

Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht: eine dogmatische Untersuchung

Hans Rötzer

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Rötzer, Hans. 2008. "Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht: eine dogmatische Untersuchung."
Augsburg: Universität Augsburg.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht

eine dogmatische Untersuchung

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von
Hans Rötzer
aus Karlsruhe

2008

Erstgutachter: Prof. Dr. Jörg Neuner

Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Kort

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juni 2008

INHALTSVERZEICHNIS.....	I-III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	IV-VI
EINLEITUNG MIT BEISPIELSFÄLLEN	1
1.KAPITEL SONDERVERBINDUNGSRECHTLICHE RELEVANZ UNEIGENNÜTZIGEN VERHALTENS	5
A. VERTRÄGE IM ZUSAMMENHANG MIT UNEIGENNÜTZIGEM VERHALTEN	5
I. <i>Gefälligkeitsverträge</i>	5
1. Vertragstypen	5
2. Abgrenzung zum Gefälligkeitsverhältnis.....	6
a) Objektiver Ansatz	6
b) Subjektiver Ansatz	7
c) Stellungnahme.....	8
II. <i>Haftungsausschlussvereinbarungen</i>	14
1. Regelungsbedürfnis.....	15
2. Prämissen	20
a) Dogmatik.....	20
b) Aktuelle Rechtsprechungsgrundsätze	22
3. Stellungnahme.....	25
III. <i>„Reiner Gefälligkeitsvertrag“</i>	28
1. Regelungsbedürfnis.....	28
2. Kritische Würdigung.....	29
B. SCHUTZPFLICHTEN IM GEFÄLLIGKEITSVERHÄLTNIS	31
I. <i>Vertragliche Schutzpflichtbegründungen</i>	32
1. Schrifttum.....	32
2. Rechtsprechung.....	34
3. Stellungnahme.....	35
II. <i>Gesetzliche Schutzpflichtbegründungen</i>	37
1. Schrifttum.....	37
2. Rechtsprechung.....	40
3. Stellungnahme.....	41
III. <i>Gefälligkeitsverhältnisse mit Schutzpflichten aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB</i>	42
1. Auslegungsmöglichkeiten	42
a) Wortlaut	42
b) Systematik.....	43
c) Wille der Gesetzesverfasser	44
d) Sinn und Zweck	45
2. Auslegungsvorschläge im Schrifttum	51
3. Judikatur	53
4. Eigener Auslegungsvorschlag.....	53
5. Schlussfolgerungen	56
IV. <i>Analoge Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB</i>	60
1. Planwidrige Gesetzeslücke	61
2. Ergebnis	62
V. <i>Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen de lege ferenda</i>	63
1. Regelungsbedürfnis für vermögensbezogene Schutzpflichten	63

2. Regelungsbedürfnis für Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter.....	65
a) Tatbestandliches Schutzpflichtbedürfnis	65
b) Regelungsbedürfnis mit Rücksicht auf die verschärfte Vertragshaftung ...	69
(1) Haftung für den Einsatz von Hilfspersonen	69
(2) Beweisrecht	71
(3) Verjährung.....	75
3. Zusammenfassung.....	76
2.KAPITEL PRIVILEGIEN UND PRIVILEGIERUNGEN.....	78
A. PRIVILEGIEN	78
I. <i>Gefälligkeitsverträge</i>	78
1. Lösbarkeit.....	78
2. Allgemeine Haftungsprivilegien	81
3. Mängelhaftung	83
II. <i>Gesetzliche Geschäftsführungsverhältnisse</i>	87
1. Lohn	88
2. Haftungsprivilegien.....	90
3. Annex: Unfallversicherung	91
B. PRIVILEGIERUNGEN	97
I. <i>Allgemeine gefälligkeitsvertragliche Haftungsprivilegien</i>	97
II. <i>Nothilfe</i>	100
1. Zufallsschäden	100
2. Zurechnungszusammenhang.....	104
3. Haftungsprivilegierung	107
III. <i>Allgemeines Deliktsrecht</i>	108
1. Einwilligung.....	109
2. Sorgfaltspflichten	112
3. Haftungsausschlüsse	114
3.KAPITEL METHODOLOGISCHE ANALYSEN UND SYSTEMATISIERUNG DER MATERIELL - RECHTLICHEN REGELUNGSAUSSAGEN.....	119
A. METHODOLOGISCHE ANALYSEN	119
I. <i>Uneigennützigkeit als Rechtsbegriff</i>	120
II. <i>Relevanz des altruistischen Motivs</i>	122
1. Willenserklärungen	122
2. Gesetz	127
a) Auslegung	127
b) Werturteile	129
III. <i>Besondere Begründungsmethoden</i>	133
1. Fiktion	133
a) Wesen und Begriff	134
b) Rechtsprechungsrekurs	134
c) Kritik	135
2. Folgenberücksichtigung	136
a) Begriffliches.....	136
b) Beispiele	137
c) Kritik	141

IV. Zusammenfassung	144
B. SYSTEMATISIERUNG DER MATERIELL - RECHTLICHEN REGELUNGSAUSSAGEN.....	145
I. Gefälligkeitsverträge	145
1. Einzelprinzipien	146
a) Vertragliche Bindung	146
b) Leistungsort	147
c) Allgemeine Haftungsprivilegien	149
(1) Haftungsprinzip	150
(2) Konvergenter Anwendungsbereich	153
2. Strukturprinzipien	157
a) Gelockerte Rechtsbindung	157
b) Schutz des Erfüllungsinteresses	159
c) Persönlicher Einschlag	162
II. Außervertragliche Regelungsaussagen	165
1. Rückabwicklungsausschluss	166
2. Vertrauenshaftung	166
3. Zurechnungszusammenhang	168
4. Einwilligung	169
5. Verschulden	171
a) Haftungsmilderung per analogiam	171
(1) Schrifttum	171
(2) Rechtsprechung	173
(3) Stellungnahme	174
b) Sorgfaltsmaß	177
6. Schaden	178
a) Zufallsschäden	178
b) Schadenspersistenz	179
7. Haftungsausschluss nach § 242 BGB	182
a) Bürgerlich - rechtliche Wertungen	183
b) Grundrechte	185
c) Präjudizienverwertung	187
d) Sozialethische Bewertungen der Sozietät	188
e) Extension des Normbereichs kraft Eigenwertung	189
f) Ergebnis	192
III. Zusammenfassung	192
C. REGELUNGSSYSTEM ZU UNEIGENNÜTZIGEM VERHALTEN.....	194
I. Begriffliches	195
II. Systembildungsversuch	196
1. Geschlossenes System	196
2. Teilsysteme	196
3. Rechtsgedanken	198
D. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN UNTERSUCHUNGSERGEBNISSE	200
LÖSUNG DER BEISPIELSFÄLLE	204
LITERATURVERZEICHNIS	208

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	Alte Fassung
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
ArbG	Arbeitsgericht
ArbuR	Arbeit und Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluss
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründer/begründet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH ...	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BinSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
BR - Drucks. ...	Drucksachen des Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BT - Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CD	Compact Disc
Co.	Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung in der Firma der GmbH & Co. KG/Kompanie
CPO	Civilprozessordnung
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DM	Deutsche Mark
DR	Deutsches Recht
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
e. V.	eingetragener Verein

f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Paragrafen/Seiten)
Fn.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
juris	juris Datenbank
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
l.	linke
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lkw	Lastkraftwagen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
MüKo	Münchener Kommentar
Mugdan, Motive/Protokolle/II/III	Mugdan, Benno (Hrsg. u. Bearb.), Die gesamm- ten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band Recht der Schuldverhältnisse; III. Band Sachenrecht mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	neue Fassung
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW - RR	NJW - Rechtsprechungs - Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
NZA - RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtspre- chungs - Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
pFV	positive Forderungsverletzung

Pkw	Personenkraftwagen
r.	rechte
RdA	Recht der Arbeit
RE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reich: Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rnr.	Randnummer
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz/Seite/siehe
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(n/r/s)
SGB VII; X	Sozialgesetzbuch 7. Buch; 10. Buch
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TFG	Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben
Ts.	Taunus
U.	und/Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom/von/vor
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
Vor. / Vorb. / Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
Westf.	Westfalen
WG	Wechselgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WoVermittG	Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung
WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung mit Beispielfällen

Die materiell - zivilrechtliche Beurteilung uneigennütigen Verhaltens stellt den Rechtsanwender sowohl auf vertraglicher als auch auf gesetzlicher Ebene vor grundlegende dogmatische Probleme. Sie beginnen beispielsweise mit der Frage, ob ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt und enden etwa mit Überlegungen dazu, ob und inwieweit die auf Schadensersatz lautende Haftung des Uneigennütigen ex lege ausgeschlossen ist. Die rechtswissenschaftliche Bearbeitung hat sich bislang in erster Linie der Untersuchung der zivilrechtlichen Haftung in Gefälligkeitsverhältnissen gewidmet. Eine dem gegenwärtigen Stand der Dogmatik entsprechende Durchdringung dieses Problemfeldes liegt nicht vor. Daher erscheint eine erneute Bearbeitung als gerechtfertigt. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat insoweit eine wichtige Neuregelung mit sich gebracht, die es zu beleuchten gilt.

Die vorliegende Arbeit geht aber über die Untersuchung dieser Haftungsprobleme hinaus. Sie ermittelt die wesentlichen zivilrechtlichen Regelungsaussagen zu freiwilligem, nicht gesetzlich geschuldetem uneigennützigem Verhalten, um ein Gesamtbild von der Stellung des in diesem Sinne Uneigennütigen im Privatrecht zu vermitteln. Das zusammengestellte Regelungsmaterial wird zum Teil unter bestimmten methodologischen Aspekten analysiert und umfassend mit dem Ziel der Aufdeckung systematischer Regelungszusammenhänge untersucht.

Das auf dieses Ziel zugeschnittene Untersuchungskonzept wird in folgenden Gedankenschritten umgesetzt.

Ob der Uneigennützige nach den Regeln des Vertragsrechts oder nach den Regeln des Deliktsrechts haftet, ist von wegweisender Bedeutung. Daher erscheint es sinnvoll, in einem ersten Untersuchungsschritt vornehmlich den Trennungen, aber auch den haftungsderogierenden Verbindungen zwischen diesen unterschiedlichen Rechtssphären nachzugehen. Im 1. Kapitel wird in den besonders problematischen Hinsichten unter-

sucht, inwiefern uneigennütziges Verhalten von sonderverbindungsrechtlicher Relevanz ist. Die Untersuchungsschwerpunkte liegen in den Bereichen der Abgrenzung des Gefälligkeitsverhältnisses vom Gefälligkeitsvertrag¹ und der Begründung von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis.²

Uneigennütziges, also altruistisches Verhalten³ kommt in der Lebenswirklichkeit eher als Ausnahme-, denn als Regelfall vor.⁴ Dieser Befund legt die Frage nach Bestand und Entwicklung zivilrechtlicher Sonderregeln für diesen Verhaltenstypus nahe. Ihrer Beantwortung wird im 2. Kapitel dieser Arbeit nachgegangen. Dabei wird eine Distinktion von kontraktisch und außerkontraktisch geregeltem Verhalten durchgehalten. Überdies wird zwischen gesetzlichen Privilegien für den Uneigennützigen auf der einen und judikativen Privilegierungen auf der anderen Seite unterschieden.

Das 3. Kapitel ist unter hauptsächlicher Beschränkung auf den bis dahin bearbeiteten Untersuchungsstoff sowohl methodologischen als auch systematisierenden Betrachtungen gewidmet. Im methodologischen Teil werden anhand der Judikatur insbesondere die Relevanz des altruistischen Motivs⁵ und besondere Begründungsmethoden zur Beurteilung uneigennützigen Verhaltens analysiert.⁶ Daran schließt sich der systematisierende Teil des 3. Kapitels an. Sein Zweck liegt in der systematischen Darstellung der sowohl im vertraglichen als auch im außervertraglichen Bereich feststellbaren Regelungsaussagen zu altruistischem Verhalten. Diese Aufgabe schließt in bestimmten Regelungshinsichten die Prüfung ein, ob überhaupt Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten formulierbar sind. Das betrifft beispielsweise die Fragen nach der Existenz eines gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprinzips⁷ und nach einer objektiv - rechtlich begründbaren Einschränkung der Deliktshaftung des rein Gefälligen.⁸ In den jeweils untersuchten Regelungshinsichten werden möglichst verallgemeinerungsfähige

¹ 1. Kapitel A. I. 2.

² 1. Kapitel B.

³ Vgl. zur synonymen Verwendung dieser Begriffe nur *Dahlstrom*, JRE 6 (1998), 73 (74).

⁴ Diese Einschätzung setzt Altruismus nicht in Reinform voraus. Zwischen Egoismus und Altruismus sind entsprechend der Wirklichkeit des täglichen Lebens fließende Übergänge begriffslogisch möglich, vgl. *Gröschner*, JRE 6 (1998), 181 (182).

⁵ 3. Kapitel A. II.

⁶ 3. Kapitel A. III.

⁷ Vgl. 3. Kapitel B. I. 1. c) (1).

⁸ Vgl. 3. Kapitel B. II. 5. und 7.

Aussagen formuliert. Dadurch wird die Grundlage für den am Schluss der Arbeit zu unternehmenden Systembildungsversuch geschaffen.

Damit der Verhaltenstypus, dem diese Arbeit gewidmet ist, nicht als farbloses Abstraktum im Raum steht, gilt es nun selbst gewählte Beispielsfälle einzuführen. Sie decken bewusst nur Teilbereiche des Untersuchungsspektrums ab. An den Beispielsfällen sollen sich am Ende der Arbeit die Lösungen bewähren, die in ihrem Verlauf für die aufzuwerfenden Problemstellungen entwickelt worden sind.

Fall 1

A und B sind miteinander befreundet. A erzählt dem B, dass er im Begriff ist, ein gutes Geschäft abzuschließen. Endlich hat er über ein Inserat jemanden gefunden, der für seine Briefmarkensammlung einen Liebhaberpreis in Höhe von 500 Euro zahlen will. Der Handel soll morgen Abend um 20.00 Uhr in der 100 Kilometer entfernt liegenden Großstadt abgewickelt werden. Deshalb bittet der A, der kein Auto hat, den B, ihn dorthin zu fahren. Dieser sagt dies zwar zu, lässt den A aber in letzter Minute sitzen, ohne selbst erreichbar zu sein. Dadurch entgeht dem A das so gut wie sichere Geschäft. Kann A von B deshalb Schadensersatz verlangen?

Fall 2

In einem Reihenhaus wohnen nebeneinander zwei junge Familien. Die Ehepaare verstehen sich so gut, dass sie sich die gleichaltrigen Kinder gegenseitig anvertrauen. So ist es auch eines Abends, als das eine Elternpaar allein ins Kino gehen will. Die Kinder werden zur Nachbarin gebracht, die beim langen Telefonieren kein Auge auf den in Obhut gegebenen, dreijährigen Nachbarssohn (S) hat, der beim Spielen die Kellertreppe herunterfällt und sich dabei ein Bein bricht. Kann S von der Nachbarin (N) den Ersatz seiner Heilungskosten verlangen?

Fall 3

R hat sich einen Namen als guter Rechtsanwalt gemacht. Das hat S, der den R nur flüchtig kennt, erfahren. Er nutzt deshalb die Gelegenheit und fragt ihn auf der Straße, ob ihm aufgrund eines bestimmten Autounfalls ein bestimmter Schadensposten zuste-

hen kann. Das verneint der R nach längerem, vorbehaltlosem Überlegen versehentlich unzutreffend, weil er sich an den falschen, vom *Bundesgerichtshof* entschiedenen Fall erinnert. Der S glaubt dem R aber erwartungsgemäß und macht deshalb seine Ansprüche nicht zur Gänze geltend. Kurz nach Ablauf der Verjährungsfrist wird er durch einen anderen Anwalt über die wahre Rechtslage aufgeklärt und möchte sich nun an R schadlos halten. Ist das möglich?

Fall 4

V wohnt in München und hat sich gegenüber ihrer Freundin H, die außerhalb wohnt, bereit erklärt, deren großen Hund, der täglich fast ein Kilo Fleisch vom Haustier Metzger frisst, unentgeltlich für drei Wochen in Urlaubspension zu nehmen. Zur vereinbarten Zeit wartet V bei sich zu Hause, um den Hund in Empfang zu nehmen. Vergeblich. Als die H tags darauf den Hund zu V bringen will, liegt diese schon für sechs Wochen im Krankenhaus, weil sie sich bei einem Autounfall leicht fahrlässig verletzt. Kann die H, die den Hund nun gegen hohes Entgelt in eine professionelle Tierpension gibt, von der V Schadensersatz für den ihr entstandenen Aufwand verlangen?

Fall 5

H, ein mittelloser und nicht haftpflichtversicherter Student, soll der F dringend zusammen mit anderen Freunden beim Umzug helfen. F hat unerwartet eine Arbeitsstelle in einer anderen Stadt bekommen. Sie hat zwar etwas Angst um ihre Einrichtungsgegenstände, die fünf Stockwerke hinunter zum Möbeltransporter getragen werden müssen, möchte aber trotzdem keine fachmännische Umzugshilfe in Anspruch nehmen, weil sie ihr zu teuer ist. Bei einem der letzten Transportgänge gibt H beim Wenden um einen Treppenabsatz kurz nicht Acht, stolpert und lässt den von ihm getragenen, wertvollen Biedermeier - Schrank der F fallen, der in seine Einzelteile zerbricht. Kann die F deshalb von H Schadensersatz verlangen?

1.Kapitel Sonderverbindungsrechtliche Relevanz uneigennützigem Verhaltens

Uneigennütziges Verhalten kann vor allem im Hinblick auf Primärleistungs- und Schutzpflichten sonderverbindungsrechtlich relevant sein. Zunächst werden anschließend die im Zusammenhang uneigennützigem Verhaltens erwogenen Verträge untersucht (A.), bevor der Begründbarkeit von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis nachgegangen wird (B.).

A. Verträge im Zusammenhang mit uneigennützigem Verhalten

Im Kontext uneigennützigem Verhaltens werden drei verschiedene Vertragsgattungen diskutiert. Es handelt sich um Gefälligkeitsverträge (I.), Haftungsausschlussvereinbarungen (II.) und den sogenannten „reinen Gefälligkeitsvertrag“ (III.).

I. Gefälligkeitsverträge

Unter einem Gefälligkeitsvertrag ist im Sinne der folgenden Ausführungen jeder im Abschnitt 8. des 2. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches typisierte Vertrag über eine unentgeltliche Leistung zu verstehen.⁹

1. Vertragstypen

Bei den Vertragstypen, welche diese Voraussetzung erfüllen, handelt es sich um die Schenkung, die Leihe, den Auftrag und die unentgeltliche Verwahrung.

