Bd. 1: *Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin, 4. Aufl. 1894.
- Deshayes, Olivier*: Le préjudice réparable en cas de dol dans la formation du contract (suite), *Revue des contrats* 2014, S. 30–31.
- ders.*: Le dol dans la formation du contrat chasse toutes clauses limitatives d'indemnisation, *Revue des contrats* 2017, S. 599–601.
- Dias, Gabriel N.*: *Rechtspositivismus und Rechtstheorie: Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*, Tübingen, 2005 (zit.: *Dias*, *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*).
- Döderlein, Katharina*: *Die Diskrepanz zwischen Recht und Rechtsgefühl in der Literatur – Ein dramatischer Dualismus von Heinrich von Kleist bis Martin Walser*, *Epistemata Literaturwissenschaft*, Würzburg, 2017 (zit.: *Döderlein*, *Die Diskrepanz zwischen Recht und Rechtsgefühl in der Literatur*).
- Dölemeyer, Barbara*: *Kodifikationen und Projekte deutscher Einzelstaaten: Sachsen (1863/65)* in: Coing, Helmut (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 3/2: *Das 19. Jahrhundert*, München, 1982, S. 1540–1561 (zit.: *Dölemeyer* in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 3/2).

- Dölling, Dieter*: Rechtsgefühl und Perzeption des Strafrechts bei delinquenten und nicht delinquenten Jugendlichen und Heranwachsenden in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Opladen, 1985, S. 240–256 (zit.: *Dölling* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl).
- Doney, Patricia M./Cannon, Joseph P.*: An Examination of the Nature of Trust in Buyer-Seller Relationships, *Journal of Marketing* 61 (1997), S. 35–51.
- Doucouliagos, Chris*: A Note on the Evolution of Homo Economicus, *Journal of Economic Issues* 28 (1994), S. 877–883.
- Dreber, Anna/Jobannesson, Magnus*: Gender differences in deception, *Economics Letters* 99 (2008), S. 197–199.
- Dreber, Meinrad/Kulka, Michael*: Wettbewerbs- und Kartellrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, Heidelberg, 12. Aufl. 2023 (zit.: *Dreber/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht).
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar – GG, Bd. 1: Präambel, Artikel 1-19, München, 4. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1).
- Dreier, Ralf*: Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt a. M., 2. Aufl. 1981 (zit.: *Dreier*, Recht – Moral – Ideologie).
- Drobnig, Ulrich*: Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtsprechung, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 50 (1986), S. 610–630 (zit.: *Drobnig*, *RabelsZ* 50 (1986)).
- Drobnig, Ulrich/Dopffel, Peter*: Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 46 (1982), S. 253–307 (zit.: *Drobnig/Dopffel*, *RabelsZ* 46 (1982)).
- Dumouchel, Paul*: Exchange and Emotions in: Gerschlager, Caroline (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange – Deception, Self-Deception and Illusions*, Boston, 2001, S. 53–65 (zit.: *Dumouchel* in: Gerschlager (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*).
- Dürig/Herzog/Scholz: Grundgesetz Kommentar, Scholz, Rupprecht/ Herdegen, Matthias/Klein, Hans D. (Hrsg.), München, 101. Ergänzungslieferung, Stand: Mai 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG).
- Dwenger, Nadja/Lohse, Tim*: Do individuals successfully cover up their lies? Evidence from a compliance experiment, *Journal of Economic Psychology* 71 (2019), S. 74–87.
- Eck, Ernst*: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin, 1. u. 2. Aufl. 1903 (zit.: *Eck*, Vorträge über das Recht des BGB, Bd. 1).
- Effron, Daniel A./Bryan, Christopher J./Murnighan, J. Keith*: Cheating at the End to Avoid Regret, *Journal of Personality and Social Psychology* 109 (2015), S. 395–414.
- Egger, August/Escher, Arnold/Haab, Robert/Oser Hugo (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5: Das Obligationenrecht, Zürich, 2. Aufl. 1929 (zit.: *Bearbeiter* in: Egger et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – OR*, Bd. 5).
- Eggert, Christoph*: Arglistiges Verhalten beim Gebrauchtwagenkauf, *Deutsches Autorecht* 2005, S. 43–48 (zit.: *Eggert*, *DAR* 2015).
- Egle, Philip*: Die „ex tunc“-Nichtigkeit von Dauerschuldverhältnissen nach § 142 Abs. 1 BGB – Eine dogmatische Diskussion der Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB anhand der exemplarischen Untersuchung angefochtener Dauerschuldverhältnisse, Berlin, 2020 (zit.: *Egle*, Die „ex tunc“-Nichtigkeit von Dauerschuldverhältnissen nach § 142 Abs. 1 BGB).
- Ehrlich, Christian*: Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, *Der Betrieb* 2000, S. 421–427 (zit.: *Ehrlich*, *DB* 2000).

- Eidenmüller, Horst*: Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, *JuristenZeitung* 2005, S. 216–224 (zit.: *Eidenmüller*, JZ 2005).
- ders.*: Druckmittel in Vertragsverhandlungen in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen, 2007, S. 103–123 (zit.: *Eidenmüller* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*).
- ders.*: Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen, 4. Aufl. 2015 (zit.: *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*).
- Eisenberg, Theodore*: Why Do Empirical Legal Scholarship?, *San Diego Law Review* 41 (2004), S. 1741–1746.
- ders.*: The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns, *University of Illinois Law Review* 5 (2011), S. 1713–1738.
- Eisenhardt, Kathleen M.*: Agency Theory: An Assessment and Review, *The Academy of Management Review* 14 (1989), S. 57–74 (zit.: *K. Eisenhardt*, *The Academy of Management Review* 14 (1989)).
- Eisenhardt, Ulrich*: *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, 7. Aufl. 2019 (zit.: *U. Eisenhardt*, *Deutsche Rechtsgeschichte*).
- Ekman, Paul*: *Telling Lies*, New York, 1991.
- Ekman, Paul/O'Sullivan, Maureen*: Who Can Catch a Liar?, *American Psychologist* 46 (1991), S. 913–920.
- Ekman, Paul/O'Sullivan, Maureen/Frank, Mark G.*: A Few Can Catch a Liar, *Psychological Science* 10 (1999), S. 263–266.
- Elger, Christian E.*: Mit Neuroökonomie aus der Finanzkrise in: *Deutscher Hochschulverband* (Hrsg.), *Glanzlichter der Wissenschaft – Ein Almanach*, Saarwellingen, 2014, S. 43–47 (zit.: *Elger* in: *Deutscher Hochschulverband* (Hrsg.), *Glanzlichter der Wissenschaft*).
- Ellickson, Robert C.*: The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy in: Hechter, Michael/Opp, Karl-Dieter (Hrsg.), *Social Norms*, New York, 2001, S. 35–75 (zit.: *Ellickson* in: Hechter/Opp (Hrsg.), *Social Norms*).
- Ellmer, Manfred*: *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.
- Emmerich, Volker*: Bürgerliches Recht – Kaufrecht – Besprechung BGH, Urteil vom 7.6. 2006 – VIII ZR 209/05, *Juristische Schulung* 2006, S. 1015–1017 (zit.: *Emmerich*, *JuS* 2006, 1015).
- Engisch, Karl*: *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935.
- ders. (Begr.)*: *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 12. Aufl. 2018.
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*: Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making, *Personality and Social Psychology Bulletin* 32 (2006), S. 88–200.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans C.*: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Ein Lehrbuch*, Bd. 1/2: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte – Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, 15. Aufl. 1960 (zit.: *Enneccerus/Nipperdey*, *AT des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1/2).
- Epstein, Lee/Martin, Andrew D.*: *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, 2014 (zit.: *L. Epstein/Martin*, *An Introduction to Empirical Legal Research*).
- Epstein, Richard A.*: Customary Practices and the Law of Torts in: Newman, Peter (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, 1998, S. 579–583 (zit.: *R. Epstein* in: Newman (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*).
- Erat, Sanjiv/Gneezy, Uri*: White Lies, *Management Science* 58 (2012), S. 723–733.

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), München, 23. Aufl. 2023 (*Bearbeiter* in: ErfK Arbeitsrecht).
- Erlar, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4: Protonotarius Apolicus–Strafprozeßordnung, Berlin, 1990 (zit.: *Bearbeiter* in: Erlar/E. Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4).
- Erman, Walter: Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Archiv für die civilistische Praxis 139 (1934), S. 273–336 (zit.: *Erman*, AcP 139 (1934)).
- Erman: BGB, Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Bd. 1: §§ 1–597, Köln, 17. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Erman, BGB, Bd. 1).
- Ernst, Wolfgang: Irrtum: Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, Tübingen, 2007, S. 1–34 (zit.: *Ernst* in: Zimmermann (Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss).
- Eufinger, Alexander: Zum Gebot des fairen Verhandeln beim Aufhebungsvertrag, Der Betrieb 2020, S. 2695 (zit.: *Eufinger*, DB 2020).
- Evans, Jonathan St.: Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgement, and Social Cognition, Annual Review of Psychology 59 (2008), S. 255–278.
- Evelt, Joseph: Das preußische Civilrecht – Für das Studium und die Praxis – systematisch dargestellt von Joseph Evelt, Paderborn, 4. Aufl. 1880 (zit.: *Evelt*, Das preußische Civilrecht).
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S.: Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness, New England Law Review 26 (1992), S. 731–750.
- Exner, Jürgen: Wie böse muss der Listige sein? – List nach § 870 ABGB – Eventualvorsatz reicht aus, Österreichische Richterzeitung 2015, S. 255–256 (zit.: *Exner*, RZ 2015).
- Fabre-Magnan, Muriel: De l’obligation d’information dans les contrats – Essai d’une théorie, Paris, 1992 (zit.: *Fabre-Magnan*, De l’obligation d’information dans les contrats).
- ders.: Droit des obligations, Bd. 1: Contrat et engagement unilatéral, Paris, 5. Aufl. 2019 (zit.: *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 1).
- ders.: Droit des obligations, Bd. 2: Responsabilité civile et quasi-contrats, Paris, 4. Aufl. 2019 (zit.: *Fabre-Magnan*, Droit des obligations, Bd. 2).
- Fages, Bertrand: Droit des obligations, Paris, 13. Aufl. 2023.
- Farnsworth, Allan E. (Begr.): Farnsworth on Contracts, Bd. 1, New York, 4. Aufl. 2020 (zit.: Farnsworth (Begr.), Farnsworth on Contracts, Bd. 1).
- Fassina, Neil E.: Constraining a Principal’s Choice: Outcome versus Behavior Contingent Agency Contracts in Representative Negotiations, Negotiation Journal 20 (2004), S. 435–459.
- Faust, Florian: Täuschung durch falsche Information vor Vertragsschluss, 2001 (unveröffentlichte Fassung der Habilitationsschrift).
- Febr, Ernst/Fischbacher, Urs: Third-party punishment and social norms, Evolution and Human Behavior 25 (2004), S. 63–87.
- Fernández Longo, Enrique: La Negociación inevitable, Buenos Aires, 2004.
- Ferrara, Francesco: Teoria dei contratti, Neapel, 1940.
- Feuerbach, Paul J.: Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, Altona, 1796 (zit.: *Feuerbach*, Kritik des natürlichen Rechts).

- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva I. (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München, 3. Aufl. 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG).
- Finkel, Norman J.: Commonsense Justice: Juror's notions of the law, Cambridge (MA.), 1995 (zit.: *Finkel*, Commonsense Justice).
- Fischbacher, Urs/Föllmi-Heusi, Franziska: Lies in Disguise – An Experimental Study on Cheating, *Journal of the European Economic Association* 11 (2013), S. 525–547.
- Fischer, Nikolaj: Anfechtung von Willenserklärungen im Mietrecht, *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* 2005, S. 567–575 (zit.: *N. Fischer*, NZM 2005).
- Fischer, Thomas: Beck'scher Kurzkommentar Strafgesetzbuch – mit Nebengesetzen, München, 69. Aufl. 2022 (zit.: *T. Fischer*, StGB).
- Fischhoff, Baruch: Hindsight is not equal to foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty, *Journal of Experimental Psychology* 1 (1975), S. 288–299.
- Fischinger, Philipp S.: Lösungsmöglichkeiten von arbeitsrechtlichen (Aufhebungs-) Verträgen: Widerrufsrecht und „Gebot fairen Verhandeln“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2019, S. 729–735 (zit.: *Fischinger*, NZA 2019).
- ders.: Das Gebot des fairen Verhandeln als Allzweckwaffe gegen unliebsame Aufhebungsverträge, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht* 2020, S. 516–520 (zit.: *Fischinger*, NZA-RR 2020).
- Fisher, Roger/Shapiro, Daniel: *Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate*, New York, 2005 (zit.: *Fisher/D. Shapiro*, *Beyond Reason*).
- Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce: *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*, New York, 3. Aufl. 2012 (zit.: *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*).
- ders.: Das Harvard Konzept – Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, Frankfurt a. M., 25. Aufl. 2015 (zit.: *Fisher/Ury/Patton*, *Das Harvard Konzept*).
- Fleischer, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht – Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, München, 2001 (zit.: *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*).
- Fleming, James Jr./Gray, Oscar S.: Misrepresentation – Part II, *Maryland Law Review* 37 (1978), S. 488–543 (zit.: *J. Fleming/Gray*, *Maryland Law Review* 37 (1978)).
- Fleming, Peter/Zyglidopoulos, Stelios C.: The Escalation of Deception in Organizations, *Journal of Business Ethics* 81 (2008), S. 837–850 (zit.: *P. Fleming/Zyglidopoulos*, *Journal of Business Ethics* 81 (2008)).
- Flour, Jacques/Aubert, Jean-Luc/Savaux, Éric: *Les obligations*, Bd. 1: L'acte juridique – Le contrat – Formation – Effets – Actes unilatéraux – Actes collectifs, Paris, 17. Aufl. 2022 (zit.: *Flour/Aubert/Savaux*, *Les obligations*, Bd. 1).
- Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Bd. 1, Karlsruhe, 1960, S. 135–238 (zit.: *Flume* in: *FS Deutscher Juristentag*, Bd. 1).
- ders.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: *Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg, 4. Aufl. 1992 (zit.: *Flume*, *AT des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2).
- Folberg, Jay/Golann, Dwight (Hrsg.): *Lawyer Negotiation – Theory, Practice, and Law*, New York, 2. Aufl. 2011 (zit.: *Bearbeiter* in: Folberg/Golann (Hrsg.), *Lawyer Negotiation*).
- Ford, Charles V.: *Lies! Lies!! Lies!!! – The Psychology of Deceit*, Washington, D.C., 1999 (zit.: *C. Ford*, *Lies! Lies!! Lies!!!*).

- Ford, Robert C./Richardson, Woodrow D.*: Ethical Decision Making: A Review of the Empirical Literature, *Journal of Business Ethics* 13 (1994), S. 205–221 (zit.: *R. Ford/Richardson*, *Journal of Business Ethics* 13 (1994)).
- Forgas, Joseph P.*: On feeling good and getting your way: Mood effects on negotiator cognition and bargaining strategies, *Journal of Personality and Social Psychology* 74 (1998), S. 565–577.
- Förster, Franz (Begr.)/Eccius, Max E. (Bearb.)*: Preußisches Privatrecht, Bd. 1: Die Grundbegriffe und die Grundlehren des Rechts der Schuldverhältnisse, Berlin, 6. Aufl. 1892 (zit.: *Förster/Eccius*, *Preußisches Privatrecht*, Bd. 1).
- Fortunato, Sérgio F.*: Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2009, S. 327–338 (zit.: *Fortunato*, *ZJS* 2009).
- Frankfurt, Harry*: On Truth, Lies, and Bullshit in: Clancy, Martin (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*, Oxford, 2009, S. 37–48 (zit.: *Frankfurt* in: Clancy (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*).
- Franzoni, Massimo*: Un vizio del consenso – Il dolo in: Studi in onore di Pietro Rescigno, *Diritto privato – Obbligazioni e contratti*, Bd. 3, Mailand, 1998, S. 315–356 (zit.: *Franzoni* in: Studi in onore di Pietro Rescigno, Bd. 3).
- ders.*: *Codice civile commentato con dottrina e giurisprudenza*, Bd. 1, Turin, 2018.
- Friedman, Ray/Anderson, Cameron/Brett, Jeanne/Olekalns, Mara/Goates, Nathan/Lisco, Cara C.*: The Positive and Negative Effects of Anger on Dispute Resolution: Evidence From Electronically Mediated Disputes, *Journal of Applied Psychology* 89 (2004), S. 369–376 (zit.: *Ray Friedman et al.*, *Journal of Applied Psychology* 89 (2004)).
- Friedman, Raymond A./Shapiro, Debra L.*: Deception and Mutual Gains Bargaining: Are They Mutually Exclusive?, *Negotiation Journal* 11 (1995), S. 243–253 (zit.: *Raymond Friedman/D. L. Shapiro*, *Negotiation Journal* 11 (1995)).
- Frühhauf, Matthias*: Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Richterrechts, Berlin, 2006 (zit.: *Frühhauf*, *Zur Legitimation von Gewohnheitsrecht im Zivilrecht*).
- Fuller, Lon. L.*: *The Morality of Law*, Yale, 2. Aufl. 1969.
- Fulmer, Ingrid S./Barry, Bruce/Long, D. Adam*: Lying and Smiling: Informational and Emotional Deception in Negotiation, *Journal of Business Ethics* 88 (2009), S. 691–709.
- Funaioli, Carlo A.*: Dolo (diritto civile) in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13: Dis–Dopp, Mailand, 1964, S. 739–750 (zit.: *Funaioli* in: *Enciclopedia del diritto*, Bd. 13).
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus*: *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Basel, 3. Aufl. 2018 (zit.: *Furrer/Müller-Chen*, OR – AT).
- Galgano, Francesco*: *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2: Le obbligazioni e i contratti, Bd. 1: Obbligazioni in generale, Contratti in generale, Padua, 1990 (zit.: *Galgano*, *Diritto civile e commerciale*, Vol. 2, Bd. 1).
- ders.* (Hrsg.): *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca – a cura di Francesco Galgano*, Libro quarto – Delle obbligazioni – Della simulazione – Della nullità del contratto – Dell’annullabilità del contratto, Bologna/Rom, 1998 (zit.: *Bearbeiter* in: Galgano (Hrsg.), *Commentario del codice civile – Scialoja-Branca*, Bd. 4).
- ders.*: Il negozio giuridico in: Cicu, Antonio/Messineo, Francesco/Mengoni, Mengoni (Hrsg.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. 3, Bd. 1, Mailand, 2. Aufl. 2002 (zit.: *Galgano* in: Cicu/Messineo/Mengoni (Hrsg.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. 3, Bd. 1).

- ders.*: Diritto civile e commerciale, Vol. 2: Le obbligazioni e i contratti, Bd. 1: Obbligazioni in generale, Contratti in generale, Padua, 4. Aufl. 2004 (zit.: *Galvano*, Diritto civile e commerciale, Vol. 2, Bd. 1).
- ders.*: Trattato diritto civile, Bd. 2: Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti, Padua, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Galvano*, Trattato diritto civile, Bd. 2).
- Galín, Amira*: The World of Negotiation: Theories, Perceptions and Practice, Singapur u. a., 2015 (zit.: *Galín*, The World of Negotiation).
- Gamer, Matthias*: Detecting of Deception and Concealed Information Using Neuroimaging Techniques in: Verschuere, Bruno/Shakhar, Gershon Ben/Meijer, Ewout (Hrsg.), Memory Detection: Theory and Application of the Concealed Information Test, Cambridge/New York, 2011, S. 90–113 (zit.: *Gamer* in: Verschuere/Shakhar/Meijer (Hrsg.), Memory Detection).
- Gareis, Karl*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Bd. 1: Der Allgemeine Theil des BGB, Berlin, 1900 (zit.: *Gareis*, Kommentar zum BGB, Bd. 1).
- Gaspar, Joseph P./Methasani, Redona/Schweitzer, Maurice E.*: Fifty Shades of Deception: Characteristics and Consequences of Lying in Negotiations, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), S. 62–81.
- Gaspar, Joseph P./Schweitzer, Maurice E.*: The Emotion Deception Model: A Review of Deception in Negotiation and the Role of Emotion in Deception, *Negotiation and Conflict Management Research* 6 (2013), S. 160–179.
- dies.*: Confident and Cunning: Negotiator Self-Efficacy Promotes Deception in Negotiations, *Journal of Business Ethics* 171 (2021), S. 139–155.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R. (Begr.)/Schmid, Jörg (Bearb.)/Emmenegger, Susan*: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, Zürich u. a., 11. Aufl. 2020 (zit.: *Gauch et al.*, OR – AT, Bd. 1).
- Gaudino, Luigi*: Il dolo negoziale, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1990, S. 366–398.
- Gazzoni, Francesco*: Manuale di diritto privato, Neapel, 20. Aufl. 2021.
- Geiger, Harald*: Die Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe, *Straßenverkehrsrecht* 2009, S. 41–47 (zit.: *H. Geiger*, SVR 2009).
- Geiger, Theodor*: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Neuwied am Rhein/Berlin, 1964 (zit.: *T. Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts).
- Geißler, Christina*: Strukturen betrugsnaher Tatbestände – Zur Legitimation und Begrenzung modernen Wirtschaftsstrafrechts, Frankfurt a. M., 2011 (zit.: *Geißler*, Strukturen betrugsnaher Tatbestände).
- Gendall, Philip/Hoek, Janet/Pope, Tracy/Young, Karen*: Message Framing Effects on Price Discounting, *Journal of Product & Brand Management* 15 (2006), S. 458–465 (zit.: *Gendall et al.*, *Journal of Product & Brand Management* 15 (2006)).
- Genn, Dame Hazel/Partington, Martin/Wheeler, Sally*: Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works, London, 1988 (zit.: *Genn/Partington/S. Wheeler*, *Law in the Real World*).
- George, Tracey E.*: An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools, *Indiana Law Journal* 81 (2006), S. 141–161.
- Geroldinger, Andreas*: Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB – Zugleich ein Beitrag zum Übermittlungsfehler des Erklärungsboten – 1. Teil, *Juristische Blätter* 134 (2012), S. 29–45 (zit.: *Geroldinger*, *JBl* 134 (2012)).

- ders.: Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB – Zugleich ein Beitrag zum Übermittlungsfehler des Erklärungsboten – 2. Teil, *Juristische Blätter* 134 (2012), S. 94–111 (zit.: *Geroldinger*, *JBl* 134 (2012)).
- Gerschlager, Caroline*: Introduction in: Gerschlager, Caroline (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange – Deception, Self-Deception and Illusions*, Boston, 2001, S. 1–24 (zit.: *Gerschlager* in: Gerschlager (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*).
- Ghestin, Jacques/Loiseau, Grégoire/Serinet, Yves-Marie*: *Traité de droit civil – La formation du contrat*, Bd. 1: Le contrat – Le consentement, Paris, 4. Aufl. 2013 (zit.: *Ghestin/Loiseau/Serinet*, *La formation du contrat*, Bd. 1).
- Giesing, Elmar*: *Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge*, Baden-Baden, 2007 (zit.: *Giesing*, *Inhaltskontrolle*).
- Gilles, Stephen G.*: Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, *Virginia Law Review* 78 (1992), S. 1291–1375.
- Gilomen, Hermann V.*: Absichtliche Täuschung beim Abschluß von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Bern, 1950 (zit.: *Gilomen*, *Absichtliche Täuschung*).
- Gino, Francesca*: Understanding ordinary unethical behavior: why people who value morality act immorally, *Current Opinion in Behavioral Sciences* 3 (2015), S. 107–111.
- Gino, Francesca/Ariely, Dan*: The Dark Side of Creativity: Original Thinkers Can Be More Dishonest, *Journal of Personality and Social Psychology* 102 (2012), S. 445–459.
- Gino, Francesca/Ayal, Shabar/Ariely, Dan*: Contagion and Differentiation in Unethical Behavior: The Effect of One Bad Apple on the Barrel, *Psychological Science* 20 (2009), S. 393–398.
- Gino, Francesca/Gu, Ju/Zhong, Chen-Bo*: Contagion or restitution? When bad apples can motivate ethical behavior, *Journal of Experimental Social Psychology* 45 (2009), S. 1299–1302.
- Gino, Francesca/Pierce, Lamar*: Lying to Level the Playing Field: Why People May Dishonestly Help or Hurt Others to Create Equity, *Journal of Business Ethics* 95 (2010), S. 89–103.
- Glöckner, Andreas/Ebert, Irena D.*: Legal intuition and expertise in: Sinclair, Marta (Hrsg.), *Handbook of Intuition Research*, Cheltenham, 2011, S. 157–167 (zit.: *A. Glöckner/I. D. Ebert* in: Sinclair (Hrsg.), *Handbook of Intuition Research*).
- Glöckner, Andreas/Towfigh, Emanuel V.*: Entscheidungen zwischen „Intuition“ und „Rationalität“, *Deutsche Richterzeitung* 2015, S. 14–17 (zit.: *A. Glöckner/Towfigh*, *DRiZ* 2015).
- Glöckner, Andreas/Witteman, Cilia*: Beyond dual-process models: A categorisation of processes underlying intuitive judgement and decision making, *Thinking & Reasoning* 16 (2010), S. 1–25.
- Glöckner, Jochen*: Ausgestaltung der Individualansprüche von Verbrauchern bei Lauterkeitsverstößen, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2021, S. 919–929 (zit.: *J. Glöckner*, *GRUR* 2021).
- Gneezy, Uri*: Deception: The Role of Consequences, *The American Economic Review* 95 (2005), S. 384–394.
- Göbel, Elisabeth*: *Neue Institutionenökonomik – Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendungen*, Stuttgart, 2002 (zit.: *Göbel*, *Neue Institutionenökonomik*).
- Goodenough, Oliver R./Prehn, Kristin*: A neuroscientific approach to normative judgement in law and justice, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* 359 (2004), S. 1709–1726.

- Goody, Esther N.: Towards a theory of questions in: Goody, Ester N. (Hrsg.), Questions and politeness, Cambridge, 1978, S. 17–43 (zit.: Goody in: Goody (Hrsg.), Questions and politeness).
- Gore, Julie/Sadler-Smith, Eugene: Unpacking Intuition: A Process and Outcome Framework, *Review of General Psychology* 15 (2011), S. 304–316.
- Görres-Gesellschaft (Hrsg.): *Staatslexikon*, Bd. 2: Eid–Hermeneutik, Freiburg, 8. Aufl. 2018 (zit.: Bearbeiter in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon*, Bd. 2).
- Gössling, Tobias: The Price of Morality: An Analysis of Personality, Moral Behaviour, and Social Rules in Economic Terms, *Journal of Business Ethics* 45 (2003), S. 121–131.
- Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel (Hrsg.): *UWG – Handkommentar*, Baden-Baden, 3. Aufl. 2016 (zit.: Bearbeiter in: Götting/Nordemann (Hrsg.), *UWG-HK*).
- Gräf, Fabian: *Das Gebot fairen Verhandeln beim Abschluss eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags*, Berlin, 2021.
- Gratch, Jonathan/Nazari, Zabra/Johnson, Emmanuel: The Misrepresentation Game: How to win at negotiation while seeming like a nice guy, *Proceedings of the 15th International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS 2016)*, S. 728–737 (zit.: Gratch/Nazari/E. Johnson, *Proceedings of the 15th International Conference on Autonomous Agents and Multiagent Systems (AAMAS 2016)*).
- Greger, Reinhard: *Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises*, *Versicherungsrecht* 1980, S. 1091–1104 (zit.: Greger, *VersR* 1980).
- Greupner, Mathias: *Der Schutz des Einfältigen durch den Betrugstatbestand*, Berlin, 2017.
- Grèzes, Julie/Berthoz, Sylvie/Passingham, Richard E.: Amygdala activation when one is the target of deceit: Did he lie to you or to someone else?, *NeuroImage* 30 (2006), S. 601–608.
- Grèzes, Julie/Frith, Chris/Passingham, Richard E.: Brain Mechanisms for Inferring Deceit in the Actions of Others, *The Journal of Neuroscience* 24 (2004), S. 5500–5505.
- Grigoleit, Hans C.: *Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997 (zit.: Grigoleit, *Vorvertragliche Informationshaftung*).
- ders.: *Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, S. 900–904 (zit.: Grigoleit, *NJW* 1999).
- Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm: *Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*, Bd. 1: A–Biermolke, München, 1893 (zit.: J. Grimm/W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 1).
- dies.: *Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm*, Bd. 12: L–Mythisch, München, 1893 (zit.: J. Grimm/W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 12).
- Gröschner, Rolf: *Judiz – was ist das und wie läßt es sich erlernen?*, *JuristenZeitung* 1987, S. 903–908 (zit.: Gröschner, *JZ* 1987).
- Grotius, Hugo: *De jure belli ac pacis libri tres – English: On The Rights Of War And Peace – The Rights of War and Peace, in Three Books: Wherein are Explained, the Law of Nature and Nations, and the Principal Points Relating to Government*, Buch 2, Clark, 2004 – Originalerscheinungsjahr: 1625 (zit.: Grotius, *On The Rights Of War And Peace*, Buch 2).
- Gruber, Ernst: *Die schwangere Kellnerin*, *Das Recht der Arbeit* 1981, S. 252–258 (zit.: E. Gruber, *DRdA* 1981).
- Gruber, Urs P.: *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, Tübingen, 2004 (zit.: U. Gruber, *Methoden des internationalen Einheitsrechts*).
- Grundmann, Stefan: *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, München, 1997 (zit.: Grundmann, *Der Treuhandvertrag*).
- ders.: *Methodenpluralismus als Aufgabe – zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung*, *Rabels Zeitschrift für ausländi-*