Das Schenkungsrecht ist in den §§ 516 - 534 BGB geregelt. Der Leihe wurden in den §§ 598 - 606 BGB etwas weniger Vorschriften zugedacht. Normen zum Auftrag beinhalten die §§ 662 - 674 BGB. Die unentgeltliche Verwahrung ist ausdrücklich nur in § 690 BGB angesprochen.

⁹ Insoweit für einen einheitlichen Unentgeltlichkeitsbegriff *Fischer*, Unentgeltlichkeit, 2002, S. 98 ff.

Im Zuge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde das Darlehensrecht umgestaltet. Früher befassten sich die §§ 607 - 610 BGB in erster Linie mit dem einheitlich und als unentgeltlich verstandenen Darlehen. Heute unterscheidet das Gesetz zwischen Geld - und Sachdarlehen (vgl. § 607 Abs. 2 BGB) und geht umgekehrt vom Normalfall der Entgeltlichkeit dieser Darlehen aus (vgl. §§ 488 Abs. 1 S. 2, 607 Abs. 1 S. 2 BGB). Wegen der bestehenden Privatautonomie kann deren Unentgeltlichkeit zwar nach wie vor vereinbart werden.¹⁰ Geschieht dies, liegt jedoch ein atypischer Gefälligkeitsvertrag vor, der als solcher nicht im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht.

2. Abgrenzung zum Gefälligkeitsverhältnis

Eine entscheidende Frage ist, ob aufgrund eines gefälligkeitshalber abgegebenen Leistungsversprechens ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt.¹¹ Unter einem Gefälligkeitsverhältnis ist ein Verhältnis zu verstehen, in dem der Gefällige dem Benefiziar freiwillig eine Leistung im weiteren Sinne erbringt, ohne zu ihr verpflichtet zu sein. Weil das Gesetz keine klare Antwort auf die aufgeworfene Abgrenzungsfrage gibt, haben sich ein objektiver (a) und ein subjektiver (b) Differenzierungsansatz entwickelt. Zu ihnen ist Stellung zu nehmen (c).

Die frühere Ansicht, dass jede Gefälligkeit als ein bestimmter Gefälligkeitsvertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zu verstehen ist, wird heute nicht mehr vertreten.¹² Das gleiche gilt für den umgekehrten Ansatz, dass aus Gefälligkeitsversprechen grundsätzlich kein Erfüllungsanspruch erwächst.¹³

a) Objektiver Ansatz

Der objektive Abgrenzungsansatz geht von der Prämisse aus, dass bestimmte Vorgänge nicht Gegenstand schuldvertraglicher Vereinbarungen sein können.

¹⁰ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), Vorb. v. § 488 Rnr. 4 sowie § 607 Rnr. 2.

¹¹ Kritisch gegenüber dem Wert dieser kategorialen Unterscheidung *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 166 ff.

¹² So ursprünglich *Krückmann*, SeuffBl. 74, 114 f. Dafür, Gefälligkeitsfahrten prinzipiell als Aufträge zu verstehen etwa *Schumacher*, Gefälligkeitsfahrten, 1932, S. 21.

¹³ So noch *Lenel*, AcP 129 (1928), 1 (4) in Bezug auf den Auftrag.

Insbesondere nach Auffassung *Flumes* sind bestimmte Lebensbereiche einer rechtsgeschäftlichen Regelung überhaupt entzogen. Das *Reichsgericht*¹⁴ hat nach seinem Dafürhalten mit Recht eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung zur Ehescheidung nach jüdischem Ritus vereinbart worden ist, für nichtig erklärt, weil die Parteien etwas vereinbarten, was nicht Gegenstand einer rechtlichen Vereinbarung sein kann. Zu den vertraglich nicht regelungsfähigen Bereichen gehören für *Flume* die Bereiche der menschlichen Beziehungen in der Familie und in der Liebe, der Freundschaft und des gesellschaftlichen Verkehrs.¹⁵

Diesen Ausgangspunkt hat der *Bundesgerichtshof* beispielsweise im sogenannten „Pillen - Fall“ aufgegriffen.¹⁶ Selbst bei unterstelltem Erklärungsbewusstsein wollte er der Abrede über den Gebrauch empfängnisverhütender Mittel keine Wirksamkeit zuerkennen, weil er den von diesem Rechtsgeschäft erfassten, engsten persönlichen Freiheitsbereich einer vertraglichen Regelung entzogen sah.¹⁷ Zur personalen Würde und zum Persönlichkeitsrecht von Partnern, die miteinander Geschlechtsverkehr haben, soll es gehören, sich immer wieder neu und frei für ein Kind entscheiden zu können.¹⁸ So hat auch das *Landesarbeitsgericht Hamm* einen vergleichbaren Fall entschieden.¹⁹

b) Subjektiver Ansatz

Der subjektive Abgrenzungsansatz macht die Entscheidung, ob ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt, davon abhängig, ob die Vereinbarung der Parteien von einem Rechtsbindungswillen getragen ist.

Die zentralen Passagen aus der diesbezüglichen Leitentscheidung des *Bundesgerichtshofs* seien wegen ihrer herausragenden Bedeutung wörtlich wiedergegeben: „Eine erwiesene Gefälligkeit hat nur dann rechtsgeschäftlichen Charakter, wenn der Leistende den Willen hat, dass seinem Handeln rechtliche Geltung zukommen solle, wenn er also

¹⁴ Gemeint ist RG, U. v. 16.02.1904, Az.: Rep. VII 405/03 = RGZ 57, 250 (256/257).

¹⁵ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, 1992, S. 82.

¹⁶ Diese Bezeichnung für BGH, U. v. 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85 = BGHZ 97, 372 wurde von *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 211 übernommen.

¹⁷ Vgl. BGH, U. v. 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85 = BGHZ 97, 372 (379).

¹⁸ Vgl. BGH, U. v. 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85 = BGHZ 97, 372 (379).

¹⁹ LAG Hamm, U. v. 14.10.1969, Az.: 3 Sa 265/65 = DB 1969, 2353.

eine Rechtsbindung herbeiführen will und der Empfänger die Leistung in diesem Sinn entgegengenommen hat“.²⁰ „Die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, insbesondere für den Empfänger, die Umstände, unter denen sie erwiesen wird, und die dabei bestehende Interessenlage der Parteien können die Gefälligkeit über den Bereich rein tatsächlicher Vorgänge hinausheben und sind daher für die Frage der Beurteilung des Bindungswillens und der Natur des etwa in Betracht kommenden Rechtsgeschäfts heranzuziehen. Gefälligkeiten des täglichen Lebens werden sich regelmäßig außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereiches halten. Das gleiche gilt für Gefälligkeiten, die im rein gesellschaftlichen Verkehr wurzeln. Der Wert einer anvertrauten Sache, die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und die nicht ihm, wohl aber dem Leistenden erkennbare Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, können auf einen rechtlichen Bindungswillen schließen lassen“.²¹

Diese Grundsätze sind in der Judikatur bis heute von maßgeblicher Bedeutung. Sie werden, von unterschiedlichen Auffassungen zur Sachgerechtigkeit einzelner Beurteilungskriterien abgesehen, auch von der ganz überwiegenden Lehre akzeptiert.²²

c) Stellungnahme

Der objektive Abgrenzungsansatz ist so, wie ihn *Flume* vertritt, zu undifferenziert, als dass er einen sachgerechten Abgrenzungsmaßstab bieten könnte. Die Abgrenzungproblematik liegt gerade darin begründet, dass beispielsweise auch Freunde einer zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung Rechtsbindung verleihen können.²³ Die referierten Abgrenzungsansätze sollten sich nicht exklusiv gegenüber stehen. Sie können sich nach jeweiliger dogmatischer Konturierung gegenseitig ergänzen.

Singer legte im Rahmen seiner Überlegungen zum Grundrechtsschutz des Menschen gegen sich selbst dar, dass Funktionsdefizite der Vertragsfreiheit grundrechtliche

²⁰ BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (106).

²¹ BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (107).

²² Vgl. nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 400; *Medicus*, Allgemeiner Teil, 2006, S. 82.

²³ Ähnlich kritisch bereits *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 179.

Schutzpflichten zugunsten benachteiligter Vertragsparteien begründen.²⁴ Zur Entwicklung seines Schutzkonzepts bezog er sich auf höchstrichterliche Judikatur, die sich mit privatautonomen Regelungsschranken im Bereich personaler Grundrechte beschäftigte.²⁵ Darunter war neben dem bereits vorgestellten „Pillen - Fall“²⁶ noch eine Entscheidung zur Vereinbarung eines Wohnsitzverbots unter Ehegatten²⁷ und ein Judikat zum vertraglichen Scheidungsausschluss durch Ehepartner²⁸. Wenn das Versagen des Vertragsmechanismus nicht in typisierbarer Form in Erscheinung tritt, sondern auf individuellem Versagen beruht, soll die Zulässigkeit einer Grundrechtskontrolle von Verträgen nach *Singers* Konzept unter engen Voraussetzungen zur Vermeidung von Schutzlücken, die eine auf typisierbare Fallgestaltungen beschränkte,²⁹ insbesondere *bundesverfassungsgerichtliche* Inhaltskontrolle von Verträgen hinterlässt, untragbare Ergebnisse verhindern.³⁰ Denn staatliche Schutzpflichten kommen, so *Singer*, vor allem dann in Betracht, wenn privater Selbstschutz nicht möglich oder nicht zumutbar ist.³¹

Diesem Ausgangspunkt ist zuzustimmen. In der Tat ist es so, dass der Satz „Vertrag ist Vertrag“ desto weniger befriedigende Rechtfertigung für die Bindung an das Versprechen bietet, je mehr der Zwang, grundrechtliche Freiheiten wie die Scheidungs- oder Bekenntnisfreiheit aufzugeben, den innersten Kern der Persönlichkeit berührt.³² Wo mangels schutzwürdigen Interesses des „stärkeren“ Vertragspartners kein Raum mehr für eine bei § 138 Abs. 1 BGB anzusiedelnde Abwägungsentscheidung ist,³³ kann die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte zur Ablehnung einer vertraglichen Bindung im Kernbereich personaler Freiheitsrechte führen.³⁴

Dieser dogmatische Ausgangspunkt bedarf zum Schutz der Privatautonomie einer stark einschränkenden Präzisierung. *Singer* möchte ihn auf vertragliche Regelungen im Be-

²⁴ Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133 (1141).

²⁵ Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133 (1134/1135).

²⁶ BGH, U. v. 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85 = BGHZ 97, 372.

²⁷ BGH, U. v. 26.04.1972, Az.: IV ZR 18/71 = NJW 1972, 1414.

²⁸ BGH, U. v. 09.04.1986, Az.: IV ZR 32/85 = BGHZ 97, 304.

²⁹ Vgl. hierzu nur *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, (2007), Art. 2 Rnr. 16 m. w. N.

³⁰ Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133 (1138).

³¹ Vgl. *Singer*, JZ 1995, 1133 (1138/1139).

³² So *Singer*, JZ 1995, 1133 (1139).

³³ Vgl. zur Abwägungsresistenz des Menschenwürdegehalts von Einzelgrundrechten in der Bürger - Bürger - Beziehung *Hömig*, EuGRZ 2007, 633 (640).

³⁴ Näher zur Schutzpflichtfunktion des Menschenwürdegrundrechts *Hömig*, EuGRZ 2007, 633 (639).

reich des „innersten Kerns der Persönlichkeit“ beschränken.³⁵ Was damit genau gemeint ist, bleibt vage und ist deshalb zu klären. In der Situation eines individuellen Verhandlungsungleichgewichts sollte einer vertraglichen Bindung über Verhaltensweisen die Anerkennung versagt werden, die im Menschenwürdegehalt eines personalen Grundrechts liegen. Es wäre unsachgerecht, insoweit präzisierend auf den durch Art. 19 Abs. 2 GG geschützten Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts abzustellen. Bis heute herrscht nämlich keine Klarheit darüber, ob er generell - absolut oder individuell - relativ zu bestimmen ist.³⁶ Die Konkretisierung des Menschenwürdegehalts personaler Grundrechte ist hingegen durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* hinreichend geklärt.³⁷ Sie vollzieht sich in dem Sinn situationsbezogen, dass sie vom Einzelfall auf den zur Regelung anstehenden Lebensbereich blickt und nach Herausbildung von Fallgruppen und Regelbeispielen zu absolutem, also abwägungsfestem Schutz konkreter, im Grundrechtskern liegender Verhaltensweisen führt.³⁸ Für die Zuordnung eines bestimmten Sachverhalts zum Menschenwürdegehalt eines personalen Grundrechts sind nach den Maßgaben der Besonderheiten des Einzelfalles sein inhaltlich höchstpersönlicher Charakter und der Drittbezug des betreffenden Verhaltens entscheidend.³⁹ Je weniger ein anderer oder die Allgemeinheit von einem solchen Verhalten berührt werden, desto eher liegt es im Bereich des Menschenwürdegehalts eines personalen Grundrechts.

Demnach gehören etwa Ausdrucksformen der Sexualität zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung.⁴⁰ Vertragliche Vereinbarungen über einen Konfessionswechsel wird man auch als im Menschenwürdegehalt (der Religionsfreiheit) liegend und folglich regelmäßig als nichtig bewerten müssen.⁴¹

³⁵ Eine Rechtsbindung im personalen Bereich höchstpersönlicher Angelegenheiten ebenfalls verneinend *Sandweg*, BWNotZ 1990, 49 (51). Näher zur Sanktionslosigkeit derartiger Vereinbarungen *Sandweg*, BWNotZ 1990, 49, (52 f.).

³⁶ Für eine generell - absolute Wesensgehaltsbestimmung etwa *BVerfG*, B. v. 14.09.1989, Az.: 2 BvR 1062/87 = BVerfGE 80, 367 (373/374). Für eine individuell - relative Wesensgehaltsbestimmung aus jüngerer Zeit etwa *BVerfG*, U. v. 05.02.2004, Az.: 2 BvR 2029/01 = BVerfGE 109, 133 (156); *BVerfG*, B. v. 08.11.2006, Az.: 2 BvR 578, 796/02 = BVerfGE 117, 71 (96).

³⁷ Näher zur situationsbezogenen Begriffskonkretisierung der Menschenwürde *Hömig*, EuGRZ 2007, 633 (638) m. w. N.

³⁸ Vgl. *BVerfG*, U. v. 03.03.2004, Az.: 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 (311 f.).

³⁹ Vgl. *BVerfG*, U. v. 03.03.2004, Az.: 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 (314).

⁴⁰ Vgl. *BVerfG*, U. v. 03.03.2004, Az.: 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 = BVerfGE 109, 279 (315).

⁴¹ So auch im Ergebnis *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (234).

Der von der Schutzgebotsfunktion personaler Grundrechte ausgehende Protektionsansatz lässt sich auch für Vereinbarungen nutzbar machen, die ein grundrechtlich geschütztes Verhalten betreffen, das außerhalb des Menschenwürdegehalts des jeweiligen Grundrechts liegt. Das ist *Canaris* bereits gelungen. Feinsinnig unterscheidend möchte er die Vollstreckung vertraglicher Einschränkungen personaler Freiheitsrechte, wie etwa der Verpflichtung, sich in den Formen des jüdischen Ritus scheiden zu lassen, durch einen Minimalschutz qua analoger Anwendung des § 888 Abs. 2 ZPO vermeiden.⁴² Vereinbarungen über die Einschränkung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), wie beispielsweise ein Vertrag über eine Blutspende, können nach *Canaris* durch die Gewährung eines freien Widerrufsrechts in Verbindung mit der Pflicht zum Ersatz des Vertrauensschadens analog § 122 BGB im Sinne der grundrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit gelockert werden.⁴³ Aus heutiger Sicht bietet es sich an, dem Schuldner insoweit die Berufung auf die Einrede des § 275 Abs. 3 BGB zu ermöglichen.⁴⁴ Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass durch eine Analogie zu § 74 a Abs. 1 HGB ein gegenüber § 138 BGB verstärkter Grundrechtsschutz bei vertraglichen Einschränkungen von personalen Freiheitsrechten erreicht werden kann.⁴⁵ Nach diesen über die Frage der gefälligkeitsvertraglichen Bindungsbegründung hinausgehenden Überlegungen ist zu ihrem Ausgangspunkt zurückzukehren. Es gilt, den subjektiven Abgrenzungsansatz für Gefallen, die nicht im Menschenwürdegehalt personaler Grundrechte anzusiedeln sind, dogmatisch zu konturieren.

Der Rechtsbindungswille wird zwar bisweilen als reine Fiktion kritisiert.⁴⁶ Mit diesem Verdikt wird aber ganz überwiegend keine Ablehnung der Abgrenzungskriterien verbunden, die der *Bundesgerichtshof* in der oben zitierten Leitentscheidung entwickelt hat.⁴⁷ Es stört nur, dass anhand dieser Einzelkriterien auf einen Willen geschlossen wird, den die Parteien so gut wie nie tatsächlich gebildet haben werden, wenn sie nicht ausdrücklich über einen Vertragsschluss sprachen.

⁴² Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (237).

⁴³ Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (233/234).

⁴⁴ Für das Zugeständnis des § 275 Abs. 3 BGB allgemein einschränkend nach der Vorhersehbarkeit der Konfliktsituation differenzierend *Unberath*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 1-610, (2007), § 275 Rnr. 34.

⁴⁵ Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (242).

⁴⁶ So etwa *Flume*, *Rechtsgeschäft*, 1992, S. 91; *Medicus*, *Allgemeiner Teil*, 2006, S. 81; *Heinrichs*, *Bemerkungen*, 2007, 421 (439).

⁴⁷ Vgl. nur *Medicus*, *Allgemeiner Teil*, 2006, S. 81.

Dieser Kritik trug der *Bundesgerichtshof* im *Lottospieler* - Fall Rechnung.⁴⁸ In den Entscheidungsgründen wurde klargestellt, dass die Frage, ob und inwieweit ein unentgeltlich übernommener Auftrag rechtsgeschäftlich bindend oder nur unverbindlich ist, im Allgemeinen - da insoweit ein ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Wille der Beteiligten in der Regel nicht feststellbar ist - nur unter Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte geprüft werden kann.⁴⁹ Daraus ergibt sich, dass es bei der zu treffenden Abgrenzungsentscheidung im Kern um die individuelle Bewertung von Rechtsbindungsinteressen und nicht um den Schluss auf einen empirischen Parteiwillen geht.⁵⁰

Eine überzeugende Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag setzt eine sorgfältige Analyse der vertraglich schutzfähigen Interessen der Beteiligten voraus. Dabei stellt man sich bereits auf den Standpunkt des objektiven Betrachters, der auch zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen einzunehmen ist.⁵¹ Ist das Erfüllungsinteresse⁵² des Benefiziaris hoch genug, kommt dessen Schutz durch die Annahme eines Gefälligkeitsvertrages in Betracht. Diesen Ansatz legte der *Bundesgerichtshof* auch der Entscheidung des vorgenannten *Lottospieler* - Falls zugrunde.⁵³ Bei der Prüfung der Interessenlage kam es seiner Auffassung nach einerseits darauf an, ob für den „Auftraggeber“ wesentliche Interessen - insbesondere Interessen wirtschaftlicher Art - auf dem Spiel stehen, er also, wenn die versprochene Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht wird, erhebliche, mit Wahrscheinlichkeit eintretende Schäden zu erwarten hat. Andererseits wurde darauf abgestellt, ob die Annahme einer Rechtspflicht und das sich daraus ergebende Schadensersatzrisiko auch für den „Beauf-

⁴⁸ BGH, U. v. 16.05.1974, Az.: II ZR 12/73 = NJW 1974, 1705.

⁴⁹ Vgl. BGH, U. v. 16.05.1974, Az.: II ZR 12/73 = NJW 1974, 1705 (1706).

⁵⁰ Ähnlich Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil, 2004, S. 521. Wie hier Olzen, in: Staudinger, §§ 241-243, (2005), § 241 Rnr. 83.

⁵¹ Vgl. nur Larenz, Methodenlehre, 1991, S. 299. Vereinzelt wird - nicht überzeugend, da ohne Anhaltspunkt im Gesetz - eine subjektive Auslegung der Willenserklärung des unentgeltlich Leistenden vertreten, vgl. Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (483 f.).

⁵² Wer wegen Nichterfüllung seiner Leistungspflicht Schadensersatz zu leisten hat, muss den Gläubiger im Allgemeinen in diejenige Vermögenslage versetzen, in der er sich befinden würde, wenn er die Leistung erhalten hätte (sog. „positives“ oder „Erfüllungsinteresse“), vgl. Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 430. Unklar nach dem „schutzwürdigen Vertragsinteresse“ abgrenzend Dahmann, Gefälligkeitsbeziehungen, 1935, S. 30 f.

⁵³ BGH, U. v. 16.05.1974, Az.: II ZR 12/73 = NJW 1974, 1705.

tragen“ unter Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit der übernommenen Geschäftsbe-
sorgung zumutbar ist.⁵⁴

Ausgehend davon, dass es zur Beurteilung der gefälligkeitsvertraglichen Rechtsbin-
dungsinteressen vorrangig auf das Erfüllungsinteresse des Benefiziaris ankommt, lässt
sich zur weiteren Klärung der sich stellenden Abgrenzungsfrage folgern, dass Überle-
gungen zum Schutz von Integritätsinteressen⁵⁵ grundsätzlich nicht im Mittelpunkt der
Differenzierungsbemühungen stehen sollten.⁵⁶ Geht es etwa um den Schutz absolut
geschützter Rechtsgüter, so gewährleistet das Deliktsrecht prinzipiell adäquate Pro-
tektion.⁵⁷

Je größer das für den Gefälligen erkennbare⁵⁸ Erfüllungsinteresse des Benefiziaris ist,
desto näher liegt der Rechtsbindungswille seinerseits. Deshalb ist es im Grundsatz ge-
rechtfertigt, wenn eine altruistisch handelnde Person, die beispielsweise in dem Wissen,
dass von ihrem rechtzeitigen Gefälligkeitserweis ein bestimmter Geschäftsabschluss
abhängt, ihre Tätigkeit zusagt, gegebenenfalls auf Schadensersatz statt der Leistung in
Anspruch genommen werden kann. Eine Ausnahme wird man nur beim Drohen extrem
hoher Schadensersatzansprüche annehmen müssen. Es wäre unvernünftig und daher in-
teressenwidrig, ohne jegliche rechtsgeschäftliche Kompensationsmöglichkeit ein ent-
sprechendes vertragliches Haftungsrisiko übernehmen. Dieser Standpunkt lässt sich am
Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung festmachen.⁵⁹

Als abgrenzungsuntauglich erscheinen die in der Literatur überdies vorgeschlagenen Se-
riösitätsindizes⁶⁰ der Form und des Leistungsvollzugs.⁶¹ Sie spielen nicht bei allen Ge-
fälligkeitsverträgen, sondern ausschließlich im Schenkungsrecht eine Rolle (§ 518

⁵⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 16.05.1974, Az.: II ZR 12/73 = NJW 1974, 1705 (1706).

⁵⁵ Vgl. hierzu allgemein *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 431.

⁵⁶ Abzulehnen ist daher die Auffassung *Heinrichs*, Bemerkungen, 2007, 421 (440), der das Problem der
Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag vornehmlich über die Auslegung
des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB lösen will.

⁵⁷ Näher unten B. V.

⁵⁸ Vgl. §§ 133, 157 BGB.

⁵⁹ Vgl. hierzu allgemein *Roth*, in: Staudinger, §§ 134-163, (2003), § 157 Rnr. 32; *Busche*, in: MüKo,
§§ 1-240, (2006), § 133 Rnr. 60; *BGH*, U. v. 08.06.1994, Az.: VIII ZR 103/93 = NJW 1994, 2228 und
BGH, U. v. 29.03.2000, Az.: VIII ZR 297/98 = NJW 2000, 2508.

⁶⁰ Vgl. zu diesem Begriff *Zweigert*, JZ 1964, 349-354.

⁶¹ Anders *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 54 f.

Abs. 1 und 2 BGB). Schon deshalb sind sie nicht verallgemeinerungsfähig.⁶² Sollte die Abgrenzung zwischen Schenkung und Gefälligkeit einmal problematisch werden, so ist außerdem zu bedenken, dass im Alltag überwiegend Handschenkungen vorkommen, für die das Formerfordernis des § 518 BGB ohnehin nicht gilt.⁶³

Bei auftrags- und verwahrungstypischen Tätigkeiten ist es der Absicherung der Entscheidung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag aus Sicht des Gefälligen dienlich, neben dem Erfüllungsinteresse des Benefiziaris auch auf die Aufwandserheblichkeit des Gefallens abzustellen.⁶⁴ Je höher beispielsweise der erkennbare Aufwand für diejenige ist, welche die Endreinigung der Mietwohnung des verhinderten Freundes unternimmt, desto eher ist die Annahme gerechtfertigt, dass ein Aufwendungsersatzanspruch in ihrem gefälligkeitsvertraglich zu schützenden Interesse liegt.

II. Haftungsausschlussvereinbarungen

Die Haftungsausschlussvereinbarungen, die im Zusammenhang mit uneigennützigem Verhalten angenommen werden, haben eine Haftungsmilderung zugunsten des Uneigennützigen zum Ziel. Mit den Schadensersatzansprüchen, zu deren Einschränkung ein Regelungsbedürfnis (1.) angenommen wurde, änderten sich in der Rechtsentwicklung Erscheinungsformen und Inhalt der vertraglichen Haftungsverzichte. Das verdeutlicht der folgende historische Überblick. Gegenwärtig geht es bei Schädigungen durch altruistisches Verhalten um Haftungsausschlüsse für einfache Fahrlässigkeit in Form eines konkludenten Haftungsausschlusses oder in Gestalt einer ergänzenden Vertragsauslegung. Dafür gelten nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen unterschiedliche, relativ strikte Prämissen (2.). Der Vergleich zwischen diesen Voraussetzungen und den aktuell praktizierten Rechtsprechungsgrundsätzen gibt Anlass zur Rechtsprechungskritik (3.).

⁶² A. A. *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 54 f.

⁶³ Vgl. hierzu allgemein *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 518 Rnr. 1; *Koch*, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 518 Rnr. 1.

⁶⁴ Ebenso *Medicus*, Schuldrecht II, 2007, S. 155 und früher *Lenel*, AcP 129 (1928) 1 (8).

1. Regelungsbedürfnis

Folgender Fall des *Reichsgerichts* gab schon kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches Anlass zur Diskussion, ob und wie der Uneigennützte im Bereich der Tierhalterhaftung, die damals nach § 833 BGB a. F. als reine Gefährdungshaftung ausgestaltet war, vor voller Inanspruchnahme durch den von ihm Geschädigten geschützt werden kann.⁶⁵

Es ging um die Haftung des Führers eines Einspanners, der einen Fahrgast aus Gefälligkeit ein Stück auf seinem Fuhrwerk mitnahm. Ein betrunkenen Knecht überholte mit seinem Fuhrwerk, wobei ein unbefestigter Koffer von seinem Wagen herabfiel und das Pferd des Beklagten zum Durchgehen brachte. Der Einspanner schleuderte an einen Baum. Infolgedessen stürzten die Insassen heraus, wobei der Fahrgast einen Schädelbruch erlitt, dem er noch am selben Tag erlag. Die Kläger (*Anm.*: Witwe und Kinder des Fahrgastes) forderten daraufhin Schadensersatz gemäß § 844 BGB a. F., den das *Reichsgericht* ohne Rücksicht auf den Umstand der Uneigennützigkeit mit dem Argument der sich realisiert habenden Tiergefahr zusprach.⁶⁶

Dieses Ergebnis wurde im Schrifttum abgelehnt.⁶⁷ Zur Haftungsmilderung des Uneigennütigen wurden unterschiedliche Vorschläge unterbreitet. Das *Reichsgericht* erwog sie und wandte sich schließlich auch im Bereich der deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung der Haftungsausschlussvereinbarung als Instrument zur Entlastung des Uneigennütigen zu.

Litten zufolge sollte das Ergebnis, welches das *Reichsgericht* im obigen Ausgangsfall⁶⁸ erzielte, durch die Annahme einer Haftung nach Maßgabe eines Transportvertrages, also einer verschuldensabhängigen Haftung, vermieden werden.⁶⁹ Schon *Danz* unterbreitete einen Vorschlag zur Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses. Nach den konkreten Umständen der besagten Entscheidung war vom Fuhrherrn aus seiner Sicht eine

⁶⁵ RG, U. v. 26.02.1903, Az.: Rep. VI 352/02 = RGZ 54, 73.

⁶⁶ Vgl. RG, U. v. 26.02.1903, Az.: Rep. VI 352/02 = RGZ 54, 73 (74).

⁶⁷ Vgl. nur *Oertmann*, DJZ 1904, 136 (142) und *Siber*, DJZ 1905, 138-141.

⁶⁸ RG, U. v. 26.02.1903, Az.: Rep. VI 352/02 = RGZ 54, 73.

⁶⁹ Vgl. *Litten*, DJZ 1905, 339 (341).

einfache Gefälligkeit des täglichen Lebens verlangt worden, durch deren Zusage sich der Zusagende nicht verpflichten wollte. Daraus ergab sich für *Danz* ohne Weiteres, dass der Tatbestand erst recht nicht genügt, um daraufhin eine Verpflichtung des Fuhrherrn festzustellen, den Schaden, der bei Ausführung der Gefälligkeit entstehen kann, zu ersetzen. Der wenn auch nicht mit Worten ausgesprochene Verzicht des Aufgenommenen soll sich gerade auf den bei der Beförderung entstandenen Schaden bezogen haben, so dass die Klage hätte abgewiesen werden müssen.⁷⁰ *Rumpf* hielt diesen Lösungsvorschlag im Hinblick auf das Rechtsverständnis des Laien für unangemessen. Der Sieg des Kutschers im Prozess sollte nach dem natürlichen Gefühl ein Lohn für seine Hilfsbereitschaft, aber keine Folge eines rechtsgeschäftlichen Haftungsausschlusses sein. Der Weg zum Haftungsausschluss des Kutschers wegen seiner Anständigkeit und Hilfsbereitschaft führte für *Rumpf* über die rechtsschöpferische Mitwirkung des Richters. Sie sollte sich über einen allgemeineren Grundsatz entfalten, als er in § 242 BGB zum Ausdruck kommt. Allein der Grundsatz, dass ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, und der Umstand, dass nicht gegen die guten Sitten verstoßen werden darf, sollten die Abweisung der Klage gegen den Kutscher tragen.⁷¹

Das *Reichsgericht* reagierte auf diese Kritik und machte die Gewährung einer Haftungsmilderung zunächst von einer Primärleistungspflicht des Uneigennützigen abhängig. Es unterschied beispielsweise scharf zwischen der unverbindlichen Gestattung zugunsten des Benefiziaris, während der Fahrt auf dem Beifahrersitz eines Wagens Platz nehmen zu dürfen⁷² und der Verpflichtung des Uneigennützigen zum Transport des Beifahrers an einen bestimmten Ort.⁷³ Während im ersten Fall mangels Gefälligkeitsvertrags keine Grundlage für eine Haftungsmilderung gesehen wurde,⁷⁴ kam das *Reichsgericht* im zweiten Fall nach der Annahme eines Auftrags zu einem „stillschweigenden Übereinkommen“ über die Befreiung des Uneigennützigen von der damals als reine Gefähr-

⁷⁰ Vgl. *Danz*, DJZ 1905, 383 (388).

⁷¹ Vgl. *Rumpf*, JherJb 49 (1905), 333 (405). So im Ergebnis auch später *E. v. Hippel*, Gefälligkeitsfahrten, 1967, 233 (237/238).

⁷² Vgl. RG, U. v. 13.12.1906, Az.: Rep. VI 130/06 = RGZ 65, 17 (18).

⁷³ Vgl. RG, U. v. 18.03.1907, Az.: Rep. IV 358/06 = RGZ 65, 313 (314).

⁷⁴ Vgl. RG, U. v. 13.12.1906, Az.: Rep. VI 130/06 = RGZ 65, 17 (insb. 20).

dungshaftung ausgestalteten Tierhalterhaftung.⁷⁵ Es billigte zunächst die Prämisse des Berufungsrichters, dass zwischen den Parteien in den nicht besonders besprochenen Punkten der Billigkeitsmaßstab als das beiderseits Gewollte gelten sollte.⁷⁶ Es ließ auch dessen weiter gehende Folgerung unbeanstandet, derzufolge jeder Teilnehmer (*Anm.: der Gefälligkeitsfahrt*) billigerweise den aus der Verwirklichung der gemeinsamen Gefahr ihm etwa entstehenden Schaden allein tragen muss. Der Feststellung eines stillschweigenden Einverständnisses der Parteien darüber, dass es zwischen ihnen so gehalten werde, sollte insbesondere nicht entgegenstehen, dass die Vertragschließenden nur mit einem normalen Fahrtverlauf rechneten.⁷⁷

Später respektierte das *Reichsgericht* auch die Annahme isolierter Haftungsausschlussvereinbarungen zwischen den Parteien. Es sprach aus, dass die Willenseinigung der Parteien insofern auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein kann, als einerseits für die tatsächlich gewährte Mitfahrt jegliche Vergütung, andererseits für eine von dem Gefälligen nicht verschuldete Gefährdung jegliche Haftung ausgeschlossen sein soll.⁷⁸

Bei der Erwägung eines Haftungsausschlusses kraft ergänzender Vertragsauslegung griff das *Reichsgericht* wenig später erstmals den sich in der weiteren Rechtsentwicklung als außerordentlich wirkungsmächtig erweisenden Versicherungsgedanken auf. Der Ausschluss der Tierhalterhaftung durch Vertrag lag seiner Auffassung nach fern, wenn der Tierhalter gegen Tierschaden versichert war und dies seitens des zur Mitfahrt Aufgenommenen auch angenommen werden konnte.⁷⁹

Noch im selben Jahr stellte das *Reichsgericht* den von ihm zunächst wohl eher beiläufig anerkannten Gedanken des Handelns auf eigene Gefahr auf eine objektiv - rechtliche Grundlage, von der aus der *Bundesgerichtshof* noch heute unter bestimmten Umständen operiert.⁸⁰ Der Kläger, der den Beklagten zur Dungaufuhr auf einen Acker begleitet

⁷⁵ Vgl. RG, U. v. 18.03.1907, Az.: Rep. IV 358/06 = RGZ 65, 313 (313).

⁷⁶ Vgl. RG, U. v. 18.03.1907, Az.: Rep. IV 358/06 = RGZ 65, 313 (315).

⁷⁷ Vgl. RG, U. v. 18.03.1907, Az.: Rep. IV 358/06 = RGZ 65, 313 (315).

⁷⁸ Vgl. RG, U. v. 02.01.1908, Az.: IV 219/07 = JW 1908, 108 (109).

⁷⁹ Vgl. RG, U. v. 24.09.1908, Az.: IV 636/07 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 22, S. 23.

⁸⁰ RG, U. v. 29.03.1909, Az.: VI 163/08 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 357, S. 327.

hatte, war zur Rückfahrt und Fortsetzung der Unterhaltung auf dessen Aufforderung mit auf den Wagen gestiegen und habe, so das *Gericht*, dadurch die Gefahr von Unfällen, die ihm während der Fahrt infolge willkürlichen Tuns der Pferde ohne Verschulden des Beklagten zustoßen sollten, auf sich genommen, also bewusster Weise auf eigene Gefahr gehandelt.⁸¹ Wo die Handlungsweise dessen, der sich freiwillig der Gefahr eines Tierschadens aussetzte, objektiv so beschaffen war, dass gesagt werden konnte, er habe jene Gefahr auf sich genommen, sollte es nicht erst der Konstruktion eines vertragsmäßigen Übereinkommens oder Verzichtes bedürfen.⁸²

Durch Gesetz vom 30.05.1908 wurde die Gefährdungshaftung des Tierhalters nach § 833 BGB durch Beifügung des noch heute geltenden Satzes 2 eingeschränkt.⁸³ Dadurch verschob sich das Umfeld der Haftungsausschlussvereinbarungen in den Bereich der verschuldensabhängigen Deliktshaftung. Das *Reichsgericht* entwickelte in der Folge eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme vertraglicher Haftungsausschlüsse.

In einer Entscheidung zur Haftung eines Automobillenkens sprach es zum Beispiel aus, dass es der Ermittlung besonderer, die Willenseinigung ausdrückender Äußerungen bedarf, wenn eine Haftung für auf Verschulden beruhende unerlaubte Handlung als für vertragsmäßig ausgeschlossen erachtet werden soll.⁸⁴ Auch der Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr sollte versagen, wenn die Gefahr oder deren Erhöhung erst durch eine von dem Willen des Bedrohten unabhängige schuldhaftige Handlung eines Dritten verursacht wird.⁸⁵

Vor allem unter dem Umstand erkannter oder erkennbarer Alkoholisierung des Fahrzeugführers nahm das *Reichsgericht* dennoch regelmäßig einen stillschweigenden Haftungsverzicht für leicht fahrlässige Schädigungen im Rahmen einer Gefälligkeitfahrt an.⁸⁶

⁸¹ Vgl. RG, U. v. 29.03.1909, Az.: VI 163/08 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 357, S. 329.

⁸² Vgl. RG, U. v. 29.03.1909, Az.: VI 163/08 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 357, S. 329.