- sches und internationales Privatrecht 66 (1997), S. 423–453 (zit.: *Grundmann*, *RabelsZ* 66 (1997)).
- Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl*: Auslegung von Gemeinschaftsrecht – besonders Schuldvertragsrecht, *Juristische Schulung* 2011, S. 529–536 (zit.: *Grundmann/Riesenhuber*, *JuS* 2011).
- Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, München, 82. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Grüneberg, BGB).
- Guedj, Jean-Paul*: Les 50 règles d'or de la négociation, Paris, 2022.
- Guerlin, Gaëtan*: Le dol es (approximativement) défini, *L'ESSENTIEL Droit des contrats* n°3 2016, S. 4.
- Gundel, Wolfgang/Sartorius, Ulrich*: Rechtsprechungsübersicht zum Arbeitsrecht – 1. Halbjahr 2019, *Zeitschrift für die Anwaltspraxis* 2019, S. 1241–1260 (zit.: *Gundel/Sartorius*, *ZAP* 2019).
- Gunia, Brian C.*: Deceptive Negotiating: The Role of The Environmental Cue, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), S. 43–61.
- Guth, Stephen R.*: The Contract Negotiation Handbook – An Indispensable Guide for Contract Professionals, Morrisville (N.C.), 2008 (zit.: *Guth*, *The Contract Negotiation Handbook*).
- Güth, Werner/Schmittberger, Rolf/Schwarze, Bernd*: An experimental analysis of ultimatum bargaining, *Journal of Economic Behavior & Organization* 3 (1982), S. 367–388.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*: Inside the Judicial Mind, *Cornell Law Review* 86 (2001), S. 777–830.
- Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J./Wistrich, Andrew J.*: Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases, *Cornell Law Review* 93 (2007), S. 1–44.
- Häberle, Peter*: Grundrechtsgestaltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter Auslegungsmethode, *JuristenZeitung* 1989, S. 913–919 (zit.: *Häberle*, *JZ* 1989).
- Habersack, Mathias*: Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge, *Archiv für die civilistische Praxis* 189 (1989), S. 403–424 (zit.: *Habersack*, *AcP* 189 (1989)).
- Halevy, Rony/Shalvi, Shaul/Verschuere, Bruno*: Being Honest About Dishonesty: Correlation Self-Reports and Actual Lying, *Human Communication Research* 40 (2014), S. 54–72.
- Hall, Robert E./Lieberman, Marc*: Principles and Applications of Microeconomics, Mason (OH.), 6. Aufl. 2012.
- Hamann, Hanjo/Hoefl, Leonard*: Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht – Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?, *Archiv für die civilistische Praxis* 217 (2017), S. 311–336 (zit.: *H. Hamann/Hoefl*, *AcP* 217 (2017)).
- Hamann, Wolfgang*: Beteiligung des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal – Anmerkung zu LArbG Berlin Brandenburg 21. Beschwerdekammer, Beschluss vom 05.12.2019 – 21 TaBV 489/19, *juris PraxisReport Arbeitsrecht* 11 (2020), Anm. 4 (zit.: *W. Hamann*, *jurisPR-ArbR* 11 (2020), Anm. 4).
- Hamayon, Robert N.*: Tricks of the Trade or How Siberian Hunters Play the Game of Life-Exchange in: Gerschlager, Caroline (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange – Deception, Self-Deception and Illusions*, Dordrecht/Boston, 2001, S. 133–148 (zit.: *Hamayon* in: Gerschlager (Hrsg.), *Expanding the Economic Concept of Exchange*).
- Harms, Wolfgang*: Der Kampf um die Marktwirtschaft in: Harms, Wolfgang/Heckelmann, Dieter/Knöpfe, Robert/Teichmann, Arndt (Hrsg.), *Entwicklungstendenzen im Wirt-*

- schafts- und Unternehmensrecht: Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin, 1973, S. 101–128 (zit.: *Harms* in: FS Bartholomeyczik).
- Härri, Matthias*: Die nicht arglistige Täuschung, Plädoyer – Das Magazin für Recht und Politik 1998, S. 26–32 (zit.: *Härri*, Plädoyer 1998).
- Harris, Milton/Raviv, Artur*: Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information, *Journal of Economic Theory* 20 (1979), S. 231–259.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar, München, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG).
- Haselhubn, Michael P./Schweitzer, Maurice E./Kray, Laura J./Kennedy, Jessica A.*: Perceptions of High Integrity Can Persist After Deception: How Implicit Beliefs Moderate Trust Erosion, *Journal of Business Ethics* 145 (2017), S. 215–225 (zit.: *Haselhubn et al.*, *Journal of Business Ethics* 145 (2017)).
- Hattenhauer, Hans (Hrsg.): Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794, Berlin, 3. Aufl. 1996 (zit.: *Bearbeiter* in: Hattenhauer (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten).
- Haustein, Berthold*: Äpfel, Birnen, Daten, Sachen – Dateneigentum am Beispiel von Immobilien in: Beck, Susanne/Kusche, Carsten/Valerius, Brian (Hrsg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht – Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, Baden-Baden, 2020, S. 235–254 (zit.: *Haustein* in: Festgabe Forschungsstelle RobotRecht).
- Hayek, Friedrich A. von*: The Use of Knowledge in Society, *The American Economic Review* 35 (1945), S. 519–530.
- Hechter, Michael/Opp, Karl-Dieter*: What Have We Learned About the Emergence of Social Norms? in: Hechter, Michael/Opp, Karl-Dieter (Hrsg.), *Social Norms*, New York, 2001, S. 394–415 (zit.: *Hechter/Opp* in: Hechter/Opp (Hrsg.), *Social Norms*).
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *Archiv für die civilistische Praxis* 112 (1914), S. 1–318 (zit.: *Heck*, AcP 112 (1914)).
- Hefendehl, Roland*: Daten-Dammbrüche – oder warum nicht jede Nase zu einem Kamel führt, *JuristenZeitung* 2009, S. 165–174 (zit.: *Hefendehl*, JZ 2009).
- Heinze, Christian/Engel, Andreas*: Der neue Schadensersatzanspruch für Verbraucher bei UWG-Verstößen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2021, S. 2609–2614 (zit.: *Heinze/Engel*, NJW 2021).
- Heise, Michael*: The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship – Judicial Decision Making and the New Empiricism, *University of Illinois Law Review* 4 (2002), S. 819–850.
- Henkel, Heinrich*: Einführung in die Rechtsphilosophie, München, 2. Aufl. 1977.
- Henrich, Dieter*: Die unbewußte Irreführung, *Archiv für die civilistische Praxis* 162 (1963), S. 88–104 (zit.: *Henrich*, AcP 162 (1963)).
- Herresthal, Carsten*: Private Macht im Vertragsrecht – Austauschverträge in: Möslein, Florian (Hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016, S. 145–192 (zit.: *Herresthal* in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*).
- Herrmann, Johannes*: Der Gedanke des *iustum pretium* in der Antike in: Schiemann, Gottfried (Hrsg.), *Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte*, München, 1990, S. 384–394 (zit.: *Herrmann* in: Schiemann (Hrsg.), *Kleine Schriften zur Rechtsgeschichte*).
- Hertogh, Marc*: A „European“ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich, *Journal of Law and Society* 31 (2004), S. 457–481.

- Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen*: Frage nach der Rechtsbefolgung – Eine Einführung in: Hilbert, Patrick/Rauber, Jochen (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Tübingen, 2019, S. 1–20 (zit.: *Hilbert/Rauber* in: Hilbert/Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?).
- Hilgendorf, Eric*: Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug, Juristische Schulung 1994, S. 466–469 (zit.: *Hilgendorf*, JuS 1994).
- Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*: Strafrecht Besonderer Teil II: Vermögensdelikte, München, 2. Aufl. 2021 (zit.: *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht Besonderer Teil II).
- Hill, John P./Kochendorfer, Roy A.*: Knowledge of peer success and risk of detection as determinants of cheating, Development Psychology 1 (1969), S. 231–238.
- Hillenkamp, Thomas*: Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen, 1981.
- ders.*: Was macht eigentlich die Viktimodogmatik?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 129 (2017), S. 596–628 (zit.: *Hillenkamp*, ZStW 129 (2017)).
- Hirschleifer, Jack*: The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, The American Economic Review 61 (1971), S. 561–574.
- Hoche, Alfred*: Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik, Berlin, 1932.
- Hodes, W. William*: Truthfulness and Honesty among American Lawyers: Perception, Reality, and the Professional Reform Initiative, South Carolina Law Review 53 (2002), S. 527–548.
- Hoeren, Thomas*: Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich, Wettbewerb in Recht und Praxis 2009, S. 789–794 (zit.: *Hoeren*, WRP 2009).
- Höffding, Harald*: Psychologie in Umrissen auf Grundlage der Erfahrung, Leipzig, 1887 (zit.: *Höffding*, Psychologie in Umrissen).
- Höffe, Otfried*: Aristoteles – Die Hauptwerke: Ein Lesebuch, Tübingen, 2009 (zit.: *Höffe*, Aristoteles).
- Hoffer, Stephanie R.*: Misrepresentation: The Restatement’s Second Mistake, University of Illinois Law Review 115 (2014), S. 115–174.
- Hoffman, David A.*: The Best Puffery Article Ever, Iowa Law Review 91 (2006), S. 1395–1448.
- Hoffmann, Angela/Hackelbusch, Kerstin*: Sonderangebote und psychologische Preissetzung im deutschen Lebensmitteleinzelhandel, German Journal of Agricultural Economics 62 (2013), S. 173–191 (zit.: *Hoffmann/Hackelbusch*, GJAE 62 (2013)).
- Hölder, Eduard*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze, Bd. 1: Allgemeiner Theil und Einleitung, München, 1900 (zit.: *Hölder*, Kommentar zum AT des BGB, Bd. 1).
- Holler, Daniel E.*: Das „Gebot fairen Verhandeln“ bei der Loslösung von Aufhebungsverträgen, Neue Juristische Wochenschrift 2019, S. 2206–2210 (zit.: *Holler*, NJW 2019).
- Holmes, Oliver W. Jr.*: The Common Law, Chicago (IL.), 2009.
- Holmström, Bengt*: Moral Hazard and Observability, The Bell Journal of Economics 10 (1979), S. 74–91.
- Holtz, Hajo M.*: Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Baden-Baden, 2010 (zit.: *Holtz*, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht).
- Hölzle, Gerrit*: Verstrickung durch Desinformation – Eine rechtsdogmatische Auseinandersetzung auf Grundlage einer ökonomischen Analyse im Recht, Tübingen, 2012 (zit.: *Hölzle*, Verstrickung durch Desinformation).
- Holzman, Eric R./Miller, Brian P./Williams, Brian M.*: The Local Spillover Effect of Corporate Accounting Misconduct: Evidence from City Crime Rates, Contemporary Ac-

- counting Research 38 (2021), S. 1542–1580 (zit.: *Holzman/B. Miller/Williams*, Contemporary Accounting Research 38 (2021)).
- Honsell, Heinrich (Hrsg.): Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel, 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR).
- Honsell, Heinrich*: Was ist Gerechtigkeit?, Bern, 2. Aufl. 2023.
- Höpfner, Clemens*: Die systemkonforme Auslegung: zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen, 2008 (zit.: *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung).
- Hördt, Michael*: Überrumpelung und Druck – Das Gebot fairen Verhandeln und seine Reichweite, Arbeitsrecht Aktuell 2019, S. 289–292 (zit.: *Hördt*, ArbRAktuell 2019).
- ders.*: Das Gebot fairen Verhandeln – immer noch keine Klarheit in der Praxis, Arbeitsrecht Aktuell 2022, S. 38–41 (zit.: *Hördt*, ArbRAktuell 2022).
- Horn, Norbert*: Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“, Archiv für die civilistische Praxis AcP 176 (1976), S. 307–333 (zit.: *Horn*, AcP 176 (1976)).
- Horton, Simon*: The Leader’s Guide to Negotiation: How to Use Soft Skills to Get Hard Results, Harlow, 2016 (zit.: *Horton*, The Leader’s Guide to Negotiation).
- Houser, Daniel/Vetter, Stefan/Winter, Joachim*: Fairness and Cheating, European Economic Review 56 (2012), S. 1645–1655.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank*: Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht, Berlin, 8. Aufl. 2023 (zit.: *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 1).
- Hu, Hsien Chin*: The Chinese Concepts of „Face“, American Anthropologist 46 (1944), S. 45–64.
- Huang, Peter H./Anderson, Christopher J.*: A Psychology of Emotional Legal Decision Making: Revulsion and Saving Face in Legal Theory and Practice, Minnesota Law Review 90 (2006), S. 1045–1071.
- Huber, Ulrich*: Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2000 – Aufklärungspflichten: Mit Vorträgen von Ulrich Huber und Heinrich Dörner, Karlsruhe, 2001, S. 5–37 (zit.: *Huber* in: E. Lorenz (Hrsg.), Aufklärungspflichten).
- Hubmann, Heinrich*: Naturrecht und Rechtsgefühl, Archiv für die civilistische Praxis 153 (1954), S. 257–331 (zit.: *Hubmann*, AcP 153 (1954)).
- ders.*: Wertung und Abwägung im Recht, Köln, 1977.
- Hufen, Friedhelm*: Rechtsformen, Möglichkeiten und Grenzen der sanften Beeinflussung des Menschen durch den Staat, Juristische Schulung 2020, S. 193–199 (zit.: *Hufen*, JuS 2020).
- Huguenin, Claire*: Die absichtliche Täuschung durch Dritte – Art. 28 Abs. 2 OR, Schweizerische Juristen-Zeitung 95 (1999), S. 261–269 (zit.: *Huguenin*, SJZ 95 (1999)).
- dies.* (Begr.): Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich u.a., 3. Aufl. 2019 (zit.: *Huguenin*, Obligationenrecht – AT/BT).
- Hürlimann-Kaup, Bettina*: Art. 28 OR und kaufrechtliche Sachgewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Käufers, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 138 (2002), S. 137–151 (zit.: *Hürlimann-Kaup*, ZBJV 138 (2002)).
- Husserl, Gerhart*: Recht und Welt – Rechtsphilosophische Abhandlungen, Frankfurt a. M., 1964 (zit.: *Husserl*, Recht und Welt, 1964).
- Iro, Gert M.*: Versuch eines harmonischen Verständnisses der Bestimmungen über Willensmängel bei Verkehrsgeschäften, Juristische Blätter 96 (1974), S. 225–237 (zit.: *Iro*, JBl 96 (1974)).

- ders.*: Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel – Teil 1, *Juristische Blätter* 104 (1982), S. 470–477 (zit.: *Iro*, *JBl* 104 (1982)).
- ders.*: Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel – Teil 2, *Juristische Blätter* 104 (1982), S. 510–519 (zit.: *Iro*, *JBl* 104 (1982)).
- Isay, Hermann*: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin, 1929.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg, 3. Aufl. 2007 (zit.: *Bearbeiter* in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5).
- dies.* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7: Freiheitsrechte, Heidelberg, 3. Aufl. 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7).
- Jackiewicz, Paul R.*: Evidence – The Parol Evidence Rule: Its Narrow Concept as a Substantive Rule of Law, *Notre Dame Law Review* 30 (1955), S. 653–661.
- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard*: Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 210 (2010), S. 196–250 (zit.: *Jansen/Zimmermann*, *AcP* 210 (2010)).
- Janssen, Maximilian*: Befragungstaktik und Aussagepsychologie bei unternehmensinternen kartellrechtlichen Untersuchungen, *Corporate Compliance Zeitschrift* 2016, S. 270–274 (zit.: *Janssen*, *CCZ* 2016).
- Jap, Sandy/Robertson, Diana C./Hamilton, Ryan*: The Dark Side of Rapport: Agent Misbehavior Face-to-Face and Online, *Management Science* 57 (2011), S. 1610–1622.
- Jarass/Pieroth*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, Jarass, Hans D./Kment, Martin (Bearb.), München, 17. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Jarass/Pieroth, GG).
- Jauernig*: Bürgerliches Gesetzbuch: BGB (Kommentar), Stürner, Rolf (Hrsg.), 19. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Jauernig, BGB).
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.*: Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics* 4 (1976), S. 305–360 (zit.: *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 4 (1976)).
- Jhering, Rudolf von*: Der Kampf ums Recht – Vortrag des Hofraths Professor Jhering: gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 11. März 1872, *Juristische Blätter* 1 (1872), S. 29–34 (zit.: *v. Jhering*, *JBl* 1 (1872)).
- Jhering, Rudolf von/Demelius, Gustav*: Culpa in contrahendo – oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 4 (1861), S. 1–158 (zit.: *v. Jhering/Demelius*, *JherJb* 4 (1861)).
- John, Leslie K.*: How to Negotiate with a Liar, *Harvard Business Review* 94 (2016), S. 114–117.
- Johnson, William C./Xie, Wenjue/Yi, Sangho*: Corporate Fraud and the Value of Reputations in the Product Market, *Journal of Corporate Finance* 25 (2014), S. 16–39 (zit.: *W. Johnson/Xie/Yi*, *Journal of Corporate Finance* 25 (2014)).
- Jolly, Alison*: Primate Communication, Lies, and Ideas in: Lock, Andrew/Peters, Charles, R. (Hrsg.), *Handbook of Human Symbolic Evolution*, Malden, 1999, S. 167–172 (zit.: *Jolly* in: Lock/Peters (Hrsg.), *Handbook of Human Symbolic Evolution*).
- Jost, Peter J.*: Die Prinzipal-Agenten-Theorie im Unternehmenskontext in: Jost, Peter J. (Hrsg.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart, 2001, S. 11–44 (zit.: *Jost* in: Jost (Hrsg.), *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre*).

- Jung, Heike*: Rechtswissenschaft in: Matsuzawa, Shin/Nuotio, Kimmo (Hrsg.), *Methodology of Criminal Law Theory: Art, Politics or Science?*, Baden-Baden, 2021, S. 157–170 (zit.: *H. Jung* in: Matsuzawa/Nuotio (Hrsg.), *Methodology of Criminal Law Theory*).
- Jung, Seemun/Vranceanu, Radu*: Experimental Evidence on Gender Differences in Lying Behaviour, *Revue Économique* 68 (2017), S. 859–873 (zit.: *SE. Jung/Vranceanu*, *Revue Économique* 68 (2017)).
- Jung, Stefanie*: Bluffing in Business-to-Business Contract Negotiations: The Relationship between Moral Intuition, *Rechtsgefühl*, and the Law in the United States and Germany, *Southern California Law Review* 92 (2019), S. 973–1001 (zit.: *S. Jung*, *Southern California Law Review* 92 (2019)).
- dies.*: Das Rechtsgefühl im unternehmerischen Vertragsrecht, *Rechtswissenschaft* 11 (2020), S. 378–419 (zit.: *S. Jung*, *Rechtswissenschaft* 11 (2020)).
- dies.*: Acceptable Lies in Contract Negotiations, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021), S. 255–295 (zit.: *S. Jung*, *Journal of Dispute Resolution* 2021 (2021)).
- dies.*: Rechtmäßige Täuschungen in unternehmerischen Vertragsverhandlungen?, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2021, S. 117–126 (zit.: *S. Jung*, *ÖJZ* 2021).
- dies.*: Ein Gebot des fairen Verhandlens im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, *Wertpapiermitteilungen* 2023, S. 901–908 (zit.: *S. Jung*, *WM* 2023).
- dies.*: Ein Spielraum für absichtliche Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen?, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 19 (2023), S. 962–976 (zit.: *S. Jung*, *SJZ* 19 (2023)).
- dies.*: Der Einfluss der neuen europäischen Vorgaben zur Entgelttransparenz vor Beschäftigung auf Gehaltsverhandlungen, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2024, S. 18–24 (zit.: *S. Jung*, *NZA* 2024).
- dies.*: „Fairness“ bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen durch das Gebot des fairen Verhandlens?, *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2024, S. 25–51 (zit.: *S. Jung*, *ZfA* 2024).
- dies.*: EU-Entgelttransparenz-Richtlinie, *Recht der Arbeit* 2024, (im Erscheinen) (zit.: *S. Jung*, *RdA* 2024).
- dies.*: Die Verhandlungsfreiheit als Pendant zur Vertragsfreiheit (demnächst).
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter*: Die Vertragsverhandlung – taktische, strategische und rechtliche Elemente, Wiesbaden, 2016 (zit.: *S. Jung/Krebs*, *Die Vertragsverhandlung*).
- dies.*: *The Essentials of Contract Negotiation*, Cham, 2019 (zit.: *S. Jung/Krebs*, *The Essentials of Contract Negotiation*).
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter/Gélvez-Álvarez, Lina M.*: Group differences regarding moral and legal beliefs: does professional practice shape our expectations and judgment in contract negotiations?, working paper 2022, S. 1–57 (unveröffentlichte Fassung) (zit.: *S. Jung/Krebs/Gélvez-Álvarez*, *Group differences regarding moral and legal beliefs*, working paper 2022).
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter/Leszczynska, Monika*: Does it matter what negotiators lie about?, 2021, S. 1–51, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916340 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023) (zit.: *S. Jung/Krebs/Leszczynska*, *Does it matter what negotiators lie about?*).
- Jung, Stefanie/Matejek, Michael*: Multidimensionalität von (Mediations-)Verhandlungen – Teil 1, *Zeitschrift für Konflikt Management* 2021, S. 102–106 (zit.: *S. Jung/Matejek*, *ZKM* 2021).
- dies.*: Multidimensionalität von (Mediations-)Verhandlungen – Teil 2, *Zeitschrift für Konflikt Management* 2021, S. 234–239 (zit.: *S. Jung/Matejek*, *ZKM* 2021).

- Juris Praxiskommentar BGB, Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), Bd. 1: Allgemeiner Teil: §§ 1–240, Saarbrücken, 10. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: jurisPK-BGB, Bd. 1).
- Juris Praxiskommentar BGB, Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), Bd. 2: Schuldrecht: §§ 241–853, Saarbrücken, 10. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: jurisPK-BGB, Bd. 2).
- Juris Praxiskommentar UWG, Seichter, Dirk (Hrsg.), Saarbrücken, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: jurisPK-UWG).
- Jüttner, Michael*: Die Zurechnung der arglistigen Täuschung Dritter im rechtsgeschäftlichen Bereich unter besonderer Berücksichtigung des Problems der „gespaltenen“ Arglist, Münster, 1998 (zit.: *Jüttner*, Die Zurechnung der arglistigen Täuschung Dritter).
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*: Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47 (1979), S. 263–292.
- Kamanabrou, Sudabeh*: Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, *Archiv für die civilistische Praxis* 202 (2002), S. 662–688 (zit.: *Kamanabrou*, AcP 202 (2002)).
- dies.*: Das Gebot des fairen Verhandeln bei Aufhebungsverträgen, *Recht der Arbeit* 2020, S. 201–209 (zit.: *Kamanabrou*, RdA 2020).
- Kant, Immanuel*: Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, Zweites Hauptstück: Die Pflicht des Menschen gegen sich selbst als einem moralischen Wesen, 1797, abgedruckt in: *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, Bd. 8, hrsg. v. Weischedel, Wilhelm, 19. Aufl. 2021, S. 562–564 (zit.: *Kant* in: Weischedel (Hrsg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. 8).
- dies.*: Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu Lügen, 1797, abgedruckt in: *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, Bd. 8, hrsg. v. Weischedel, Wilhelm, 19. Aufl. 2021, S. 637–643 (zit.: *Kant* in: Weischedel (Hrsg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. 8).
- Karakatsanes, Johannes*: Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, Berlin, 1974.
- Karpoff, Jonathan M./Lott Jr., John R.*: The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud, *The Journal of Law & Economics* 36 (1993), S. 757–802.
- Karrass, Chester L.*: Give and Take – The Complete Guide to Negotiating Strategies and Tactics, Beverly Hills, 2. Aufl. 2016 (zit.: *C. Karrass*, Give and Take).
- Karrass, Gary*: Negotiate to Close: How to Make More Successful Deals, New York, 1987 (zit.: *G. Karrass*, Negotiate to Close).
- Karstedt-Henke, Susanne*: Die Stützung von strafrechtlichen Normen und Sanktionen durch das Rechtsgefühl in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen, 1985, S. 210–239 (zit.: *Karstedt-Henke* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*).
- Kaufmann, Franz-Xaver*: Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen, 1985, S. 185–202 (zit.: *F.-X. Kaufmann* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*).
- Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo*: Das Verhältnis der Bevölkerung der Bundesrepublik zur Rechtspflege – Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage, *Neue Juristische Wochenschrift* 1971, S. 497–499 (zit.: *Kaupen/Rasehorn*, NJW 1971).
- Keating, Daniel*: Exploring the Battle of the Forms in Action, *Michigan Law Review* 98 (2000), S. 2678–2715.

- Keep, William W./Schneider, Gary P.*: Deception and defection from ethical norms in market relationships: a general analytic framework, *Business Ethics: A European Review* 19 (2010), S. 64–80.
- Keeton, W. Page*: Fraud – Misrepresentations of Law, *Texas Law Review* 15 (1937), S. 409–421.
- ders.*: Fraud – Misrepresentations of Opinion, *Minnesota Law Review* 21 (1937), S. 643–670.
- Kelley, Harold H.*: A classroom study of the dilemmas in interpersonal negotiations in: Archibald, Kathleen (Hrsg.), *Strategic Interaction and Conflict – Original Papers and Discussion*, 1966, S. 49–73 (zit.: *Kelley* in: Archibald (Hrsg.), *Strategic Interaction and Conflict*).
- Kieser, Alfred/Ebers, Mark*: *Organisationstheorien*, Stuttgart, 8. Aufl. 2019 (zit.: *Kieser/Ebers, Organisationstheorien*).
- Killias, Martin*: Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Opladen, 1985, S. 257–275 (*Killias* in: Lampe (Hrsg.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*).
- Kindhäuser, Urs*: Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft* 103 (1991), S. 398–424 (zit.: *Kindhäuser*, ZStW 103 (1991)).
- Kirchhof, Ferdinand*: Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, S. 1492–1497 (zit.: *F. Kirchhof*, NJW 2020).
- Kirchhof, Gregor*: Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, S. 136–137 (zit.: *G. Kirchhof*, ZRP 2015).
- Kirchner, Christian*: *Ökonomische Theorie des Rechts – Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. Oktober 1996*, Berlin/New York, 1997 (zit.: *Kirchner, Ökonomische Theorie des Rechts*).
- Klang, Heinrich/Gschnitzer, Franz* (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 4/1: §§ 859–1044, Wien, 2. Aufl. 1968 (zit.: *Bearbeiter* in: *Klang/Gschnitzer* (Hrsg.), *Kommentar zum ABGB*, Bd. 4/1).
- Klass, Gregory*: *Contract Law in the United States*, Alphen aan den Rijn, 2. Aufl. 2012.
- Klausberger, Kurt*: *Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht – Typologie, Wesentlichkeit und Abgrenzungen (auch zu verwandten Tatbeständen)*, Zürich, 1989 (zit.: *Klausberger, Die Willensmängel im schweizerischen Vertragsrecht*).
- Kleef, Gerben A. van/De Dreu, Carsten K./Manstead, Antony S.*: The Interpersonal Effects of Emotions in Negotiations: A Motivated Information Processing Approach, *Journal of Personality and Social Psychology* 87 (2004), S. 510–528.
- Kleef, Gerben A. van/Gelfand, Michele J./Jetten, Jolanda*: The dynamic nature of social norms: New perspectives on norm development, impact, violation, and enforcement, *Journal of Experimental Social Psychology* 84 (2019), 103814, S. 1–5.
- Kleist, Heinrich von*: Michael Kohlhaas, 1810/1811.
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin* (Hrsg.): *ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, Stand 01.08.2019, rdb.at (zit.: *Bearbeiter* in: *Kletečka/Schauer* (Hrsg.), *ABGB-ON*^[.03]).
- Klose, Martin*: *Modernes Gewohnheitsrecht*, *Rechtswissenschaft* 2017, S. 370–401 (zit.: *Klose, Rechtswissenschaft* 2017).
- Kluge*: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Seebold, Elmar (Bearb.), Berlin/Boston, 25. Aufl. 2011 (zit.: *Kluge, Etymologisches Wörterbuch*).
- Knütel, Rolf*: *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, S. 244–276 (zit.: *Knütel*, ZEuP 1994).

- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*: Juristische Begründungslehre, München, 1982 (zit.: *H.-J. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre*).
- Koch, Harald/Magnus, Ulrich/Winkler von Mohrenfels, Peter*: IPR und Rechtsvergleichung – Ein Studien- und Übungsbuch zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht und zur Rechtsvergleichung, München, 4. Aufl. 2010 (zit.: *H. Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung*).
- Kocher, Martin G./Schudy, Simeon/Spantig, Lisa*: I Lie? We Lie! Why? Experimental Evidence on a Dishonesty Shift in Groups, *Management Science* 64 (2018), S. 3995–4008.
- Kodek, Georg E.*: Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode im Privatrecht – akademischer Aufputz oder Bereicherung in: Gamper, Anna/Verschraegen, Bea (Hrsg.), *Rechtsverglei- chung als juristische Auslegungsmethode*, Wien, 2013, S. 23–53 (zit.: *Kodek* in: Gamper/ Verschraegen (Hrsg.), *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*).
- Köhler, Helmut.*: Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher im künftigen UWG, Wett- bewerb in Recht und Praxis, S. 129–136 (zit.: *Köhler, WRP* 2021).
- ders.*: Der Schadensersatzanspruch für Verbraucher im UWG und seine Realisierung, Ge- werblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2022, S. 435–446 (zit.: *Köhler, GRUR* 2022).
- ders.*: BGB Allgemeiner Teil, München, 47. Aufl. 2023 (zit.: *Köhler, BGB AT*).
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (Hrsg.): Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 13a: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München, 41. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbei- ter* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), *UWG, Bd. 13a*).
- Köhler, Helmut/Piper, Henning* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Mün- chen, 3. Aufl. 2002 (zit.: *Bearbeiter* in: Köhler/Piper (Hrsg.), *UWG*).
- Kolbe, Sebastian*: Vorsatz und Arglist, *JuristenZeitung* 2009, S. 550–557 (zit.: *Kolbe, JZ* 2009).
- Koller, Alfred*: Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – Bd. 1 – Handbuch allgemeinen Teils des Obligationenrechts, Bern, 5. Aufl. 2023 (zit.: *A. Koller, OR – AT, Bd. 1*).
- Koller, Thomas*: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung im Jahr 2006 – veröffentlicht im Bd. 132, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 144 (2008), S. 318–356 (zit.: *T. Koller, ZBJV* 144 (2008)).
- Köndgen, Johannes/Mörsdorf, Oliver*: Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin/Boston, 4. Aufl. 2021, S. 131–180 (zit.: *Köndgen/Mörsdorf* in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenleh- re*).
- Koning, Lukas/Dijk, Eric van/Beest, Ilja van/Steinel, Wolfgang*: An Instrumental Account of Deception and Reactions to Deceit in Bargaining, *Business Ethics Quarterly* 20 (2010), S. 57–73 (zit.: *Koning et al., Business Ethics Quarterly* 20 (2010)).
- Koning, Lukas/Steinel, Wolfgang/Beest, Ilja van/Dijk, Erik van*: Power and deception in ultimatum bargaining, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), S. 35–42 (zit.: *Koning et al., Organizational Behavior and Human Decision Pro- cesses* 115 (2011)).
- Kopelman, Shirli/Rosette, Ashleigh S./Thompson, Leigh*: The three faces of Eve: Strategic displays of positive, negative, and neutral emotions in negotiations, *Organizational Be- havior and Human Decision Processes* 99 (2006), S. 81–101.
- Korch, Stefan*: Abweichende Annahme? Kein Fall für Treu und Glauben!, *Neue Juristische Wochenschrift* 2014, S. 3552–3555 (zit.: *Korch, NJW* 2014).
- Kornfeld, Sigmund*: Das Rechtsgefühl, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Pra- xis* 1919, S. 28–100 (zit.: *Kornfeld, ZRph* 1919).