⁸³ RGBl. 1908, S. 313.

⁸⁴ Vgl. RG, U. v. 13.10.1910, Az.: 611/09 VI = JW 1911, 28. Ähnlich streng RG, U. v. 10.06.1911, Az.: 464/10 VI = JW 1911, 714.

⁸⁵ Vgl. RG, U. v. 13.10.1910, Az.: 611/09 VI = JW 1911, 28 (29).

⁸⁶ Vgl. nur RG, U. v. 14.04.1930, Az.: VI 415/29 = RGZ 128, 229 (233).

Bei Gefälligkeitsfahrten stand der *Bundesgerichtshof* der Annahme von vertraglichen Haftungsausschlüssen von Anfang an skeptisch gegenüber.

Im Fall einer entgeltlichen Fahrt unter Alkoholeinfluss hat er verschärfend unter Bezugnahme auf die zuletzt zitierte Entscheidung des *Reichsgerichts* ausgeführt, dass es gekünstelt ist, dem Fahrgast den Willen zu unterstellen, eine Erklärung des Inhalts abzugeben, dass er auf die Haftung für solche Gefahren verzichten will, die er nicht erkannt hat. Der *Bundesgerichtshof* hielt es auch für fernliegend, dass der Fahrgast in auf der Fahrt eintretende Verletzungen einwilligt, obwohl er sich der Umstände, die deren Eintritt möglich machten, nicht bewusst gewesen ist.⁸⁷

Später entschloss sich der *Bundesgerichtshof* dazu, solche Konstellationen unter Zuhilfenahme des Gedankens des verbotenen *venire contra factum proprium* zu lösen. Im Fall der einschlägigen Leitentscheidung unternahmen mehrere Kraftfahrzeugschlosserlehrlinge miteinander eine Spritztour. Der Kraftfahrzeugführer gab dem Drängen des Zweitbeklagten, der, wie auch der Kläger wusste, keinen Führerschein hatte, nach und ließ ihn fahren.⁸⁸ Der *Senat* stellte fest, dass es der Grundsatz des gegen Treu und Glauben verstoßenden *venire contra factum proprium* nicht zulässt, dass der Geschädigte den beklagten Schädiger zur Rechenschaft zieht ohne zu berücksichtigen, dass er selbst die gefährliche Lage bewusst geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der vom Beklagten zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte. Diese Erkenntnis hat dem *Gericht* gezeigt, dass der rechtliche Standort des Problems in der vom Gesetz in § 254 BGB getroffenen Wertung zu suchen ist.⁸⁹ Mit der Zuordnung der praktisch wichtigsten Fälle bewusster Selbstgefährdung zum Anwendungsbereich des § 254 BGB wurde der oft aufgestellte starre Grundsatz aufgegeben, dass das Handeln in Kenntnis konkreter, bevorstehender Gefahr Handeln auf eigene Gefahr bedeutet und daher Schadensersatzansprüche ausschließt.⁹⁰

⁸⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 17.05.1951, Az.: III ZR 57/51 = BGHZ 2, 159 (163).

⁸⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355 (356).

⁸⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355 (363).

⁹⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355 (364).

Bei Gefälligkeitsfahrten greift der *Bundesgerichtshof* seither noch seltener auf die Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses zurück. Wenn, dann bejaht er ihn kraft ergänzender Vertragsauslegung für leicht fahrlässiges Verhalten, um bei nicht klar erkannten Gefahren einen fehlenden Versicherungsschutz des Schädigers auszugleichen.

So stellte er zum Beispiel im Fall einer Fahrgemeinschaft von freundschaftlich verbundenen Urlaubern zunächst fest, dass zwischen ihnen ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis vorlag.⁹¹ In Anbetracht der versicherungsrechtlich bedingten, ungleichen Verteilung des Haftungsrisikos und des zusätzlichen, besonderen Umstandes, dass der Halter ein besonderes Interesse daran hatte, dass der Mitfahrende das Steuer übernahm (*Anm.*: er musste am nächsten Morgen wieder an seiner Arbeitsstelle sein) konnte die Auffassung des Berufungsgerichts Bestand haben, dass im Streitfall ausnahmsweise die Abmachung über das Führen des Fahrzeugs durch den Beklagten in ergänzender Auslegung mit einem Haftungsverzicht (*Anm.*: für fahrlässiges Verhalten) zu versehen war, weil sich der Geschädigte dem ausdrücklichen Ansinnen einer solchen Abmachung durch den Beklagten billigerweise nicht hätte versagen können.⁹²

2. Prämissen

Eine kritische Auseinandersetzung mit der Praxis vertraglicher Haftungsausschlüsse setzt die Rückbesinnung auf die einschlägige vertragsrechtliche Dogmatik voraus (a). Ihr werden die aktuellen Rechtsprechungsgrundsätze gegenüber gestellt (b).

a) Dogmatik

Für konkludente Haftungsausschlüsse wegen leicht fahrlässigem Verhalten gelten andere Voraussetzungen als für entsprechende ergänzende Vertragsauslegungen.

Bei konkludenten Willenserklärungen findet das Gewollte nicht unmittelbar in einer Erklärung seinen Ausdruck, der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar

⁹¹ Vgl. *BGH*, U. v. 14.11.1978, Az.: VI ZR 178/77 = *NJW* 1979, 414 (415).

⁹² Vgl. *BGH*, U. v. 14.11.1978, Az.: VI ZR 178/77 = *NJW* 1979, 414 (415).

einen Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zulassen.⁹³ Deshalb muss im Einzelfall nachvollziehbar begründet werden können, welcher Umstand den Schluss auf den Willen zum Haftungsverzicht des Benefiziaris rechtfertigt. Auf konkludente Willenserklärungen finden die allgemeinen Grundsätze über Willenserklärungen Anwendung, so insbesondere hinsichtlich der Probleme des Erklärungsbewusstseins und der Auslegung.⁹⁴ Daher ist wegen des Restriktionsgrundsatzes zu fordern, dass im Einzelfall deutliche Anhaltspunkte für die Annahme einer Haftungsverzichtserklärung vorliegen.⁹⁵ Sie ist schließlich rechtlich nachteilhaft für ihren Entäusserer.

Eine ergänzende Vertragsauslegung des Inhalts, dass die Haftung für leicht fahrlässiges Verhalten des Gefälligen ausgeschlossen ist, setzt das Vorhandensein eines Vertrages zwischen den Parteien voraus. Außerdem muss der Vertrag eine Regelungslücke enthalten, die in der Regel darauf zurückzuführen sein muss, dass die Parteien an einen bestimmten regelungsbedürftigen Punkt nicht gedacht haben.⁹⁶ Ziel der ergänzenden Auslegung ist die Ermittlung des hypothetischen Willens, den die Parteien gehabt hätten, wenn sie den betreffenden Punkt geregelt hätten.⁹⁷ Dieser Parteiwille wird geprägt von der normativ interessengerechten Regelung, die die Parteien aus Sicht des Richters bei vernünftiger Interessenabwägung im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vernünftigerweise gewollt hätten.⁹⁸ Bedeutsam ist, dass eine ergänzende Vertragsauslegung in der Regel ausscheidet, wenn die Vertragslücke durch Heranziehung des dispositiven Rechts geschlossen werden kann.⁹⁹ Das gilt umso eindringlicher, je mehr das Rechtsgeschäft einem gesetzlich geregelten Typenvertrag entspricht.¹⁰⁰ Die ergänzende Auslegung muss aber zur Anwendung kommen, wenn feststeht, dass eine besondere Interessenlage be-

⁹³ Vgl. *Heinrichs/Ellenberger*, in: Palandt, (2008), Einf. v. § 116 Rnr. 6 m. w. N.

⁹⁴ Vgl. *Heinrichs/Ellenberger*, in: Palandt, (2008), Einf. v. § 116 Rnr. 6.

⁹⁵ Vgl. zu diesem Auslegungsgrundsatz nur *Singer*, in: Staudinger, §§ 90-133, (2004), § 133 Rnr. 62 m. w. N. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 522 zufolge ist dieses Postulat hingegen auf den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung zurückzuführen.

⁹⁶ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 157 Rnr. 3 m. w. N.

⁹⁷ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 542 m. w. N.

⁹⁸ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 543/544.

⁹⁹ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 157 Rnr. 4 m. w. N. Eine Besonderheit gilt beispielsweise im Gesellschaftsrecht. Soweit irgendetwas sind Lücken von Gesellschaftsverträgen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise auszufüllen, dass die Grundzüge des konkreten Vertrages „zu Ende gedacht“ werden, vgl. *BGH*, U. v. 02.06.1997, Az.: II ZR 81/96 = NJW 1997, 2592 (2593).

¹⁰⁰ Vgl. *Roth*, in: Staudinger, §§ 134-163, (2003), § 157 Rnr. 23.

steht, die das dispositive Gesetzesrecht nicht berücksichtigt hat und die eine vom Gesetz abweichende Wertung nahe legt, denn auch der hypothetische Parteiwille geht, wenn er als wahrscheinlich festgestellt ist, als Ausdruck der individuellen Privatautonomie dem generellen dispositiven Recht vor.¹⁰¹ Es bedarf jedoch der besonderen Begründung, warum die gesetzliche Regelung der Interessenlage der Parteien nicht gerecht wird.¹⁰² Praktisch werden an die Überzeugungskraft der Begründung eines vorrangigen hypothetischen Parteiwillens durchaus hohe Anforderungen gestellt.¹⁰³

b) Aktuelle Rechtsprechungsgrundsätze

Mittlerweile hat die höchstrichterliche Rechtsprechung von der Annahme konkludenter Haftungsausschlüsse bei uneigennützigem Verhalten Abstand genommen. Wie bereits angedeutet, ließ der *Bundesgerichtshof* schon früh Skepsis gegenüber dieser Lösung der einschlägigen Haftungsprobleme erkennen.¹⁰⁴

Anlässlich der Schädigung eines von zwei freundschaftlich verbundenen Teilnehmern an einer von einem Automobil - Club veranstalteten Zuverlässigkeitsfahrt stellte der *Bundesgerichtshof* zunächst nur knapp fest, dass keine Umstände ersichtlich waren, die auf eine stillschweigende Vertragsabrede über die Einschränkung der deliktischen Haftung unter den Parteien hindeuteten.¹⁰⁵

Einen klareren und bis heute im Prinzip unveränderten Standpunkt bezog er dann zu einer tragischen Gefälligkeitsfahrt von Vater und Sohn, bei welcher der Vater ums Leben kam, weil der Sohn im Nebel auf einen unbeleuchteten und mit heißen Dampfkartoffeln beladenen Anhänger auffuhr. Dafür, dass Vater und Sohn über eine solche Haftungseinschränkung (*Anm.*: Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit) einig gewesen sind, waren für den *Bundesgerichtshof* aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte ersichtlich. In Wirklichkeit handelte es sich seiner Auffassung nach bei dem Zurückgreifen auf den angeblich erklärten Parteiwillen um eine Fiktion, mit der ein vom Richter

¹⁰¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 541.

¹⁰² Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 541.

¹⁰³ Vgl. etwa *BGH*, U. v. 28.06.1982, Az.: II ZR 226/81 = NJW 1982, 2816 (2817).

¹⁰⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 17.05.1951, Az.: III ZR 57/51 = BGHZ 2, 159.

¹⁰⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 05.03.1963, Az.: VI ZR 123/62 = BGHZ 39, 156 (158). Ähnlich skeptisch *BGH*, U. v. 11.02.1964, Az.: VI ZR 271/62 = BGHZ 41, 79 (81).

als angemessen angesehenes Ergebnis begründet werden sollte.¹⁰⁶ Es wurde auf die neuere Rechtsprechung des *Senats* hingewiesen, derzufolge eine vertragliche Einschränkung der Haftung nicht allein aus dem Gefälligkeitserweis gegenüber dem Fahrgast oder daraus entnommen werden kann, dass zwischen Fahrer und Insassen nahe Beziehungen bestehen oder dass der Insasse gefahrerhöhende Umstände der Fahrt gekannt hat.¹⁰⁷ In solchen Fällen hielt es der *Bundesgerichtshof* durchweg auch für sehr ungewiss, was Fahrer und Insasse vereinbart haben würden, wenn sie die Haftung für die Folgen des später eingetretenen Körperschadens zu Erörterung gestellt hätten.¹⁰⁸

Gegenüber der Annahme eines Haftungsausschlusses für einfache Fahrlässigkeit kraft ergänzender Vertragsauslegung ist der *Bundesgerichtshof* etwas aufgeschlossener.

Weder die enge Freundschaft zwischen der Beklagten und dem Geschädigten noch das Gefälligkeitsmoment lieferten für den *Sechsten Senat* im Kontext einer Gefälligkeitseinfahrt einen zureichenden Anhaltspunkt für einen stillschweigend vereinbarten Haftungsausschluss.¹⁰⁹ Aus der Tatsache, dass das Bestehen eines Haftpflichtversicherungsschutzes für den Schädiger gegen einen stillschweigenden Haftungsausschluss spricht,¹¹⁰ wollte der *Senat* nicht ohne weiteres (umgekehrt) gefolgert wissen, dass ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Schädigung dann angenommen werden muss, wenn der Fahrer nicht durch eine Haftpflichtversicherung geschützt wird. Diesem Umstand maß er aber eine potenziell erhebliche Bedeutung zu und erinnerte daran, dass er bereits ausgesprochen hatte, dass in dem Führen eines fremden Fahrzeugs, in dem sich dessen Halter als Insasse befindet, dann ein ungewöhnliches Risiko liegt, wenn hinsichtlich der Verletzungen des Halters die Deckungspflicht des Haftpflichtversicherers durch § 11 Nr. 3 AKB a. F. ausgeschlossen ist. Der *Senat* war der Meinung, dass ein verständiger Fahrer dieses Risiko kaum übernehmen kann, ohne sich durch einen Haftungsverzicht des Halters abzusiichern.¹¹¹ Doch sollte es auch dieser Umstand (*Anm.*: der fehlende Versicherungsschutz)

¹⁰⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

¹⁰⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

¹⁰⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

¹⁰⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (385).

¹¹⁰ Vgl. insoweit bereits *BGH*, U. v. 30.04.1959, Az.: II ZR 126/57 = BGHZ 30, 40 (48).

¹¹¹ Vgl. *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (385).

in Verbindung mit einem Gefälligkeitserweis noch nicht rechtfertigen, im Wege ergänzender Vertragsauslegung die Abmachung über das Führen eines Kfz gegenüber dem mitfahrenden Halter mit einem Haftungsverzicht zu versehen. Der *Senat* betonte jedoch die Möglichkeit, dass das Hinzutreten besonderer Umstände im Einzelfall für die Annahme eines Haftungsverzichts sprechen kann.¹¹²

Im vorliegenden Fall wurden solche Umstände angenommen, weil der alkoholbedingt fahruntüchtige Halter von der unversicherten Beklagten, die, wie er wohl wusste, nur über eine geringe Fahrpraxis verfügte und das Fahrzeug des Halters nicht kannte, nach Hause gefahren werden wollte.¹¹³ Eine klare Feststellung dazu, dass die „Abmachung“ über das Führen des Kraftfahrzeuges als Vertrag anzusehen ist, fehlte.

Mit demselben Ergebnis entschied dieser *Senat* schon zuvor einen ähnlichen Fall. Der letztlich ausschlaggebende, besondere Umstand wurde darin gesehen, dass der Halter des Fahrzeugs nach gemeinsamer Urlaubsfahrt am nächsten Tag wieder in der Arbeit sein musste und deshalb im Rahmen eines „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses“ um Übernahme des Steuers bat.¹¹⁴

In der jüngsten einschlägigen Entscheidung bestätigte der *Bundesgerichtshof* die vorstehenden Grundsätze. Eine derartige Haftungsbeschränkung kann seiner Auffassung nach im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf der Grundlage des § 242 BGB nur ganz ausnahmsweise angenommen werden. Sie stellt ihm zufolge eine künstliche Rechtskonstruktion aufgrund einer Willensfiktion dar, da sie von einem Haftungsverzicht ausgeht, an den beim Abschluss der Vereinbarung niemand gedacht hat.¹¹⁵ Allein daraus, dass sich jemand aus Gefälligkeit an das Steuer eines fremden Fahrzeugs setzt und eine andere Person mitnimmt, soll die Vereinbarung des Ausschlusses einer delik-

¹¹² Vgl. *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (385). Diese Grundsätze übertrug *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = NJW 1992, 2474 später auch auf die Tierhalterhaftung bei gefälligkeitshalber Überlassung eines Reitpferdes.

¹¹³ Vgl. *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (385/386).

¹¹⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 14.11.1978, Az.: VI ZR 178/77 = NJW 1979, 414 (415). Ähnlich, aber ohne explizite Ausführungen zu einer ergänzungsfähigen Vertragsgrundlage zuvor *BGH*, U. v. 14.02.1978, Az.: VI ZR 216/76 = VersR 1978, 625 (626) in einem Fall einer Fahrgemeinschaft von Arbeitskollegen.

¹¹⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

tischen Haftung keineswegs gefolgert werden können.¹¹⁶ Gerade dort, wo der Schädiger gegen Haftpflicht versichert ist, erst recht, wenn eine Pflichtversicherung besteht, die dem Schutz des Unfallopfers dienen soll, entspricht es auch diesem Judikat zufolge weder dem gesetzlichen Anliegen der Versicherungspflicht noch dem Willen der Beteiligten, durch (letztlich fingierte) Verzichtsabreden den Haftpflichtversicherer zu entlasten. Deshalb spricht das Bestehen eines Haftpflichtversicherungsschutzes für den Schädiger aus Sicht des *Bundesgerichtshofs* in aller Regel gegen eine stillschweigende Haftungsbeschränkung. Diese soll vielmehr grundsätzlich voraussetzen, dass für den Schädiger, der gerade keinen Versicherungsschutz genießt, ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko gegeben ist. Darüber hinaus müssen besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall einen Haftungsverzicht des Geschädigten als besonders naheliegend erscheinen lassen.¹¹⁷

Die Überlegungen des *Gerichts* gingen wiederum nicht von der Feststellung einer ergänzungsfähigen Vertragsgrundlage aus. Diese Beobachtung gibt Anlass zu Zweifeln, ob der beschrittene Lösungsweg zutreffend begründet ist.¹¹⁸

3. Stellungnahme

Bei ehrlicher Betrachtung lässt sich im Umfeld eines Gefälligkeitserweises normalerweise kein Umstand feststellen, aus dem überzeugend auf die Annahme einer Haftungsverzichtserklärung des Benefiziar geschlossen werden kann.¹¹⁹ Haftungsrisiken werden von den Beteiligten regelmäßig weder angesprochen noch bedacht.¹²⁰ Allenfalls wäre es zum Beispiel möglich, einen konkludenten Haftungsausschluss zu bejahen, wenn ein um Mitnahme Gebetener darauf hinweist, er übernehme keine Haftung, und wenn daraufhin der andere, ohne etwas zu sagen, in den Wagen zu einer Gefälligkeits-

¹¹⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

¹¹⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

¹¹⁸ Ähnlich kritisch etwa *Eimer*, Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994, S. 122.