- Korobkin, Russell*: Behavioral Ethics, Deception, and Legal Negotiation, Nevada Law Journal 20 (2020), S. 1209–1255.
- Korobkin, Russell/Moffitt, Michael/Welsh, Nancy*: The Law of Bargaining, Marquette Law Review 87 (2004), S. 839–846.
- Kötz, Hein D.*: Vertragliche Aufklärungspflichten – Eine rechtsökonomische Studie in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 1998, S. 563–577 (zit.: *Kötz* in: FS Drobnig).
- ders.*: Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung in: Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 2, München, 2000, S. 825–843 (zit.: *Kötz* in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 2).
- ders.*: Europäisches Vertragsrecht, Tübingen, 2. Aufl. 2015.
- Koziol, Helmut*: Auflösung des Vertrages wegen listig herbeigeführten unwesentlichen Irrtums?, Österreichisches Recht der Wirtschaft 2008, S. 4–6 (zit.: *Koziol*, RdW 2008).
- Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/Bollenberger, Raimund* (Hrsg.): ABGB Kurzkomentar, 6. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), ABGB Kurzkomentar).
- Krabbe, Hugo*: Het Rechtsgezag – Verdediging en toelichting, 's-Gravenhage, 1917 (zit.: *Krabbe*, Het Rechtsgezag).
- Kramer, Ernst A.*: Der Irrtum bei Vertragsschluss – Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Zürich, 1998 (zit.: *E. Kramer*, Der Irrtum bei Vertragsschluss).
- ders.*: Bausteine für einen „Common Frame of Reference“ des europäischen Irrtumsrechts, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2007, S. 247–259 (zit.: *E. Kramer*, ZEuP 2007).
- ders.*: Juristische Methodenlehre, München u. a., 6. Aufl. 2019 (zit.: *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre).
- Kramer, Roderick M./Newton, Elizabeth/Pommerenke, Pamela L.*: Self-Enhancement Biases and Negotiator Judgment: Effects of Self-Esteem and Mood, Organizational Behavior and Human Decision Processes 56 (1993), S. 110–133 (zit.: *R. Kramer/Newton/Pommerenke*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 56 (1993)).
- Kray, Laura J./Kennedy, Jessica A./Zant, Alex B. van*: Not competent enough to know the difference? Gender stereotypes about women's ease of being misled predict negotiator deception, Organizational Behavior and Human Decision Processes 125 (2014), S. 61–72.
- Krebs, Peter*: Geschäftsführungshaftung bei der GmbH & Co. KG und das Prinzip der Haftung für sorgfaltswidrige Leitung, Baden-Baden, 1991.
- ders.*: Die Begründungslast, Archiv für die civilistische Praxis 195 (1995), S. 171–211 (zit.: *Krebs*, AcP 195 (1995)).
- ders.*: Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, München, 2000.
- Krebs, Peter/Becker, Maximilian*: Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, Juristische Schulung 2013, S. 97–104 (zit.: *Krebs/M. Becker*, JuS 2013).
- Krebs, Peter/Jung, Stefanie*: Europäische Rechtsmethodik in: Jung, Stefanie/Krebs, Peter/Stiegler, Sascha (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, Baden-Baden, 2019 (zit.: *Krebs/S. Jung* in: Krebs/S. Jung/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa).
- Krejci, Heinz*: Zur Anfechtung von Wertpapierkäufen wegen irreführender Werbung und Beratung, Österreichische Juristen-Zeitung 2010, S. 58–69 (zit.: *Krejci*, ÖJZ 2010).
- Kremer, Thomas/Bachmann, Gregor/Lutter, Marcus/Werder, Axel von* (Hrsg.): Deutscher Corporate Governance Kodex, München, 9. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Kremer et al. (Hrsg.), DCGK).
- Kriele, Martin*: Recht und praktische Vernunft, Göttingen, 1979.

- ders.*: Rechtsgefühl und Legitimität der Rechtsordnung in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Opladen, 1985, S. 23–36 (zit.: *Kriele* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl).
- Krimphove, Dieter*: Rechtsethologie – Die Ableitung des Rechts aus der Entwicklungsgeschichte des Menschen, Berlin, 2021 (zit.: *Krimphove*, Rechtsethologie).
- Kriss, Peter H./Nagel, Rosmarie/Weber, Roberto A.*: Implicit vs. explicit deception in ultimatum games with incomplete information, *Journal of Economic Behavior & Organization* 93 (2013), S. 337–346 (zit.: *Kriss/Nagel/R. Weber*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 93 (2013)).
- Kroeger, Frens*: How is trust institutionalized? Understanding collective and long-term trust orientations in: Bachmann, Reinhard/Zaheer, Akbar (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, Cheltenham, 2013. S. 261–284 (zit.: *Kroeger* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*).
- Kronman, Anthony K.*: Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, *Journal of Legal Studies* 1 (1978), S. 1–34.
- Kronzon, Shirit/Darley, John*: Is this tactic ethical? Biased judgments of ethics in negotiation, *Basic and Applied Social Psychology* 21 (1999), S. 49–60.
- Kruglanski, Arie W./Orehek, Edward*: Partitioning the Domain of Social Inference: Dual Mode and Systems Models and Their Alternatives, *Annual Review of Psychology* 58 (2007), S. 291–316.
- Kübl, Friedrich*: Das Rechtsgefühl, Berlin, 1913.
- Kuhlenbeck, Ludwig*: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Einleitung und Allgemeiner Theil, Berlin, 1898 (zit.: *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum BGB, Bd. 1).
- ders.*: Zur Psychologie des Rechtsgefühls, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1 (1907), S. 16–25 (zit.: *Kuhlenbeck*, *ARWP* 1 (1907)).
- Kull, Andrew*: Unilateral Mistake: The Baseball Card Case, *Washington University Law Review* 70 (1992), S. 57–84.
- Kupfer, Tim/Weiß, Johannes*: Die Warenkaufrichtlinie – Schlussstein in der Harmonisierung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts?, *Verbraucher und Recht* 2020, S. 95–101 (zit.: *Kupfer/Weiß*, *VuR* 2020).
- Küpper, Wolfgang*: Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, Berlin, 1988.
- Kurth, Frowin J.*: Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, Frankfurt a.M., 1984.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin* (Hrsg.): *Strafgesetzbuch: StGB*, Norderstedt, 30. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Lackner/Kühl (Hrsg.), *StGB*).
- Lagarias, Peter C.*: The Misuse of Integration, No Representation, and No Reliance Clauses in the Name of Contract Certainty, *Franchise Law Journal* 18 (1998), S. 3–6.
- Lakhani, Avnita*: The truth about lying as a negotiation tactic: Where business, ethics, and law collide ... or do they?, *Australian Alternative Dispute Resolution Bulletin* 9 (2007), S. 133–139 (zit.: *Lakhani*, *ADR Bulletin* 9 (2007)).
- Lambrini, Paola*: *Dolo generale e regole di correttezza*, Padua, 2010.
- Landweer, Hilge/Koppelberg, Dirk*: Der verkannte Zusammenhang von Recht und Emotion in: Landweer, Hilge/Koppelberg, Dirk (Hrsg.), *Recht und Emotion I – Verkannte Zusammenhänge*, Freiburg, 2016, S. 13–47 (zit.: *Landweer/Koppelberg* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), *Recht und Emotion I*).
- Lange, Heinrich*: *BGB – Allgemeiner Teil: ein Studienbuch*, München, 14. Aufl. 1973 (zit.: *Lange*, *BGB – AT*).

- Larenz, Karl*: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, *Neue Juristische Wochenschrift* 1965, S. 1–10 (zit.: *Larenz*, NJW 1965).
- ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/New York, 6. Aufl. 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg, 3. Aufl. 1995.
- Latzel, Clemens*: Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, Berlin/Heidelberg, 2020.
- Laumen, Hans W.*: Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, S. 3739–3746 (zit.: *Laumen*, NJW 2002).
- Le Moulec, Eliaz*: Réforme du droit des obligations: Quelques éléments relatifs aux vices du consentement, *Revue juridique de l'Ouest* 2016, S. 39–50.
- Leenen, Detlef/Häublein, Martin*: BGB Allgemeiner Teil, München, 3. Aufl. 2021 (zit.: *Leenen/Häublein*, BGB AT).
- Leibenstein, Harvey*: Bandwagon, Snob, and Veblen Effects in the Theory of Consumers' Demand, *The Quarterly Journal of Economics* 64 (1950), S. 183–207.
- Leighton, Richard J.*: Making Puffery Determinations in Lanham Act False Advertising Cases: Surveys, Dictionaries, Judicial Edicts and Materiality Tests, *Trademark Reporter* 95 (2005), S. 615–641.
- Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark A.* (Hrsg.): Anwaltkommentar StGB, Heidelberg, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB).
- Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch*, Cirener, Gabrielea/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas (Hrsg.), Bd. 9/1: §§ 263–266b, Berlin, 12. Aufl. 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: *Leipziger Kommentar StGB*, Bd. 9/1).
- Leisner, Anna*: Kontinuität als Verfassungsprinzip – Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, Tübingen, 2002 (zit.: *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip).
- Leming, James S.*: Cheating Behavior, Subject Variables, and Components of the Internal-External Scale under High and Low Risk Conditions, *The Journal of Educational Research* 74 (1980), S. 83–87.
- Lepage, Agathe/Matsopoulou, Haritini*: Droit pénal spécial, Paris, 2015.
- Levine, Emma E./Schweitzer, Maurice E.*: Are Liars Ethical? On the Tension Between Benevolence and Honesty, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014), S. 107–117 (zit.: *E. Levine/Schweitzer*, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014)).
- Levine, Timothy R./Park, Hee Sun/McCornack, Steven A.*: Accuracy in detecting truths and lies: Documenting the „veracity effect“, *Communications Monographs* 66 (1999), S. 125–144 (zit.: *T. Levine/Hee Sun/McCornack*, *Communications Monographs* 66 (1999)).
- Levmore, Saul*: Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts, *Virginia Law Review* 68 (1982), S. 117–160.
- ders.*: A Theory of Deception and then of Common Law Categories, *Texas Law Review* 85 (2007), S. 1359–1383.
- Lewicki, Roy J.*: Lying and Deception: A Behavioural Model in: Bazerman, Max H./Lewicki Roy J. (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*, Beverly Hills, 1983, S. 68–90 (zit.: *Lewicki* in: *Bazerman/Lewicki* (Hrsg.), *Negotiating in Organizations*).
- Lewicki, Roy J./Barry, Bruce/Saunders, David M.*: *Negotiation*, New York, 8. Aufl. 2020.
- Lewicki, Roy J./Hanke, Ralph*: Once fooled, shame on you! Twice fooled, shame on me! What deception does to deceivers and victims: Implications for negotiators when ethical-

- ity is unclear in: Goldman, Barry M./Shapiro, Debra L. (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace – New Challenges and New Solutions*, New York, 2012, S. 211–241 (zit.: *Lewicki/Hanke* in: Goldman/D. L. Shapiro (Hrsg.), *The Psychology of Negotiations in the 21st Century Workplace*).
- Lewicki, Roy J./Litterer, Joseph A.*: *Negotiation*, Homewood (IL.), 1985.
- Lewicki, Roy J./Litterer, Joseph A./Minton, John W./Saunders, David M.*: *Negotiation*, Boston, 2. Aufl. 1994 (zit.: *Lewicki et al.*, *Negotiation*).
- Lewicki, Roy J./Polin, Beth*: The role of trust in negotiation processes in: Bachmann, Reinhard/Zaheer, Akbar (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*, Cheltenham, 2013, S. 29–56 (zit.: *Lewicki/Polin* in: Bachmann/Zaheer (Hrsg.), *Handbook of Advances in Trust Research*).
- dies.*: Trust and negotiation in: Adair, Wendi L./Olekalns, Mara (Hrsg.), *Handbook of Research on Negotiation*, Cheltenham/Northampton, 2013, S. 161–190 (zit.: *Lewicki/Polin* in: Adair/Olekalns (Hrsg.), *Handbook of Research on Negotiation*).
- Lewicki, Roy J./Robinson, Robert J.*: Ethical and Unethical Bargaining Tactics: An Empirical Study, *Journal of Business Ethics* 17 (1998), S. 665–682.
- Lewicki, Roy J./Saunders, David M./Barry, Bruce*: *Essentials of Negotiation*, New York, 7. Aufl. 2021 (zit.: *Lewicki/Saunders/Barry*, *Essentials of Negotiation*).
- Lewicki, Roy J./Spencer, Gay.*: Ethical relativism and negotiating tactics: Factors affecting their perceived ethicality, Paper präsentiert auf der Academy of Management, Miami, August 1991 (unveröffentlichte Fassung) (zit.: *Lewicki/Spencer*, *Academy of Management*, Miami, FL, 1991).
- Lewicki, Roy J./Stark, Neil*: What's Ethically Appropriate in Negotiations: An Examination of Negotiation Ethics, *Social Justice Research* 9 (1996), S. 69–95.
- Lewis, Charlton T./Short, Charles*: *A Latin Dictionary – founded on Andrews' edition of Freund's Latin Dictionary*, revised, Oxford/New York, 1879 (zit.: *Lewis/Short*, *A Latin Dictionary*).
- Lind, Michael/Reinfeld, Markus*: Wegfall von Ansprüchen aus List wegen Weiterveräußerung?, *ecolex* 2015, S. 784–787.
- Lindacher, Walter F.*: Anmerkung: Beweislast des Geschädigten für Zustandekommen eines besseren Vertrags im Falle richtiger Aufklärung, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2007, S. 7–8 (zit.: *Lindacher*, *EWiR* 2007).
- Liu, Meina/Chai, Sabine*: Planning and Preparing for Effective Negotiation in: Benoliel, Michael (Hrsg.), *Negotiation Excellence: Successful Deal Making*, Hackensack, 2. Aufl. 2014, S. 1–22 (zit.: *M. Liu/Chai* in: Benoliel (Hrsg.), *Negotiation Excellence*).
- Lomfeld, Bertram*: *Die Gründe des Vertrages*, Tübingen, 2015.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*: *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1996 (zit.: *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik*).
- Lorenz, Stephan*: *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht*, München, 1997 (zit.: *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*).
- ders.*: Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, S. 1417–1419 (zit.: *S. Lorenz*, *NJW* 2003).
- ders.*: Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 1175–1179 (zit.: *S. Lorenz*, *NJW* 2006).

- Lorenz, Sven (Hrsg.): *Juvenal Satiren Saturae Lateinisch-deutsch, Satire VI* (Originaltitel: *Saturae*, Entstehungszeit geschätzt auf 100–130 n. Chr.), Berlin/Boston, 2017 (zit.: Sv. Lorenz (Hrsg.), *Juvenal Satiren Saturae*, 2017).
- Lörtscher, Thomas: *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht – unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zürich, 1977 (zit.: Lörtscher, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*).
- Lübbe-Wolff, Gertrude: *Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, Freiburg, 1981 (zit.: Lübbe-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*).
- Lübtow, Ulrich von: *De iustitia et iure*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (RA) 66 (1948), S. 458–565 (zit.: v. Lübtow, ZRG (RA) 66 (1948)).
- ders.: *Die Ursprungsgeschichte der exceptio doli und der actio de dolo malo in: Eranion in honorem Georgii S. Maridakis – Qui in fungendo professoris munere annos iam XXXV docendo consumpsit, Bd. 1: Historia iuris*, Athen, 1963, S. 183–201 (zit.: v. Lübtow in: *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, Bd. 1).
- ders.: *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung in: Harms, Wolfgang/Heckelmann, Dieter/Knöpfe, Robert/Teichmann, Arndt (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht: Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, S. 249–278 (zit.: v. Lübtow in: *FS Bartholomeyczik*).
- Lucarelli, Francesco: *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Mailand, 1964.
- Luig, Klaus: *Das Privatrecht des ALR und seine Stellung unter den Naturrechtsgesetzbüchern der Aufklärung in: Birtsch, Günter/Willoweit, Dietmar (Hrsg.), Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft*, Berlin, 1998, S. 255–271 (zit.: Luig in: *Birtsch/Willoweit (Hrsg.), Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft*).
- Lukas, Meinhard: *Die subjektive Seite der List*, *ecolex* 2012, S. 548.
- Lukesch, Helmut: *Lügen und Täuschen – Eine psychologische Perspektive in: Müller, Jörn/Nissing, Hanns-Gregor (Hrsg.), Die Lüge*, Darmstadt, 2007, S. 87–101 (zit.: Lukesch in: *J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge*).
- Lundquist, Tobias/Ellingsen, Tore/Gribbe, Erik/Johannesson, Magnus: *The Aversion to Lying*, *Journal of Economic Behavior & Organization* 70 (2009), S. 81–92 (zit.: Lundquist et al., *Journal of Economic Behavior & Organization* 70 (2009)).
- Lutz, Oskar: *Über die Abgrenzung zwischen dem zivil- und strafrechtlichen Betrug*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* 33 (1936/37), S. 67–68 (zit.: Lutz, *SJZ* 33 (1936/37)).
- Ma, Li/McLean Parks, Judi: *Your Good Name: The Relationship Between Perceived Reputational Risk and Acceptability of Negotiation Tactics*, *Journal of Business Ethics* 106 (2012), S. 161–175.
- Maaßen, Stefan: *UWG-Ansprüche für Verbraucher – zu § 9 II UWG-E, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, S. 7–10 (zit.: Maaßen, *GRUR-Prax* 2021).
- Macaulay, Stewart: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, *American Sociological Review* 28 (1963), S. 55–67.
- Macharzina, Klaus/Wolf, Joachim: *Unternehmensführung – das internationale Managementwissen Konzepte – Methoden – Praxis*, Wiesbaden, 12. Aufl. 2023 (zit.: Macharzina/J. Wolf, *Unternehmensführung*).

- Maggs, Gregory E.*: Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law, *George Washington Law Review* 66 (1998), S. 1–55.
- Magnin, François*: Réflexion critique sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques – L’abus de situation, *Juris-Classeur Périodique édition générale* 1976, 2780.
- Maier, Richard A./Lavrakas, Paul J.*: Lying Behavior and Evaluation of Lies, Perceptual and Motor Skills 42 (1976), S. 575–581.
- Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent/Stoffel-Munck, Philippe*: *Droit des obligations*, Paris, 12. Aufl. 2022.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. 1: Art. 1–19*, Köln, 7. Aufl. 2018 (zit.: *Bearbeiter* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 1).
- Mankowski, Peter*: Beseitigungsrechte – Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, München, 2003 (zit.: *Mankowski*, *Beseitigungsrechte*).
- ders.*: Arglistige Täuschung durch vorsätzlich falsche oder unvollständige Antworten auf konkrete Fragen, *JuristenZeitung* 2004, S. 121–127 (zit.: *Mankowski*, *JZ* 2004).
- Marlow, Michael L.*: Public Finance: theory and practice, 1995 (zit.: *Marlow*, *Public Finance*).
- Marschelke, Jan-Christoph*: Rechtsgefühle in Rechtssoziologie und -psychologie: Diskursanalyse und Systematisierungsansatz in: Bensch, Jonas/Zenker, Olaf (Hrsg.), *Gerechtigkeitsgefühle – Zur affektiven und emotionalen Legitimität von Normen*, Bielefeld, 2017, S. 37–72 (zit.: *Marschelke* in: Bensch/Zenker (Hrsg.), *Gerechtigkeitsgefühle*).
- Martens, Sebastian A.*: *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Tübingen, 2007.
- ders.*: Einigungsmängel im EU-Kaufrecht in: Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*, München, 2012, S. 179–202 (zit.: *Martens* in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?*).
- Martini, Mario/Kramme, Inken/Seeliger, Paul*: „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“ – Scarcity- und Countdown-Patterns bei Online-Geschäften auf dem Prüfstand des Rechts, *Verbraucher und Recht* 2022, S. 123–131 (zit.: *Martini/Kramme/Seeliger*, *VuR* 2022).
- Mason, Malia F./Wiley, Elizabeth A./Ames, Daniel R.*: From belief to deceit: How expectancies about others’ ethics shape deception in negotiations, *Journal of Experimental Social Psychology* 76 (2018), S. 239–248.
- Mathur, Vijay K.*: How Well Do We Know Pareto Optimality?, *The Journal of Economic Education* 22 (1991), S. 172–178.
- Maude, Barry*: *International Business Negotiation – Principles and Practice*, Oxford, 2014.
- Mazar, Nina/Amir, On/Ariely, Dan*: The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance, *Journal of Marketing Research* 45 (2008), S. 633–644.
- McAllister, Daniel J.*: Affect- and Cognition-Based Trust as Foundations for Interpersonal Cooperation in Organizations, *Academy of Management Journal* 38 (1995), S. 24–59.
- McCleary, Glenn A.*: Damage as a Requisite to Rescission for Misrepresentation: I, *Michigan Law Review* 36 (1937), S. 1–30.
- ders.*: Damage as a Requisite to Rescission for Misrepresentation: II, *Michigan Law Review* 36 (1937), S. 227–258.
- McKechnie, Sally/Devlin, James/Ennew, Christine/Smith, Andrew*: Effects of discount framing in comparative price advertising, *European Journal of Marketing* 46 (2012), S. 1501–1522 (zit.: *McKechnie et al.*, *European Journal of Marketing* 46 (2012)).
- McLauchlan, David*: The entire agreement clause: conclusive or a question of weight?, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 3 (2013), S. 521–540.

- McManus, Roseanne W.*: Revising the Madman Theory: Evaluating the Impact of Different Forms of Perceived Madness in Coercive Bargaining, *Security Studies* 28 (2019), S. 976–1009.
- Meder, Stephan*: Die Zukunft der juristischen Methode: Rehabilitierung durch Chat-GPT?, *JuristenZeitung* 2023, 1041-1092 (zit.: *Meder*, JZ 2023).
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 11. Aufl. 2016 (zit.: *Medicus/J. Petersen*, AT des BGB, 11. Aufl. 2016).
- Mehren, Arthur T. von/Gordley, James*: The Civil Law System – An Introduction to the Comparative Study of Law, Boston, 1977 (zit.: *v. Mehren/Gordley*, The Civil Law System, 1977).
- Meier, Christoph*: Zur Diskussion über das Rechtsgefühl: Themenvielfalt – Ergebnistrends – neue Forschungsperspektiven, Berlin, 1986 (zit.: *Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl).
- Mell, Johnathan/Lucas, Gale M./Mozgai, Sharon/Gratch, Jonathan*: The Effects of Experience on Deception in Human-Agent Negotiation, *Journal of Artificial Intelligence Research* 68 (2020), S. 633–660 (zit.: *Mell et al.*, *Journal of Artificial Intelligence Research* 68 (2020)).
- Menkel-Meadow, Carrie J./Kupfer Schneider, Andrea/Porter Love, Lela*: Negotiation: Processes for Problem Solving, New York, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Menkel-Meadow/Kupfer Schneider/Porter Love*, Negotiation).
- Mertens, Bernd*: Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform, *Archiv für die civilistische Praxis* 203 (2003), S. 818–854 (zit.: *Mertens*, AcP 203 (2003)).
- Meruzzi, Giovanni*: La trattativa maliziosa, Padua, 2002.
- Merz, Hans*: Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Karlsruhe, 1970 (zit.: *Merz*, Privatautonomie heute).
- Messick, David M./Bazerman, Max H.*: Ethical Leadership and the Psychology of Decision Making, *Sloan Management Review* (37) 1996, S. 9–22.
- Methasani, Redona/Gaspar, Joseph P./Barry, Bruce*: Feeling and Deceiving: A Review and Theoretical Model of Emotions and Deception in Negotiation, *Negotiation and Conflict Management Research* 10 (2017), S. 158–178.
- Meub, Lukas/Proeger, Till/Schneider, Tim/Bizer, Kilian*: The Victim Matters: Experimental Evidence on Lying, Moral Costs and Moral Cleansing, *Applied Economics Letters* 23 (2016), S. 1162–1167 (zit.: *Meub et al.*, *Applied Economics Letters* 23 (2016)).
- Meyer-Hesemann, Wolfgang*: Rezensionenabhandlung Abschied vom sog. Rechtsgefühl, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1987, S. 405–411 (zit.: *Meyer-Hesemann*, ARSP 1987).
- Michaels, James W./Miethe, Terance D.*: Applying Theories of Deviance to Academic Cheating, *Social Science Quarterly* 70 (1989), S. 870–885.
- Michelman, James H.*: Deception in Commercial Negotiation, *Journal of Business Ethics*, 2 (1983), S. 255–262.
- Mill, John S.*: On the definition and method of political economy in: Hausman, Daniel M. (Hrsg.): *The Philosophy of Economics – An Anthology*, Cambridge, 3. Aufl. 2008, S. 41–85 – Originalerscheinungsjahr: 1836 (zit.: *Mill* in: Hausman (Hrsg.), *The Philosophy of Economics*).
- ders.*: *Utilitarianism*, London, 1863.

- Miller, Robert T.*: Rule 10B-5 and Business Combination Transactions, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 21 (2019), S. 533–646 (zit.: *R. Miller*, *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 21 (2019)).
- Miller, William I.*: Deceit in War and Trade in: Clancy, Martin (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*, New York/Oxford, 2009, S. 49–66 (zit.: *W. Miller* in: Clancy (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*).
- Mokri, Houchang A.*: Les conditions de l'invalidité des actes juridiques pour cause de dol en droit français et en droit suisse, Genf, 1956.
- Möller, Christian*: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht – Dargestellt an den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Recht der GmbH, Berlin, 1997 (zit.: *Möller*, *Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht*).
- Möllers, Thomas M. J./Weichert, Tilman*: Schadensberechnung bei culpa in contrahendo, *Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung* 2006, Bd. 2, S. 31–33 (zit.: *Möllers/Weichert*, LMK 2006, 189346).
- ders.*: *Juristische Methodenlehre*, Heidelberg, 5. Aufl. 2023.
- Montaigne, Michel de*: Les Essais de Michel seigneur de Montaigne, hrsg. von Blageart, Michel, dernière édition 1649 (zit.: *de Montaigne* in: Blageart (Hrsg.), *Les essais de Michel seigneur de Montaigne*).
- Moore, Celia/Gino, Francesca*: Ethically adrift: How others pull our moral compass from true North, and how we can fix it, *Research in Organizational Behavior* 33 (2013), S. 53–77.
- Moran, Simone/Schweitzer, Maurice E.*: When Better Is Worse: Envy and the Use of Deception, *Negotiation and Conflict Management Research* 1 (2008), S. 3–29.
- Morelli, Marco*: Il dolo e la violenza del terzo: origini romanistiche di una diversità moderna, 2019 (zit.: *Morelli*, *Il dolo e la violenza del terzo*).
- Morse, Lily/Cohen, Taya R.*: Moral Character in Negotiation, *Academy of Management Perspectives* 33 (2019), S. 12–25.
- Mouzas, Stefanos/Henneberg, Stephan C./Naudé, Peter*: Trust and Reliance in Business Relationships, *European Journal of Marketing* 41 (2007), S. 1016–1032.
- Mühlbauer, Tilo*: Ablisten und Verwenden von Geldautomatenkarten als Betrug und Computerbetrug – Zugl. Besprechung BGH vom 17.12.2002 – 1 StR 412/02, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2003, S. 650–655 (zit.: *Mühlbauer*, *NStZ* 2003).
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*: *Juristische Methodik*, Bd. 1: *Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Berlin, 11. Aufl. 2013 (zit.: *F. Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. 1).
- Müller, Jörn*: Lüge und Wahrhaftigkeit – Eine philosophische Besichtigung vor dem Hintergrund der Sprechakttheorie in: Müller, Jörn/Nissing Hanns-Gregor (Hrsg.), *Die Lüge*, Darmstadt, 2007, S. 27–55 (zit.: *J. Müller* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), *Die Lüge*).
- Münch, v./Kunig: *Grundgesetz Kommentar*, Kämmerer, Jörn A./Kotzur, Markus (Hrsg.), München, 7. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: v. Münch/Kunig, GG).
- Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz*, Hasselblatt, Gordian N. (Hrsg.), München, 5. Aufl. 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: Hasselblatt (Hrsg.), *MAH Gewerblicher Rechtsschutz*).
- Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht*, Hannemann, Thomas/Wiegner, Michael (Hrsg.), München, 5. Aufl. 2019 (zit.: *Bearbeiter* in: Hannemann/Wiegner (Hrsg.), *MAH Mietrecht*).

- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, München, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1).
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, München, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, München, 9. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 1).
- : BGB, dies. (Hrsg.), Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I: §§ 241–310, München, 9. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 2).
- : BGB, dies. (Hrsg.), Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II: §§ 311–432, München, 9. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 3).
- : BGB, dies. (Hrsg.), Bd. 4/1: Schuldrecht – Besonderer Teil I: §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, München, 8. Aufl. 2019 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 4).
- : BGB, dies. (Hrsg.), Bd. 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV: §§ 705–853, München, 9. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 7).
- : BGB, dies. (Hrsg.), Bd. 12: Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26), Art. 12 EGBGB, München, 8. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo BGB, Bd. 12).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Bd. 1: §§ 1–104a, München, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo HGB, Bd. 1).
- : HGB, dies. (Hrsg.), Bd. 5: §§ 323–406 CISG, München, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo HGB, Bd. 5).
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht: Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Bd. 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts §§ 1–7 UWG, München, 3. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo Lauterkeitsrecht, Bd. 1).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Erb, Volker (Hrsg.), Bd. 1: §§ 1–37, München, 4. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo StGB, Bd. 1).
- : StGB, ders. (Hrsg.), Bd. 5: §§ 263–358, München, 4. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo StGB, Bd. 5).
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO, Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Bd. 2: §§ 80–216, München, 4. Aufl. 2019 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo InsO, Bd. 2).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Bd. 1: §§ 1–354, München, 6. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo ZPO, Bd. 1).
- : ZPO, dies. (Hrsg.), Bd. 2: §§ 355–945b, München, 6. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: MüKo ZPO, Bd. 2).
- Murnighan, John K.*: The Dynamics of Bargaining Games, Englewood Cliffs, 1991.
- Murnighan, John K./Babcock, Linda/Thompson, Leigh/Pillutla, Madan*: The Information Dilemma in Negotiations: Effects of Experience, Incentives, and Integrative Potential, The International Journal of Conflict Management 10 (1999), S. 313–332 (zit.: *Murnighan et al.*, The International Journal of Conflict Management 10 (1999)).

- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, München, 20. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO).
- Muthorst, Olaf: Der Beweis im Zivilprozess, Juristische Schulung 2014, S. 686–689 (zit.: Muthorst, JuS 2014).
- Nadler, Janice: Legal Negotiation and Communication Technology: How Small Talk Can Facilitate E-mail Dealmaking, Harvard Negotiation Law Review 9 (2004), S. 223–253.
- dies.: Rapport in Negotiation and Conflict Resolution, Marquette Law Review 87 (2004), S. 875–882.
- Naquin, Charles E./Kurtzberg, Terri R./Belkin, Liuba Y.: The Finer Points of Lying Online: E-Mail Versus Pen and Paper, Journal of Applied Psychology 95 (2010), S. 387–394.
- Nash Jr., John F.: The Bargaining Problem, Econometrica 18 (1950), S. 155–162.
- Nasber, Jack: Deal! – Du gibst mir, was ich will!, München, 2015 (zit.: *Nasber*, Deal!).
- Nastelski, Karl: Unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1968, S. 545–549 (zit.: *Nastelski*, GRUR 1968).
- Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln, 2. Aufl. 1948.
- Neale, Margaret A./Fragale, Alison R.: Social Cognition, Attribution, and Perception in Negotiation: The Role of Uncertainty in Shaping Negotiation Processes and Outcomes in: Thompson, Leigh L. (Hrsg.), Negotiation Theory and Research, New York, 2006, S. 27–54 (zit.: *Neale/Fragale* in: Thompson (Hrsg.), Negotiation Theory and Research).
- Neubaus, Kai-Jochen: Berufsunfähigkeitsversicherung, München, 4. Aufl. 2020 (zit.: *K.-J. Neubaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung).
- Neumann-Duesberg, Horst: Rechtswidrigkeitserfordernis und Rechtswidrigkeitsausschluss (Notwehr) im Täuschungstatbestand des § 123 BGB, Juristische Rundschau 1967, S. 1–4 (zit.: *Neumann-Duesberg*, JR 1967).
- Neuner, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, München, 1992.
- dies.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München, 13. Aufl. 2023 (zit.: *Neuner*, BGB AT).
- Nickel, Rainer: De legibus – Über die Gesetze: Paradoxa Stoicorum / Stoische Paradoxien, Lateinisch – Deutsch, Berlin/Boston, 2011 (zit.: *Nickel*, De legibus / Über die Gesetze, Lateinisch – Deutsch).
- Niederländer, Hubert: Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JuristenZeitung 1960, S. 617–621 (zit.: *Niederländer*, JZ 1960).
- Niedermeier, Ursula: Uniform Commercial Code und UN-Kaufrecht für Exporteure, Köln, 2001.
- Nietzsche, Friedrich: Jenseits von Gut und Böse – Vorspiel einer Philosophie der Zukunft, Leipzig, 1886 (zit.: *Nietzsche*, Jenseits von Gut und Böse).
- Nöllke, Matthias: Machtspiele – Die Kunst den eigenen Willen durchzusetzen, München, 2015 (zit.: *Nöllke*, Machtspiele).
- Nomos Kommentar: BGB, Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer (Hrsg.), Bd. 1: Allgemeiner Teil – EGBGB, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 1).
- : BGB, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), Bd. 2/1: Schuldrecht, §§ 241–487, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Nomos Kommentar BGB, Bd. 2/1).
- Nomos Kommentar: StGB, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich/Salinger, Frank/Eschelbach, Ralf (Hrsg.), Bd. 3: §§ 80–231, Baden-Baden, 6. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 3).

- Nomos Kommentar: ZPO, Saenger, Ingo (Hrsg.), Baden-Baden, 10. Aufl 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Nomos Kommentar ZPO).
- Noodt, Gerardi*: De forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admissi, apud veteres, Lugdunum Batavorum, 1735 (zit.: *Noodt*, De forma emendandi doli mali).
- Nyberg, David*: The Varnished Truth – Truth Telling and Deceiving in Ordinary Life, Chicago/London, 1992 (zit.: *Nyberg*, The Varnished Truth).
- Obermayer, Klaus*: Über das Rechtsgefühl, JuristenZeitung 1986, S. 1–5 (zit.: *Obermayer*, JZ 1986).
- O'Connor, Kathleen M./Carnevale, Peter J.*: A Nasty but Effective Negotiation Strategy: Misrepresentation of a Common-Value Issue, Personality and Social Psychology Bulletin 23 (1997), S. 504–515.
- Oechsler, Jürgen*: Die Schwarze Liste im Wettbewerbsrecht als negativer Safe Harbor, Gewerblicher Rechtsschutz 2019, S. 136–142 (zit.: *Oechsler*, GRUR 2019).
- Oehlbich, Marcus*: Die Bedeutung der Principal-Agent-Theorie für die ökonomische Analyse des Rechts, Juristische Ausbildung 2020, S. 887–895 (zit.: *Oehlbich*, JURA 2020).
- Oestreich, Gisela*: Im Dschungel der Paragraphen – „Rechtsgefühl“ zwischen Klischee und Information, Wiesbaden, 1984 (zit.: *Oestreich*, Im Dschungel der Paragraphen).
- O'Fallon, Michael J./Butterfield, Kenneth D.*: A Review of The Empirical Ethical Decision-Making Literature: 1996–2003, Journal of Business Ethics 59 (2005), S. 375–413.
- Ogilvie, Margaret H.*: Entire Agreement Clauses: Neither Riddle Nor Enigma, Canadian Bar Review 87 (2009), S. 625–647.
- Oguzman, Kemal*: L'annulation d'un contrat à cause de dol est-elle limitée par un délai maximum?, Schweizerische Juristen-Zeitung 59 (1963), S. 265–269 (zit.: *Oguzman*, SJZ 59 (1963)).
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.): Kommentar Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, München, 8. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), UWG).
- Ohtsubo, Yohsuke/Masuda, Fumiko/Watanabe, Esuka/Masuchi, Ayumi*: Dishonesty invites costly third-party punishment, Evolution and Human Behavior 31 (2010), S. 259–264 (zit.: *Ohtsubo et al.*, Evolution and Human Behavior 31 (2010)).
- Olekalns, Mara/Kulik, Carol T./Chew, Lin*: Sweet Little Lies: Social Context and the Use of Deception in Negotiation, Journal of Business Ethics 120 (2014), S. 13–26.
- Olekalns, Mara/Smith, Philip L.*: Loose with the Truth: Predicting Deception in Negotiation, Journal of Business Ethics 76 (2007), S. 225–238.
- dies.*: Mutually Dependent: Power, Trust, Affect and the Use of Deception in Negotiation, Journal of Business Ethics 85 (2009), S. 347–365.
- dies.*: Negotiations and Trust in: Christie, Daniel J. (Hrsg.), Encyclopedia of Peace Psychology, Bd. 2: Eq-Po, Malden u. a., 2012, S. 711–712 (zit.: *Olekalns/Smith* in: Christie (Hrsg.), Encyclopedia of Peace Psychology, Bd. 2).
- Omsels, Hermann J.*: Kritische Anmerkungen zur Bestimmung der Irreführungsgefahr, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2005, S. 548–558 (zit.: *Omsels*, GRUR 2005).
- Ostermaier, Andreas/Brunner, Markus*: Peer Influence on Managerial Honesty: The Role of Transparency and Expectations, Journal of Business Ethics 154 (2017), S. 127–145.
- Ostermaier, Andreas/Uhl, Matthias*: Spot on for liars! How public scrutiny influences ethical behavior, PLOS ONE 12 (2017), S. 1–11.
- Ovejero, Bernal*: Técnicas de negociación – Cómo negociar eficaz y exitosamente, Madrid, 2004 (zit.: *Ovejero*, Técnicas de negociación).

- Paganini, Claudia*: Täuschung, Lüge, Manipulation, *Communicatio Socialis* 52 (2019), S. 67–72.
- Parsons, Theophilus*: *The Law of Contracts*, Bd. 2, Boston, 9. Aufl. 1904.
- Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus/Kröner, Lars (Hrsg.): *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Paschke et al. (Hrsg.), *Gesamtes Medienrecht*).
- Paulus, Christoph G./Zenker, Wolfgang*: Grenzen der Privatautonomie, *Juristische Schulung* 2001, S. 1–9 (zit.: *Paulus/Zenker*, JuS 2001).
- Pawlik, Michael*: Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln u.a., 1999.
- Pedrazzini, Franco*: La dissimulation des défauts – Dans les contrats de vente et d’entreprise, Fribourg, 1992 (zit.: *Pedrazzini*, La dissimulation des défauts).
- Peifer, Karl-Nikolaus*: *Lauterkeitsrecht – Das Wettbewerbsrecht (UWG) in Systematik und Fallbearbeitung*, Berlin u.a., 2. Aufl. 2016 (zit.: *Peifer*, *Lauterkeitsrecht*).
- ders. (Hrsg.): *UWG – Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen*, Bd. 1: Einleitung – §§ 1–3, Berlin u.a., 3. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: *Peifer* (Hrsg.), *UWG*).
- Perillo, Joseph M.*: *Calamari and Perillo on Contracts*, St. Paul (MN.), 6. Aufl. 2009.
- Perschbacher, Rex R.*: Regulating Lawyers’ Negotiations, *Arizona Law Review* 27 (1985), S. 76–138.
- Peters, Geoffrey M.*: The Use of Lies in Negotiation, *Ohio State Law Journal* 48 (1987), S. 1–50.
- Peters, Sebastian*: *Betrug und Steuerhinterziehung trotz Erklärung wahrer Tatsachen*, Hamburg, 2010.
- Petersen, Jens*: Täuschung und Drohung im Bürgerlichen Recht, *Juristische Ausbildung* 2006, S. 904–908 (zit.: *J. Petersen*, JURA 2006).
- Petersen, Niels*: Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), S. 435–455 (zit.: *N. Petersen*, STAAT 49 (2010)).
- Piddocke, Stuart*: Social sanctions, *Anthropologica New Series* 10 (1968), S. 261–285.
- Piker, Andrew*: Ethical Immunity in Business: A Response to Two Arguments, *Journal of Business Ethics* 36 (2002), S. 337–346.
- Pillutla, Madan M./Murnighan, J. Keith*: Unfairness, Anger, and Spite: Emotional Rejections of Ultimatum Offers, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 68 (1996), S. 208–224.
- Piotet, Paul*: La responsabilité précontractuelle du fait d’autrui, spécialement en cas de dol, *Journal des Tribunaux* 131 (1983), S. 379–384.
- Plebuch, Jonas*: Die Wiederentdeckung grundrechtlicher Schutzbereiche in der Pandemie, *Juristische Schulung* 2021, S. 316–320 (zit.: *Plebuch*, JuS 2021).
- Plum, Martin*: Das Gebot fairen Verhandeln bei Vertragsverhandlungen, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2020, S. 69–74 (zit.: *Plum*, MDR 2020).
- Pohlmann, André*: Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, Berlin, 2002 (zit.: *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten).
- Pollock, Sir Frederick*: *The Law of Torts – A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*, London, 4. Aufl. 1895 (zit.: *Pollock*, *The Law of Torts*).
- Pomeroy, John N.* (Begr.): *Treatise on Equity Jurisprudence, as Administered in the United States of America – Adapted for All the States, and to the Union of Legal and Equitable*

- Remedies under the Reformed Procedure, Bd.2, Boston, 4. Aufl. 1918 (zit.: Pomeroy (Begr.), Treatise on Equity Jurisprudence, Bd. 2).
- Ponschab, Reiner*: Verhandlungsführung: Mutter aller Konfliktlösungen – ARD-Verfahren im Vergleich – Teil 9, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2014, S. 4–8 (zit.: *Poschab*, ZKM 2014).
- Popp, Peter*: Betrug im Schuld- und Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1996, S. 111–127 (zit.: *Popp*, ZStrR 1996).
- Porat, Ariel/Yadlin, Omri*: A Welfarist Perspective on Lies, Indiana Law Journal 91 (2016), S. 617–663.
- Porchy-Simon, Stéphanie*: Droit des obligations 2024, Paris, 16. Aufl. 2023 (zit.: *Porchy-Simon*, Droit des obligations 2024).
- Posner, Eric A.*: The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation, University of Pennsylvania Law Review 146 (1998), S. 533–577 (zit.: *E. Posner*, University of Pennsylvania Law Review 146 (1998)).
- Posner, Richard D.*: Economic Analysis of Law, New York, 9. Aufl. 2014 (zit.: *R. Posner*, Economic Analysis of Law).
- Pratt, John W./Zeckhauser, Richard J.*: Principals and Agents: An Overview in: Pratt, John W./Zeckhauser, Richard J. (Hrsg.), Principals and Agents: The Structure of Business, Boston, 1985, S. 1–36 (zit.: *Pratt/Zeckhauser* in: Pratt/Zeckhauser (Hrsg.), Principals and Agents).
- Preis, Ulrich/Bender, Wolfgang*: Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, S. 1321–1328 (zit.: *Preis/Bender*, NZA 2005).
- Provis, Chris*: Ethics, Deception and Labor Negotiation, Journal of Business Ethics 28 (2000), S. 145–158.
- Pruckner, Gerald J./Sausgruber, Rupert*: Honesty on the Streets: A Field Study on Newspaper Purchasing, Journal of the European Economic Association 11 (2013), S. 661–679.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): BGB-Kommentar, Hürth, 18. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB).
- Purnhagen, Kai/Reisch, Lucia*: „Nudging Germany“? Herausforderungen für eine verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2016, S. 629–655 (zit.: *Purnhagen/Reisch*, ZEuP 2016).
- Rabbe, Matthias/Schubmehl, Silvan*: Länderbericht in Deutschland in: Schmidt-Kessel/Schubmehl, Silvan (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa – Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb, München, 2011, S. 67–162 (zit.: *Rabbe/Schubmehl* in: Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa).
- Raiffa, Howard*: The Art and Science of Negotiation: How to Resolve Conflicts and Get the Best out of Bargaining, Cambridge (MA.), 1982 (zit.: *Raiffa*, The Art and Science of Negotiation).
- Räiser, Thomas*: Beiträge zur Rechtssoziologie, Baden-Baden, 2011.
- Rauer, Nils/Shchavelev, Alexander*: Der neue Verbraucherschadensersatz, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 35–38 (zit.: *Rauer/Shchavelev*, GRUR-Prax 2022).
- Rees, McKenzie R./Tenbrunsel, Ann E./Bazerman, Max H.*: Bounded Ethicality and Ethical Fading in Negotiations: Understanding Unintended Unethical Behavior, Academy of Management Perspectives 33 (2019), S. 26–42.

- Rehbein, Hugo*: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis, Bd. 1: Allgemeiner Theil, Berlin, 1899 (zit.: *Rehbein*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1).
- Rehbinder, Manfred*: Fragen des Rechtswissenschaftlers an die Nachbarswissenschaften zum sog. Rechtsgefühl in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, 1983, S. 261–274 (zit.: *Rehbinder* in: Gruter/Rehbinder (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik).
- Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Johannsen, Kurt H./Kregel, Wilhelm (Hrsg.), Bd. 1: §§ 1–240, Berlin, 12. Aufl. 1982 (zit.: *Bearbeiter* in: RGRK BGB, Bd. 1).
- Reilly, Peter*: Was Machiavelli Right? Lying in Negotiation and the Art of Defensive Self-Help, Ohio State Journal on Dispute Resolution 24 (2008), S. 481–534.
- Reimer, Franz*: Juristische Methodenlehre, Heidelberg, 2. Aufl. 2020.
- Reimers, Kai*: Normungsprozesse – Eine transaktionskostentheoretische Analyse, Wiesbaden, 1995 (zit.: *Reimers*, Normungsprozesse).
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*: Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommensschwacher Bürgen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1989, S. 613–619 (zit.: *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989).
- Rescigno, Pietro (Hrsg.): Codice Civile – a cura di Pietro Rescigno, Le fonti del diritto italiano – i testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza, Bd. 1, 11. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Rescigno (Hrsg.), Codice Civile, Bd. 1).
- Reul, Jürgen*: Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen. Eine juristische und ökonomische Analyse, Tübingen, 1991 (zit.: *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen).
- Rhetius, Johann F.*: Dissertatio de metu eiusque operationibus in iure, Frankfurt (Oder), 1673.
- Richmond, Douglas R.*: Why Legal Ethics Rules are Relevant to Lawyer Liability, St. Mary's Law Journal 38 (2006–2007), S. 929–962.
- ders.*: Lawyers' Professional Responsibilities and Liabilities in Negotiations, Georgetown Journal of Legal Ethics 22 (2009), S. 249–297.
- Riehm, Thomas*: Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation, Beweis, Wertung, München, 2006 (zit.: *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung).
- ders.*: Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“, Neue Juristische Wochenschrift 2019, S. 1105–1111 (zit.: *Riehm*, NJW 2019).
- Riesenhuber, Karl*: Ein Beitrag zum System des Datenschutzes und zur Systematik des BDSG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, S. 771–776 (zit.: *Riesenhuber*, NZA 2012).
- ders.*: Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?, Archiv für die civilistische Praxis 218 (2018), S. 693–722 (zit.: *Riesenhuber*, AcP 218 (2018)).
- Riezler, Erwin*: Das Rechtsgefühl – Rechtspsychologische Betrachtungen, München, 1946 (zit.: *Riezler*, Das Rechtsgefühl).
- Robinson, Robert J./Lewicki, Roy J./Donahue, Eileen M.*: Extending and testing a five factor model of ethical and unethical bargaining tactics: introducing the SINS scale, Journal of Organizational Behavior 21 (2000), S. 649–664.
- Rockmann, Kevin W./Langfred, Claus W./Cronin, Matthew*: Negotiation: Moving From Conflict to Agreement, Los Angeles u. a., 2. Aufl. 2021 (zit.: *Rockmann/Langfred/Cronin*, Negotiation).

- Rockmann, Kevin W./Northcraft, Gregory B.*: To be or not to be trusted: The influence of media richness on defection and deception, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 107 (2008), S. 106–122.
- Rogers, Todd/Zeckhauser, Richard/Gino, Francesca/Norton, Michael I./Schweitzer, Maurice E.*: Artful Paltering: The Risks and Rewards of Using Truthful Statements to Mislead Others, *Journal of Personality and Social Psychology* 112 (2017), S. 456–473 (zit.: *Rogers et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 112 (2017)).
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans C.*: Allgemeine Rechtslehre, Köln/München, 3. Aufl. 2008 (zit.: *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre).
- Roppo, Vincenzo*: Il contratto, Turin, 2. Aufl. 2011.
- Rösler, Hannes*: Arglist im Schuldvertragsrecht: Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation, *Archiv für die civilistische Praxis* 207 (2007), S. 564–613 (zit.: *Rösler*, AcP 207 (2007)).
- Ross, Stephen A.*: The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem, *American Economic Association* 2 (1973), S. 134–139.
- Rössel, Markus*: Wahrheit als Rechtsgut – Die Lüge in juristischer Sicht in: Müller, Jörn/Nissing, Hanns-Gregor (Hrsg.), Die Lüge: Ein Alltagsphänomen aus wissenschaftlicher Sicht, Darmstadt, 2007, S. 141–174 (zit.: *Rössel* in: J. Müller/Nissing (Hrsg.), Die Lüge).
- Roßmanith, Günther*: Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung – Hermann Isay (1873–1938), Berlin, 1975 (zit.: *Roßmanith*, Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung).
- Röthel, Anne*: Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen, 2004.
- Rottenburger, Jörg R./Kaufmann, Lutz*: Picking on the new kid: Firm newness and deception in buyer-supplier negotiations, *Journal of Purchasing and Supply Management* 26 (2020), 100527, S. 1–10 (zit.: *Rottenburger/L. Kaufmann*, *Journal of Purchasing and Supply Management* 26 (2020)).
- Roxin, Claus/Arzt, Gunther/Tiedemann, Klaus*: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, Heidelberg u. a., 6. Aufl. 2013 (zit.: *Roxin/Arzt/Tiedemann*, Strafrecht und Strafprozessrecht).
- Rubin, Jeffrey Z./Brown, Bert*: The Social Psychology of Bargaining and Negotiation, New York, 1975 (zit.: *J. Rubin/Brown*, The Social Psychology of Bargaining and Negotiation).
- Rubin, Jeffrey Z./Sander, Frank E.*: When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation, *Negotiation Journal* 4 (1988), S. 395–401 (zit.: *J. Rubin/Sander*, *Negotiation Journal* 4 (1988)).
- Rubin, Paul H.*: The Economics of Regulating Deception, *Cato Journal* 10 (1990), S. 667–690 (zit.: *P. Rubin*, *Cato Journal* 10 (1990)).
- Rudolph, Christopherus*: De effectu metus in pactis et contractibus dissertatio, Erlangen, 1762.
- Ruedy, Nicole/Moore, Celia/Gino, Francesca/Schweitzer, Maurice E.*: The Cheater's High – The Unexpected Affective Benefits of Unethical Behaviour, *Journal of Personality and Social Psychology* 105 (2013), S. 531–548 (zit.: *Ruedy et al.*, *Journal of Personality and Social Psychology* 105 (2013)).
- Rühl, Gisela*: Ökonomische Analyse des Rechts in: Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021, S. 248–269 (zit.: *Rühl* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts).
- Rümelin, Gustav von.*: Über das Rechtsgefühl – 6. Nov. 1871 in: Rümelin, Gustav von (Hrsg.), Reden und Aufsätze, 1875, S. 62–87 (zit.: *G. v. Rümelin*, Reden und Aufsätze).
- ders.*: Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, hrsg. von Wolf, Erik, Frankfurt a. M., 1948 (zit.: *G. v. Rümelin*, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, hrsg. v. Wolf).

- Rümelin, Max von*: Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1925, Frankfurt a.M., 1925 (zit.: *M. v. Rümelin, Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*).
- Rummel, Peter*: Von durchschauten Irrtümern, falschen Bezeichnungen und aufzuklärenden Mißverständnissen, Juristische Blätter 110 (1988), S. 1–5 (zit.: *Rummel, JBl 110 (1988)*).
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard (Hrsg.): ABGB online – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien, Stand 01.11.2014, rdb.at (zit.: *Bearbeiter in: Rummel/Lukas (Hrsg.), ABGB*).
- Rusch, J. Emil*: Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften – Rechtsvergleichende Untersuchung zu den deutschen Territorialkodifikationen, dem Code civil, den kantonalen Zivilgesetzgebungen, sowie zum geltenden schweizerischen, deutschen und italienischen Privatrecht, Appenzell, 1948 (zit.: *Rusch, Drohung und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften*).
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, München, 12. Aufl. 2022 (zit.: *Rüthers/C. Fischer/Birk, Rechtstheorie*).
- Ryba, Gottfried*: Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen bei Vertragsabschluß unter besonderer Berücksichtigung der sog. Verhandlungsvollmacht, Breslau, 1928 (zit.: *Ryba, Die Haftung des Geschäftsherrn für die Arglist seiner Gehilfen*).
- Sacco, Rodolfo*: Nullità e annullabilità (diritto civile) in: *Novissimo digesto italiano*, Turin, 1965, S. 455–467 (zit.: *Sacco in: Novissimo digesto italiano, 1965*).
- ders.*: Il contratto in: Vasalli (Hrsg.), *Trattato di diritto civile*, Vol. 6, Bd. 2, Turin, 1975 (zit.: *Sacco in: Vasalli (Hrsg.), Trattato di diritto civile, Vol. 6, Bd. 2*).
- Sacco, Rodolfo/De Nova, Giorgio*: *Il contratto*, Turin, 4. Aufl. 2016.
- Sacco, Rodolfo/Rossi, Piercarlo*: Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden, 3. Aufl. 2017.
- Sack, Rolf*: Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge – Die Auswirkungen unlauteren Wettbewerbs auf Vertragsabschlüsse, Frankfurt a.M., 1974 (zit.: *Sack, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge*).
- ders.*: Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, S. 761–769 (zit.: *Sack, NJW 1985*).
- ders.*: Folgeverträge unlauteren Wettbewerbs, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2004, S. 625–635 (zit.: *Sack, GRUR 2004*).
- Sägesser, Heidi*: Opfermitverantwortung beim Betrug, Bern, 2014.
- Salacuse, Jeswald W.*: Renegotiating international project agreements, *Fordham International Law Journal* 24 (2000), S. 1319–1370.
- Samaha, Adam M./Strablewitz, Lior*: Don't Ask, Must Tell – And Other Combinations, *California Law Review* 103 (2015), S. 919–987.
- Sanichirico, Chris W.*: Detection Avoidance, *New York University Law Review* 81 (2006), S. 1331–1399.
- Santoro-Passarelli, Francesco*: *Dottrine generali del diritto civile*, Neapel, 9. Aufl. 1971.
- Savigny, Friedrich C. von*: *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, München, 1840.
- ders.*: *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, München, 1840.
- Schack, Haimo*: Zu- und Abschreibungen von Kunstwerken, *Kunst und Recht* (2017), S. 130–135 (zit.: *Schack, KUR 2017*).
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin/Heidelberg, 6. Aufl. 2020 (zit.: *Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse*).

- Schaub, Günter (Hrsg.): Arbeitsrechts-Handbuch, München, 20. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch).
- Scheppele, Kim L.: Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law, Chicago, 1988 (zit.: *Scheppele*, Legal Secrets).
- Scherer, Inge: Verbraucherschadensersatz durch § 9 Abs. 2 UWG-RegE als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis 2021, S. 561–567 (zit.: *Scherer*, WRP 2021).
- Schiemann, Gottfried: Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“, Juristische Schulung 1989, S. 345–350 (zit.: *Schiemann*, JuS 1989).
- Schildt, Bernd: Die Rezeption des römischen Rechts, Juristische Ausbildung 2003, S. 450–455 (zit.: *Schildt*, JURA 2003).
- Schindler, Thomas: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung – Die englische duress-Lehre in rechtsvergleichender Perspektive, Tübingen, 2005 (zit.: *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung).
- Schlemmer, Hansjörg: Erkannter Irrtum und irrtümliche Erkenntnis, Juristische Blätter 108 (1986), S. 149–158 (zit.: *Schlemmer*, JBl 108 (1986)).
- Schlosser, Hans: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte – Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, Heidelberg, 10. Aufl. 2001 (zit.: *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte).
- Schlösser, Tim: Druckausübung in Vertragsverhandlungen – Eine ökonomische Analyse zum allgemeinen Zivilrecht, München, 2014 (zit.: *Schlösser*, Druckausübung in Vertragsverhandlungen).
- Schmalz, Dieter: Methodenlehre für das juristische Studium, Baden-Baden, 4. Aufl. 1998 (zit.: *Schmalz*, Methodenlehre).
- Schmid, Ludwig: Unrechtsbewusstsein als Tatbestandsmerkmal des § 870 ABGB – Die Anfechtung wegen listiger Irreführung vor dem Hintergrund der Vorsatztheorie, Österreichische Juristen-Zeitung 2017, S. 633–639 (zit.: *Schmid*, ÖJZ 2017).
- Schmidlin, Bruno: Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Bd. 6: Das Obligationenrecht – 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen – 2. Teilbd. Unterteilbd. 1b): Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern, 2. Aufl. 2013 (zit.: *Schmidlin*, Berner Kommentar, Bd. 6/1./2./1b)).
- Schmidt, Florian: Rechtsgefühl – Subjektivierung in Recht und Literatur um 1800, München, 2019 (zit.: *F. Schmidt*, Rechtsgefühl).
- Schmidt, Karsten: Handelsrecht – Unternehmensrecht I, Köln, 6. Aufl. 2014 (zit.: *K. Schmidt*, Handelsrecht).
- Schmidt-Kessel, Martin/Schubmehl, Silvan (Hrsg.): Lauterkeitsrecht in Europa – Eine Sammlung von Länderberichten zum UWG, München, 2011 (zit.: *Bearbeiter* in: Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa).
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen, 2003 (zit.: *Bearbeiter* in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), HKK BGB, Bd. 1).
- Schnädelbach, Sandra: The jurist as manager of emotions. German debates on „Rechtsgefühl“ in the late 19th and early 20th century as sites of negotiating the juristic treatment of emotions, InterDisciplines 2 (2015), S. 47–73.
- Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch: StGB, Eser, Albin (Gesamtredaktion), Norderstedt, 30. Aufl. 2019 (zit.: *Bearbeiter* in: Schönke/Schröder, StGB).
- Schoop, Mareike/Köhne, Frank/Staskiewicz, Dirk/Voeth, Markus/Herbst, Uta: The antecedents of renegotiations in practice – an exploratory analysis, Group Decision and Ne-

- gotiation 17 (2008), S. 127–139 (zit.: *Schoop et al.*, Group Decision and Negotiation 17 (2008)).
- Schopenhauer, Arthur*: Die Kunst Recht zu behalten, 2008 – Originalerscheinungsjahr: 1830.
- Schulze: Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, Schulze, Reiner (Schriftleitung), Baden-Baden, 11. Aufl. 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Schulze, HK-BGB).
- Schünemann, Bernd*: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1986, S. 439–443 (zit.: *Schünemann*, NSTz 1986).
- Schuster-Oppenheim, Stephan*: Privatrechtsgeschichte in: Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden, 5. Aufl. 2023, S. 157–179 (zit.: *Schuster-Oppenheim* in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts).
- Schützeichel, Rainer*: Zur Soziologie des Rechtsgefühls in: Landweer, Hilge/Koppelberg, Dirk (Hrsg.), Recht und Emotion I: Verkannte Zusammenhänge, Freiburg/München, 2016, S. 65–102 (zit.: *Schützeichel* in: Landweer/Koppelberg (Hrsg.), Recht und Emotion I).
- Schwacke, Peter*: Juristische Methodik – mit Technik der Fallbearbeitung, Stuttgart, 5. Aufl. 2011 (zit.: *Schwacke*, Juristische Methodik).
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten, Tübingen, 2001.
- Schweitzer, Maurice E.*: Deception in Negotiations in: Hoch, Stephen J./Kunreuther, Howard C./Gunther, Robert E. (Hrsg.), Wharton on Making Decisions, New York, 2001, S. 187–200 (zit.: *Schweitzer* in: Hoch/Kunreuther/Gunther (Hrsg.), Wharton on Making Decisions).
- Schweitzer, Maurice E./Brodt, Susan E./Croson, Rachel T.*: Seeing and Believing: Visual Access and the Strategic Use of Deception, International Journal of Conflict Management 13 (2002), S. 258–375.
- Schweitzer, Maurice E./Croson, Rachel T.*: Curtailing Deception: The Impact of Direct Questions on Lies and Omissions, International Journal of Conflict Management 10 (1999), S. 225–248.
- Schweitzer, Maurice E./DeChurch, Leslie A./Gibson, Donald E.*: Conflict Frames and the Use of Deception: Are Competitive Negotiators Less Ethical?, Journal of Applied Social Psychology 35 (2005), S. 2123–2149.
- Schweitzer, Maurice E./Hershey, John C./Bradlow, Eric T.*: Promises and Lies: Restoring Violated Trust, Organizational Behavior and Human Decision Processes 101 (2006), S. 1–19.
- Schweitzer, Maurice E./Hsee, Christopher K.*: Stretching the Truth: Elastic Justification and Motivated Communication of Uncertain Information, The Journal of Risk and Uncertainty 25 (2002), S. 185–201.
- Schwimann, Michael/Neumayr, Matthias (Hrsg.): ABGB Taschenkommentar, Wien, 5. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar).
- Schwimann, Michael/Kodek, Georg E. (Hrsg.): ABGB Praxiskommentar, Bd. 5: §§ 859–937 ABGB, WucherG, Allgemeines Vertragsrecht, Wien, 5. Aufl. 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Schwimann/Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 5).
- Schwintowski, Hans-Peter*: Die Vertriebstätigkeit der Versicherer und Vermittler auf dem Prüfstand des zukünftigen ZWG, Verbraucher und Recht 2021, S. 251–257 (zit.: *Schwintowski*, VuR 2021).