¹¹⁹ Deziert kritisch insoweit auch *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 527. *RG*, U. v. 22.11.1934, Az.: VI 288/34 = RGZ 145, 390 (395) lehnte es sogar ab, aus der bloßen Kenntnisnahme eines im Kraftfahrzeug befindlichen Schildes mit der Aufschrift „Sie fahren in diesem Wagen auf eigene Gefahr“ auf den Willen der Beförderten zu schließen, auf Schadensersatzansprüche aus leicht fahrlässigem Verhalten zu verzichten.

¹²⁰ Ebenso beispielsweise *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 171.

fahrt einsteigt.¹²¹ Von einem solchen unproblematischen Sonderfall abgesehen widerspricht die Annahme einer Haftungsverzichtserklärung aber in aller Regel den bei dieser Fragestellung in den Blick zu nehmenden, wohlverstandenen Integritätsinteressen des Benefiziar. Es lässt sich nicht überzeugend begründen, warum er nur deshalb, weil er eine Gefälligkeit empfangen will, gleichzeitig weitgehend auf den deliktsrechtlichen Schutz seiner meist wertvollen auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter verzichten wollen sollte.¹²² In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurde sogar die Logik eines solch generellen Schlusses bezweifelt.¹²³ Konkludente Haftungsausschlüsse sind demnach keine sachgerechte Lösung zur Haftungsmilderung für den Gefälligen.

Die untersuchten Haftungsausschlüsse kraft ergänzender Vertragsauslegung geben ebenfalls Anlass zu methodologischen Bedenken.¹²⁴ Es sollte selbstverständlich sein, dass dieser Lösungsweg nur auf der Grundlage eines ergänzungsfähigen Vertrages beschritten werden kann. Das hat die Rechtsprechung aber nicht konsequent beachtet.¹²⁵ Insofern kann ihr keinesfalls gefolgt werden. Der Grat zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag kann im Einzelfall schmal sein. Gerade dort, wo die Annahme der nötigen gefälligkeitsvertraglichen Basis in die Nähe des Vertretbaren gerät, birgt der Weg über die Haftungsmilderung qua ergänzender Vertragsauslegung ein gewisses Maß an Manipulationsgefahr. Wer sich zu sehr vom gewollten Ergebnis einer Haftungsmilderung zugunsten des Gefälligen leiten lässt, gerät leicht in die Bedrängnis, schon deshalb einen Gefälligkeitsvertrag zwischen den Parteien anzunehmen, weil er den Ausgangspunkt für die gewünschte Entlastung des Uneigennützigen bietet. Daher ist es bei der Wahl der Lösung über eine ergänzende Vertragsauslegung jedenfalls dringend geboten, sich offen Rechenschaft darüber abzulegen, ob wirklich ein so hohes und deshalb rechtlicher Regelung unterstellbares Erfüllungsinteresse vorliegt, dass es die Annahme eines Gefälligkeitsvertrages rechtfertigt.¹²⁶ Ist dies nicht der Fall, muss es vorbehaltlich

¹²¹ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 527.

¹²² So auch ausdrücklich *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = NJW 1992, 2474 (2475).

¹²³ Vgl. *BGH*, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

¹²⁴ Grundsätzlich kritisch gegenüber der methodologischen Kategorie der ergänzenden Vertragsauslegung *Neuner*, Vertragsauslegung, 2007, 901 (918 f.).

¹²⁵ Vgl. nur *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = VersR 1961, 846; *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (386); *OLG Frankfurt*, U. v. 24.06.1986, Az.: 8 U 174/85 = NJW-RR 1986, 1350 (1351); *OLG Frankfurt*, U. v. 21.06.2005, Az.: 14 U 120/04 = NJW 2006, 1004.

¹²⁶ Vgl. dementsprechend *OLG Frankfurt*, U. v. 18.11.1997, Az.: 17 U 103/96 = NJW 1998, 1232 (1232).

späterer Untersuchungen zu diesem Thema¹²⁷ methodenehrlicher Weise bei der vollen deliktischen Haftung des Gefälligen bleiben.

Aber selbst wenn sich zwischen den Parteien *lege artis* beispielsweise ein Auftrag annehmen lässt, erscheint fraglich, ob die Argumente der Rechtsprechung genügen, um einen Vorrang der hypothetischen Parteiinteressen vor dem auf Haftung für jede Fahrlässigkeit lautenden, dispositiven Gesetzesrecht überzeugend zu begründen. Das gesetzlich vertypete Auftragsrecht enthält Regelungen zur Frage der Haftung des Beauftragten, so dass insoweit grundsätzlich kein Rückgriff auf einen hypothetischen Parteiwillen möglich ist.¹²⁸ Zur Abweichung von dieser Fahrlässigkeitshaftung wurde für den Uneigennützigen regelmäßig mit der zu seinen Lasten ungleichen Verteilung des Haftungsrisikos infolge fehlenden Versicherungsschutzes argumentiert. Zusätzlich wurde bei der Prüfung der Umstände des Einzelfalls vereinzelt die Wendung des besonderen Interesses des Benefiziar an der Gefälligkeit ins Feld geführt.¹²⁹ Auf eine konkretere Umschreibung der haftungsderogierenden Interessenkonstellation legte sich die Judikatur nicht fest.¹³⁰ Das genügt jedoch ihren sonst an die Verdrängung dispositiven Gesetzesrechts durch einen hypothetischen Parteiwillen angelegten Maßstäben nicht.

Der *Bundesgerichtshof* hielt die Gewinnverteilungsregel des § 722 BGB¹³¹ beispielsweise durch den klaren und einleuchtenden Erfahrungssatz für verdrängt, dass es unter Kaufleuten regelmäßig als sachgerecht empfunden wird, den Chancen- und Risikoanteil eines jeden Beteiligten am Geschäftsergebnis nach dem Verhältnis der für den gemeinschaftlichen Zweck eingesetzten Vermögenswerte zu bestimmen.¹³² Einen so klaren Lösungsweg weisen die Umstände dort, wo die Judikatur den Uneigennützigen auf wirklicher Vertragsgrundlage mittels ergänzender Vertragsauslegung entlasten will, hingegen nicht. Aus diesem Grund hat sich die Judikatur des *Bundesgerichtshofs* auch ge-

¹²⁷ Vgl. 3. Kapitel B. II. 5. und 7.

¹²⁸ Vgl. allgemein Roth, in: Staudinger, §§ 134-163, (2003), § 157 Rnr. 23.

¹²⁹ Vgl. nur BGH, U. v. 14.11.1978, Az.: VI ZR 178/77 = NJW 1979, 414 (415).

¹³⁰ Vgl. nochmals BGH, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

¹³¹ § 722 Abs. 1 BGB lautet: „Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust“.

¹³² Vgl. BGH, U. v. 28.06.1982, Az.: II ZR 226/81 = NJW 1982, 2816 (2817).

genüber der Annahme konkludenter Haftungsausschlüsse ablehnend geäußert.¹³³ Die Verdrängung dispositiven Gesetzesrechts erscheint daher unter Berufung auf einen vorrangigen, hypothetischen Parteiwillen nicht als überzeugend.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Annahme eines konkludenten Haftungsausschlusses keine sachgerechte Lösung zur Haftungsbeschränkung des Uneigennützigen ist. Diese Einschätzung gilt auch für den Lösungsweg über eine ergänzende Vertragsauslegung. Es dürfte konsensfähig sein, dass vertragslose Vertragsergänzungen unakzeptabel sind. Deshalb wurde schon früh über Alternativbegründungen nachgedacht.¹³⁴ Sie werden an späterer Stelle dieser Arbeit geprüft.¹³⁵

III. „Reiner Gefälligkeitsvertrag“

Ein weiterer Vertrag, der im Kontext von Gefälligkeitserweisen befürwortet wird, ist der sogenannte „reine Gefälligkeitsvertrag“. Zunächst wird untersucht, worin das Regelungsbedürfnis für ihn gesehen wird (1.). Die kritische Würdigung der Vertragsprämissen bietet gleichzeitig Alternativlösungen für die anzusprechenden Haftungsprobleme an (2.).

1. Regelungsbedürfnis

Von Blume, der „Entdecker“ des „reinen Gefälligkeitsvertrags“, gab diesem die Bestimmung, das Handeln des Empfängers rechtmäßig zu machen und der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt.¹³⁶ Diese Idee wurde immer wieder aufgegriffen.¹³⁷ Dabei wurde vorausgesetzt, dass es die Kondizierbarkeit einer Leistung durch einen Vertrag, der das Gefälligkeitsverhältnis in Anlehnung an den Typus des Schenkungsvertrages zum

¹³³ Vgl. BGH, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

¹³⁴ Für die Fruchtbarmachung des Gedankens des *venire contra factum proprium* z. B. E. v. Hippel, Gefälligkeitsfahrten, 1967, 233 (237/238). Einen unkonturierten Rückgriff auf § 242 BGB erwog etwa BGH, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = NJW 1992, 2474 (2475).

¹³⁵ Vgl. insbesondere 3. Kapitel B. II. 7.

¹³⁶ Vgl. v. Blume, Das Recht 1908, 649 (651).

¹³⁷ Vgl. nur Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, 1958, S. 120; Kallmeyer, Die Gefälligkeitsverhältnisse, 1968, S. 91; Willoweit, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 94; Eimer, Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994, S. 63.

Schuldverhältnis erhebt,¹³⁸ auszuschließen gilt. Oft wird auch nur knapp und ohne Begründung behauptet, dass das Gefälligkeitsverhältnis einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung schafft.¹³⁹

2. Kritische Würdigung

Es wäre befremdlich, würde man die Inanspruchnahme einer Gefälligkeit als rechtswidrig werten. Immerhin erfolgt sie in beiderseitigem Einverständnis der Parteien. Zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit genügt es in diesen Fällen aber, von einer rechtfertigenden Einwilligung¹⁴⁰ des Gefälligen in die Inanspruchnahme der Gefälligkeit auszugehen. Es bedarf keines Vertrages, um beispielsweise die Nutzung eines gefälligkeitshalber überlassenen Buches zu legalisieren.

Die Befürworter des „reinen Gefälligkeitsvertrages“ müssen sich vor allem bereicherungsrechtliche Schwächen ihres Lösungsansatzes entgegenhalten lassen. Dem oft möglichen Vorrang der Vorschriften über das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis wurde auch nicht genügend Beachtung geschenkt.

Eine Leistungskondiktion scheidet a priori aus, weil mit dem Gefälligkeitserweis kein bereicherungsrechtlich anerkannter Leistungszweck verfolgt wird.¹⁴¹ Es geht ebenso wenig um einen Tilgungserfolg wie um einen Leistungszweck, der eine *condictio ob rem* rechtfertigen kann. Der „bezweckte Erfolg“ im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB muss den Charakter einer Gegenleistung haben.¹⁴² Also kommt für die (wertmäßige) Rückabwicklung einer Gefälligkeit nur eine Nichtleistungskondiktion in Betracht. Gefällige Dienstleistungen und ebensolche Gebrauchsüberlassungen dürften im Grundsatz der allgemeinen Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) zuzuordnen sein. Die Nutzung von Sachen ist ohne weiteres als Eingriff in diesem Sinn zu verste-

¹³⁸ Vgl. *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 93; *Wolf*, in: *Soergel*, §§ 104-240, (1999), Vor. § 145 Rnr. 85.

¹³⁹ So z. B. *Heinrichs*, in: *Palandt*, (2008), Einl. v. § 241 Rnr. 8; *Grüneberg/Sutschet*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 1-610, (2007), § 241 Rnr. 23.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu allgemein *Heinrichs*, in: *Palandt*, (2008), § 276 Rnr. 40 m. w. N.

¹⁴¹ Vgl. zu diesen Leistungszwecken nur *Medicus*, *Schuldrecht II*, 2007, S. 242 f.

¹⁴² Näher *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht Besonderer Teil II/2*, 1994, S. 151 m. w. N.

hen.¹⁴³ Gefällige Dienstleistungen „nimmt“ sich der Benefiziar in logischer Konsequenz des Umstandes, dass sie ihm nicht im bereicherungsrechtlichen Sinn geleistet werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob durch die allgemeine Eingriffskondiktion Tätigkeiten, die wie zum Beispiel kurzfristiges Kinderhüten gefälligkeitshalber erbracht werden, überhaupt erfasst sind. Davon ausgehend, dass der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtspositionen durch den tatbestandsmäßigen Deliktsschutz bestimmt wird,¹⁴⁴ ist die gefällige, private Dienstleistung in Wirklichkeit überhaupt nicht kondizierbar. Selbst im Rahmen des § 826 BGB sind solche Dienstleistungen nicht geschützt, weil nicht einmal die Arbeitskraft als solche als vermögenswertes Gut anzusehen ist.¹⁴⁵ Dem Gefälligen fehlt es zur Annahme eines Vermögensschadens regelmäßig am konkreten Verdienstentgang.¹⁴⁶ Somit beschränkt sich die Frage der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung vor allem auf Sachnutzungen, die dem Zuweisungsgehalt des Eigentums aufseiten des Gefälligen zuwiderlaufen. In diesen Konstellationen wird zwischen den Beteiligten aber oft ein Eigentümer - Besitzer - Verhältnis vorliegen. In diesem Fall gehen die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB den bereicherungsrechtlichen Normen über die Pflicht zum Nutzungsersatz vor.

Auf die Figur des „reinen Gefälligkeitsvertrages“ kann aber auch verzichtet werden, soweit insbesondere eine bereicherungsrechtliche Haftung des Benefiziars greift.

Gesetzt den Fall, es geht um Nutzungsersatz für die Benutzung eines Gartengeräts, das sich der Gefällige selbst nur gemietet hat. Dann kann er allenfalls über eine Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vorgehen. Er handelt aber widersprüchlich, wenn er nachträglich zuwider der ursprünglichen Absprache de facto ein Nutzungsentgelt in Gestalt von Wertersatz verlangt. Deshalb bietet es sich zur Lösung solcher Fälle an, zum Ausschluss der Kondiktion auf den Gedanken des § 814 Alt. 1 BGB zurückzugreifen.¹⁴⁷ Die Vorschrift ist zwar nach ihrem Wortlaut nur auf die *condictio*

¹⁴³ Vgl. hierzu allgemein *Medicus*, Schuldrecht II, 2007, S. 267.

¹⁴⁴ Vgl. nur *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 170/171.

¹⁴⁵ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), Vorb. v. § 249 Rnr. 36.

¹⁴⁶ Vgl. zu diesem Vermögensschadenserfordernis allgemein *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), Vorb. v. § 249 Rnr. 36.

¹⁴⁷ Ablehnend *J. Schmidt*, in: Staudinger, §§ 241, 242, (1983), Einl. zu §§ 241 ff. Rnr. 180. Unklar *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 182/183: „Der Gefällige, der entgegen der Abmachung später

indebiti anwendbar. Ihr tragender Rechtsgedanke ist aber das auch im Bereicherungsrecht anerkannte Verbot widersprüchlichen Verhaltens.¹⁴⁸ Es sollte zum erwogenen Anspruchsausschluss nutzbar gemacht werden.¹⁴⁹

Wenn der Gefällige Eigentümer der zur Nutzung überlassenen Sache ist, hat er die Möglichkeit, Nutzungsersatz nach §§ 990 Abs. 1 S. 1, 987 Abs. 1 BGB zu verlangen. Diese Anspruchsgrundlage verdrängt einen inhaltsgleichen Anspruch aus Eingriffskonklusion.¹⁵⁰ Doch auch insoweit liegt ein widersprüchliches Verhalten vor, wenn einerseits eine Gefälligkeit gewährt und andererseits auf Nutzungsersatz bestanden wird. Bei der Abwehr eines solchen Anspruchs kann dem Benefiziar mit der Einwendung aus § 242 BGB geholfen werden, ohne dass es einer Vertragskonstruktion bedarf.¹⁵¹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass für einen „reinen Gefälligkeitsvertrag“ kein Regelungsbedürfnis besteht. Mögliche Ansprüche auf Nutzungsersatz sind unter Rückgriff auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens auszuschließen. Unter diesen Umständen liegt der Verdacht nahe, dass die besprochene Vertragskonstruktion vor allem dazu benützt wurde, um das Gefälligkeitsverhältnis mit der Aussicht auf gefälligkeitsvertragliche Haftungsprivilegien zum Schuldverhältnis zu erheben.¹⁵²

B. Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis

Die Fragen, ob und wie Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis zu begründen sind, beschäftigen die Rechtswissenschaft schon seit Langem. In der Rechtsentwicklung haben sich vertragliche (I.) und gesetzliche Schutzpflichtbegründungen (II.) herauskristallisiert. Gegenwärtig stellt sich vor allem die Frage, inwieweit Schutzpflichten im Gefäl-

die Bezahlung seiner Dienste oder seiner Auslagen forderte, müsste unter Hinweis auf seine eigene Erklärung oder sein eigenes schlüssiges Handeln abgewiesen werden“.

¹⁴⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 160.

¹⁴⁹ *BGH*, U. v. 09.05.1960, Az.: III ZR 32/59 = *BGHZ* 32, 273 (278) betonte dagegen in einem enteignungsrechtlichen Fall die engen Voraussetzungen des § 814 BGB und wies als Alternative auf den im Rechtsverkehr allgemein geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hin, der ebenfalls herangezogen werden könnte.

¹⁵⁰ Vgl. *Bassenge*, in: *Palandt*, (2008), Vorb. v. § 987 Rnr. 18 m. w. N.

¹⁵¹ Vgl. zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens im Eigentümer - Besitzer - Verhältnis nur *Medicus*, in: *MüKo*, §§ 854-1296, (2004), § 985 Rnr. 46.

¹⁵² Vgl. unter diesem Aspekt etwa *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 94, der im vorliegenden Zusammenhang auf die angeblich systemgerechte Anwendbarkeit des § 521 BGB hinweist.

ligkeitsverhältnis aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB annehmbar sind (III.). Soweit diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht greift, ist über die Möglichkeit ihrer analogen Anwendung nachzudenken (IV.). Schließlich wird untersucht, ob darüber hinausgehend de lege ferenda ein Bedürfnis zur Anerkennung von Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen besteht (V.).

I. Vertragliche Schutzpflichtbegründungen

Vertragliche Ansätze zur Begründung von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis werden überwiegend im Schrifttum (1.), aber auch vereinzelt in der Rechtsprechung (2.) vertreten. Zu ihnen ist Stellung zu nehmen (3.).