- Searcy, William A./Nowicki, Stephen*: The Evolution of Animal Communication: Reliability and Deception in Signaling Systems, Princeton, 2005 (zit.: *Searcy/Nowicki*, The Evolution of Animal Communication).
- Sears, Greg J./Rowe, Patricia M.*: A Personality-Based Similar-To-Me Effect in the Employment Interview: Conscientiousness, Affect Versus Competence-Mediated Interpretations, and the Role of Job Relevance, *Canadian Journal of Behavioural Science* 35 (2003), S. 13–24.
- Sebenius, James K.*: In Practice – BATNAs in Negotiation: Common Errors and Three Kinds of „No“, *Negotiation Journal* 33 (2017), S. 89–99.
- Seitz, Samuel/Talmadge, Caitlin*: The Predictable Hazards of Unpredictability: Why Madman Behavior Doesn't Work, *The Washington Quarterly* 43 (2020), S. 31–46.
- Shalvi, Shaul/Dana, Jason/Handgraaf, Michel J. /De Dreu, Carsten K.*: Justified ethicality: Observing desired counterfactuals modifies ethical perceptions and behavior, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011), S. 181–190 (zit.: *Shalvi et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 115 (2011)).
- Shalvi, Shaul/Eldar, Ori/Bereby-Meyer, Yoella*: Honesty Requires Time (and Lack of Justifications), *Psychological Science* 23 (2012), S. 1264–1270.
- Shalvi, Shaul/Gino, Francesca/Barkan, Rachel/Ayal, Shabar*: Self-Serving Justifications: Doing Wrong and Feeling Moral, *Current Directions in Psychological Science* 24 (2015), S. 125–130 (zit.: *Shalvi et al.*, *Current Directions in Psychological Science* 24 (2015)).
- Shanker, Morris G.*: Judicial Misuses of the Word Fraud to Defeat the Parol Evidence Rule and the Statute of Frauds, *Akron Law Review* 23 (1990), S. 1–18.
- Shapiro, Debra L.*: The Effects of Explanation on Negative Reactions to Deceit, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991), S. 614–630 (zit.: *D. L. Shapiro*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991)).
- Sharkey, Catherine M.*: In Search of the Cheapest Cost Avoider: Another View of the Economic Loss Rule, *NYU Law and Economics Research Paper No. 18–36* (2018), S. 1017–1053.
- Shavell, Steven*: Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale, *The RAND Journal of Economics* 25 (1994), S. 20–36.
- ders.*: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge (MA.)/London, 2004.
- Shell, Richard G.*: When is it Legal to Lie in Negotiations?, *Sloan Management Review* 32 (1991), S. 93–101.
- ders.*: *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*, New York, 2006 (zit.: *Shell*, *Bargaining for Advantage*).
- Sherwin, Emily*: Nonmaterial Misrepresentation: Damages, Rescission, and the Possibility of Efficient Fraud, *Loyola of Los Angeles Law Review* 36 (2003), S. 1017–1025.
- Shiffrin, Seana V.*: *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*, Princeton, 2014 (zit.: *Shiffrin*, *Speech Matters*).
- Shu, Lisa L./Gino, Francesca/Bazerman, Max H.*: Dishonest Deed, Clear Conscience: When Cheating Leads to Moral Disengagement and Motivated Forgetting, *Personality and Social Psychology Bulletin* 37 (2011), S. 330–349.
- Singer, Reinhard*: *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, München, 1995 (zit.: *Singer*, *Selbstbestimmung*).
- Smolla, Rodney A.*: The Puffery of Lawyers, *University of Richmond Law Review* 36 (2002), S. 1–20.

- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Siebert, Wolfgang/Baur, Jürgen F. (Hrsg.), Bd. 2: Allgemeiner Teil 2: §§ 104–240 BGB, Stuttgart, 13. Aufl. 1999 (Altauflage) (zit.: *Bearbeiter* in: Soergel BGB, Bd. 2, 13. Aufl. 1999).
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Harke, Jan D. (Hrsg.), Bd. 2/1: Allgemeiner Teil 2/1: §§ 104–157, Stuttgart, 14. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Soergel BGB, Bd. 2/1, 14. Aufl. 2023).
- Solomon, Robert C.: Self, Deception, and Self-Deception in Philosophy in: Clancy, Martin (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*, Oxford/New York u.a., 2009, S. 15–36 (zit.: *Solomon* in: Clancy (Hrsg.), *The Philosophy of Deception*).
- Somló, Felix: *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917.
- Sommer, Volker: *Lob der Lüge. Wie in der Evolution der Zweck die Mittel heiligt*, Stuttgart, 2016 (zit.: *Sommer*, *Lob der Lüge*).
- Sommers, Roseanna: Commonsense consent, *The Yale Law Journal* 129 (2020), S. 2232–2325.
- dies.*: Experimental jurisprudence – Psychologists probe lay understandings of legal constructs, *Science* 373 (2021), S. 394–395.
- Sosnitzka, Olaf: Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Wettbewerb in Recht und Praxis, S. 1014–1034 (zit.: *Sosnitzka*, WRP 2008).
- Spremann, Klaus: Agent and Principal in: Bamberg, Günter/Spremann, Klaus (Hrsg.), *Agency Theory, Information, and Incentives*, Berlin, 1987, S. 3–38 (zit.: *Spremann* in: Bamberg/Spremann (Hrsg.), *Agency Theory, Information, and Incentives*).
- ders.*: Asymmetrische Informationen, *Zeitschrift für Betriebswirtschaft* 60 (1990), S. 561–586 (zit.: *Spremann*, ZfB 60 (1990)).
- Sprenger, Gerhard: Rechtsgefühl ohne Recht. Anthropologische Anmerkungen in: Dölling, Dieter (Hrsg.), *Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2003, S. 317–338 (zit.: *Sprenger* in: FS Lampe).
- Sprenger (Vorname unbekannt): Ueber dolus causam dans und incidens, *Archiv für die civilistische Praxis* 88 (1898), S. 359–391 (zit.: *Sprenger*, AcP 88 (1898)).
- Stammler, Rudolf: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1922.
- Stanovich, Keith E./West, Richard F.: Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?, *Behavioral and Brain Sciences* 23 (2000), S. 645–665.
- Staudenmayer, Dirk: Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, *Neue Juristische Wochenschrift* 2019, S. 2889–2893 (zit.: *Staudenmayer*, NJW 2019).
- Staudinger: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Herrler, Sebastian (Hrsg.), Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–124, §§ 130–133, Berlin, Neubearbeitung 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).
- , Rieble, Volker (Hrsg.), Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134–138, ProStG, Berlin, Neubearbeitung 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).
- , Herrler, Sebastian (Hrsg.), Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139–163, Berlin, Neubearbeitung 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).
- , Kaiser, Dagmar (Hrsg.), Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311 a–c, Berlin, Neubearbeitung 2018 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).
- , Martinek, Michael (Hrsg.), Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–480, Berlin, Neubearbeitung 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).
- , Hager, Johannes (Hrsg.), Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E–I, 824, 825 Berlin, Neubearbeitung 2009 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB).

- , Rawert, Peter (Hrsg.), EGBGB, Art 1–2, 50–218 EGBGB, Berlin, Neubearbeitung 2018 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger BGB – EGBGB).
- Stein, Fabian*: Die Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess – Ein Überblick, Juristische Schulung, S. 896–901 (zit.: *Stein*, JuS 2016).
- Steinel, Wolfgang/Utz, Sonja/Koning, Lukas*: The good, the bad and the ugly thing to do when sharing information: Revealing, concealing and lying depend on social motivation, distribution and importance of information, Organizational Behavior and Human Decision Processes 113 (2010), S. 85–96.
- Stevens, Martin*: Cheats and Deceits. How Animals and Plants Exploit and Mislead, Oxford, 2016 (zit.: *Stevens*, Cheats and Deceits).
- Stoffel, Walter*: Les professions juridiques et le droit comparé, Suisse, Revue internationale de droit comparé 46 (1994), S. 761–773.
- Stöhr, Alexander*: Versuch einer angewandten Rechtsphilosophie, Rechtstheorie 45 (2014), S. 159–192.
- ders.*: Die Bestimmung der Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – Ein Plädoyer für eine empirische Herangehensweise, Archiv für die civilistische Praxis 216 (2016), S. 558–583 (zit.: *Stöhr*, AcP 216 (2016)).
- Story, Joseph*: Commentaries on Equity Jurisprudence as administered in England and America, Bd. 1, London/Boston, 4. Aufl. 1846 (zit.: *Story*, Commentaries on Equity Jurisprudence, Bd. 1).
- Strudler, Alan*: On the Ethics of Deception in Negotiation, Business Ethics Quarterly 5 (1995), S. 805–822.
- Stubenrauch, Moriz von*: Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 2, Wien, 6. Aufl. 1894 (zit.: *v. Stubenrauch*, Kommentar zum ABGB, Bd. 2).
- Stukenbrock, Hanna*: Spezifizierte Informationspflichten, Baden-Baden, 2020.
- Stürner, Rolf*: Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, Archiv für die civilistische Praxis 214 (2014), S. 7–54 (zit.: *Stürner*, AcP 214 (2014)).
- Suchman, Marc C./Mertz, Elizabeth*: Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism, Annual Review of Law and Social Science 6 (2010), S. 555–579.
- Suematsu, Chihiro*: Transaction Cost Management. Strategies and Practices for a Global Open Economy, Cham, 2014 (zit.: *Suematsu*, Transaction Cost Management).
- Sunstein, Cass R./Reisch, Lucia A.*: A Bill of Rights for Nudging, Journal of European Consumer and Market Law 8 (2019), S. 93–96.
- Sweet, Justin*: Promissory Fraud and the Parol Evidence Rule, California Law Review 49 (1961), S. 877–907.
- Sykes, Gresham M./Matza, David*: Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency, American Sociological Review 22 (1957), S. 664–670.
- Syrbe, Christoph*: Die zivilrechtliche Aufarbeitung des VW-Diesel-Abgasskandals – ein Zwischenstand, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2021, S. 225–230 (zit.: *Syrbe*, NZV 2021).
- Talwar, Victoria/Crossman, Angela*: From little white lies to filthy liars: the evolution of honesty and deception in young children in: Benson, Janette B. (Hrsg.), Advances in Child Development and Behavior, Bd. 40, London u. a., 2011, S. 139–179 (zit.: *Talwar/Crossman* in: Benson (Hrsg.), Advances in Child Development and Behavior, Bd. 40).
- Taupitz, Jochen*: Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), S. 114–167 (zit.: *Taupitz*, AcP 196 (1996)).

- Temme, Jodocus D. H.*: Lehrbuch des preußischen Zivilrechts, Leipzig, 1846.
- Tenbrunsel, Ann E.*: Misrepresentation and Expectations of Misrepresentation in an Ethical Dilemma: The Role of Incentives and Temptation, *Academy of Management Journal* 41 (1998), S. 330–339.
- Tenbrunsel, Ann E./Messick, David M.*: Ethical Fading: The Role of Self-Deception in Unethical Behavior, *Social Justice Research* 17 (2004), S. 223–236.
- Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves/Chénéde, François*: Droit civil – Les obligations, Paris, 13. Aufl. 2022 (zit.: *Terré et al.*, Les obligations).
- Teubner, Timm/Graul, Antje*: Only one room left! How scarcity cues affect booking intentions on hospitality platforms, *Electronic Commerce Research and Applications* 39 (2020), 100910, S. 1–11.
- Thaler, Richard*: Toward a positive theory of consumer choice, *Journal of Economic Behavior & Organization* 1 (1980), S. 39–60.
- ders.*: Mental Accounting and Consumer Choice, *Marketing Science* 4 (1985), S. 199–214.
- Thayer, James B.*: The „Parol Evidence“ Rule, *Harvard Law Review* 6 (1893), S. 325–348.
- Theisen, Frank*: Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo, *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, S. 3102–3105 (zit.: *Theisen*, NJW 2006).
- Thomas/Putzo*: Zivilprozessordnung – ZPO, Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer/Seiler, Christian/Nordmeier, Friedrich (Hrsg.), München, 44. Aufl. 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: *Thomas/Putzo*, ZPO).
- Thomma, Susanne*: Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, insbesondere bei der betrügerischen Täuschungshandlung, Berlin, 2003 (zit.: *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachenbegriffs).
- Thompson, Leigh/Hastie, Reid*: Social Perception in Negotiation, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 47 (1990), S. 98–123.
- Thompson, Leigh/Valley, Kathleen L./Kramer, Roderick M.*: The Bittersweet Feeling of Success: An Examination of Social Perception in Negotiation, *Journal of Experimental Social Psychology* 31 (1995), S. 467–492 (zit.: *Thompson/Valley/R. Kramer*, *Journal of Experimental Social Psychology* 31 (1995)).
- Thöne, Johann F.*: Fundamental-Lehren des preußischen Privatrechts, einschließlich der Abfassungsgeschichte des Allgemeinen Landrechts und der Lehre von dem Besitz und der Verjährung, Bd. 2, Leipzig, 1835 (zit.: *Thöne*, Fundamental-Lehren des preußischen Privatrechts, Bd. 2).
- Thunhart, Raphael*: Die Beachtlichkeit des Irrtums als Interessenabwägung – § 871 ABGB, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2000, S. 447–453 (zit.: *Thunhart*, ÖJZ 2000).
- Tiedtke, Klaus*: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995, S. 521–535 (zit.: *Tiedtke*, ZIP 1995).
- Tietzel, Manfred*: Zur ökonomischen Theorie des Betrügens und des Fälschens, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988), S. 17–35 (zit.: *Tietzel* in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 204/1 (1988)).
- Torrente, Andrea/Schlesinger, Piero*: *Manuale di diritto privato*, Mailand, 26. Aufl. 2023.
- Tourek, Steven C./Boyd, Thomas H./Schönwetter, Charles J.*: Bucking the „Trend“: The Uniform Commercial Code, the Economic Loss Doctrine, and Common Law Causes of Action for Fraud and Misrepresentation, *Iowa Law Review* 84 (1999), S. 875–940.
- Touré-Tillery, Maferimal/Fishbach, Ayelet*: The End Justifies the Means, but Only in the Middle, *Journal of Experimental Psychology: General* 141 (2012), S. 570–583.
- Trabucchi, Alberto*: Il dolo – nella teoria dei vizi del volere, Padua, 1937 (zit.: *Trabucchi*, Il dolo).

- ders.*: Dolo (Diritto civile) in: Novissimo digesto italiano, Turin, 1960, S. 149–155 (zit.: *Trabucchi* in: Novissimo digesto italiano).
- Tranchant, Latitia/Eg a, Vincent*: Droit des obligations –  dition 2024, Paris, 27. Aufl. 2023 (zit.: *Tranchant/Eg a*, Droit des obligations).
- Trapichler, Martin*: Rechtsfolgen falscher Angaben des Mieters beim Mietvertragsabschluss, *immolex* 2014, S. 310–313.
- Tsui, Anne S./O'Reilly, Charles A.*: Beyond simple demographic effects: The importance of relational demography in superior-subordinate dyads, *Academy of Management Journal* 32 (1989), S. 402–423.
- Tuhr, Andreas von*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, München/Leipzig, 1914 (zit.: *v. Tuhr*, AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/1).
- Tuhr, Andreas von (Begr.)/Peter, Hans*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich, 3. Aufl. 1974 (zit.: *v. Tuhr/Peter*, Obligationenrecht – AT, Bd. 1).
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel*: The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 211 (1981), S. 453–458.
- dies.*: Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty, *Journal of Risk and Uncertainty* 5 (1992), S. 297–323.
- Uden, Jan van*: Die unternehmerische Verhandlungsvertretung als komplexe Prinzipal-Agenten- Problematik, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 2018, S. 216–220 (zit.: *van Uden*, ZKM 2018).
- ders.*: Die unternehmerische Verhandlungsvertretung, Wiesbaden, 2021.
- Ulmer, Peter*: Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1977, S. 565–580 (zit.: *Ulmer*, GRUR 1977).
- Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes*: Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 209 (2009), S. 37–83 (zit.: *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009)).
- Ungan, Philipp*: Sicherheiten durch Angehörige – eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, Tübingen, 2012 (zit.: *Ungan*, Sicherheiten durch Angehörige).
- Veccio, Giorgio del*: Il sentimento giuridico, Rom, 1908.
- Venzlaff, Friedrich*:  ber die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, Frankfurt a. M., 1973.
- Verschuere, Bruno/Spruyt, Adriaan/Meijer, Ewout H./Otgaar, Henry*: The ease of lying, *Consciousness and Cognition* 20 (2011), S. 908–911 (zit.: *Verschuere et al.*, *Consciousness and Cognition* 20 (2011)).
- Vesel ,  teph n*: Ultimatum Game with Asymmetric Information: A Study of Deception and Fairness, *Studia Psychologica* 56 (2014), S. 53–66.
- Vischer, Markus/Galli, Dario*: Entscheidungsbesprechungen, *Aktuelle Juristische Praxis* 2017, S. 1393–1404 (zit.: *Vischer/Galli*, AJP 2017).
- Voeth, Markus/Herbst, Uta/Pöschl, Iris*: Sehen Sie mein Flipchart jetzt?, *Harvard Business Manager* 43 (2021), S. 56–62.
- Volkema, Roger J.*: A comparison of perceptions of ethical negotiation behavior in Mexico and the United States, *International Journal of Conflict Management* 9 (1998), S. 218–233.
- ders.*: Ethicality in Negotiations: An Analysis of Perceptual Similarities and Differences Between Brazil and the United States, *Journal of Business Research* 45 (1999), S. 59–67.

- ders.*: Demographic, cultural, and economic predictors of perceived ethicality of negotiation behavior: A nine-country analysis, *Journal of Business Research* 57 (2004), S. 69–78.
- Volkema, Roger J./Fleck, Denise/Hofmeister-Toth, Agnes*: Ethicality in negotiation: An analysis of attitudes, intentions, and outcomes, *International Negotiation* 9 (2004), S. 315–339.
- Volkema, Roger J./Fleury, Maria T.*: Alternative Negotiating Conditions and the Choice of Negotiation Tactics: A Cross-Cultural Comparison, *Journal of Business Ethics* 36 (2002), S. 381–398.
- Vonkilch, Andreas*: Rechtsfragen der Irrtumsanfechtung von Wertpapierkäufen – Zugleich ein Beitrag zum Irrtumsrecht des ABGB, *Österreichische Juristen-Zeitung* 2010, S. 579–589 (zit.: *Vonkilch*, *ÖJZ* 2010).
- Voßkuhle, Andreas*: Rechtspluralismus als Herausforderung – Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2019, S. 481–501 (zit.: *Voßkuhle*, *ZaöRV* 2019).
- Vries, Berend R. de/Leenes, Ronald E./Zeleznikow, John*: Fundamentals of Providing Negotiation Advice Online: the Need for Developing BATNAs in: Zeleznikow, John/Lodder, Arno R. (Hrsg.), *Second International ODR Workshop*, 2005, S. 59–67 (zit.: *de Vries/Leenes/Zeleznikow* in: Zeleznikow/Lodder (Hrsg.), *Second International ODR Workshop*).
- Wacke, Andreas*: Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List – (Dolus bonus und dolus malus, dolus causam dans und dolus incidens) unter Berücksichtigung der §§ 138 Abs. II und 123 BGB, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 94 (1977), S. 184–246 (zit.: *Wacke*, *ZRG (RA)* 94 (1977)).
- Wagner, Gerhard*: Lügen im Vertragsrecht in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen, 2007, S. 59–102 (zit.: *Wagner* in: Zimmermann (Hrsg.), *Störung der Willensbildung bei Vertragsschluss*).
- ders.*: Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung, *Archiv für die civilistische Praxis* 22 (2022), S. 56–103 (zit.: *Wagner*, *AcP* 222 (2022)).
- Wank, Rolf*: *Juristische Methodenlehre – Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis*, München, 2020 (zit.: *Wank*, *Juristische Methodenlehre*).
- ders.*: *Die Auslegung von Gesetzen*, München, 7. Aufl. 2023.
- Warschauer, Erich*: *Das Rechtsgefühl des Volkes mit besonderer Berücksichtigung des schwurgerichtlichen Gedankens*, Hannover, 1912 (zit.: *Warschauer*, *Das Rechtsgefühl des Volkes*).
- Wassermann, Rudolf*: *Der politische Richter*, München, 1972.
- Weber, Bernd/Neubaus, Carolin*: *Preise im Kopf – Vom Teuro zur Schnäppchenjagd in: Häusel, Hans-Georg (Hrsg.), Neuromarketing: Erkenntnisse der Hirnforschung für Markenführung, Werbung und Verkauf*, München, 1. Aufl. 2007 (Altauflage), S. 32–47 (zit.: *B. Weber/C. Neubaus* in: Häusel (Hrsg.), *Neuromarketing*).
- Weber, Christoph/Gräf, Stephan*: *Eine halb so schlimme Täuschung, Juristische Ausbildung* 2014, S. 81–93 (zit.: *C. Weber/Gräf*, *JURA* 2014).
- Weber, Klaus* (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, München, 31. Edition 2023, Stand: 01.10.2023 (zit.: *Bearbeiter* in: *K. Weber* (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*).
- Weber, Martin*: Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluß, *Archiv für die civilistische Praxis* 192 (1992), S. 390–435 (zit.: *M. Weber*, *AcP* 192 (1992)).

- Weiler, Frank*: Die beeinflusste Willenserklärung – Eine Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen fremder Einflüsse auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung, Bielefeld, 2002 (zit.: *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung).
- ders.*: Der Vertrag als Schaden in VW-Abgasverfahren gegen den Hersteller, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, S. 545–558 (zit.: *Weiler*, NZV 2019).
- Weimar, Robert*: Rechtsgefühl und Ordnungsbedürfnis in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Opladen, 1985, S. 158–173 (zit.: *Weimar* in: Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl).
- Weintraub, Russell J.*: A Survey of Contract Practice and Policy, Wisconsin Law Review 1 (1992), S. 1–60.
- Welser, Rudolf/Kletečka, Andreas*: Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien, 15. Aufl. 2018 (zit.: *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1).
- Welzel, Hans*: Naturrecht und Rechtspositivismus in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag: 30 November 1953, Göttingen, 1953, S. 279–294 (zit.: *Welzel* in: FS Niedermeyer).
- Wesel, Uwe*: Geschichte des Rechts – Von den Frühformen bis zur Gegenwart, München, 5. Aufl. 2022 (zit.: *Wesel*, Geschichte des Rechts).
- West, Glenn D.*: That Pesky Little Thing Called Fraud: An Examination of Buyers' Insistence upon (and Sellers' Too Ready Acceptance of) Undefined Fraud Carve-outs in Acquisition Agreements, Business Lawyer 69 (2014), S. 1049–1079.
- Wetlauffer, Gerald B.*: The Ethics of Lying in Negotiations, Iowa Law Review 75 (1989–90), S. 1219–1272.
- Weyl, Richard*: System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, München, 1905.
- Wheeler, Michael L.*: First, Let's Kill All the Agents! in: Mnookin, Robert/Susskind, Lawrence E. (Hrsg.), Negotiating On Behalf Of Others – Advice To Lawyers, Business Executives, Sports Agents, Diplomats, Politicians, And Everybody Else, Thousand Oaks, 1999, S. 235–262 (zit.: *M. Wheeler* in: Mnookin/Susskind (Hrsg.), Negotiating on Behalf of Others).
- ders.*: Negotiation Analysis: An Introduction, Harvard Business School Background Note August 2000 (revised December 2014), Boston, S. 1–16 (zit.: *M. Wheeler*, Negotiation Analysis).
- White, James J.*: Machiavelli and the Bar-Ethical Limitations on Lying, American Bar Foundation Research Journal 1980 (1980), S. 926–938.
- Whyllie, Joseph*: Using No-Reliance Clauses to Prevent Fraud-in-the-Inducement, Illinois Bar Journal 92 (2004), S. 536–540.
- Widmer Lüchinger, Corinne/Oser, David* (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, Basel/München, 7. Aufl. 2020 (zit.: *Bearbeiter* in: Basler Kommentar – OR I).
- Wieacker, Franz*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen, 3. Aufl. 2016, Nachdruck der 2. Aufl. 1967 (zit.: *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit).
- Wiedemann, Herbert*: Richterliche Rechtsfortbildung, Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2407–2412 (zit.: *Wiedemann*, NJW 2014).
- Wiegand, Wolfgang*: Die Rezeption des Amerikanischen Rechts in: Jenny, Guido/Kälin, Walter (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen,

- Bern, 1988, S. 229–262 (zit.: *Wiegand* in: Jenny/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen).
- ders.*: Americanization of Law – Reception or Convergence in: Friedmann, Lawrence M./Schreiber, Harry N. (Hrsg.), Legal culture and Legal Profession, New York, 1996, S. 137–152 (zit.: *Wiegand* in: Friedmann/Schreiber (Hrsg.), Legal culture and Legal Profession).
- Wijst, Per van der/Krahmer, Emiel*: Friendship, deception, and punishment in negotiations, Paper presented at the 22nd annual meeting of the International Association of Conflict Management 2009, S. 1–6, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1488625 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Wilhelm, Georg*: Anlegerschädigung durch Marktmanipulation, *ecolex* 2011, S. 497–499.
- Williamson, Oliver E.*: The Economic Institutions of Capitalism – Firms, markets, relational contracting, New York/London, 1985 (zit.: *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism).
- ders.*: Transaction Costs Economics in: Schmalensee, Richard/Willig, Robert (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Bd. 1, Amsterdam, 1989, S. 135–182 (zit.: *Williamson* in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Bd. 1).
- ders.*: Calculativeness, Trust, and Economic Organization, The Journal of Law & Economics 36 (1993), S. 453–486.
- Williston, Samuel (Begr.): A Treatise on the Law of Contracts, Bd. 26: §§ 68–69:31, Rochester, 4. Aufl. 2018 (zit.: Williston on Contracts, Bd. 26).
- : A Treatise on the Law of Contracts, Bd. 27: §§ 69:32–70:134, Rochester, 4. Aufl. 2018 (zit.: Williston on Contracts, Bd. 27).
- Wiltschek, Lothar/Horak, Michael*: UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Baden-Baden, 9. Aufl. 2023 (zit.: *Wiltschek/Horak*, UWG).
- Windel, Peter A.*: Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs. 2 BGB?, Archiv für die civilistische Praxis 199 (1999), S. 421–454 (zit.: *Windel*, AcP 199 (1999)).
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Stuttgart, 5. Aufl. 1879.
- Wismer, Willi*: Das Tatbestandselement der Arglist beim Betrug, Zürich, 1988.
- Wistrich, Andrew J./Guthrie, Chris/Rachlinski, Jeffrey J.*: Can Judges Ignore inadmissible Information – The Difficulty of Deliberately Disregarding, University of Pennsylvania Law Review 153 (2005), S. 1251–1345.
- Witt, Carl-Heinz*: Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 3681–3686 (zit.: *Witt*, NJW 2017).
- Wittwer, Alexander*: Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht – Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Studie zum europäischen Vertragsrecht aus österreichischer Sicht, Bielefeld, 2004 (zit.: *Wittwer*, Vertragsschluss, Vertragsauslegung und Vertragsanfechtung nach europäischem Recht).
- Wolf, Manfred*: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen, 1970 (zit.: *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit).
- ders.*: Die Privatautonomie in: Emmerich, Volker/Gerhardt, Walter/Grunsky, Wolfgang/Huhn, Diether/Schmidt, Eike/Tempel, Otto/Wolf, Manfred (Hrsg.), Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. 1, München, 1974 (zit.: *M. Wolf* in: Emmerich et al. (Hrsg.), Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Bd. 1).
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München, 10. Aufl. 2012 (Altauflage) (zit.: *Wolf/Neuner*, AT des Bürgerlichen Rechts).

- Woller, Michael: Nirgendwo billiger! Ist das alles oder darf 's noch etwas sein?, *ecolex* 2017, S. 622–624.
- Yau-fai, Ho D.: On the Concept of Face, *American Journal of Sociology* 81 (1976), S. 867–884.
- Yip, Jeremy A./Schweitzer, Maurice E.: Trust Promotes Unethical Behavior: Excessive Trust, Opportunistic Exploitation, and Strategic Exploitation, *Current Opinion in Psychology* 6 (2015), S. 216–220.
- dies.: Mad and misleading: Incidental anger promotes deception, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 137 (2016), S. 207–217.
- Yurtsever, Gulcimen/Ben-Asher, Zohar: Gender differences in buyer-seller negotiations: Misrepresentation of information, *African Journal of Business Management* 7 (2013), S. 976–979.
- Yu-Te, Tu: The Relationships between Trust and Unethical Negotiation, *International Journal of Business, Humanities and Technology* 3 (2013), S. 45–52.
- Zabeer, Akbar/McEvily, Bill/Perrone, Vincenzo: Does Trust Matter? Exploring the Effects of Interorganizational Trust on Performance, *Organization Science* 9 (1998), S. 141–159.
- Zamir, Eyal/Medina, Barak: *Law, Economics, and Morality*, New York, 2010.
- Zeisel, Hans: Empirische Rechtsforschung – ein natürlicher Zweig der Jurisprudenz, *JuristenZeitung* 1974, S. 561–564 (zit.: Zeisel, JZ 1974).
- Zeitlin, Andrew M./Baker, Alison P.: At Liberty to Lie? The Viability of Fraud Claims after Disclaiming Reliance, *Business Torts Litigation Committee* 20 (2013).
- Zhang, Jian-Dong/Liu, Leigh A./Liu, Wu: Trust and Deception in Negotiation: Culturally Divergent Effects, *Management and Organization Review* 11 (2015), S. 123–144 (zit.: Zhang/L. Liu/W. Liu, *Management and Organization Review* 11 (2015)).
- Zickgraf, Peter: Das rechtsökonomische Argument in der Wertungsjurisprudenz, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2021, S. 482–510 (zit.: Zickgraf, ZfPW 2021).
- Zimmer, Maximilian: Anmerkung zu einer Entscheidung des BAG, Urteil vom 07.02.2019 (6 AZR 75/18) – Zum arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag, im Einzelnen zum Widerruf der Einwilligung sowie zur Unwirksamkeit wegen Missachtung des Gebots fairen Verhandeln, *JuristenZeitung* 2019, S. 897–900 (zit.: Zimmer, JZ 2019).
- Zimmermann, Reinhard: *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kapstadt/München, 1990 (zit.: Zimmermann, *The Law of Obligations*).
- Zippelius, Reinhold: *Juristische Methodenlehre*, München, 12. Aufl. 2021.
- Zitrin, Richard/Langford, Carol M.: *The Moral Compass of the American Lawyer: Truth, Justice, Power, and Greed*, New York, 1999 (zit.: Zitrin/Langford, *The Moral Compass of the American Lawyer*).
- Zöller: *ZPO – Zivilprozessordnung*, Köln, 34. Aufl. 2022 (zit.: Bearbeiter in: Zöller, ZPO).
- Zweigert, Konrad: Entscheidungsanmerkung, *JuristenZeitung* 1958, S. 568–574 (zit.: Zweigert, JZ 1958).
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 3. Aufl. 1996 (zit.: Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*).

II. Weitere Quellen

- American Bar Association: Model Rules of Professional Conduct, 2023.
- Bundesministerium des Innern: Arbeitshilfe zur Gesetzesfolgenabschätzung, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/arbeitshilfe-gesetzesfolgenabschaetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Abgeordneten Alfred Hartenbach, Hermann Bachmaier, Bernhard Brinkmann (Hildesheim), Rainer Brinkmann (Dortmund), Iris Follak, Hans-Joachim Hacker, Reinhold Hemker, Gustav Herzog, Barbara Imhof, Ilse Janz, Marianne Klappert, Anette Kramme, Ute Kumpf, Christine Lambrecht, Winfried Mante, Dirk Manzewski, Dr. Jürgen Meyer (Ulm), Holger Ortel, Margot von Renesse, Wilhelm Schmidt (Salzgitter), Karsten Schönfeld, Richard Schuhmann (Delitzsch), Reinhard Schultz (Everswinkel), Erika Simm, Joachim Stünker, Jella Teuchner, Hedi Wegener, Matthias Weisheit, Dr. Rainer Wend, Heino Wiese (Hannover), Waltraud Wolff, Heidi Wright, Dr. Peter Struck und der Fraktion der SPD sowie der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Grietje Bettin, Irmingard Schewe-Gerigk, Helmut Wilhelm (Amberg), Kerstin Müller (Köln), Rezzo Schlauch und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Drucksache 14/6040 v. 14.05.2001 (zit.: BT-Drs. 14/6040).
- Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Drucksache 16/10145 v. 20.08.2008 (zit.: BT-Drs. 16/10145).
- Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, Drucksache 19/27873 v. 24.03.2021 (zit.: BT-Drs. 19/27873).
- Dudenredaktion (o.J.): Duden online, abrufbar unter: <https://www.duden.de/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- European Commission: Better Regulation Toolbox, 2023, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/9c8d2189-8abd-4f29-84e9-abc843cc68e0_en?file_name=BR%20toolbox%20-%20Jul%202023%20-%20FINAL.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Herrenhausberichte: 8. Beilage zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses des Reichsrates, 21. Session 1912 (zit.: HHB 78 BlgHH 21. Session 1912).
- Jung, Stefanie/Krebs, Peter*: Siegerner Studie zu Irreführung in unternehmerischen Vertragsverhandlungen – Beispiele für die Umfragebögen, abrufbar unter: <https://www.wiwi.uni-siegen.de/contractgovernance/survey/?lang=de> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Messerli Forschungsinstitut – Department für Interdisziplinäre Lebenswissenschaften – Veterinärmedizinische Universität Wien: Vergleichende Kognitionsforschung – Kune Kune Forschung, vom 11.10.2017, abrufbar unter: <https://www.vetmeduni.ac.at/de/messerli/forschung/for-schung-kognition/haustiere/clever-pig-lab/kune-kune-forschung/> (zuletzt abgerufen am: 04.09.2021).
- Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin, 1899 (zit.: Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1).

- PON staff (Harvard Law School): Daily Blog, Beyond Walking Away: Facing a Hardball Strategy Head-on, 4.11.2021, abrufbar unter: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealing-with-difficult-people-daily/beyond-walking-away-facing-difficult-negotiation-tactics-head-on-nb/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- PON staff (Harvard Law School): Daily Blog, Ethics in Negotiations: How to Deal with Deception at the Bargaining Table, 7.12.2021, abrufbar unter: <https://www.pon.harvard.edu/daily/dealing-with-difficult-people-daily/dealing-with-difficult-people-when-youre-tempted-to-deceive/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex: Erläuterungen der Änderungsanschläge der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex aus der Plenarsitzung vom 13. Oktober 2016, abrufbar unter: <https://www.dcgk.de/files/dcgk/usercontent/de/Konsultationen/2016/161102%20Erlaeuterungen%20der%20Aenderungsvorschlaege.pdf> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Reichen, Philippe*: Genfer Staatsanwaltschaft weist Milliardenklage eines Oligarchen ab, Der Bund, 18.09.2021, abrufbar unter: <https://www.derbund.ch/genfer-staatsanwaltschaft-weist-milliardenklage-eines-oligarchen-ab-260436550563#as-oil-cpc-third-parties> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- The American Law Institute (Hrsg.): Restatement (Second) of the Law of Contracts, Bd. 1: §§ 1–177, 1981 (zit.: R2C).
- The American Law Institute (Hrsg.): Restatement (Second) of the Law of Contracts, Bd. 2: §§ 178–315, 1981 (zit.: R2C).
- The American Law Institute (Hrsg.): Restatement of the Law (Second) – Torts, Bd. 3: §§ 316–End, 1977 (zit.: R2T).
- The American Law Institute (Hrsg.): Restatement of the Law (Third) – The Law Governing Lawyers, 2000.
- The American Law Institute: Frequently Asked Questions, abrufbar unter: <https://www.ali.org/about-ali/faq/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- The American Law Institute: How the Institute Works, abrufbar unter: <https://www.ali.org/about-ali/how-institute-works/> (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Weltkarte (individualisierbar), abrufbar unter: [paintmaps.com](https://www.paintmaps.com) (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs: Pressemitteilung von *Peter Brammen*, Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung, 05. November 2015, abrufbar unter: https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_pressemitteilung/?id=268 (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).
- Zweigert, Konrad*: Vom Rechtsheiligen zum Sozialingenieur, Die Zeit 8 (1969) vom 21.02.1969, S. 56 (zit.: *Zweigert, Die Zeit 8 (1969)*).
- Zweisprachige Fassung (italienische – deutsch) des italienischen codice civile, abrufbar unter: https://assets-eu-01.kc-usercontent.com/e6f8f5ff-b94b-01fb-b36f-926b5e8f8000/2d195a77-0ef6-40e1-bbec-9c4dfa4533bc/ZGB_OKTOBER_2023.pdf (zuletzt abgerufen am: 19.12.2023).

Anhang

III. Originalumfrage der Siegener Studie (Erste Version)

Im Folgenden findet sich die Originalumfrage der Siegener Studie (1. Version) auf Deutsch. Die Formatierung wurde an das Layout in dieser Arbeit angepasst. In der Kopfzeile waren die Namen der Verfasser der Studie genannt (Prof. Dr. iur. Peter Krebs – Prof. Dr. iur. Stefanie Jung, M.A. (CoE)). Bei den Fragen zur Person gab es leichte Variationen.¹

Umfrage: Verhandlungstaktiken zwischen Unternehmen

Ihre Meinung ist uns wichtig!

1. Der neue potentielle Geschäftspartner G ist glühender Schalke Fan. Der Verhandler V der eigenen Seite ist eingeschriebenes Mitglied bei Borussia Dortmund und hasst Schalke seit frühester Kindheit. Da er aber den Vertragsabschluss nicht gefährden will, schwärmt er dem potentiellen Geschäftspartner von Schalke vor. Es kommt zum Vertragschluss.

Sehen Sie das Verhalten von Verhandler V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten von Verhandler V den Geschäftspartner G zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

¹ Leichte Variationen ergeben sich zum Beispiel nach der Frage nach dem Beruf/Studiengang. In den ersten Umfragen gab es bei der Frage nach dem Geschlecht zudem nur die Antwortmöglichkeit „weiblich“ oder „männlich“. Später wurde die Antwortmöglichkeit „divers“ hinzugefügt.

2. Der potentielle Kunde K kann sich nicht recht entscheiden, ob er die Maschine kaufen soll oder nicht. Der Maschinenhersteller H sagt ihm, dass er noch genau eine Maschine zum gewünschten Termin liefern könne. In Wirklichkeit hat der Maschinenhersteller fünf Maschinen auf Lager. Es kommt zum Vertragsabschluss.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

3. Käufer K möchte von Hersteller H eine Maschine kaufen. Hersteller H hat nur eine sofort lieferbare Maschine auf Lager. H erklärt dem potentiellen Käufer K, dass gerade heute der Konkurrent des K ebenfalls eine Kaufanfrage für diese Maschine gestellt habe. In Wirklichkeit hat der Hersteller eine solche Kaufanfrage nicht erhalten. Es kommt zum Vertragsabschluss.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?

nein ja

4. Käufer K möchte von Hersteller H eine Maschine kaufen. Käufer K erklärt gegenüber Hersteller H, dass er ein Angebot über eine gleichwertige Maschine für 1.200.000 Euro vorliegen habe. Nur wenn H diesen Preis unterbieten oder zumindest halten könnte, wäre er an einem Kauf interessiert. Richtig ist, dass dem Käufer K ein solches Angebot über 1.200.000 Euro tatsächlich vorliegt. Diese Maschine wäre aber erst sechs Monate später lieferbar und wäre auch schlechter ausgestattet, weshalb K die Maschine von Hersteller H kaufen möchte.

Sehen Sie das Verhalten des Käufers K als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des K den Hersteller H zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?

nein ja

5. Einkäufer E reist zum Verkäufer V. Man ist sich fast einig. E macht ein letztes Angebot und teilt Verkäufer V mit, dass er in 30 Minuten aufbrechen müsse, um seinen Flug zu erreichen. Unter dem Zeitdruck nimmt Verkäufer V das Angebot des E an. E hätte den Flug unproblematisch umbuchen und einen späteren Flug nehmen können.

Sehen Sie das Verhalten des E als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte ein solches Verhalten Verkäufer V zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

6. Verkäufer V lehnt Wünsche des Kunden K bzgl. einiger Vertragsklauseln ab, da sich sein Unternehmen noch nie auf solche Klauseln eingelassen habe. Verkäufer V erklärt weiter, dass er von diesen Vorgaben nicht abweichen dürfe. In Wahrheit ist es jedoch so, dass das Unternehmen des V sich gelegentlich mit solchen Klauseln einverstanden erklärt hat und V auch entsprechende Verhandlungsmacht besitzt.

Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Kunden K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?

nein ja

7. Verkäufer V wird nach Leistungsdaten einer Maschine gefragt. Die von Verkäufer V angegebenen Daten sind einzeln im Testbetrieb erreichbar, im Praxisbetrieb sind die Werte um etwa 20 % schlechter. Käufer K und Verkäufer V schließen einen Vertrag über die Maschine ab.

Sehen Sie das Verhalten des Verkäufers V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

8. Hersteller H und Käufer K verhandeln um den Kauf einer Maschine. K hat spezielle Vorstellungen bzgl. der Fertigung. Einen Wunsch des K lehnt Hersteller H mit dem Hinweis ab, dass die Maschine dann nicht den notwendigen Sicherheitsstandards entsprechen würde. Dies ist nicht wahr. Die vorgeschriebenen Sicherheitsstandards stehen den Fertigungswünschen des K nicht entgegen. H und K schließen einen Vertrag.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

9. Einkäufer E und Verkäufer V verhandeln über den Kauf einer Maschine. Das Limit (d. h. der Maximalpreis) des E sind 700.000 Euro. Geboten hat er nach längeren Verhandlungen bisher 630.000 Euro. Der Verkäufer ist bis auf 670.000 Euro runter gegangen. E erklärt gegenüber V, dass sein allerletztes Angebot bei 650.000 Euro liegt. Mehr könne und dürfe er nicht bieten. V, der den Auftrag nicht verlieren will, nimmt schweren Herzens an.

Sehen Sie das Verhalten des E als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des E den Verkäufer V zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja ²

Fragen zur Person:

1. Würden Sie sich privat/beruflich als erfolgreichen Verhandler einschätzen?
ja nein
2. Wie würden Sie Ihre persönlichen moralischen Standards einschätzen
normal hoch niedrig
3. Geben Sie bitte Ihr Geschlecht an
weiblich männlich
4. Bitte geben Sie Ihren Beruf an:
Richter Anwalt Verhandler Sonstiges

² Dieses Szenario wurde nicht durchgehend im Rahmen der Originalumfrage abgefragt. In dieser Arbeit wird dieses Szenario daher mit Blick auf die Originalumfrage nicht ausgewertet.

IV. Zweite Version der Siegener Studie

Im Folgenden findet sich die 2. Version der Siegener Studie auf Deutsch. Die Formatierung wurde an das Layout in dieser Arbeit angepasst. In der Kopfzeile waren die Namen der Verfasser der Studie genannt (Prof. Dr. iur. Peter Krebs – Prof. Dr. iur. Stefanie Jung, M.A. (CoE)). Bei den Fragen zur Person gab es leichte Variationen.³

Umfrage: Verhandlungstaktiken zwischen Unternehmen

Ihre Meinung ist uns wichtig!

1. Der potentielle Kunde K kann sich nicht recht entscheiden, ob er die Maschine kaufen soll oder nicht. Der Maschinenhersteller H sagt ihm, dass er nur noch genau eine Maschine auf Lager habe und in den nächsten acht Wochen kein Nachschub käme. In Wirklichkeit hat der Maschinenhersteller H fünf Maschinen auf Lager. Es kommt zum Vertragsschluss.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

2. Verkäufer V und Käufer K verhandeln über den Preis von Schraubenziehern. V verweist auf seinen eigenen Einkaufspreis von 10 Euro pro Stück, weshalb er beim Verkaufspreis nicht unter 12 Euro gehen könne. Man einigt sich daher auf 12 Euro pro Stück. In Wirklichkeit beträgt der Einkaufspreis von V aber nur 9,20 Euro.

Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

³ Leichte Variationen ergeben sich zum Beispiel nach der Frage nach dem Beruf/Studiengang. In den ersten Umfragen gab es bei der Frage nach dem Geschlecht zudem nur die Antwortmöglichkeit „weiblich“ oder „männlich“. Später wurde die Antwortmöglichkeit „divers“ hinzugefügt.

3. Die Firma U möchte ihre Produktion verkleinern und daher auch eines ihrer Grundstücke für 500.000 Euro veräußern. Das Unternehmen E das auf den Abbau von Edelmetallen spezialisiert ist, interessiert sich für das Grundstück. B hat in der Gegend aufwendige geologische Proben durchgeführt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass unter dem Grundstück der Firma U mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit eine Goldader verläuft und das Grundstück daher ein Vielfaches des geforderten Preises wert ist. Im Laufe der Verhandlung erkundigt sich U bei B, ob dieser irgendwelche Anhaltspunkte dafür habe, dass unter seinem Grundstück Edelmetalle liegen. B antwortet, dass er keinerlei Hinweise darauf habe, damit U keinen höheren Preis fordert. U verkauft B daraufhin das Grundstück für 500.000 Euro.

Sehen Sie das Verhalten des E als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des E den Unternehmer U zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

4. Hersteller H und Unternehmer U verhandeln um den Kauf einer Maschine. H unterbreitet dem U ein konkretes Angebot. U erkundigt sich daraufhin, ob die Maschine wie von H vorgeschlagen denn auch den notwendigen Sicherheitsstandards entsprechen würde, die U in seinem Betrieb einhalten muss. H erklärt, dass die Maschine den Sicherheitsstandards, die für U gelten, entsprechen würde. Dies ist nicht wahr. Die für den Betrieb von U vorgeschriebenen Sicherheitsstandards setzen höhere Standards. H und U schließen den Vertrag.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Unternehmer U zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

5. Käufer K möchte von Hersteller H eine Maschine kaufen. Käufer K erklärt gegenüber Hersteller H, dass er ein Angebot über eine gleichwertige Maschine für 1.200.000 Euro vorliegen habe. Nur wenn H diesen Preis unterbieten oder zumindest halten könnte, wäre er an einem Kauf interessiert. In Wahrheit hat K gar kein Konkurrenzangebot eingeholt. K und H schließen den Vertrag daraufhin für 1.100.000 Euro.

Sehen Sie das Verhalten des Käufers K als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des K den Hersteller H zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

6. Produzent P und Käufer K verhandeln über die Lieferung von Baumaterial. P hatte in letzter Zeit Überkapazität, weshalb seine Lager übermäßig voll sind. Er möchte daher schnell an K ausliefern, da er sonst neue Lagerkapazitäten anmieten müsste. K hat auf seiner Baustelle viel Platz und könnte die Lieferung problemlos sofort entgegennehmen. Auf Frage des P, ob K Platz hätte und er sofort liefern könne, behauptet K, dass er keinen Platz habe und dass eine sofortige Lieferung und Lagerung für ihn Kosten hervorrufen würde. P müsste daher seinen Preis reduzieren, wenn er sofort liefern wolle. P gibt K daraufhin noch einmal einen Preisnachlass, damit er sofort liefern kann und die beiden Parteien schließen den Vertrag.

Sehen Sie das Verhalten des K als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des K den Verkäufer P zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

7. Verkäufer V verkauft Maschinenwerkzeug. Verkäufer V und Käufer K haben schon öfter einmal Geschäfte miteinander abgeschlossen. K erkundigt sich dieses Mal nach dem Preis eines speziellen Werkzeugs. V gibt an, dass der normale Verkaufspreis für dieses Werkzeug bei 5.000 Euro liegt. Er bietet K jedoch an, ihm einen Freundschaftspreis zu machen und ihm das Werkzeug daher für 4.800 Euro zu verkaufen. In Wahrheit liegt der normale Verkaufspreis bei 4.600 Euro. Da K glaubt, aufgrund des Freundschaftspreises einen guten Deal zu machen, kauft er das Werkzeug.

Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

8. Zwei Antiquitätenhändler verhandeln über eine wertvolle Vase aus dem 12. Jahrhundert. Käufer K bietet Verkäufer V 12.000 Euro für die Vase. Verkäufer V erklärt gegenüber Käufer K, dass es nur 4 solcher Vasen in diesem guten Zustand gibt und er daher mindestens 15.000 Euro bieten müsste. Dies stimmt jedoch nicht. Es gibt weltweit mindestens 30 entsprechende Vasen. Dies weiß V jedoch nicht und willigt daher ein, 15.000 Euro für die besondere Vase zu zahlen.

Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

9. Verkäufer V und Einkäufer E verhandeln über den Kauf von Büromöbel. Nachdem E sich alle Möbel angeschaut hat, verlangt er einen Gesamtpreis von 120.000 Euro. V ist darüber äußerst glücklich, da dieser Preis weit über seinen Erwartungen liegt. Er tut jedoch absolut entsetzt über das „unverschämte niedrige“ Angebot. E erhöht daraufhin sein Angebot schnell auf 130.000 Euro, um V zu besänftigen. Die beiden Parteien schließen den Vertrag dann letztlich auch für 130.000 Euro ab.

Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

10. Autohändler H und Unternehmer U verhandeln über einen Kleintransporter. Nach längeren Verhandlungen einigen sich die Parteien darauf, dass der Preis für den Kleintransporter wie folgt berechnet werden soll: Ankaufspreis plus 15 % Provision. Autohändler H gibt an, den Kleintransporter für 40.000 Euro angekauft zu haben. In Wahrheit hat er dafür nur 35.000 Euro bezahlt.

Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des H den Unternehmer U zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

11. Verkäufer V wird nach Leistungsdaten einer Maschine gefragt. Die von Verkäufer V angegebenen Daten sind einzeln im Testbetrieb erreichbar, im Praxisbetrieb sind die Werte um etwa 20 % schlechter. Käufer K und Verkäufer V schließen einen Vertrag über die Maschine ab.

Sehen Sie das Verhalten des Verkäufers V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

Fragen zur Person:

1. Würden Sie sich privat/beruflich als erfolgreichen Verhandler einschätzen?

ja nein

2. Wie würden Sie Ihre persönlichen moralischen Standards einschätzen

normal hoch niedrig

3. Geben Sie bitte Ihr Geschlecht an

weiblich männlich

4. Geben Sie Ihren Beruf an

Anwalt Richter Unternehmensverhandler Student

Anderes Wenn ja, was _____

5. Falls Sie Student sind, geben Sie bitte Ihren Studiengang an und ob Sie Master- oder Bachelor-Student sind.

Bachelor Master

Studiengang: _____

V. Dritte Version der Siegener Studie

Im Folgenden findet sich die 2. Version der Siegener Studie auf Deutsch. Die Formatierung wurde an das Layout in dieser Arbeit angepasst. In der Kopfzeile waren die Namen der Verfasser der Studie genannt (Prof. Dr. iur. Peter Krebs – Prof. Dr. iur. Stefanie Jung, M.A. (CoE)). Bei den Fragen zur Person gab es leichte Variationen.⁴

Umfrage: Verhandlungstaktiken zwischen Unternehmen

Ihre Meinung ist uns wichtig!

1. Der neue potentielle Geschäftspartner G ist glühender Schalke Fan. Der Verhandler V der eigenen Seite ist eingeschriebenes Mitglied bei Borussia Dortmund und hasst Schalke seit frühester Kindheit. Da er aber den Vertragsabschluss nicht gefährden will, schwärmt er dem potentiellen Geschäftspartner von Schalke vor. Es kommt zum Vertragsschluss
 - a) Sehen Sie das Verhalten von Verhandler V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
 moralisch vertretbar unmoralisch
 - b) Sollte das Verhalten von Verhandler V den Geschäftspartner G zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?
 nein ja
 - c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
 nein ja
 - d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
 sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

⁴ Leichte Variationen ergeben sich zum Beispiel nach der Frage nach dem Beruf/Studiengang. In den ersten Umfragen gab es bei der Frage nach dem Geschlecht zudem nur die Antwortmöglichkeit „weiblich“ oder „männlich“. Später wurde die Antwortmöglichkeit „divers“ hinzugefügt.

2. Der potentielle Kunde K kann sich nicht recht entscheiden, ob er die Maschine kaufen soll oder nicht. Der Maschinenhersteller H sagt ihm, dass er noch genau eine Maschine zum gewünschten Termin liefern könne. In Wirklichkeit hat der Maschinenhersteller fünf Maschinen auf Lager. Es kommt zum Vertragsschluss.
- a) Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
- moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?
- nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
- nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
- sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher
3. Käufer K möchte von Hersteller H eine Maschine kaufen. Hersteller H hat nur eine sofort lieferbare Maschine auf Lager. H erklärt dem potentiellen Käufer K, dass gerade heute der Konkurrent des K ebenfalls eine Kaufanfrage für diese Maschine gestellt habe. In Wirklichkeit hat der Hersteller eine solche Kaufanfrage nicht erhalten. Es kommt zum Vertragsabschluss.
- a) Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
- moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?
- nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
- nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
- sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

4. Käufer K möchte von Hersteller H eine Maschine kaufen. Käufer K erklärt gegenüber Hersteller H, dass er ein Angebot über eine gleichwertige Maschine für 1.200.000 Euro vorliegen habe. Nur wenn H diesen Preis unterbieten oder zumindest halten könnte, wäre er an einem Kauf interessiert. Richtig ist, dass dem Käufer K ein solches Angebot über 1.200.000 Euro tatsächlich vorliegt. Diese Maschine wäre aber erst sechs Monate später lieferbar und wäre auch schlechter ausgestattet, weshalb K die Maschine von Hersteller H kaufen möchte.
- a) Sehen Sie das Verhalten des Käufers K als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
 moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des K den Hersteller H zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?
 nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
 nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
 sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher
5. Einkäufer E reist zum Verkäufer V. Man ist sich fast einig. E macht ein letztes Angebot und teilt Verkäufer V mit, dass er in 30 Minuten aufbrechen müsse, um seinen Flug zu erreichen. Unter dem Zeitdruck nimmt Verkäufer V das Angebot des E an. E hätte den Flug unproblematisch umbuchen und einen späteren Flug nehmen können.
- a) Sehen Sie das Verhalten des E als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?
 moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte ein solches Verhalten Verkäufer V zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?
 nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
 nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
 sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

6. Verkäufer V lehnt Wünsche des Kunden K bzgl. einiger Vertragsklauseln ab, da sich sein Unternehmen noch nie auf solche Klauseln eingelassen habe. Verkäufer V erklärt weiter, dass er von diesen Vorgaben nicht abweichen dürfe. In Wahrheit ist es jedoch so, dass das Unternehmen des V sich gelegentlich mit solchen Klauseln einverstanden erklärt hat und V auch entsprechende Verhandlungsmacht besitzt.
- a) Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
- moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des V den Kunden K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen (sofern es zum Vertragsschluss kommt)?
- nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
- nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
- sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher
7. Verkäufer V wird nach Leistungsdaten einer Maschine gefragt. Die von Verkäufer V angegebenen Daten sind einzeln im Testbetrieb erreichbar, im Praxisbetrieb sind die Werte um etwa 20 % schlechter. Käufer K und Verkäufer V schließen einen Vertrag über die Maschine ab.
- a) Sehen Sie das Verhalten des Verkäufers V als moralisch vertretbar oder als unmoralisch an?
- moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?
- nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
- nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
- sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

8. Hersteller H und Käufer K verhandeln um den Kauf einer Maschine. K hat spezielle Vorstellungen bzgl. der Fertigung. Einen Wunsch des K lehnt Hersteller H mit dem Hinweis ab, dass die Maschine dann nicht den notwendigen Sicherheitsstandards entsprechen würde. Dies ist nicht wahr. Die vorgeschriebenen Sicherheitsstandards stehen den Fertigungswünschen des K nicht entgegen. H und K schließen einen Vertrag.

a) Sehen Sie das Verhalten des H als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

b) Sollte das Verhalten des H den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?

nein ja

d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?

sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

9. Einkäufer E und Verkäufer V verhandeln über den Kauf einer Maschine. Das Limit (d. h. der Maximalpreis) des E sind 700.000 Euro. Geboten hat er nach längeren Verhandlungen bisher 630.000 Euro. Der Verkäufer ist bis auf 670.000 Euro runter gegangen. E erklärt gegenüber V, dass sein allerletztes Angebot bei 650.000 Euro liegt. Mehr könne und dürfe er nicht bieten. V, der den Auftrag nicht verlieren will, nimmt schweren Herzens an.

a) Sehen Sie das Verhalten des E als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?

moralisch vertretbar unmoralisch

b) Sollte das Verhalten des E den Verkäufer V zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?

nein ja

c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?

nein ja

d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?

sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

10. Verkäufer V und Käufer K verhandeln über den Preis von Schraubenziehern. V verweist auf seinen eigenen Einkaufspreis von 10 Euro pro Stück, weshalb er beim Verkaufspreis nicht unter 12 Euro gehen könne. Man einigt sich daher auf 12 Euro pro Stück. In Wirklichkeit beträgt der Einkaufspreis von V aber nur 9,20 Euro.
- a) Sehen Sie das Verhalten des V als moralisch vertretbar oder unmoralisch an?
 moralisch vertretbar unmoralisch
- b) Sollte das Verhalten des V den Käufer K zur Aufhebung des Vertrages berechtigen?
 nein ja
- c) Glauben Sie, dass das aktuelle Recht in Deutschland so ist, wie Sie angegeben haben, dass das Recht sein sollte (siehe Frage b))?
 nein ja
- d) Wie sicher sind Sie sich bezüglich Ihrer Kenntnisse über die Rechtslage auf einer Skala von 1 (sehr unsicher) bis 5 (sehr sicher)?
 sehr unsicher 1 2 3 4 5 sehr sicher

Zusatzfrage:

Welche der im Folgenden genannten Aspekte haben Sie bei den Fragen, ob eine Aufhebung möglich sein *sollte*, berücksichtigt? Mehrfachnennungen sind möglich! Bitte kreuzen Sie die zutreffenden Punkte an:

- Ihre persönlichen Moralvorstellungen
- Allgemeine Moralvorstellungen
- Ihr persönliches Gerechtigkeitsgefühl
- Überlegungen, wie Verhandlungen in der Praxis ablaufen
- Eigene Erfahrungen, wie Verhandlungen in der Praxis ablaufen
- Ihre Vorstellungen davon, wie die Rechtslage in Deutschland tatsächlich ist
- Wirtschaftliche Konsequenzen für eine oder beide Parteien
- Überlegungen, ob die Möglichkeit der Aufhebung tatsächlich genutzt würde
- Eigene Erfahrungen, ob die Möglichkeit der Aufhebung tatsächlich genutzt würde

- Das Vorhandensein/Nichtvorhandensein anderer Reaktionsmöglichkeiten als der Aufhebung
- Keine der genannten Punkte
- Andere Punkte, z. B. _____

(bitte eintragen)

Fragen zur Person:

1. Würden Sie sich privat/beruflich als erfolgreichen Verhandler einschätzen?
ja nein
2. Wie würden Sie Ihre persönlichen moralischen Standards einschätzen
normal hoch niedrig
3. Geben Sie bitte Ihr Geschlecht an
weiblich männlich
4. Bitte geben Sie Ihren Beruf an:
Richter Anwalt Verhandler (Unternehmen)
Sonstiges (bitte nennen Sie Ihren Beruf _____)

VI. Graphiken und Tabellen

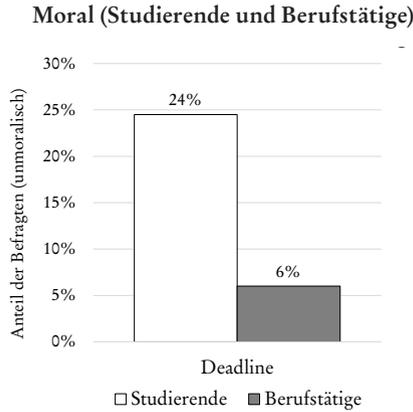


Abb. 58: Moralische Bewertung einer Lüge über Zeitdruck (Studierende und Berufstätige⁵) mit Blick auf die Originalversion

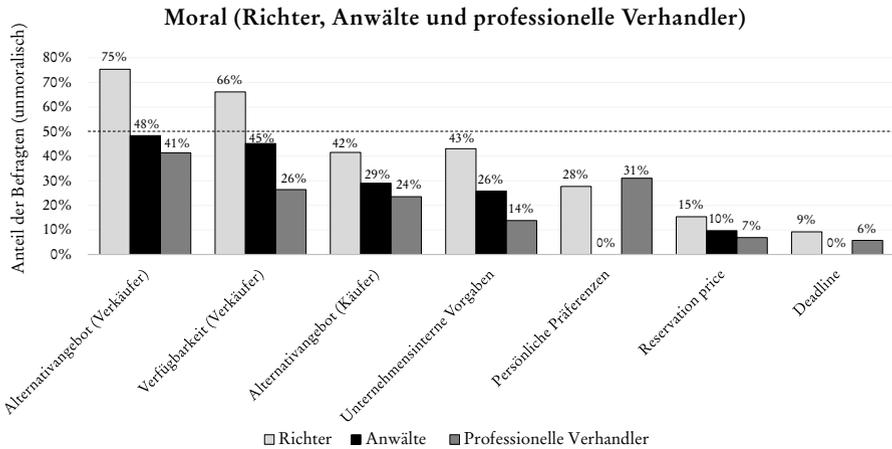


Abb. 59: Moralische Bewertung verschiedener Täuschungen (Studierende, Richter, Anwälte, professionelle Verhandler) mit Blick auf die Originalversion

⁵ Die Gruppe der Berufstätigen umfasst Richter, Anwälte und professionelle Verhandler.

Moral (Studierende und Berufstätige)

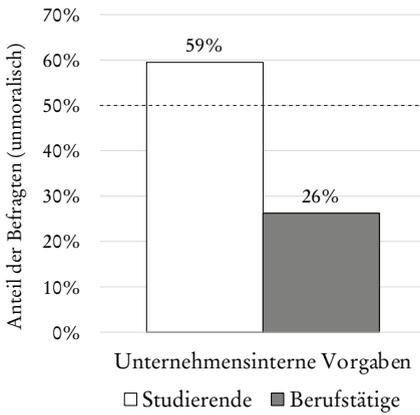


Abb. 60: Moralische Bewertung einer Täuschung über unternehmensinterne Vorgaben (Studierende und Berufstätige) mit Blick auf die Originalversion⁶

Moral (Studierende und Berufstätige)

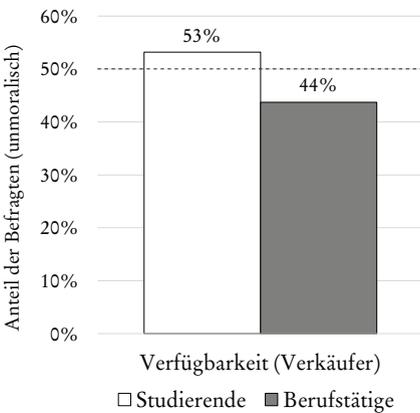


Abb. 61: Moralische Bewertung einer Lüge über die Verfügbarkeit mit Blick auf die Originalversion (Studierende und Berufstätige)⁷

⁶ Die Gruppe der Berufstätigen umfasst Richter, Anwälte und professionelle Verhandler.

⁷ Die Gruppe der Berufstätigen umfasst Richter, Anwälte und professionelle Verhandler.