1. Schrifttum

Im Schrifttum werden unterschiedliche Varianten von vertraglichen Schutzpflichtbegründungen befürwortet. Einerseits wird auf der Basis eines „reinen Gefälligkeitsvertrags“ argumentiert. Andererseits wird eine selbständige Begründung rechtsgeschäftlicher Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis für richtig gehalten.

Für *Willoweit* eröffnet sich über die Kausalvereinbarungen zur Rechtfertigung der im Gefälligkeitsverhältnis tatsächlich erbrachten Leistungen die Möglichkeit, vertragliche Schutzpflichten systemgerecht zu begründen.¹⁵³ Schlössen die Parteien die Leistungspflicht aus, sei damit noch nicht gesagt, dass nach Sinn und Zweck ihrer Abrede auch die sekundären Vertragspflichten derogiert sein sollen.¹⁵⁴ So sei es durchaus möglich, dass im Bereich der auftragsähnlichen Beziehungen bei erheblichem, nicht vermögenswertem Interesse bestimmte Sorgfaltspflichten beobachtet werden sollen.¹⁵⁵ Die Interessen der Parteien ließen sich aber nicht aus ihren sozialen Bezügen herauslösen. Es sei primär stets danach zu fragen, ob die soziologischen Gegebenheiten die Annahme eines Schuldverhältnisses überhaupt gestatten.¹⁵⁶

¹⁵³ Vgl. *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 94.

¹⁵⁴ Vgl. *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 96.

¹⁵⁵ Vgl. *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 96.

¹⁵⁶ Vgl. *Willoweit*, Abgrenzung und Relevanz, 1969, S. 98.

Für *Gernhuber* ist der Gedanke, Gefälligkeitsverhältnissen Schutzpflichten zu integrieren, für deren Verletzung nach den Regeln gehaftet wird, die für die positive Forderungsverletzung in Vertragsverhältnissen gelten, zumindest insoweit als richtig anzuerkennen, als es sich um den Vollzug eines Gefälligkeitsverhältnisses handelt, das als Erwerbsgrund anzuerkennen ist.¹⁵⁷ Darüber hinaus seien derlei Schutzpflichten nicht zu begründen. Sie seien weder ohne Fiktionen aus einem auf sie gerichteten Parteiwillen abzuleiten noch auf ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis zurückzuführen.¹⁵⁸

Der überwiegende Teil des einschlägigen Schrifttums neigt zur Annahme von selbständigen Schutzpflichtverträgen in Gefälligkeitsverhältnissen.

Schon *Kallmeyer* kam zu dem Ergebnis, dass die Haftung des Gefälligen für Begleitschäden auf eine vertragliche Grundlage zu stellen ist.¹⁵⁹

Fikentscher lehrt, dass stets getrennt zu untersuchen sei, ob nur für die Hauptleistung oder auch für die dabei zu erfüllenden Schutz- und Obhutspflichten ein Verpflichtungswille fehle. Auch bei Gefälligkeiten, deren Hauptleistung nach dem Willen der Beteiligten ohne Rechtsanspruch erbracht werde, könnten vertragliche Schutz- und Sorgfaltpflichten bestehen. Das sei eine Frage des durch Auslegung zu ermittelnden Rechtsbindungswillens.¹⁶⁰

Wolf stellt dem reinen Gefälligkeitsverhältnis die Kategorie eines Vertragsverhältnisses ohne primäre Leistungspflichten gegenüber.¹⁶¹ Ein solches Vertragsverhältnis könne aufgrund der Vertragsfreiheit ohne weiteres vereinbart werden und sei vergleichbar mit dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, nur dass die Hauptleistungspflichten nicht allein im Verhältnis zum Dritten, sondern bereits unter den Vertragspartnern selbst entfielen.¹⁶² Trotz Unentgeltlichkeit sei von einem Vertragsverhältnis ohne primäre Leistungspflicht auszugehen, wenn die ohne vertragliche Bindung versprochene Leistung

¹⁵⁷ Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 127.

¹⁵⁸ Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 127.

¹⁵⁹ Vgl. *Kallmeyer*, Die Gefälligkeitsverhältnisse, 1968, S. 101 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 2006, S. 22.

¹⁶¹ Vgl. *Wolf*, in: *Soergel*, §§ 104-240, (1999), Vor. § 145 Rnr. 85.

¹⁶² Vgl. *Wolf*, in: *Soergel*, §§ 104-240, (1999), Vor. § 145 Rnr. 86.

für den Versprechensempfänger erkennbar wirtschaftliche oder rechtliche Bedeutung habe.¹⁶³

2. Rechtsprechung

Soweit ersichtlich wurde in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis heute nur in einem Fall explizit ein Gefälligkeitsverhältnis mit vertraglichen Schutzpflichten angenommen. Es handelte sich um den bereits angesprochenen *Lastzug* - Fall.¹⁶⁴ In den Entscheidungsgründen wurde einerseits ausgeführt, dass die Beklagte zur Gestellung eines Fahrers nicht verpflichtet war. Andererseits wurde aber umstandsbedingt aufgrund ihres Rechtsbindungswillens eine Rechtspflicht des Inhalts angenommen, einen zuverlässigen Fahrer abzuordnen.¹⁶⁵ Dies wurde unter Bezugnahme auf die oben¹⁶⁶ referierten Grundsätze zur Ermittlung eines Rechtsbindungswillens begründet.¹⁶⁷

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung sind die auf dieser Begründungslinie liegenden Judikate selten.

Das *OLG Karlsruhe* sprach etwa in Anlehnung an die vorgenannte Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* aus, dass der die Bewirtung einer geschlossenen Gesellschaft mit nur von ihr gestellten Speisen und Getränken gefälligkeitshalber zusagende Gastwirt nach diesen Rechtssätzen im Regelfall, nämlich bei normaler, durch keinen ungewöhnlichen Umstand tief greifend behinderter Betriebslage, auch unter rechtsgeschäftlichen Gesichtspunkten für die Folgen einer groben Außerachtlassung der sich aus dem Gastwirtschaftsbetrieb ergebenden Verkehrssicherungspflichten gegenüber den Gästen einzustehen hat.¹⁶⁸ Unter solchen Umständen soll die Gefälligkeit nur den Ausschluss der kauf- und dienstvertraglichen Elemente der Gastaufnahme und Bewirtung zum Inhalt haben, während der Leistungsempfänger im Übrigen davon ausgeht, dass ihm und seinen eigenen Gästen der gesamte Gastwirtschaftsbetrieb mit der gleichen Sorgfalt und

¹⁶³ Vgl. Wolf, in: Soergel, §§ 104-240, (1999), Vor. § 145 Rnr. 97.

¹⁶⁴ BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102.

¹⁶⁵ Vgl. BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (108).

¹⁶⁶ A. I. 2. b).

¹⁶⁷ Vgl. BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (108/109).

¹⁶⁸ Vgl. OLG Karlsruhe, U. v. 27.07.1961, Az.: 4 U 28/60 = NJW 1961, 1866 (1867).

Beobachtung der dem Gastwirt beruflich obliegenden Obhutspflichten zur Verfügung gestellt wird, wie einem zahlenden Gast.¹⁶⁹

3. Stellungnahme

Die Auffassung, die sich zur Begründung von vertraglichen Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis an den „reinen Gefälligkeitsvertrag“ anlehnt, fußt erwiesenermaßen auf einer obsoleten Prämisse.¹⁷⁰ Sie setzt sich außerdem in Widerspruch zur rechtsgeschäftlichen Unverbindlichkeit einer Gefälligkeit und wirkt konstruiert. Es passt dogmatisch nicht zwanglos zusammen, wenn aus der Befugnis zum Behalten der Leistung¹⁷¹ auf Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis geschlossen wird, die mit dieser schuldverhältnismäßigen Einzelbefugnis nicht in innerem Zusammenhang stehen.

Da die Parteien bei Gefälligkeiten regelmäßig nicht an den Schadensfall denken und ihnen normalerweise auch die Fähigkeit zu auf diesem Gedanken fußenden, ausdifferenzierten und exakt auf ihre Integritätsinteressen bezogenen rechtlichen Willensbekundungen fehlt, ließe sich gegen die vertragliche Begründung von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis auf den ersten Blick einwenden, dass sie mit fingierten Willenserklärungen arbeitet. Von diesem Gedanken an den empirischen Parteiwillen gilt es sich aber auch hier zu lösen. In Anlehnung an die Überlegungen zur Ermittlung einer gefälligkeitsvertraglichen Primärleistungspflicht¹⁷² muss konzidiert werden, dass mutatis mutandis die normative Bewertung der Integritätsinteressen der Parteien im Mittelpunkt der Überlegungen zu stehen hätte. Die Gründe, aus denen das Deliktsrecht im Gefälligkeitsverhältnis keinen ausreichenden Schutz bietet, wurden von den Vertretern des vertraglichen Schutzpflichtansatzes indessen nicht dargelegt.¹⁷³ Aus vertragsrechtlicher Sicht erscheint der weitgehende vertragliche Schutz der Integritätsinteressen im Gefälligkeitsverhältnis beispielsweise mit Blick auf die ratio des § 278 BGB als problematisch.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Vgl. *OLG Karlsruhe*, U. v. 27.07.1961, Az.: 4 U 28/60 = NJW 1961, 1866 (1867).

¹⁷⁰ Vgl. oben A. III. 2.

¹⁷¹ Vgl. hierzu allgemein *J. Schmidt*, in: Staudinger, §§ 241, 242, (1983), Einl. zu §§ 241 ff. Rnr. 93.

¹⁷² Vgl. oben A. I. 2. c).

¹⁷³ Den insoweit denkbaren Ansätzen wird unten unter B. V. genauer nachgegangen.

¹⁷⁴ Näher unten B. V. 2. b) (1).

Die Befürworter schutzpflichtvertraglicher Lösungen haben sich vor allem nicht die entscheidende Frage gestellt, wie sich eine Schutzpflichtannahme angesichts der Unentgeltlichkeit der Gefälligkeit mit dem Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung vereinbaren lässt.¹⁷⁵ Dem Gefälligen fließen durch seine Tätigkeit typischerweise weder unmittelbare noch mittelbare Vermögensvorteile zu, die er zur Kompensation seiner verschärften, vertragsrechtlichen Haftung verwenden könnte. Eine solche Haftung träfe daher zwangsläufig den Vermögensbestand des Gefälligen, den er im Regelfall nicht durch eine entsprechende Abrede aufs Spiel zu setzen interessiert ist.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Annahme von kontraktischen Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis bisher auf einen Einzelfall beschränkt geblieben. Besieht man diesen Einzelfall genauer, erhebt sich der Verdacht, dass die vertragliche Schutzpflichtkonstruktion wegen eines Mangels an primärleistungsbezogener Vertretungsmacht und letztlich vor allem deshalb gewählt wurde, um der Einzelfallgerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt, dass es möglich ist, dass ein Angestellter einerseits nicht berechtigt ist, seinen Geschäftsherrn durch Abschluss eines Dienstverschaffungsvertrages - hier Überlassung eines Fahrers - zu verpflichten, er aber andererseits berechtigt sein kann, einem anderen durch Überlassung des Fahrers Hilfe zu leisten.¹⁷⁶ Diese spitzfindige, wie noch genauer zu zeigen ist, vertrauenshaftungsrechtliche Erwägung gehört dogmatisch nicht in den Zusammenhang der Begründung eines Schutzpflichtkontrakts. Sie legt vielmehr eine vertrauenshaftungsrechtliche Problemlösung nahe. Ob sie generell in einer Schutzpflichtannahme aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gefunden werden kann, bleibt in kritischer Zurückhaltung bis zu einer genaueren Untersuchung an späterer Stelle abzuwarten.¹⁷⁷

Auch die obergerichtliche Rechtsprechung dürfte auf die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit bedacht gewesen sein, soweit sie sich einer vertraglichen Schutzpflichtkonstruktion für das Gefälligkeitsverhältnis bediente. Schon im Obersatz, den das

¹⁷⁵ Vgl. zu diesem Grundsatz allgemein *Roth*, in: Staudinger, §§ 134-163, (2003), § 157 Rnr. 32; *Busche*, in: MüKo, §§ 1-240, (2006), § 133 Rnr. 60; *BGH*, U. v. 08.06.1994, Az.: VIII ZR 103/93 = NJW 1994, 2228; *BGH*, U. v. 29.03.2000, Az.: VIII ZR 297/98 = NJW 2000, 2508.

¹⁷⁶ *BGH*, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (105).

¹⁷⁷ Vgl. unten B. III.

OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung formulierte, wurde auf das Faktum der Verjährung deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche und auf die Entscheidungserheblichkeit einer Vertragsverletzung hingewiesen.¹⁷⁸ Es ist die selbstverständliche Aufgabe der Judikative, im Einzelfall auf die Vermeidung unerträglicher Härten bedacht zu sein. Diese Aufgabe vermag es aber nicht rechtfertigen, sich generaliter über die vorstehend dargelegten Einwände gegen die vertragliche Schutzpflichtlösung hinwegzusetzen.

II. Gesetzliche Schutzpflichtbegründungen

Der gesetzliche Ansatz zur Begründung von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis geht davon aus, dass diese Pflichten nicht aus dem Parteiwillen, sondern aus objektiven Rechtssätzen ableitbar sind. Er wird mit unterschiedlichen inneren Rechtfertigungsschwerpunkten im Schrifttum vertreten (1.). Es wird untersucht, ob die Rechtsprechung auch diesem Ansatz folgen konnte (2.). Darauf folgt seine kritische Würdigung (3.).

1. Schrifttum

Gesetzliche Schutzpflichten werden für das Gefälligkeitsverhältnis in der Autorenschaft unterschiedlich begründet. Die einen betonen den besonders engen Rechtsgüterkontakt im Gefälligkeitsverhältnis und die daraus folgenden, erhöhten Einwirkungsmöglichkeiten des Gefälligen auf die Rechtsgüter des Benefiziar. Die anderen begründen Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis eher in Anlehnung an den Gedanken der Gewähr und Inanspruchnahme von Vertrauen.

Schon *Michaelis* trat für eine vorsichtige Analogie zwischen Gefälligkeitsverhältnissen und den Fällen, die von der culpa in contrahendo erfasst sind, ein. In Fällen, in denen der lediglich Versprechende sein Nichttätigwerden nicht rechtzeitig anzeigt, hielt er eine Gleichbehandlung für gerechtfertigt. Hinzukommen müsse, dass die geschlossene Vereinbarung den Charakter vorvertraglicher Verhandlungen trage, der insbesondere dann gegeben sei, wenn der in Aussicht genommene Leistungsgegenstand noch nicht hinreichend bestimmt sei.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Vgl. *OLG Karlsruhe*, U. v. 27.07.1961, Az.: 4 U 28/60 = NJW 1961, 1866 (1866).

¹⁷⁹ Vgl. *Michaelis*, Gefälligkeitsleistung und Vertrag, 1937, S. 24.

Dölle befürwortete eine wesentlich großzügigere Analogie zum Rechtsinstitut der culpa in contrahendo. Er war der Auffassung, dass ein sozialer Kontakt anderer Art als der zum Zweck eines Vertragsschlusses zustande gekommene auch den besonderen Schutz verdient, den die Lehre diesem durch Anerkennung von Erhaltungspflichten aus dem Gesichtspunkt eines Verschuldens beim Vertragsschluss zubilligt. Dort, wo ein spezifischer Zusammenhang zwischen dem Zweck des sozialen Kontakts und dem angerichteten Schaden existiere, fordere das Rechtsgefühl die Annahme konkreter Erhaltungspflichten, weil sich hier nicht „Dritte“ gegenüberstünden, sondern Subjekte, die durch die Art ihres Zusammentreffens in einen intimeren und daher besondere Pflichten erzeugenden Nexus geraten seien.¹⁸⁰ Die Beteiligten dürften in dem Vertrauen, das sie sich durch Exponierung ihrer Rechtsgüter zur Erreichung des mit dem sozialen Kontakt verfolgten Zwecks bewiesen hätten, nicht enttäuscht werden.¹⁸¹

Diesem Grundansatz folgte später auch *Pallmann*. Die Rechtsgütergefährdung, schrieb er, sei unabhängig vom geschäftlichen oder geselligen Zweck des sozialen Kontakts.¹⁸² Es gelte lediglich die allgemeine Einschränkung, nach der schutzwürdiges Vertrauen durch die Verkehrsauffassung gedeckt sein müsse.¹⁸³ Hieran werde es in aller Regel bei Verabredungen des gesellschaftlichen und freundschaftlichen Verkehrs nicht fehlen.¹⁸⁴ Der Gefällige sei vornehmlich zur Mitteilung über den Eintritt von Leistungshindernissen verpflichtet.¹⁸⁵

Schwerdtner vertrat ebenfalls, dass sich die Pflicht, den anderen Partner vor Schäden an Rechtsgütern zu bewahren, die vom angebahnten oder bestehenden Leistungs- oder Gefälligkeitsverhältnis unmittelbar nicht berührt werden, auf den Tatbestand gründe, der dem einen Teil eine besondere Einwirkung auf die Rechtsgüter des anderen ermögliche.¹⁸⁶ Die Gefälligkeitshandlung begründe daher im Vollzugsstadium ein gesetzliches Schuldverhältnis, das im Gegensatz zu den Verkehrspflichten des Rechts der unerlaub-

¹⁸⁰ Vgl. *Dölle*, ZStW 103, 67 (73).

¹⁸¹ Vgl. *Dölle*, ZStW 103, 67 (74).

¹⁸² Vgl. *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 87.

¹⁸³ Vgl. *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 88.

¹⁸⁴ Vgl. *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 88.

¹⁸⁵ Vgl. *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 89.