		Blau Index	IQV	Varianz
Studierende	Moral	0,50	1,00	0,25
	Rechtsgefühl	0,46	0,92	0,23
Berufstätige	Moral	0,46	0,92	0,23
	Rechtsgefühl	0,34	0,67	0,17
Richter	Moral	0,50	0,99	0,25
	Rechtsgefühl	0,35	0,71	0,18
Anwälte	Moral	0,47	0,94	0,23
	Rechtsgefühl	0,37	0,74	0,18
Professionelle Verhandler	Moral	0,43	0,87	0,22
	Rechtsgefühl	0,32	0,64	0,16

Abb. 62: Blau Index, IQV und Varianz aller Gruppen

p-value, 3-sample test for equality of proportions (X-squared)		
	Moral	Rechtsgefühl
Personal preferences	0.002035	0.1954
Product availability – seller	6.513e-06	0.2342
Alternative offer – seller	0.0001267	0.2841
Alternative offer – buyer	0.05917	0.7572
Time pressure	0.2033	0.4014
Internal company policies	0.0002624	0.744
Subject matter – seller	0.05968	0.0641
Legal situation – illegality	0.0001513	0.001947
Reservation price	0.2345	0.7928

Abb. 63: Ergebnisse des Chi-squared Tests für die Proportionen (deutsche Anwälte, Richter und professionelle Verhandler)

p-value, 3-sample test for equality of proportions (X-squared)		
	Moral	Rechtsgefühl
Personal preferences	0.1417	0.002035
Product availability – seller	0.02394	6.513e-06
Alternative offer – seller	0.1805	0.0001267
Alternative offer – buyer	0.8686	0.05917
Time pressure	4.791e-08	0.2033
Internal company policies	4.211e-16	0.0002624
Subject matter – seller	1	0.05968
Legal situation – illegality	0.2734	0.0001513
Reservation price	0.8083	0.2345

Abb. 64: Ergebnisse des Chi-squared Tests für die Proportionen (deutsche Studierende und Berufstätige⁸)

p-value, Levene Test – Varianzhomogenität	
	Moral
Studierende	2.2e-16 ***
Berufstätige	2.2e-16 ***
Anwälte	2.2e-16 ***
Richter	2.2e-16 ***
Professionelle Verhandler	2.2e-16 ***

Abb. 65: Ergebnisse des Levene Tests für die Varianzhomogenität

⁸ Die Gruppe der Berufstätigen umfasst Richter, Anwälte und professionelle Verhandler.

Stichwortverzeichnis

- Abbruch
- der Verhandlung 60, 72, 94 ff., 455, 585 ff., 634, 636, 811
 - der Geschäftsbeziehung 94 ff., 565, 594
- Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts
- Deutschland 193 ff., 757
 - Österreich 384
 - USA
 - „*as is*“ *clause* 300 f.
 - *integration clause* 297, 296 ff.
 - *integration contract* 297
 - *non-reliance clause* 298 ff.
 - *parol evidence rule* 265, 294 ff., 297
 - *representation clause* 298
- Absicht (schweiz.) *siehe* Vorsatz – Schweiz
- Absichten, Täuschung über
- Deutschland 121 ff., 221, 463, 666 f., 699, 812
 - Frankreich 348
 - Italien 307 f., 434
 - Österreich 373
 - Schweiz 397
 - USA 266 f., 272 f., 423, 464, 497
- abus de situation* (franz.) 357
- actio de dolo* 240 f.
- actual fraud* (USA) *siehe* Täuschung – USA
- Agent *siehe* Prinzipal-Agenten-Situation
- all I've got* 483
- allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) 109, 193 ff., 757, 809
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) 245 ff.
- Allokationseffizienz *siehe* Wohlfahrtsökonomie
- Alternativangebot, Lügen über 8, 14, 20, 23 ff., 55, 67 f., 85, 88, 111, 125, 134, 154, 171 f., 176, 180 f., 204, 215, 223 f., 232, 234, 289, 293, 310, 337, 341, 359, 422, 437 f., 464 ff., 476 ff., 484, 499, 501 f., 505, 519, 521, 525 f., 528 f., 551 f., 616, 624, 636–639, 651, 654, 676, 696, 719 f., 725, 728, 749, 760, 763, 798, 803, 805, 829, 831
- ambivalente Aussagen 106 ff., 110, 453, 811 f.
- Änderung des Verhandlungsverhaltens
- getäuschte Seite 86 f.
 - täuschende Seite 86, 88 f.
- Anfechtungserklärung
- Deutschland 147 f., 183, 185–187 f., 191 f.
 - Frankreich 361 f.
 - Italien 333 f.
 - Österreich 387 f.
 - Schweiz 412 f.
 - USA 288
- Anfechtungsfrist
- Deutschland 188–193, 232, 333
 - Frankreich 362
 - Italien 333
 - Österreich 383 f.
 - Schweiz 413
 - USA 288
- animus decipiendi* (ital.) *siehe* Vorsatz – Italien
- animus nocendi* (ital.) *siehe* Schädigungsabsicht – Italien
- Annullierung (ital.) 304–342
- Anpassung, des Vertrags
- Deutschland 185 f., 684
 - Frankreich 362 f.
 - Österreich 362, 369, 384, 387 ff., 391 f.
- annullamento* (ital.) *siehe* Annullierung (ital.)
- Anscheinsbeweis 173–180, 233 f., 668, 733
- anti-abuse lies* 559, 561
- Anti-Missbrauchs-Lügen *siehe anti-abuse lies*
- Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 750, 752, 754, 791

- Diskriminierung 151 ff., 195, 257, 354, 465, 669, 708, 751, 753 f., 761 f., 764, 781, 785, 790–794, 805, 807, 834
- ethnische Herkunft 149 f., 152, 749 f., 751, 761 f., 791 f.
- Gewerkschaftszugehörigkeit 353 f., 750 f., 762
- Religionszugehörigkeit 750, 761 f., 770, 791 f., 794
- Schwangerschaft 149 ff., 202 f., 214, 749, 751, 791
- Vorgehalt 204, 214, 216, 745, 752 f., 765
- Vorstrafen 152, 154, 202, 750 f., 753 f., 762
- Arglist
 - Begriff 13 f., 137 f., 145 f.
 - früheres Verständnis 13 f.
 - Vorsatz *siehe dort*
- „as is“ clause (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
- Aufdecken, von Täuschungen 53 f., 75, 77 ff., 85, 126, 171 f., 321, 447, 566, 581, 596 f., 600, 629, 633, 636, 639, 642, 732
- Aufklärung, historisch 239, 245 f., 258, 508 f., 816
- Aufklärungspflicht *siehe* Verschweigen
- Ausschlussfrist
 - Deutschland 189 f., 192, 209, 232, 815
 - Frankreich 362
 - Italien 333 f.
 - Österreich 384
 - Schweiz 413
- Austausch, des Verhandlers 92 f., 93 f., 96, 563 f.

- B2C-Verhältnis 67, 129, 194, 200, 206 f., 263, 323, 347, 352 ff., 416, 421, 436 f., 441 f., 445, 626, 653, 679, 694, 734, 752 f., 757, 763, 777, 780 ff., 788 ff., 795, 807 f., 818, 821, 833
- BAFO (*best and final offer*) 74
- Bait-and-switch-Taktik 483, 696
- bandwagon effect* 66, 230, 311, 438, 653
- Baseline Szenario 553, 613 f., 616 f., 620–623, 628–633, 635 ff., 639–642, 644, 646, 649, 659, 713, 717 ff.
- BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) 57–63, 66–69, 74, 94, 176, 204, 216, 227, 229, 318, 380, 416, 438, 478 f., 483 ff., 499, 530, 560, 567, 582–588, 594, 598, 600, 612, 618 f., 624, 628 f., 633, 636–640, 645 ff., 654 f., 720, 764 ff., 803, 827
- bedingter Vorsatz *siehe dolus eventualis*
- Begründungslast 6, 494
- behavioural economics* 132, 444, 574
- Bereicherungsrecht 188, 413
- Bestätigung, des Vertrags
 - Italien 333, 343
 - USA 289 f.
 - Schweiz 412
- Betrug, strafrechtlicher
 - Deutschland
 - Allgemeines 99
 - Absicht 121 f.
 - Eigenverantwortung 705
 - Eingehungsbetrug 202
 - Geltungsanspruch 120
 - Meinungen 121 f., 760
 - objektiver Tatbestand 698
 - rationales Verhalten 120, 132, 176, 229, 283, 700
 - subjektiver Tatbestand 698, 704 f.
 - Tatsachen 118 ff., 698–701
 - Vermögensschaden 701–704, 760, 771
 - Vermögensverfügung 701
 - Wahrheitsanspruch 118 f., 700
 - Frankreich 343
 - Schweiz 403 f., 420
 - USA 263, 299
- Betrugsdilemma 84 ff., 89, 91 ff., 94, 97, 100, 178, 209, 565, 585, 600, 648, 811
- Better-offer-Taktik 67, 73 f., 85, 136, 172, 204 f., 223 f., 229, 235 f., 303, 311, 321, 339, 353, 464, 482, 484, 637 ff., 676, 696, 719 f., 734, 819
- Beweislast
 - Deutschland
 - Allgemeines 170 ff.
 - Anscheinsbeweis *siehe dort*
 - Beweisführung 172 f.
 - Beweiswürdigung 172 ff., 177
 - Indizien 177 ff.
 - Kausalität 173–179
 - Täuschung 172
 - Umkehr der 173
 - Verteilung der 170 ff.
 - Vorsatz 179–181

- Frankreich
 - Eigenverantwortung des Getäuschten 359ff.
 - Kausalität 359ff.
 - Vorsatz 356
- Italien
 - Allgemeines 331f.
 - Indizien 332
 - Kausalität 331f.
 - unwesentlicher Irrtum 332, 341
 - Vermutung 332
 - Vorsatz 332
 - wesentlicher Irrtum 331f.
- Österreich
 - Allgemeines 383f.
 - Anpassung, des Vertrags *siehe*
 - Anpassung, des Vertrags – Österreich
 - innere Tatsache 372
 - Kausalität 378, 382
 - Tatsachenkern 374
 - Vorsatz 384
- Schweiz
 - Allgemeines 408f.
 - Kausalität 402f., 408
 - unwesentliche Täuschung 408
 - Vermutung 408
 - Vorsatz 408f.
 - wesentliche Täuschung 408
- USA
 - Erheblichkeit 275ff., 285, 287, 291, 301
 - *parol evidence rule* *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
 - Täuschungen über Intentionen *siehe* Absichten – USA
- Beweisschwierigkeiten 170, 213, 232, 397, 473ff., 636, 710, 733, 807, 815
- Beweiswürdigung *siehe* Beweislast – Deutschland
- bias* 77f., 132, 176, 228, 602
- black lies* 21, 39, 55ff., 456f., 618, 622, 624, 628, 800
- Bluff *siehe* Täuschung
- Bogey* 488
- Böswilligkeit
 - Deutschland 255f.
 - Italien 307f.
 - Österreich 372, 376
 - römisches Recht 242f., 255f.
- C2C-Verhältnis 31, 777, 780ff., 808, 833
- cheapest cost avoider* 559f., 580ff., 612, 803f., 827
- conditions substantiellement différentes* (franz.) 358
- condotta maliziosa* (ital.) *siehe* Böswilligkeit – Italien
- constructive fraud* (USA) *siehe* Täuschung – USA
- convalida* (ital.) *siehe* Bestätigung, des Vertrags – Italien
- cover-up lie* 91, 455, 576
- culpa in contrahendo*
 - Deutschland
 - Allgemeines 680ff.
 - Darlegungs- und Beweislast 687
 - Dispositionsinteresse 686
 - Fahrlässigkeit 130, 143, 684
 - Informationspflichtverletzung 680, 684f.
 - Kausalitätsbeweis 685
 - minderungsähnlicher Schadensersatz 142, 216, 683ff.
 - Rechtsfolge 684
 - (Rest-)Vertrauensschaden 684f.
 - Vermögensschaden 686
 - Italien 334
 - Schweiz 414
 - USA 432
- Darlegungslast 232
- de lege ferenda*, Lösung 660, 780–796
- de lege lata*, Lösung 660, 727–779
- deadline* 71f., 125, 208, 214f., 222f., 225, 228ff., 236, 251, 294, 335, 337, 341f., 359, 368, 381, 415, 422, 446, 469ff., 473, 476f., 487, 499, 505, 519, 525f., 528f., 551f., 648, 665, 677, 703, 722f., 734, 745, 761, 767, 806, 816, 832, 909
- deal-breaker* 59, 73f., 482, 629, 647
- decision-maker* *siehe* Prinzipal-Agenten-Situation
- Differenzierungsfreundlichkeit, der Rechtsordnungen 240, 250f., 257f., 340, 368, 420f., 424ff., 434, 489, 816–819
- Diskriminierung *siehe* Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis
- Dispositivität, des Rechts *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts

- dissimulation intentionnelle* (franz.) *siehe* Verschweigen – Frankreich
- dol* (franz.) *siehe* Täuschung – Frankreich
- dol incident* (franz.) *siehe dolus incidens* – Frankreich
- dol licite* (franz.) *siehe dolus bonus* – Frankreich
- dol principal* (franz.) *siehe dolus causam dans* – Frankreich
- dolo* (ital.) *siehe* Täuschung – Italien
- dolo colposo* (ital.) *siehe* Fahrlässigkeit – Italien
- dolo commissivo* (ital.) *siehe* Täuschung – Italien – aktive
- dolo del terzo* (ital.) *siehe* Dritten, Täuschung durch – Italien
- dolo determinante* (ital.) *siehe dolus causam dans* – Italien
- dolo incidente* (ital.) *siehe dolus incidens* – Italien
- dolo negativo* (ital.) *siehe* Verschweigen – Italien
- dolo omissivo* (ital.) *siehe* Verschweigen – Italien
- dolus antecedens* 138 f.
- dolus bonus*
- als Regelungsinstrument 427 ff.
 - Deutschland 445, 490, 783
 - Frankreich 349–354, 364, 368, 421 f., 428, 439, 442, 818
 - Italien 311, 319, 322–326, 336 f., 341, 421 f., 428 f., 436, 441, 818
 - rechtshistorisch 240 f., 243 f., 249, 254, 257 f., 426, 428, 816
- dolus causam dans*
- Deutschland 813
 - Frankreich 431 f.
 - Italien 314 f., 317 ff., 322, 331 f., 336–341, 357 f., 422, 425, 434, 459
 - Österreich 379 f., 388
 - rechtshistorisch 243 f.
 - Schweiz 402, 420 ff., 431
 - USA 431
- dolus eventualis*
- Deutschland 140 f., 233
 - Italien 312
 - Österreich 377 f.
 - Schweiz 400 f.
- dolus incidens*
- Deutschland 134–137, 218, 813
 - Frankreich 357 f., 431 f.
 - Italien 305, 317 ff., 334 f., 341, 431, 434, 817
 - Österreich 379 f., 388
 - rechtshistorisch 243–247, 250, 258, 430, 816
 - Schweiz 402, 413 f., 418, 420 ff., 425, 431, 441, 819
 - USA 278, 431 f.
- dolus malus*
- als Regelungsinstrument 427 ff.
 - Deutschland 445, 490, 783
 - Frankreich 421 f., 428, 439
 - Italien 311, 319, 322 ff., 324, 341, 349–354, 364, 368, 421 f., 428
 - rechtshistorisch 240–244, 248 f., 254 ff., 258, 426, 784, 816
- dolus subsequens* 143
- Dritten, Täuschung durch
- Deutschland 157–165
 - Frankreich 361
 - Italien 305, 327–331
 - Österreich 384–387
 - Schweiz 409–411
 - USA 287
- Drohung
- Deutschland 148, 196, 220, 230, 662–670, 691, 707–709, 711, 732, 784 f., 804, 806 f., 829
- Frankreich 342 f.
 - Österreich 394
 - rechtshistorisch 241
 - Schweiz 395 f.
- Durchsetzung
- gerichtliche 98, 170 f., 549 f., 565 f., 620, 626, 644
 - Quote der 571
 - von Ansprüchen 565 f., 570–572
- Durchsetzungskosten *siehe* Transaktionskosten
- EANT (*ethically ambiguous negotiation tactics*) 63–74
- Eigenschaftsirrtum *siehe* Irrtum – Deutschland
- Eigenverantwortung

- als Regelungsinstrument 435–439
- Deutschland 118, 130, 435
- Frankreich 347, 351 f., 359 ff., 361, 364, 367 f., 436 f., 442
- Italien 311, 319 ff., 324 f., 337, 340 f., 422, 429, 436, 441
- Österreich 370 f., 375, 382, 435, 439
- rechtshistorisch 242
- Schweiz 400, 407, 435 f., 439
- USA 282 f., 436 ff.
- Eingehungsbetrug 122, 202, 212, 721
- Einheit der Rechtsordnung, Gebot der 659 f., 692, 695 f., 714, 733
- Einigungszone *siehe* ZOPA
- Einstandspreise, Täuschungen über 71, 181, 200, 216, 292, 424, 481, 628 f.
- Emotionen
 - als Täuschungsgegenstand 72 f., 79, 96, 222 f., 224 ff., 235, 467, 472, 474 f., 478, 480 f., 502, 506, 524, 529, 544, 552, 516, 630–636, 659, 696, 713, 725, 728, 761, 798, 801, 803, 805, 816, 823 f., 829, 831
 - des Täuschenden 80 ff.
 - als Reaktion des Getäuschten 40, 62, 82 ff., 460
 - Ausblenden von 566
- Entscheidungsfreiheit 219, 314, 329
- Entschuldigung, des Täuschenden 80 ff., 88 f., 617
- Erfahrungssätze *siehe* Wahrscheinlichkeiten
- Erheblichkeitsschwelle
 - Deutschland 190, 433 f., 438, 444, 678, 683, 820
 - Frankreich *siehe conditions substantiellement différentes* (franz.)
 - Schweiz 403
 - USA *siehe materiality* (USA)
- Erkennen, von Täuschungen 67, 77 ff., 191, 208, 212, 228, 362, 368, 407, 409, 414, 437, 573, 577, 581, 597 f., 600, 633, 636, 732, 818, 827
- Erklärungstheorie 662
- erreur* (franz.) *siehe* Irrtum – Frankreich
- erreur déterminante* (franz.) *siehe* Kausalität – Frankreich
- errore* (ital.) *siehe* Irrtum – Italien
- Eventualvorsatz *siehe dolus eventualis*
- ex ante* Kosten *siehe* Transaktionskosten
- exceptio doli* 240 f.
- exploding offer* 481, 487
- ex post* Kosten *siehe* Transaktionskosten
- Externalitäten 75, 90, 458, 573, 595, 597, 599, 635, 828
- facts* (USA) *siehe* Tatsachen, Täuschung über – USA
- Fahrlässigkeit
 - Deutschland
 - bei Täuschungen durch Dritte 158
 - des Getäuschten 128, 581, 671, 674,
 - des Täuschenden 125, 130, 141 ff., 189, 209, 220, 461, 674, 676, 813, 822, 827
 - Fristbeginn 191
 - Frankreich
 - des Getäuschten 359, 442
 - des Täuschenden 355, 461
 - Italien
 - des Getäuschten 306, 327
 - des Täuschenden 306, 313, 341, 461
 - Österreich
 - des Getäuschten 381 f.
 - des Täuschenden 378
 - Schweiz
 - des Getäuschten 406 f., 409 f., 435 f.
 - des Täuschenden 401, 439
 - USA
 - des Getäuschten 281, 289, 436, 442, 820
 - des Täuschenden 276 f., 281, 283, 303, 312 f., 461
- Falsch aussage (USA)
 - *fraudulent misrepresentation* 112, 274–277
 - *innocent misrepresentation* 276 f.
 - *material misrepresentation* 277 f.
- falsche rechtliche Bedenken, Taktik *siehe* Rechtslage, Täuschungen über die
- false deadline* 5, 71 f., 207, 211, 216, 223, 225, 230, 235 f., 251, 294, 340, 359, 367, 393, 455, 486 f., 499, 506, 519, 536, 664 f., 722 f., 741, 803, 816, 823 f.
- fatti* (ital.) *siehe* Tatsachen, Täuschung über – Italien
- Fehleridentität 187
- fixed pie illusion* 55
- foggy recall* 82, 486

- Folgetransaktion, Kompensation 92f.
 Form, der Anfechtung
 – Deutschland 183
 – Schweiz 412
framing effect 624f.
fraud (USA) *siehe* Täuschung – USA
fraud in the execution (USA) *siehe*
 Täuschung – USA
fraud in the factum (USA) *siehe* Täuschung – USA
fraud in the inducement (USA) *siehe*
 Täuschung – USA
fraudulent misrepresentation (USA) *siehe*
 Falschaussage – USA
 freie/funktionierende Marktwirtschaft 459, 554, 790
 Freundschaftspreis, Lügen über 24f., 71,
 199, 212, 292, 310, 365, 393, 466, 481, 502,
 504, 524, 528f., 530, 551f., 623–627,
 629f., 713ff., 789
 Frist (falsche) *siehe* *false deadline*
funny money (Taktik) 71
- Gebot des fairen Verhandeln 670, 765f.,
 785f.
 Gegenlüge 54, 89f., 100, 452, 563f., 597ff.,
 600, 622, 639f., 811, 828
 Geheimhaltungsinteresse 49f., 153, 754,
 762, 764, 766, 794, 805
 Geltungsanspruch *siehe* Betrug, strafrechtlicher – Deutschland
 Gemeines Recht *siehe* *ius commune*
 Genehmigung, des Vertrags *siehe* Bestätigung, des Vertrags
 gerichtliche Klärung *siehe* Durchsetzung, gerichtliche
 Geschäftsirrtum (österr.) *siehe* Irrtum – Österreich
 Gesichtsverlust/Gesichtswahrung 84f., 96,
 112, 209, 211, 447, 585, 587
 Getäuschter
 – Dritter 169f.
 – Prinzipal 167f.
 – Stellvertreter 167
 – Verhandlungsgehilfe ohne Abschlussvollmacht 168f.
getting to yes *siehe* Harvard Verhandlungskonzept
- Gewährleistungsrecht 647, 660, 677–680,
 682f., 685, 708f., 711f., 721, 809f., 830
 Gewinnmargen, Lügen über 200, 338f.,
 365, 393, 481, 628f., 715, 764
 Glossatoren 243f., 258f., 430, 816
- Halbwahrheiten (USA) 266
 Handlungsintensität, von Täuschungen
 448–454, 606, 784, 821f.
harmful lies *siehe* *black lies*
 Harvard Verhandlungskonzept 57, 646f.,
 766
 Häufigkeit, von Täuschungen 33, 43ff.,
 630
 Heilung, der Täuschung *siehe* Bestätigung, des Vertrags
hide your glee 73, 631
 Historische Rechtsschule
 – Allgemeines 258, 816
 – Kant 248f.
 – Pandektenwissenschaft 250
 – *Savigny* 239, 248ff.
homo oeconomicus 573f., 585
hypothetical bargain theory 589–592, 828
- Ignorieren, der Lüge 89
implied consent *siehe* *hypothetical bargain theory*
 implizite Aussagen 106f., 109f., 112f., 116,
 266, 811
inducement (USA) *siehe* Kausalität – USA
innocent misrepresentation (USA) *siehe*
 Falschaussage – USA
integration clause (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
integration contract (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA 757
intentions (USA) *siehe* Absichten – USA
 Information, ökonomische Bewertung von
 – *casually acquired* 561, 603
 – *deliberately acquired* 561, 603
 – *privately valuable* 561
 – *productive* 561, 603
 – *redistributive* 561, 603
 – *socially valuable* 561
information overload, Taktik 71
 Informationsasymmetrien

- Allgemeines 38, 48f., 69f., 76, 99, 215f., 321, 437, 567, 576f., 617f., 622
- Prinzipal-Agenten-Situation *siehe dort*
- Informationsgewinnung 76, 151, 577, 607, 766, 805
- Irrführung *siehe* Täuschung
- Irrtum
 - Deutschland
 - Allgemeines 125ff.
 - Eigenschaftsirrtum 675, 708, 711, 714
 - Motivirrtum *siehe* Motivirrtum – Deutschland
 - über eine verkehrswesentliche Eigenschaft 674f., 708, 712
 - Korrektur 126
 - subjektiv 128
 - Zeitpunkt 126f., 132, 147, 379, 401
 - Frankreich
 - Allgemeines 342f.
 - Motivirrtum *siehe* Motivirrtum – Frankreich
 - Italien
 - Allgemeines 315, 317f.
 - Motivirrtum *siehe* Motivirrtum – Italien
 - unwesentlicher 316f., 332, 341
 - wesentlicher 315f., 331f., 334f.
 - Österreich
 - Allgemeines 376f.
 - Geschäftsirrtum 375f.
 - Motivirrtum *siehe* Motivirrtum – Österreich
 - unwesentlicher 379–381
 - wesentlicher 379–381
 - Schweiz
 - Allgemeines 395, 401f.
 - Motivirrtum *siehe* Motivirrtum – Schweiz
 - unwesentlicher 401f.
 - wesentlicher 401f.
 - USA 263
- Irrtumsanfechtung 671ff.
- ius commune* 239, 245
- Judiz
 - Bedeutung für die Rechtsordnung 531, 537–546
 - Begriff 15, 210f., 510f., 531f.
- empirisch ermitteltes 15, 18, 20, 26, 64, 465, 468f., 473–477, 489, 491, 494, 507, 532–535, 551
- justified reliance* (USA) *siehe* Vertrauen – USA
- Kant* *siehe* Historische Rechtsschule
- Kausalität
 - Deutschland
 - Allgemeines 130ff.
 - *dolus causam dans* *siehe* *dolus causam dans* – Deutschland
 - *dolus incidens* *siehe* *dolus incidens* – Deutschland
 - doppelte 128, 130ff., 139f., 171, 317, 379, 382, 402, 812
 - *in concreto* 133, 360, 436
 - in der Verhandlungspraxis 135ff.
 - Mitursächlichkeit 131, 134
 - Nachweis der 171f., 173, 177ff., 234
 - Frankreich
 - Allgemeines 357ff.
 - *dolus incident* *siehe* *dolus incidens* – Frankreich
 - *dolus principal* *siehe* *dolus causam dans* – Frankreich
 - *erreur déterminante* 356, 357
 - Italien
 - Allgemeines 317ff.
 - *dolo determinante* *siehe* *dolus causam dans* – Italien
 - *dolo incidente* *siehe* *dolus incidens* – Italien
 - doppelte 317
 - Österreich
 - Allgemeines 379
 - doppelte 379, 382
 - unwesentlicher Irrtum *siehe* *dolus incidens* – Österreich
 - wesentlicher Irrtum *siehe* *dolus causam dans* – Österreich
 - Schweiz
 - Allgemeines 402f.
 - *dolus causam dans* *siehe* *dolus causam dans* – Schweiz
 - *dolus incidens* *siehe* *dolus incidens* – Schweiz
 - doppelte 402

- USA
 - *inducement* 275 f., 278 f., 287, 302, 431
 - *justified reliance* 269 f., 275, 279 ff., 283, 287, 291, 302, 429, 434, 436 f., 439, 442, 817, 820
- Kollektivmaßnahmen 99 f.
- Kommunikationsmittel 41, 810, 812
- Konfrontation, des Getäuschten *siehe* Betrugsdilemma
- Konkurrenzangebot *siehe* Alternativangebot, Lügen über
- Konsequenzen, von Täuschungen
 - Allgemeines 456 ff.
 - Einfluss auf das Verhandlungsergebnis 57 ff.
 - ökonomische Analyse 553 ff.
- Korrektur
 - von fehlerhaften Angaben 142 f.
 - von zunächst richtigen Angaben 144
- Kosten, der Aufklärung 79, 566, 638, 647
- Kosten, der Lüge 42, 99, 571 f., 620 f.
- Kosten-Nutzen-Relation, von Täuschungen 88, 90, 99, 563 ff., 599, 601, 602, 611, 613, 615, 637, 642, 646
- Kostenvermeidung *siehe* *cheapest cost avoider*
- künftige Ereignisse *siehe* zukünftige Ereignisse, Täuschung über

- Lauterkeitsrecht
 - *per-se* verbotene Handlungen 695 f.
 - Schutzrichtung 690 ff.
 - schwarze Liste 695
 - unlauterer Wettbewerb 219 f., 669, 692 f.
- Leistungsgegenstand, Täuschung über 5, 8, 14 f., 23 ff., 69, 125, 187 f., 198 f., 202, 222, 212, 336, 356, 359, 364, 368, 392, 421, 423, 433, 438, 466 ff., 479, 482, 500, 502, 519 f., 521, 523 ff., 526, 529, 533 f., 536, 538, 551 f., 567, 583, 616 ff., 650, 675, 677 ff., 696, 711 f., 721, 755, 770, 823 f.
- List (österr.) 13, 369 f., 372 ff.
- listige Täuschung
 - Begrifflichkeit 13 f.
 - Deutschland
 - Allgemeines 13 f., 110, 118, 124, 134, 135, 137, 142, 150, 154, 172, 177, 179, 185, 193, 195, 207, 382, 392, 420, 688 f., 704, 706 f., 709 ff., 724 f., 727 f., 731 ff., 735, 754 ff., 762, 767, 777 ff., 797 f., 801 f., 808 ff., 813, 815, 816, 819, 820, 821, 823 ff., 829 f., 831, 832
 - rechtshistorisch 238, 244, 252, 257 f., 816
 - Frankreich 357, 359, 818
 - Italien 322, 340, 818
 - Österreich 382, 420 f.
 - Schweiz 395, 400, 417 f., 420
 - USA 286, 295, 303, 820
- Lockvogelangebote 207, 483
- LoI (*letter of intent*) 649
- Lose-lose-Situation 63, 95, 587, 637
- Lüge *siehe* Täuschung
- Lüge, einfache
 - Frankreich 345 f., 367, 427
 - Italien 308 f., 340, 427
 - Schweiz 403
- Lüge, unsoziale *siehe* *black lies lying costs* 42, 73, 80, 592, 617, 631

- macchinazioni* (ital.) *siehe* Täuschungsmanöver – Italien
- Mängelgewährleistungsrecht 677 ff., 681 f., 708 f., 711, 721, 830
- manœuvre* (franz.) *siehe* Täuschungsmanöver – Frankreich
- Marktlage, Täuschung über 338, 485, 488, 654, 658, 696, 720 f., 725, 780, 785, 804, 807, 829, 831, 833
- marktschreierische Anpreisung
 - Deutschland
 - strafrechtlich 120, 125, 700, 760
 - zivilrechtlich 116 ff., 154, 195, 214, 226 f., 236, 493, 800, 812
 - Frankreich 351
 - Österreich 374 f., 391, 394
 - Schweiz 399, 417
 - USA 267, 286
- material misrepresentation* (USA) *siehe* Falschaussage – USA
- materiality* (USA) 272, 274 ff., 279, 284 f., 287, 291, 301 ff., 423, 425, 432, 459, 461, 817, 820
- matters of law* (USA) *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – USA
- Meinung