¹⁸⁶ Vgl. *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673 (1675). Ähnlich *Eimer*, Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994, S. 63.

ten Handlung Schädigungen aus gewollten und gezielten Kontakten reguliere.¹⁸⁷ Sie sei entsprechend den Gefälligkeitsverträgen des BGB zu behandeln.¹⁸⁸

Etzbach betonte hingegen den Vertrauensgedanken früh.¹⁸⁹ Bei einem Gefälligkeitsverhältnis habe man es anders als bei den durch die §§ 823 ff. geschützten allgemeinen Beziehungen der Menschen zueinander mit einem engen persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Einzelpersonen zu tun, das eines besseren und seiner Eigenart mehr entsprechenden Schutzes bedürfe als die allgemeinen Beziehungen.¹⁹⁰ In den Fällen der Gefälligkeitsleistung gebe die eine Partei der anderen eine derart umfassende Einwirkungsmöglichkeit auf ihre Rechtsgüterwelt, dass sie verlangen könne, entsprechend geschützt zu werden.¹⁹¹

Auch *Thiele* zufolge sollen sich Schutzpflichten insbesondere auf den aus Anlass der Schulderrfüllung hergestellten tatsächlichen Kontakt gründen, der dem einen Teil besondere Einwirkungen auf die Rechtsgüter des anderen Teils ermöglicht.¹⁹² Es sei aber nicht so, schrieb er, dass es die Fakten selbst wären, die das Rechtsverhältnis begründeten. Sie würden nur von Rechts wegen dahin gewertet, dass sich aus ihnen Schutzpflichten ergeben. Der tragende rechtliche Wertungsgesichtspunkt sei der Vertrauensgedanke.¹⁹³ Die entscheidungserhebliche Frage, ob im Rahmen eines tatsächlich begründeten Kontakts mindestens ein Teil erwarten dürfe, dass der andere ihm und seinen Rechtsgütern mit besonderer Sorgfalt gegenüber trete, sei eine Frage rechtlicher Wertung, die prinzipiell in gleicher Weise bei geschäftlichen und sonstigen Kontaktaufnahmen erfolgen könne und müsse. Sie könne deshalb etwa auch bei Gefälligkeitsverhältnissen zur Annahme einer Sonderverbindung mit erhöhten Schutz- und Erhaltungspflichten führen.¹⁹⁴

¹⁸⁷ Vgl. *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673 (1675).

¹⁸⁸ Vgl. *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673 (1676).

¹⁸⁹ Vor ihm im selben Sinn *Martel*, Der sog. „Gefälligkeitsvertrag“, 1933, S. 34 f.

¹⁹⁰ Vgl. *Etzbach*, Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit, 1935, S. 79.

¹⁹¹ Vgl. *Etzbach*, Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit, 1935, S. 79.

¹⁹² Vgl. *Thiele*, JZ 1967, 649 (650).

¹⁹³ Vgl. *Thiele*, JZ 1967, 649 (651).

¹⁹⁴ Vgl. *Thiele*, JZ 1967, 649 (652).

2. Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Judikatur ist dem Gedanken, Gefälligkeitsverhältnissen gesetzliche Schutzpflichten zu integrieren, nie näher getreten.

Für das *Reichsgericht* war beispielsweise die Gestattung des Mitfahrens in einem Wagen als bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung anzusehen.¹⁹⁵ Später erkannte es etwa, dass eine Treibjagd in aller Regel eine gesellschaftliche Veranstaltung ist, bei der es sich beiderseits um Gefälligkeiten ohne rechtlichen Charakter handelt.¹⁹⁶ Im angeführten *Lastzug* - Fall schloss sich der *Bundesgerichtshof* dieser Aussage allgemein an und ergänzte, dass sich Gefälligkeiten des täglichen Lebens regelmäßig außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs halten werden.¹⁹⁷ Die Parallele, die in dieser Entscheidung zur Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen angedeutet wurde, wurde dort,¹⁹⁸ wie auch später, nicht weiterverfolgt. Eine Haftung nach diesen Grundsätzen wurde höchstrichterlicherseits nur im Vorfeld eines Gefälligkeitsvertrags erwogen.¹⁹⁹

In einer erstinstanzlichen Entscheidung wurden zugunsten einer gefälligen Person einmal gesetzliche Schutzpflichten erwogen. Das *Amtsgericht Leverkusen* war der Auffassung, dass derjenige, der von einem anderen eine Gefälligkeit erwartet und entgegennimmt, diesem in analoger Anwendung der zum Verschulden bei Vertragsschluss entwickelten Grundsätze zur Abwendung erkennbar nahe liegender Gefahren jedenfalls dann verpflichtet ist, wenn der Gefälligkeitsgeber aus Gründen gesellschaftlicher Solidarität und Höflichkeit in der konkreten Situation das an ihn gestellte Ansinnen überhaupt nicht oder nur unter Überwindung erheblicher innerer Widerstände ablehnen kann.²⁰⁰ Diese Überlegung stellte das *Gericht* allerdings im Kontext der Frage nach einem Mitverschulden des Benefiziar an. Sie trug die Entscheidung überdies nicht.

¹⁹⁵ Vgl. RG, U. v. 13.12.1906, Az.: VI 130/06 = RGZ 65, 17 (18).

¹⁹⁶ Vgl. RG, U. v. 17.03.1930, Az.: VI 418/29 = RGZ 128, 39 (42).

¹⁹⁷ Vgl. BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (107).

¹⁹⁸ Vgl. BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (107).

¹⁹⁹ Exemplarisch BGH, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (26).

²⁰⁰ Vgl. AG Leverkusen, U. v. 29.07.1977, Az.: 9 C 232/77 = VersR 1978, 655 (655).

3. Stellungnahme

Eine Analogie zwischen Gefälligkeitsverhältnissen und solchen Beziehungen, in denen die culpa in contrahendo greift, setzt, die Autorenschaft beim Wort genommen, abgesehen von einer Regelungslücke²⁰¹ jedenfalls eine vergleichbare Interessenlage, mithin die Übertragbarkeit des Grundgedankens der culpa in contrahendo auf die betreffenden Gefälligkeitsverhältnisse voraus.²⁰²

Hier zeigt sich die Problematik des gesetzlichen Schutzpflichtansatzes. Über diesen Grundgedanken besteht nämlich bis heute keine Einigkeit. Sieht man ihn allgemein in der Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen,²⁰³ lässt er sich auch, aber bei weitem nicht nur auf Gefälligkeitsverhältnisse übertragen. Es konnte aber nie Sinn der culpa in contrahendo sein, jegliche Vertrauensbeziehungen zu erfassen. Eine besonders wichtige Aufgabe dieses Rechtsinstituts lag immer schon in der Gewährleistung eines vertrauensvollen, reibungslosen Geschäftsverkehrs.²⁰⁴ Sie hätte daher von den Befürwortern des gesetzlichen Schutzpflichtansatzes als konservatives Moment in den Mittelpunkt ihrer Normbegründungsüberlegungen gestellt werden müssen. Ein besonders intensiver Rechtsgüterkontakt und damit verbundene, erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen Teils können die generelle Annahme von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis keinesfalls rechtfertigen. Wäre dieser Ansatz richtig, müsste die deliktische Haftung, insbesondere diejenige wegen Verletzung von Verkehrspflichten,²⁰⁵ weitgehend auch in anderen Lebensbereichen durch quasivertragliche Schutzpflichten überlagert sein. Das wäre ein systemwidriges Ergebnis, das bis heute keinen rechtfertigenden Anhalt im Gesetz findet und die prinzipielle Trennung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung ad absurdum führte.²⁰⁶ Eine tatbestandlich, insbesondere mit Blick auf die besonders zu schützenden Rechtsgüter, so undifferen-

²⁰¹ Vgl. zum Unterschied zwischen rechtspolitischen Desiderata und Gesetzeslücken nur *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 163; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 183.

²⁰² Vgl. zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses allgemein *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 475 ff; *Alexy*, Theorie, 1990, S. 343 ff; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 189 ff; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 173 ff.

²⁰³ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, (2008), § 311 Rnr. 11 m. w. N.

²⁰⁴ Vgl. nur *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 106.

²⁰⁵ Hierzu näher unten B. V. 2. a).

²⁰⁶ Näher zum argumentum ad absurdum etwa *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 145/146.

zierte Schutzpflichthaftung ist mit Rücksicht auf ihre weiteren Rechtsfolgen²⁰⁷ ebenso abzulehnen wie der ähnlich grobe privatautonome Schutzpflichtansatz.

III. Gefälligkeitsverhältnisse mit Schutzpflichten aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Ob und inwieweit es möglich ist, Gefälligkeitsverhältnisse als Schutzpflichtverhältnisse aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu verstehen, hängt von den Auslegungsmöglichkeiten, welche die Vorschrift bietet (1.), ab. Unter Berücksichtigung der Auslegungsvorschläge im Schrifttum (2.) und mit Bedacht auf die Judikatur zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB (3.) wird ein eigener Auslegungsvorschlag unterbreitet (4.). Aus dem gefundenen Auslegungsergebnis werden haftungssystematische Schlussfolgerungen gezogen (5.).

1. Auslegungsmöglichkeiten

Es ist zu prüfen, welche Auslegungsmöglichkeiten § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nach Wortlaut (a), Systematik (b), dem Willen der Gesetzesverfasser (c) und Sinn und Zweck (d) im Hinblick auf Gefälligkeitsverhältnisse bietet.²⁰⁸

a) Wortlaut

Was unter „ähnlichen geschäftlichen Kontakten“ zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht definiert. Zur Klärung dieses Ausdrucks ist deshalb vorrangig der juristische, hilfsweise der allgemeine Sprachgebrauch zu befragen.²⁰⁹

Geschäftliche Kontakte könnten im Sinn von rechtsgeschäftlichen Kontakten verstanden werden. Nimmt man bei der Auslegung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB allein das Verhältnis der beiden Kontaktpersonen in den Blick, so könnten solche Zusammenkünfte „ähnliche geschäftliche Kontakte“ sein, die zum Zweck des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts zwischen ihnen stattfinden oder durch ein von den Kontaktparteien bereits ab-

²⁰⁷ Anwendbarkeit des § 278 BGB einerseits und Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB andererseits.

²⁰⁸ Näher zu den Auslegungscanones etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 436 ff; *Alexy*, Theorie, 1990, S. 288 ff; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 91 ff; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 50 ff.

²⁰⁹ Vgl. hierzu allgemein *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 320 ff; *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 439; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 94. Differenzierend *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 75 f.

geschlossenes Rechtsgeschäft verursacht sind. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre demnach entweder dem Bereich der culpa in contrahendo oder dem Bereich der Haftung für die Verletzung von Schutzpflichten, welche die Abwicklung eines Schuldverhältnisses begleiten können, zuzuordnen.²¹⁰ Mit dem Wortlaut des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ließe es sich auch vereinbaren, den Kontakt zwischen zwei Personen deshalb als geschäftlich zu qualifizieren, weil er wegen eines anderweitigen, noch nicht angebahnten Rechtsgeschäfts oder einer sonstigen konkreten Vermögensdisposition zustande kommt, welche die den Kontakt suchende Person in Abhängigkeit vom Kontaktergebnis erst in Zukunft vornehmen will. Es wäre deshalb beispielsweise denkbar, eine Gefälligkeitsauskunft, die mit Rücksicht auf eine in Aussicht genommene, erhebliche Vermögensdisposition des Auskunftsempfängers eingeholt wird, als ähnlichen geschäftlichen Kontakt im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu interpretieren.

Der allgemeine Sprachgebrauch lässt es außerdem als möglich erscheinen, unter geschäftlichen Kontakten berufliche oder gewerbliche Kontakte zu verstehen. Geschäftliche Kontakte könnten zum Beispiel Kontakte sein, die durch die berufliche Kompetenz eines Kontaktteilnehmers motiviert oder verursacht sind. Es hielte sich im Rahmen dieses Wortsinns²¹¹, etwa Gefälligkeiten, die unter Einsatz von beruflich erworbenen Kenntnissen erbracht werden, als Anwendungsfälle des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB anzusehen.

b) Systematik

Die systematische Auslegung der Vorschrift wird dadurch, dass es sich um „ähnliche“ geschäftliche Kontakte handeln muss, besonders nahe gelegt. Der Vergleich mit den anderen beiden Fällen des § 311 Abs. 2 BGB ergibt, dass auch bei ähnlichen geschäftlichen Kontakten Zusammenkünfte im Vorfeld eines Vertragsschlusses gemeint sein müssten. Sie setzten sonach wenigstens bei einer Kontaktpartei einen zumindest vagen Willen zum Vertragsschluss voraus. Daraus, dass sich die Ziffer 3 der Vorschrift am Schluss einer Aufzählungsreihe befindet, lässt sich einerseits schließen, dass es sich bei den geschäftlichen Kontakten um Berührungen handeln muss, die zeitlich noch vor ei-

²¹⁰ Hierzu allgemein *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 242 Rnr. 35 m. w. N.

²¹¹ Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 118/119: „Begriffskern“.

ner Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) liegen. Andererseits legt die Position von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nahe, dass es sich im Vergleich zu den beiden vorgenannten Ziffern um einen Auffangtatbestand handelt, der weitere Fälle erfasst, in denen ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht.

§ 311 Abs. 3 S. 1 BGB zufolge kann ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Gerade aus dessen erläuterndem Satz 2²¹² lässt sich umgekehrt²¹³ schließen, dass in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur ein Schuldverhältnis zwischen zwei potenziellen Vertragspartnern gemeint sein kann. Schuldverhältnisse mit Drittbezug würden demzufolge nicht von dieser Vorschrift erfasst.

c) Wille der Gesetzesverfasser

Der Gesetzentwurf verfolgte mit der Regelung der Absätze 2 und 3 in § 311 BGB das Ziel, das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo zu kodifizieren.²¹⁴ Er wollte dieses Institut aber nicht in allen Einzelheiten regeln. Es sollte vielmehr - der Regelungstradition des BGB entsprechend - eine abstrakte Regelung vorgesehen werden, die der Ausdifferenzierung und Fortentwicklung durch die Rechtsprechung zugänglich ist. Für die Einordnung der Regelung in § 311 RE war maßgebend, dass das für diese Haftungskategorie vorausgesetzte gesetzliche Schuldverhältnis im Vorfeld eines Vertrags entsteht.²¹⁵ Für die möglichen Inhalte der Pflichten aus einem vor Vertragsschluss entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis wurde auf § 241 Abs. 2 RE verwiesen.²¹⁶ In der Einzelbegründung des Gesetzentwurfs zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB wurde ausgeführt, dass es in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass Ansprüche aus culpa in contrahendo nicht nur bei Vertragsverhandlungen oder bei Anbahnung von Verträgen entstehen, sondern auch bei ähnlichen geschäftlichen Kontakten. Dies sollen Kontakte sein, bei denen z. B. noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll. Voraussetzung für eine Haftung soll sein, dass es sich um die an dem potenziellen Vertrag Beteiligten han-

²¹² Näher zu dieser Vorschrift unten B. III. 5.

²¹³ Näher zum Umkehrschluss etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 475 ff; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 191 ff; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 182 ff.

²¹⁴ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 162 l. Sp.

²¹⁵ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 162 r. Sp.

²¹⁶ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 162 r. Sp.

delt.²¹⁷ Nicht ohne weiteres sollen Dritte erfasst werden, die in einem Näheverhältnis zu einer der Vertragsparteien stehen. Diese sollen geschützt sein, wenn sie in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses einbezogen sind.²¹⁸

Die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf enthält keine Erläuterungen dazu, welche Sachverhalte unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen sollen.²¹⁹ Das gleiche gilt für die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf.²²⁰

d) Sinn und Zweck

§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB kann, so wie es in den Materialien zu dieser Vorschrift anklingt, eine sinnvolle Aufgabe als Basis zur Weiterentwicklung der Vertrauenshaftung erfüllen. Der Vertrauensgedanke ließe sich haftungsbegründend auf bestimmte Gefälligkeitsverhältnisse übertragen, deren rechtsgeschäftliche Einordnung bisher dogmatisch nur unbefriedigend gelungen ist. Zu denken ist, wie bereits angedeutet, an diejenigen Fälle, in denen eine beruflich für kompetent gehaltene Person ohne Sachwalter²²¹ zu sein außerhalb von Vertragsverhandlungen²²² oder dauernder Geschäftsverbindung²²³ der Kontaktparteien in einer konkreten, erkennbar bedeutsamen Vermögensangelegenheit des Benefiziaris gefälligkeitshalber eine Auskunft erteilt. Die folgende Auswahl aus dem engen Kreis der höchstrichterlichen Judikate, die bisher zu der so umrissenen Grundkonstellation ergangen sind, soll diesen Auslegungsansatz näher illustrieren.

²¹⁷ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

²¹⁸ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

²¹⁹ Vgl. BT - Drucks. 14/6857 Anlage 2, S. 17.

²²⁰ Vgl. BT - Drucks. 14/7052, S. 190 l. Sp.

²²¹ Nach Auffassung der Gesetzesverfasser handelt es sich bei der Sachwalterhaftung um die Haftung von Sachverständigen oder anderer „Auskunftspersonen“, die nicht selbst ein Eigeninteresse an einem Abschluss des Vertrages haben, dennoch aber durch ihre Äußerungen entscheidend zum Vertragsabschluss beitragen, weil sich ein Verhandlungspartner auf ihre Objektivität und Neutralität verlässt, vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp. Sie betrifft eine Dritthaftungskonstellation, deren normative Grundlage nicht in § 311 Abs. 2, sondern in § 311 Abs. 3 BGB anzusiedeln ist, vgl. dazu näher unten B. III. 5. sowie eingehend Koch, AcP 204 (2004), 59.

²²² Insoweit greift bereits § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

²²³ Die dauernde Geschäftsverbindung ist zwar durchaus auch unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fassbar, vgl. Heinrichs, Bemerkungen, 2007, 421 (437). Sie stellt aber einen separaten und wegen entfernterem Uneigennützigkeitsbezug nicht genauer zu betrachtenden Problemkreis dar.

Im Fall eines Mehrfachverkaufs eingelagerter Sektkisten, den das *Reichsgericht* zu entscheiden hatte, wurde die beklagte Lagerhalterin vom letztlich leer ausgehenden Zweitkäufer der Sektbatterie gefragt, ob der Lagerschein, über den er verfügt, in Ordnung geht.²²⁴ Dies bejahte sie, obwohl sie zuvor angewiesen wurde, die Ware an jemand anderen zu liefern. Das *Reichsgericht* stellte in seinen Entscheidungsgründen fest, dass derartige Anfragen, ob ein Schein, ein Wertpapier in Ordnung geht, honoriert wird, echt ist, im Geschäftsverkehr häufig vorkommen. Es hielt den Befragten in der Regel nicht für verpflichtet, sie zu beantworten. Wird aber von dem Aussteller der Urkunde freiwillig eine Antwort erteilt, so muss sie nach Auffassung des *Reichsgerichts* wahrheitsgemäß sein. Dafür wurde auch ein Rechtsschutzbedürfnis gesehen, und zwar auch dann, wenn zwischen dem Anfragenden, der an dem Papier ein Interesse hat oder es erwerben will, und dem befragten Verpflichteten bis dahin kein vertragliches Band gegeben war.²²⁵

Später führte der *Bundesgerichtshof* unter Bezugnahme auf diese Entscheidung in einem obiter dictum aus, dass das *Reichsgericht* mehrfach ausgesprochen hatte, dass in der Erteilung einer Auskunft der Abschluss eines zur sorgfältigen Auskunft verpflichtenden Vertrages dann liegen kann, wenn der um Auskunft Angegangene erkennt, dass der Fragende von der Auskunft entscheidende Maßnahmen, insbesondere eine Vermögensverschiebung abhängig machen will.²²⁶ Eine solche Beziehung kann nach Meinung des *Bundesgerichtshofs* auch durch die Auskunft auf die Anfrage einer Bank darüber, ob Forderungen eines Dritten als Sicherung für die Bevorschussung durch die Bank geeignet sind, entstehen.²²⁷

In einem Fall, in dem ein Finanzsonderbauamt der klagenden Bank eine unrichtige Auskunft über einen Forderungsüberhang einer gemeinsamen Geschäftspartnerin (*Anm.*: einer Baufirma) erteilte, obwohl die Auskunft vonseiten der Bank erkennbar zur Grundlage der Vorfinanzierung weiterer Bauarbeiten gemacht werden sollte, nahm der *Bundesgerichtshof* unter anderem eine Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verlet-

²²⁴ Vgl. RG, U. v. 09.02.1921, Az.: I 337/20 = RGZ 101, 297.