- Deutschland
 - Allgemeines 65, 70, 111 ff., 120 ff., 125, 141, 206, 223 ff., 433 ff., 444, 568 f., 576, 641, 649, 652, 698, 717, 728, 731, 732, 760, 781 f., 812, 820, 826
 - Experte 115, 291
 - innere Tatsache *siehe* Tatsachen, innere – Deutschland
 - Meinungsänderung 113 f.
 - Meinungsbildung 132
 - Meinungsfreiheit 112, 114 f., 434
 - Tatsachenkern *siehe* Tatsachenkern – Deutschland
- Frankreich 348, 434
- Italien 307 f., 434
- Österreich 373 f., 391, 434
- Schweiz 397 f., 415, 417, 420, 434
- USA 115, 266 ff., 287, 290 ff., 302, 423, 434, 464, 817, 822
- Meinungsäußerung *siehe* Meinung
- mensonge* (franz.) *siehe* Lüge, einfache – Frankreich
- messinscene* (ital.) *siehe* Täuschungsmanöver – Italien
- misrepresentation* (USA) *siehe* Falschaussage – USA
- missing person maneuver*
- Moralverständnis
 - Allgemeines 467 ff., 573, 823
 - Bedeutung für das Verhalten 210, 212
 - Bedeutung für die Rechtsordnung 489, 491, 506, 537 ff., 710, 802, 808
 - empirisch ermitteltes 15, 18, 34, 496, 498, 503, 505 f., 521, 524 f., 550 ff., 712, 799, 802
- Moralphilosophen 258, 494 ff., 505 f., 539, 798, 816 f.
- Motivirrtum
 - Deutschland 127, 356, 375 f., 674 ff., 699, 708, 711 f., 714, 812
 - Frankreich 356
 - Italien 315 ff., 341
 - Österreich 375 f.
 - Schweiz 399, 402
- Nachverhandlung
 - als Reaktion auf eine Täuschung 79, 91 f., 93, 94, 100, 178, 194 f., 209, 563 ff., 578, 595, 625, 640, 647 f., 756, 788, 811, 815
 - Kosten *siehe* Transaktionskosten
 - naming and shaming* 619
 - Naturrecht 239, 244 ff., 248, 509
 - NDA (*non-disclosure agreement*) 483, 486, 646 f., 721 f.
 - NEA (Nichteinigungsalternative) *siehe* NOPA
 - negotiation pie* *siehe* Verhandlungskuchen
 - negotiation surplus* 624
 - Nichtigkeit, des Vertrages
 - Deutschland
 - *ex tunc* 6, 135, 183 ff., 188, 189 f., 579, 784
 - *ex nunc* 184
 - Frankreich
 - absolute 361
 - relative 361 f.
 - Italien *siehe* Annullierung (ital.)
 - Österreich
 - *ex tunc* 369, 387
 - *ex nunc* 387
 - Schweiz
 - Anfechtungstheorie 412
 - *ex tunc* 412 ff.
 - Theorie der schwebenden Teilunwirksamkeit 412
 - Ungültigkeitstheorie 412
 - USA
 - *fraud in the factum* *siehe* Täuschung – USA
 - *fraud in the inducement* *siehe* Täuschung – USA
 - non-reliance clause* (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
 - NOPA (*no possible agreement*) 59, 62 f., 95 f., 438, 484, 583 ff., 637, 764, 827
 - nullité* (franz.) *siehe* Nichtigkeit, des Vertrags – Frankreich
 - Nullsummenspiel 21, 55, 62
 - Offenbarungspflicht 103, 151
 - ökonomisch nicht sinnvolle Verträge 558, 580
 - ökonomisch sinnvolle Verträge 209, 587
 - ökonomische Analyse
 - Allgemeines 553 ff.
 - Begünstigung des Schwächeren 609 ff., 612

- *cheapest cost avoider siehe dort* – Schutz des Rechts zu Schweigen 559f., 603f., 607, 803
- Spillover-Effekt *siehe dort*
- Transaktionskosten *siehe dort*
- Wahrheitssignal *siehe dort*
- Wohlfahrtsökonomie *siehe dort*
- Opfermitverantwortung (schweiz.) 406f., 435
- opinion* (USA) *siehe* Meinung – USA
- optimal dishonesty*
- optimale Unehrllichkeit *siehe optimal dishonesty*

- padding* 488
- Pandektenwissenschaft *siehe* Historische Rechtsschule
- Pareto-effiziente Lügen 457, 480, 589f., 618
- Pareto-white lies* 56f., 457, 589, 632, 634
- parol evidence rule* (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
- paternalistische Lügen *siehe* Pareto-effiziente Lügen
- pecuniary loss* (USA) 284, 303, 817
- persönliche Präferenzen, als Täuschungsgegenstand 23, 25, 233, 338, 359, 381, 399, 466, 470f., 476, 488, 499, 506, 519, 526, 529, 536, 552, 734, 744, 823, 824
- perte d'une chance* (franz.) *siehe* Schadensersatz – Frankreich
- phony facts* 69f., 222, 230, 464, 479
- Prävention, von Täuschungen 75f., 100, 343, 622, 625, 650, 691, 811
- Preis im engeren Sinne, Täuschungen über
 - die Preisberechnung 5, 25, 200, 466, 472, 528f., 551f., 695, 714, 823f.
 - die Preiskalkulation 71, 392, 523, 629
 - Preisbestandteile 6, 15, 71, 222, 368, 481, 621ff., 713, 727, 732f., 772, 779f., 806, 833
- Preis im weiteren Sinne, Täuschungen über
 - den Einkaufspreis 24f., 466, 504, 528, 530, 551, 598, 629
 - den Freundschaftspreis *siehe dort*
 - den Sonderpreis 6, 15, 71, 200, 222, 365, 368, 481, 621, 623ff., 713, 727, 732f., 772, 780, 806, 833
 - Gewinnmargen 71, 117, 200, 338, 365, 393, 478, 481, 628f., 715, 764
 - Selbstkosten 71, 74, 200, 221, 338, 365, 393, 415, 481, 623, 626, 628ff., 764
- Prinzipal-Agenten-Situation
 - *adverse selection* 49
 - Agent 48ff., 85, 165f., 182, 234, 569, 596, 609, 647, 811
 - Auswirkungen auf Täuschungen 51ff., 181f.
 - *decision-maker* 47, 52f., 156, 487
 - *hidden actions* 50f., 53
 - *hidden characteristics* 49
 - *hidden information* 49
 - *hidden intentions* 50f.
 - *hidden knowledge* 49, 51
 - Informationsasymmetrien *siehe* Informationsasymmetrien – Allgemeines
 - Interessenskonflikte 48
 - *moral hazard* 50
 - Multi-Agent-Situation 47
 - Prinzipal 50ff., 81, 85, 94, 101, 156, 165ff., 182, 211, 228, 232, 287, 344, 596f., 608f., 647, 800, 811, 813
- Privatautonomie 295, 382, 554, 661, 722, 730, 790
- Privatsphäre 354, 605, 793f.
- Prognosen, Täuschung über 122ff., 346, 462
- promissory fraud* (USA) *siehe* Täuschung – USA
- Publikmachen der Lüge *siehe* soziale Sanktionen
- puffery* (USA) *siehe* *sales talk*

- raggiro* (ital.) *siehe* Täuschung – Italien
- Rahmenbedingungen
 - für Lügen 32ff., 86, 810
 - Lügen über gesellschaftliche 488, 658, 724f., 780, 785, 804, 807, 829, 831, 833
- Reaktion, auf eine Täuschung *siehe* Umgang mit Lügen
- reasonable standards of dealing* (USA) 272
- Recht zur Lüge
 - Problematik 150–153
 - dogmatische Einordnung 153f.
 - Schutz des Rechts zu Schweigen *siehe* ökonomische Analyse
 - unzulässige Fragen 149f., 152f., 195, 202f., 214, 236, 353f., 405, 450, 493, 746,

- 749, 751, 753 f., 761 f., 781, 792 ff., 805, 814, 816
- rechtliche Aspekte, Täuschung über
- Deutschland 208
 - Frankreich 366
 - Italien 339
 - Österreich 393
 - Schweiz 399, 415
 - USA 266 f., 270 f., 293, 423
- Rechtsbefolgung 549, 570
- Rechtsdurchsetzung 54, 70, 74, 79, 87, 97 ff., 100, 170, 209 ff., 235, 301, 455, 531, 536, 544, 549, 565 ff., 570 ff., 578, 583, 603, 613, 615, 623, 626 f., 630, 636, 640, 644, 649 ff., 656, 658, 730 f., 775, 815, 826
- Rechtsfolge
- Deutschland 183 ff.
 - Frankreich 358, 361 ff.
 - Italien 333 ff.
 - Österreich 387 ff.
 - Schweiz 412 ff.
 - USA 288 ff.
- Rechtsgefühl
- Begriff 511 ff.
 - Bedeutung für die Rechtsordnung 537 ff.
 - empirisch ermitteltes
 - Ergebnisse 518 ff.
 - Ermittlung 515 ff.
 - Interpretation 526 ff.
 - Entwicklung der Debatte 508 ff.
- Rechtskenntnis 15, 18, 20, 22, 26, 64, 271, 531 ff., 824
- Rechtslage, Täuschung über die 24 f., 70, 111, 205 ff., 213, 222, 339, 366 f., 373, 393, 415, 421, 424, 464 ff., 470, 472 f., 476, 482, 500, 504 f., 520 ff., 525 f., 528 ff., 533 ff., 600, 616, 619, 640, 643 f., 652, 655, 688, 696, 704 ff., 709, 716 f., 722, 725, 727, 733, 755 f., 779 f., 803 f., 806, 822 ff., 829 f., 831, 833
- Rechtssicherheit 185, 189, 242, 343, 446, 506, 569 f., 780 ff., 787 ff., 795, 806 ff., 833
- Gefühl der 511
 - Verlust der 286, 773 ff.
- Rechtsunsicherheit 303, 425, 452, 456, 460, 462, 489, 491, 569, 583, 606, 641, 710, 733 f., 756, 801, 821, 831 f.
- Rechtsverglei chung
- Allgemeines 259 ff.
 - Frankreich 342 ff.
 - Italien 304 ff.
 - Österreich 369 ff.
 - Schweiz 395 ff.
 - USA 262 ff.
- Rechtswidrigkeit, der Täuschung
- als Regelungsinstrument 427 ff.
 - Deutschland
 - (enge) teleologische Reduktion 770 ff.,
 - *de lege ferenda* 780 ff.
 - derzeitiges Verständnis 148 ff.
 - gewohnheitsrechtliche Anerkennung 746 ff., 805 f., 832
 - Recht zur Lüge *siehe dort*
 - unbestimmter Rechtsbegriff
 - ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal 13, 153, 667, 738, 746 ff., 769 f., 773, 778 f., 806, 814, 832 f.
 - Vermutung der 770 f., 785, 787 f., 795, 806 f., 833
 - Frankreich 428
 - Italien 428
 - Österreich 382 f.
 - Schweiz 396, 404 ff., 417 f.
 - USA 428
- Redlichkeit, Grundsatz der (ital.) 324
- representation clause* (USA) *siehe* Abdingbarkeit, des Anfechtungsrechts – USA
- Reputationsverlust 35, 87, 96 f., 211, 572, 594, 596, 619
- reservation price*, Lügen über 24 f., 73 f., 78, 96, 207, 251, 292, 423, 466 ff., 471, 473 f., 476 f., 482, 497, 499, 506, 519, 525 f., 536, 572, 576, 651, 715 f., 725, 728, 734, 741, 744 f., 761, 801, 803, 805, 823 f., 829, 831, 911 f.
- réticence dolosive* (franz.) *siehe* Verschweigen – Frankreich
- reticenza* (ital.) *siehe* Verschweigen – Italien
- römisches Recht 217 f., 238 f., 240 ff., 254 f., 257 f., 261 f., 322, 349, 419, 423, 426 ff., 430, 435 f., 489, 493, 508, 739, 742, 801, 816, 819
- rote Verhandlungslinie *siehe* *reservation price*
- Rücktritt 613, 678 f., 683
- rules of the game* 590 f.

- Sächsisches BGB 250f., 258, 817
sales talk (USA) 267, 286f., 291, 302, 423, 817
 Sanktionscharakter 127, 148, 256, 343
 sarkastische Aussagen 106, 110, 453, 812
Savigny siehe Historische Rechtsschule
scarcity effect 66, 230, 311, 438, 653
 Schaden
 – Deutschland 152, 178, 199
 – Frankreich 353, 363f.
 – Italien 314
 – Österreich 378
 – Schweiz 407
 – USA 284ff., 294, 303
 Schadensersatz
 – Deutschland
 – *culpa in contrabendo* siehe *culpa in contrabendo* – Deutschland
 – Deliktsrecht 636
 – Frankreich
 – Allgemeines 358
 – Deliktsrecht 363f.
 – *perte d'une chance* 363
 – Italien
 – Berechnung 334f.
 – *culpa in contrabendo* siehe *culpa in contrabendo* – Italien
 – gegen den Dritten (bei *dolo del terzo*) 334f.
 – Deliktsrecht 334f.
 – Österreich 394
 – Schweiz
 – *culpa in contrabendo* siehe *culpa in contrabendo* – Schweiz
 – Deliktsrecht 414f.
 – USA
 – Deliktsrecht 264f., 277, 284ff., 288, 290
 – Verhältnis zur vertraglichen Anfechtung 264f., 284f., 288, 290
 Schädigungsabsicht
 – ALR 247
 – Deutschland 145ff., 148
 – Frankreich 355
 – Italien 314
 – Österreich 378
 – Schweiz 407
 Schwangerschaft siehe Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis
 schwarze Lügen siehe *black lies scienter* (USA) 275
 Selbstkosten, Lügen über 41, 74, 200, 338, 365, 393, 415, 481, 623, 628ff.
 Siegener Studie
 – Fragen 26f.
 – Judiz siehe dort
 – Moralverständnis siehe dort
 – Rechtsgefühl siehe dort
 – Szenarien 20ff.
 – Teilnehmer 15ff.
 – Versionen 18ff., 23ff.
 – Vorgehensweise 27ff.
signalling, von Ehrlichkeit 76, 595, 619, 635, 811
 Similar-to-me-Taktik 64f., 132, 226ff., 235, 311, 353, 399, 417f., 438, 455, 480, 703, 816
 Sittenwidrigkeit
 – Bestimmung 689
 – sittenwidriger Inhalt 687ff.
small talk 12, 56, 64f., 744
 Social-identity-Theorie 601, 828
sollertia 217, 240, 243f., 258, 426f., 430, 444, 784, 816, 819
 soziale Lüge siehe *white lies*
 soziale Norm siehe soziale Sanktionen
 soziale Sanktionen 42, 96f., 100, 183, 209, 564, 566, 572, 617, 622, 634
 Sphäre, Kriterium der (ital.) 337f.
 Spillover-Effekt 75, 90, 559f., 573, 594, 597ff., 608, 612, 619ff., 625f., 629, 635, 638f., 643, 648, 650ff., 718, 803, 828
 Standing siehe Reputation
 Stellvertreter 159, 161, 165, 167f., 386, 410, 814
 Steuerungswirkung, des Rechts 460, 550, 571f., 620f., 639f., 644, 649, 652, 657, 718, 720, 758, 788
 Strafcharakter siehe Sanktionscharakter
 Strafrechtliche Sanktionen 99, 333, 615, 639f., 810
 Taktiken, der Täuschung 1, 5, 32, 34ff., 39, 44, 56, 62ff., 102, 133, 177, 207f., 211, 221ff., 310, 337, 340, 375, 415, 423, 427, 464, 487, 496ff., 500, 504ff., 523ff., 574, 596, 644, 658, 690, 695, 702, 741, 744, 778, 797, 799, 805, 807, 815f., 823, 832

- Taktik der kleinen Menge 65 ff., 133, 136, 172, 208, 223 f., 230, 233 ff., 353, 389, 438, 464, 483, 574, 653, 685, 703, 719, 734, 816
- Tatsachen, innere
- Deutschland 113, 116, 120, 122, 225, 455, 699, 709 ff., 717, 728, 732, 812, 829
 - Frankreich 347 f.
 - Italien 307 f.
 - Österreich 373 f.
 - Schweiz 397 f.
 - USA 267 f.
- Tatsachen, Täuschung über
- Deutschland
 - Betrug, strafrechtlicher – *siehe* Betrug, strafrechtlicher – Deutschland
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – Deutschland
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – Deutschland
 - Tatsachenkern *siehe* Tatsachenkern – Deutschland
 - Verschweigen *siehe* Verschweigen – Deutschland
 - Frankreich
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – Frankreich
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – Frankreich
 - Italien
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – Italien
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – Italien
 - Österreich
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – Österreich
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – Österreich
 - Tatsachenkern *siehe* Tatsachenkern – Österreich
 - Schweiz
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – Schweiz
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – Schweiz
 - zukünftige Ereignisse *siehe* zukünftige Ereignisse – Schweiz
 - USA
 - *facts* 267 ff., 271 f., 290, 292, 302
 - innere Tatsachen *siehe* Tatsachen, innere – USA
 - rechtliche Aspekte *siehe* rechtliche Aspekte, Täuschung über – USA
 - Tatsachenkern *siehe* Tatsachenkern – USA
- Tatsachenkern
- Deutschland 70, 112, 115 ff., 125, 217, 223 ff., 433 ff., 642, 700, 705, 812
 - Österreich 374, 391
 - USA 269
- Täuschung
- Definition 12 ff.
 - Deutschland
 - anlasslose 108, 150, 753, 763, 781, 792 ff.
 - anderer Marktteilnehmer 597, 828
 - beidseitige 212
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – Deutschland
 - Gegenlüge *siehe* dort
 - implizite 103 f., 106 f., 109 f., 113, 811
 - konkludente 102 ff., 108 ff., 811
 - listige *siehe* listige Täuschung – Deutschland
 - mündlich 104 f., 110, 171, 232, 567, 576, 732
 - nonverbale 12 f., 108 ff., 453 f., 811
 - passive *siehe* Verschweigen – Deutschland
 - provozierte 104, 110, 450, 606
 - sanktionierte 5 ff., 13 f., 110, 120 f., 248, 259, 506, 663, 716, 727 f., 731 f., 754 f., 757, 767 f., 778, 798, 805 f., 827, 831 f.
 - sanktionslose 7 f., 13 ff., 110, 120 f., 248, 259, 506, 663, 709, 727 f., 731 f., 754 f., 757, 767 f., 778, 798, 805 f., 831 f.
 - schriftliche 105, 173, 567
 - visuelle 110, 453 f., 811
 - „zum Besten“ des Vertragspartners 314, 378, 407
 - Frankreich
 - arglistige 342, 357, 359, 364, 368
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – Frankreich

- listige *siehe* listige Täuschung – Frankreich
- passive *siehe* Verschweigen – Frankreich
- vorsätzliche 355 f., 364 f.
- zulässige *siehe* *dolus bonus* – Frankreich
- Italien
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – Italien
 - passive *siehe* Verschweigen – Italien
 - psychologische Beeinflussungen 310 f.
- Österreich
 - „zum Besten“ des Vertragspartners 378
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – Österreich
 - harmlose 381, 383
 - passive *siehe* Verschweigen – Österreich
 - sanktionierte 371, 375, 394
 - sanktionslose 371, 375, 394
 - sozialadäquate 374
 - unwesentlicher Irrtum *siehe* *dolus incidens* – Österreich
 - unzulässige 369, 371, 376, 383, 394
 - vorsätzliche 372, 377 f., 282 f.
 - wesentlicher Irrtum *siehe* *dolus causam dans* – Österreich
 - zulässige 369, 371, 376, 383, 394
- Schweiz
 - absichtliche 395 f., 400 f., 408 f., 418
 - arglistige 395, 400, 403 f., 417, 418
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – Schweiz
 - listige *siehe* listige Täuschung – Schweiz
 - passive *siehe* Verschweigen – Schweiz
 - sanktionierte 396, 398, 417
 - sanktionslose 396, 398, 417
 - unzulässige 404 ff., 417 f.
 - zulässige 404 ff., 417 f.
 - „zum Besten“ des Vertragspartners 407
- USA
 - *actual fraud* 276 f.
 - arglistige 274 f., 286, 290, 301, 303
 - ausdrückliche 266
 - *constructive fraud* 273, 276 f.
 - erhebliche *siehe* *materiality* (USA)
 - fahrlässige *siehe* Fahrlässigkeit – USA
 - *fraud in the execution* 288 f.
 - *fraud in the factum* 288 f.
 - *fraud in the inducement* 278 f., 288 ff., 302
 - implizite 266
 - listige *siehe* listige Täuschung – USA
 - offensichtliche 281, 302
 - passive *siehe* Verschweigen – USA
 - *promissory fraud* 273
 - unwesentliche 287
 - vorsätzliche 275 ff., 283, 289
 - wesentliche 287
- Täuschungshandlung 12, 102 ff., 108 ff., 125, 130 f., 155, 158, 165 f., 171, 304, 307, 314, 336, 345, 375 f., 379, 385, 396, 408, 427, 447, 451, 698 f., 811
- Täuschungstechnik 454, 822
- Täuschungsmanöver
 - Frankreich 344 ff., 355 f., 359, 427
 - Italien 308, 427
 - Schweiz 403
- Täuschungsspielraum
 - Deutschland 5 ff., 13, 118, 193, 195, 222, 244, 252, 256 ff., 493, 507, 552, 612, 709 ff., 725, 732, 760, 781, 799, 804 ff.
 - Frankreich 350 f., 354, 359, 361, 364, 368
 - Italien 322, 337, 341 f.
 - Ländervergleich 259, 489, 819 f., 822, 831
 - Österreich 381, 383, 394
 - Regelungselemente 419 ff., 445 ff.
 - Schweiz 399, 406, 417
 - USA 281, 285, 287, 301 ff.
- Teilnichtigkeit (schweiz.) 413
- TINA (*there is no alternative*) 58
- tort of deceit* (USA) 283, 293 f.
- Transaktionskosten
 - Entstehung 565 ff., 575 ff., 593 f., 595 f., 618 ff., 622, 625, 629, 633, 638, 643, 647 f., 650 ff., 826
 - *ex ante* Kosten 575
 - *ex post* Kosten 575
 - Kategorien 575
 - Reduzierung 584, 586, 758
 - Transaktionskostentheorie 559 f., 579
- Treu und Glauben
 - Verkehrssitte 186, 251 ff., 324, 405

- Verwirkung (der Anfechtung) 147, 187, 192, 377, 407, 414, 418, 431, 819
- truth bias* 77f., 228
- truth signal* *siehe* Wahrheitssignal
- truth-revealing lies* 559

- Übereinkünfte, Täuschung über 486
- Übereinstimmung von (ursprünglich falscher) Aussage und Realität 147f.
- Übertreibung
 - Allgemeines 65, 67, 69, 429, 447f., 475
 - Deutschland 20, 118, 226f., 533
 - Frankreich 351, 354, 368
 - Italien 322f.
 - Österreich 375
 - Schweiz 399
 - USA 266, 269
- Überwachungskosten *siehe* Transaktionskosten
- Ultimatum 33, 88, 93, 95
- Umfeldwertungen 7, 9, 133, 433, 494, 659ff., 711ff., 722ff., 732f., 772, 776, 779, 785, 789f., 795, 799, 804, 807, 809, 829f., 833
- Umgang mit Täuschungen 53, 57, 74ff., 209, 811
- unlauterer Wettbewerb (UWG) *siehe* Lauterkeitsrecht
- Unterlassen *siehe* Verschweigen – jeweiliges Land
- unternehmensinterne Vorgaben, Täuschung über 5, 8, 23, 25, 68f., 74, 99, 125, 171, 182, 207, 229, 231, 233ff., 289, 337, 342, 367f., 393, 415, 422, 466, 475ff., 481f., 486, 500f., 521f., 525, 528ff., 551f., 560, 616, 625, 629, 646, 649, 651f., 703, 717, 721f., 745, 749, 766f., 806, 816, 823, 829, 831f., 910
- Untertreibung
 - Allgemeines 65, 67, 69, 447, 618
 - Deutschland 105, 618
 - Österreich 375
 - USA 266
- unwesentlicher Irrtum *siehe* Irrtum – jeweiliges Land
- unzulässige Fragen *siehe* Recht zur Lüge
- unzulässiges Informationsverlangen *siehe* Recht zur Lüge

- usus modernus* 239, 244f.
- vantardise* (franz.) *siehe* Übertreibung – Frankreich
- Verbraucher
 - Allgemeines 321, 441, 642, 693f., 715, 723, 753f., 762, 782, 788f., 792, 795, 805, 808
 - B2C-Verhältnis *siehe dort*
- Verfügbarkeit, Täuschung über
 - am Markt 24f., 66, 225, 466, 483, 523, 528f., 652, 654, 718ff., 725, 727, 803f., 823f., 829ff., 831
 - beim Händler 484, 502, 529ff., 551f., 652, 654, 676, 708, 718f., 725, 728f., 803, 805, 831
- Vergleichsszenario 553, 613ff., 620ff., 626, 630, 635f., 639ff., 644, 646, 648, 659
- Verhandlungsbeziehung 75, 95f., 631
- Verhandlungsergebnis 1, 32, 53, 57, 60, 65, 73, 137, 229, 582, 584, 586f., 625, 631, 637
- Verhandlungshelfer 159ff., 165ff., 181, 386, 410, 443, 814
- Verhandlungskuchen 38, 55, 59f., 62, 68, 244, 285, 584, 587, 625, 628f., 634, 638, 647, 764f.
- Verhandlungskultur 92
- Verhandlungsmacht 23, 25, 68, 194, 225, 228, 234, 466, 484, 528, 551, 560, 609, 611, 636, 756, 905
- Verhandlungsprozess, Täuschung über 25, 466, 483, 486, 528, 551, 655f., 721f., 725, 805, 829, 831
- Verhandlungsstrategie
 - kompetitiv 78
 - kooperativ 35, 56, 78, 87, 452
- Verhandlungsteam 21, 47, 54, 480, 811
- Verhandlungsverlauf 49, 642
- Verkehrssitte 221f., 257, 405, 775
- verkehrswesentliche Eigenschaft, der Sache 674f., 708, 712
- Vernunftrecht 239, 245, 258, 509, 816
- verrechtlichter Bereich 728, 729ff., 742, 755, 777, 805, 831
- Verschweigen
 - Allgemeines 9, 12f., 21, 41, 44, 61, 453, 809, 821
 - Deutschland 103f., 107f., 144, 170, 172, 213, 253, 448ff., 581, 602ff., 679, 688, 809

- Frankreich 344 f., 348 f., 353, 355, 449
- Italien 307, 326 f., 449
- Österreich 371 f., 448
- Schweiz 397, 448 ff.
- USA 266
- Vertragsdurchführung, Täuschung
 - über 209, 463, 485 f., 655, 721, 725, 741, 780, 804, 806 f., 829, 831, 833
- Vertragserfüllung, Täuschung über 482, 485, 655, 721, 725, 831
- Vertragspartner, Täuschung über 213, 222, 285, 415, 443, 479 f., 772, 779 f., 806, 815, 831
- Vertragsstrafe 365
- Vertrauen
 - Allgemeines 35, 40, 75 f., 79, 84, 249, 439 ff., 445, 452, 820 ff.
 - als Regelungsinstrument 439 ff.
 - Deutschland 136, 144, 205 ff., 222, 229, 559 f., 577, 592 ff., 598, 602, 612, 620, 635, 650 ff., 671 ff., 675, 705, 718, 756 f., 760, 784, 792, 803
 - Frankreich 343, 353, 366
 - Italien 422
 - Österreich 370, 380 f., 385 f., 388
 - Vertrauenslehre 370 f., 385
 - Schweiz 406 f.
 - USA
 - Allgemeines 269 ff., 280 ff., 310, 423
 - *justified reliance* 269 f., 275 f., 279, 281 ff., 287, 291, 302, 429, 434, 436 f., 439, 442, 817, 820
 - *rapport* 39, 64, 631
- Vertrauenslehre (österreich.) *siehe* Vertrauen – Österreich
- Vertrauensverlust 80, 83 f., 87, 186, 430, 440, 592 ff., 602, 608, 618 f., 622, 625, 629, 638 f., 642 f., 645, 648, 655, 828
- verwerfliche Gesinnung *siehe* Böswilligkeit
- Verzeihen, der Lüge 89
- Verzicht, auf das Anfechtungsrecht 193 ff., 384, 815
- Vorsatz
 - Deutschland
 - Allgemeines 5 ff., 20, 31, 37, 53, 61, 78, 97, 103 ff., 122, 125 ff., 130, 138 ff., 157 ff., 165 ff., 179 ff. 190, 193 f., 205, 209 f., 215 ff., 227, 233 f., 255 ff., 674, 676 f., 679, 681 f., 684, 688, 704, 706, 709, 732 f., 735, 741, 747, 778, 782 ff., 797 ff., 806 ff., 813 ff.
 - Angaben „ins Blaue hinein“ 141, 609
 - *dolus antecedens* *siehe* dort
 - *dolus eventualis* *siehe* *dolus eventualis* – Deutschland
 - *dolus subsequens* *siehe* dort
 - Frankreich
 - Allgemeines 344, 355 ff., 363 ff.
 - Beweis *siehe* Beweislast – Frankreich
 - Italien
 - Allgemeines 304 ff., 311 ff., 319 f., 324, 326, 328, 332, 341
 - Beweis *siehe* Beweislast – Italien
 - *dolo colposo* (ital.) *siehe* Fahrlässigkeit – Italien
 - *dolus eventualis* *siehe* *dolus eventualis* – Italien
 - Österreich
 - Allgemeines 372, 376 f., 381 ff., 384 f., 391
 - Angaben „ins Blaue hinein“ 377 f.
 - *dolus eventualis* *siehe* *dolus eventualis*
 - Österreich
 - Schweiz
 - Allgemeines 395 f., 400 f., 403, 406, 408 ff., 435 f., 439
 - Angaben „ins Blaue hinein“ 401
 - *dolus eventualis* *siehe* *dolus eventualis* – Schweiz
 - USA
 - *fraudulent* 122, 274 ff., 301
- Vorstrafen *siehe* Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis
- Wahrheitsanspruch *siehe* Betrug, strafrechtlicher – Deutschland
- Wahrheitsgehalt 84, 126, 129, 144, 267, 274 f., 382, 447
- Wahrheitspflicht 149 f., 215, 615
- Wahrheitssignal
 - ökonomische Analyse 84, 625 f., 629, 635, 638, 642 f., 645, 648, 650 ff., 828
- Deutschland 559 ff., 592 ff., 597 f., 600, 602, 608, 612, 618 ff., 622
- Wahrscheinlichkeiten, Täuschungen über 122 ff., 812

- Werbung
- Deutschland 116f., 207, 214, 691
 - Frankreich 351ff., 429
 - Italien 323f., 326, 429, 441
 - Österreich 393
 - Schweiz 407
 - USA 263
- Werturteil *siehe* Meinung
- wesentlicher Irrtum *siehe* Irrtum – jeweiliges Land
- white lies* 56f., 456, 480f., 589, 632ff., 827
- Widerrechtlichkeit, der Täuschung *siehe* Rechtswidrigkeit, der Täuschung
- Willensmängel 241, 660ff.
- Willensprinzip (schweiz.) 396
- Willentheorie 662, 740
- windfall profit* 608, 828
- Win-lose-Situation 811
- Win-win-Situation 589
- Wohlfahrtsökonomie 560, 567, 577f., 582ff., 612ff., 803
- Zeitdruck *siehe false deadline*
- zero-sum game* *siehe* Nullsummenspiel
- ZOPA (*zone of possible agreement*) 25, 57ff., 79, 95, 135f., 210, 227, 318f., 339f., 380f., 389, 438, 466, 484, 528, 551, 559f., 567, 578, 582ff., 594, 612, 613ff., 650ff., 688, 718, 722, 764, 803, 827
- zukünftige Ereignisse, Täuschung über
- Allgemeines 462f.
 - Deutschland 123f., 222, 812
 - Frankreich 346f.
 - Italien 307, 336f.
 - Schweiz 398f.
 - USA 273f., 292f.
- Zwischenergebnisse, Täuschung über 486, 656, 722, 725, 829, 831