²²⁵ Vgl. RG, U. v. 09.02.1921, Az.: I 337/20 = RGZ 101, 297 (301).

²²⁶ Vgl. BGH, U. v. 24.09.1957, Az.: VIII ZR 324/56 = WM 1957, 1432 (1434).

²²⁷ Vgl. BGH, U. v. 24.09.1957, Az.: VIII ZR 324/56 = WM 1957, 1432 (1434).

zung eines Auskunftsvertrages an.²²⁸ Darauf, ob insoweit ein gegenseitiger Vertrag vorlag, sollte es ausdrücklich nicht ankommen.²²⁹

Der *Bundesgerichtshof* ging auch von einem Auskunftsvertrag zugunsten einer Bank aus, der auf Anfrage von einer Bausparkasse unzutreffend mitgeteilt wurde, dass dieser vorrangige Ansprüche Dritter in Bezug auf die der Bank abgetretenen Ansprüche aus dem Bausparvertrag bisher nicht mitgeteilt worden sind.²³⁰ In den Entscheidungsgründen wurde festgehalten, dass die Rechtsprechung regelmäßig dann den stillschweigenden Abschluss eines Auskunftsvertrags und damit eine vertragliche Haftungsgrundlage bei falscher Auskunft bejaht, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will. Dies soll insbesondere in Fällen gelten, in denen der Auskunftgeber besonders sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm im Spiel ist.²³¹ Ganz allgemein können derartige (*Anm.*: wie die erbetenen) Auskünfte über den Bestand von Bausparverträgen nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* mit der für Kreditentscheidungen erforderlichen Zuverlässigkeit regelmäßig nur von den Bausparkassen selbst erlangt werden. Die Erteilung solcher Auskünfte dient dem *Gericht* zufolge nicht nur dem Interesse des Bausparkunden, sondern fördert zugleich das Bausparen als Anlageform und daher auch die eigenen wirtschaftlichen Ziele der Bausparkassen. Das erforderliche Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Auskünfte hängt nach der Anschauung des *Bundesgerichtshofs* aber wesentlich auch davon ab, dass der Auskunftgeber unter Umständen für mangelnde Sorgfalt bei der Auskunftserteilung schadensersatzpflichtig gemacht werden kann.²³² Auf die Frage, ob die beiden Angestellten, die das Auskunftsschreiben unterschrieben hatten, zum Abschluss eines Auskunftsvertrags vertretungsberechtigt waren, sollte es nicht ankommen. Der *Bundesgerichtshof* argumentierte, dass es die ihnen übertragene Tätigkeit mit sich brachte, Auskünfte der vorliegenden Art zu erteilen. Die Klägerin wurde deshalb zugebilligt, nach Treu und Glauben darauf vertraut haben

²²⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 18.01.1960, Az.: VII ZR 195/58 = WM 1960, 660 (662).

²²⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 18.01.1960, Az.: VII ZR 195/58 = WM 1960, 660 (662).

²³⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836.

²³¹ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

²³² Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

zu dürfen, dass die Angestellten der Beklagten auch eine für diese Tätigkeit ausreichende Vollmacht besaßen.²³³

Nach diesen Grundsätzen nahm der *Bundesgerichtshof* einen Auskunftsvertrag schließlich auch zugunsten des Vaters einer Klägerin aus abgetretenem Recht an, der die Zwangsversteigerung eines Grundstücks drohte. Dem Vater wurde vom Leiter der Rechtsabteilung der beklagten Bank kurz vor dem Versteigerungstermin unzutreffend erklärt, dass ein bestimmter Sparkassenbrief auf die Darlehensforderung angerechnet wird und dass bei einem bestimmten Gebot seinerseits auf das gesetzliche Ausgebot andere Interessenten eine Million bieten können, ohne den Zuschlag zu erhalten.²³⁴ Danach richtete der Vater sein Bietverhalten aus. Den Zuschlag erhielt ein höheres Gebot im Rahmen eines abweichenden Ausgebots.

Diese Fallkonstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass der um Auskunft Ersuchende verständlicherweise besonders tief auf die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft vertraut. Dieses Vertrauen beruht auf einem beruflich erworbenen Wissens- oder Kompetenzvorsprung des Auskunftgebers, den der Auskunftsempfänger selbst nicht kompensieren kann und infolgedessen in einer konkreten Vermögensangelegenheit auf die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft angewiesen ist. Es besteht gleichzeitig ein besonderes Verkehrsbedürfnis nach richtigen Auskünften. Sie sind notwendig, damit die vom Benefiziar beabsichtigten Rechtsgeschäfte abgeschlossen bzw. sonstige in Aussicht genommene Vermögensentscheidungen getroffen werden können.

Was an der rechtsgeschäftlichen Lösung dieser Fälle missfällt ist, dass sie sich zum einen nicht mit dem Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung vereinbaren lässt.²³⁵ Denn trotz der Unentgeltlichkeit der Auskunft wird dem Auskunftgeber einseitig ein Haftungsrisiko auferlegt, das er, genau dazu befragt, in aller Regel nicht freiwillig auf sich nehmen würde.²³⁶ Zum anderen fehlt es auch an eindeutigen

²³³ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

²³⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 15.06.1993, Az.: XI ZR 111/92 = WM 1993, 1735 (1737).

²³⁵ Vgl. zu diesem Grundsatz nur *BGH*, U. v. 08.06.1994, Az.: VIII ZR 103/93 = NJW 1994, 2228 und *BGH*, U. v. 29.03.2000, Az.: VIII ZR 297/98 = NJW 2000, 2508 sowie *Heinrichs/Ellenberger*, in: *Palandt*, (2008), § 133 Rnr. 18 m. w. N.

²³⁶ Ähnlich *Canaris*, in: *Großkommentar HGB V*, (1988), Rnr. 88.

Anhaltspunkten, die auf die Abgabe einer verpflichtenden Erklärung seitens des Auskunftgebers schließen lassen. In den vorgestellten Fällen lässt sich eine rein deklaratorische Wissens-, aber keine haftungskonstitutive Willenserklärung annehmen.²³⁷

Der Einwand, dass die Annahme eines Auskunftsvertrages aus Sicht des die Auskunft Erteilenden regelmäßig interessenwidrig und deshalb nicht gewollt ist, wird durch die Analyse der Entscheidungsgründe im vorgenannten *Bausparkassen* - Fall bestärkt. Es überzeugt angesichts des Umstandes, dass die Parteien durch einen Vertragsschluss regelmäßig nur ihre eigenen Interessen schützen wollen nicht, wenn von der Förderung des Bausparens durch richtige Auskünfte vonseiten der Bausparkassen ausgegangen wird, um daraus auf mit einer konkreten Auskunft verfolgte, (mittelbare) wirtschaftliche Ziele einer bestimmten Bausparkasse zu schließen, welche letztlich die Annahme eines Auskunftsvertrages rechtfertigen sollen.²³⁸ Diese Argumentation weist vielmehr segmentbezogen auf ein objektives Verkehrsbedürfnis nach zutreffenden Auskünften hin. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass es im geschäftlichen Bereich prinzipiell Sache des initiativ um Auskunft Bittenden ist, seine Interessen durch den unmissverständlichen Abschluss eines Vertrages zu schützen und von dem die Auskunft Gebenden eine entsprechend eindeutige Erklärung zu verlangen.²³⁹ Dieser Standpunkt wird durch die Wertung des § 675 Abs. 2 BGB bestätigt, wonach im Zweifel eben kein Vertragsschluss anzunehmen ist. Die Rechtsprechung verlagert die Obliegenheit, für Klarheit über den Verpflichtungswillen zu sorgen, insoweit zu Unrecht auf den Auskunft Gebenden.²⁴⁰

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass der vertragliche Haftungsansatz der Rechtsprechung in Fragen der Vertretungsmacht dogmatisch inkonsequent gehandhabt wird.²⁴¹ Obwohl die Zurechnung einer Willenserklärung an den Vertretenen den Bestand entsprechender Vertretungsmacht voraussetzt (§ 164 Abs. 1 BGB), verzichtet die Judikatur

²³⁷ Vgl. insoweit allgemein *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 88; ähnlich *Krebs*, Sonderverbindung, 2000, S. 162. A. A. *Musielak*, WM 1999, 1593 (1594).

²³⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

²³⁹ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 88.

²⁴⁰ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 88.

²⁴¹ Kritisch insoweit auch *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 90.

de facto nicht selten auf dieses Erfordernis.²⁴² Der vertrauenshaftungsrechtlichen Lehre zufolge sind zur Begründung eines Vertrauensverhältnisses die §§ 164 ff. BGB analog anzuwenden.²⁴³ Daher braucht derjenige, der ein solches Verhältnis begründet, lediglich hierzu zuständig zu sein und muss nicht notwendig auch über eine Vollmacht zum Abschluss des einschlägigen Vertrags verfügen.²⁴⁴ Die Tatsache, dass sich die Rechtsprechung offen dieser Zurechnungsüberlegung bedient,²⁴⁵ spricht gegen die dogmatische Konsistenz ihres Lösungsansatzes und legt die vertrauenshaftungsrechtliche Einordnung der vorgestellten Auskunftsfälle zusätzlich nahe.

Es ist keine weitere Fallgruppe berufsbezogener Gefälligkeiten erkennbar, für welche die Annahme eines Schutzpflichtverhältnisses aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu befürworten ist.²⁴⁶

Die Fuhrunternehmerin im *Lastzug* - Fall des *Bundesgerichtshofs* vertraute etwa auch darauf, dass ihr ein zuverlässiger Berufskraftfahrer von der um Hilfe gebetenen Spedition gestellt wird.²⁴⁷ Das Vertrauen, das der Benefiziar in Fällen wie diesem hegt, ist jedoch qualitativ nicht mit demjenigen vergleichbar, das ein Auskunft Suchender mangels eigener Fachkompetenz in die Richtigkeit der ihm erteilten Auskunft setzt. Die Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf einen Fall wie diesen würde auf eine die Einzelfallgerechtigkeit im Blick habende Ausfransung dieser Vorschrift hinauslaufen. Die Annahme eines Dienstverschaffungsvertrags scheiterte im *Lastzug* - Fall wie gesagt allein an der fehlenden Vertretungsmacht des Angestellten der Beklagten, welcher der Klägerin den schadensstiftenden Fahrer gestellt hatte.²⁴⁸ Es sollte nicht die Aufgabe des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB sein, in vergleichbaren Konstellationen als bloßes Billigkeitsinstrument zu fungieren. Das stünde zu den noch zu vertiefenden Bemühungen um eine typisierende Konturierung dieser abstrakt - generellen Vorschrift in unauflöslichem Widerspruch.

²⁴² Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

²⁴³ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 17.

²⁴⁴ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 17.

²⁴⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

²⁴⁶ A. A. *Arnold*, in: Dauner - Lieb/Arnold/Dötsch, Fälle zum Neuen Schuldrecht, 2002, Fall 105, S. 205-207 und *Roth*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), § 241 Rnr. 109 unter Bezugnahme auf den nachfolgend erörterten *Lastzug* - Fall.

²⁴⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (108).

²⁴⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (105).

2. Auslegungsvorschläge im Schrifttum

Die Autorenschaft sieht für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB überwiegend nur ein schmales Anwendungsgebiet.

Nach *Fausts* Auffassung verbleibt für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur dann ein eigener Anwendungsbereich, wenn man nicht jede Form der Vorbereitung eines Vertrages als „Anbahnung“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB versteht.²⁴⁹ Dies sei aber weder sprachlich geboten, noch führe eine Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Anbahnung weiter. Man solle daher auf sie verzichten.²⁵⁰ Diesem Auslegungsvorschlag folgend wäre § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB praktisch überflüssig.

Rieble wendet speziell gegen die Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf das (Gefälligkeits-) Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, aber mit Schutzpflichten ein, dass für dieses schon die pFV genügt, weil es eine vertragliche Bindung wenigstens in Ansehung der Schutzpflicht bedeutet. Insoweit soll es an jeder spezifisch vorvertraglichen Interessenlage fehlen.²⁵¹ Für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist *Riebles* Auffassung nach vor allem der Irrtum über den richtigen Schuldner im Zuge der Anbahnung einer Leistung einschlägig.²⁵²

Nach Meinung *Krebbers* kann ein geschäftlicher Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zum einen darin liegen, dass die Personen wie bei der laufenden Geschäftsbeziehung zu anderer Gelegenheit Verträge abgeschlossen haben, zum anderen, wenn sie es anlässlich des Kontakts grundsätzlich für möglich halten, in das Stadium der Vertragsanbahnung oder -verhandlung überzugehen, und ferner, wenn nur eine Partei einen Vertragsschluss in Betracht gezogen hat, während die andere sich von vornherein nicht darauf einlassen wollte oder noch nicht einmal bemerkt hat, dass es zum Vertragsschluss kommen könnte.²⁵³ Wenn die nicht vertragliche Ausgestaltung eines Verhältnisses auf den fehlenden Rechtsbindungswillen der Beteiligten zurückzuführen ist, ist es für *Krebber*

²⁴⁹ Vgl. *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 70.

²⁵⁰ Im Ansatz ähnlich *Schulze*, in: BGB Handkommentar, (2007), § 311 Rnr. 17.

²⁵¹ Vgl. *Rieble*, Kodifikation, 2003, 137 (141).

²⁵² Vgl. *Rieble*, Kodifikation, 2003, 137 (142). Dort wird die Inanspruchnahme der falschen Versicherung als wahrscheinlicher Irrtumsfall genannt.

²⁵³ Vgl. *Krebber*, VersR 2004, 150 (155).

nicht vorstellbar, worin noch ein Bezug zu Vertragsverhandlungen oder Vertragsanbahnung bestehen soll. Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB soll deshalb nach seinem Dafürhalten insbesondere nicht bei reinen Gefälligkeitsverhältnissen entstehen.²⁵⁴

Canaris zufolge war es in der (*Anm.*: Leistungsstörungen-) Kommission unkontrovers, dass unter „ähnliche geschäftliche Kontakte“ nicht etwa bloße „soziale“ Kontakte fallen. Darin sah man Widersprüche zur eindeutigen Entscheidung in Ziff. 2 und zum Wort „geschäftliche“ in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB.²⁵⁵ Andererseits passen nach *Canaris* unter Ziff. 1 und 2 nicht alle Konstellationen, für die eine Haftung nach den Regeln über die culpa in contrahendo in Betracht kommt. Daher soll die generalklauselartige Formulierung der Ziff. 3 die Möglichkeit zu einer Weiterentwicklung offen halten. Insoweit soll etwa an Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter ohne primäre Leistungspflicht, wie sie vor allem bei bestimmten Auskunftsfällen eine Rolle spielen, zu denken sein.²⁵⁶

Dieser Auslegungsvorschlag findet im Schrifttum breite Zustimmung.²⁵⁷ Zum Teil wird aber auch eine weitergehende Auslegung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB befürwortet.

Kramer zufolge sollten Schuldverhältnisse zur Rücksichtnahme auf einen Interaktionspartner grundsätzlich bei jedem in Beziehung auf bestimmte Personen gewollten und gezielten „geschäftlichen Kontakt“ im weiteren Sinn anerkannt werden, der den Benefiziar der Gefälligkeit zu dem Vertrauen berechtigt, dass sein Partner (namentlich professionell agierender Partner) ihn und seine Rechtsgüter mit besonderer Sorgfalt behandeln wird.²⁵⁸

²⁵⁴ Vgl. *Krebber*, VersR 2004, 150 (156). Nicht von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gedeckt soll insbesondere der Fall der Erteilung einer Auskunft ohne laufende Geschäftsbeziehung oder der Möglichkeit eines Vertragsschlusses im Hintergrund sein, vgl. *Krebber*, VersR 2004, 150 (155).

²⁵⁵ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499 (520); ähnlich *Schulze*, in: BGB Handkommentar, (2007), § 311 Rnr. 17.

²⁵⁶ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499 (520).

²⁵⁷ Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 527/528; *Kindl*, in: Erman, §§ 1-811, (2004), § 311 Rnr. 22; *Krebs*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, §§ 241-610, (2005), § 311 Rnr. 92 f; *Emmerich*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), § 311 Rnr. 74; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007), § 311 Rnr. 50; *Löwisch*, in: Staudinger, §§ 311, 311 a, 312, 312 a-f, (2005), § 311 Rnr. 97 ohne das Beispiel der Auskunftshaftung; *Martinek*, in: Staudinger, §§ 657-704, (2006), § 675 Rnr. C 26 für die Haftung aus „geschäftlichem Auskunftskontakt“; *Arnold*, in: Dauner - Lieb/Arnold/Dötsch, Fälle zum Neuen Schuldrecht, 2002, Fall 105, S. 205-207; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 2006, S. 59.

²⁵⁸ Vgl. *Kramer*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 38.

Heinrichs bejaht eine Haftung auf der Grundlage von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB insbesondere in den Fällen, in denen die Rechtsprechung bisher das Zustandekommen eines (Anm.: Gefälligkeits-) Vertrages angenommen hat.²⁵⁹ Außerdem kann seiner Auffassung nach die Erteilung von Auskünften bei einem geschäftlichen Umfeld, aber Fehlen eines Vertrages ein unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fallendes Schuldverhältnis begründen.²⁶⁰ Für unentgeltliche Auskünfte soll ihm zufolge auf die „Krücke“ fiktiver Vertragskonstruktionen verzichtet werden.²⁶¹

3. Judikatur

Bis jetzt gibt es, soweit ersichtlich, kein veröffentlichtes Judikat, das sich bei Vorliegen eines Gefälligkeitsverhältnisses mit der Vorschrift des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB befasste. Das *Landgericht Berlin* prüfte § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB beispielsweise im Rahmen eines Globalpauschalvertrages im Baugewerbe danach, ob er eine Anspruchsgrundlage für die Vergütung von während der Vertragserfüllung erforderlich gewordenen Zusatzleistungen des Werkunternehmers darstellt. Dies hat das Gericht verneint.²⁶²

4. Eigener Auslegungsvorschlag

Der Wortlaut des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gibt einen wichtigen Anhaltspunkt zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift. Versteht man geschäftliche Kontakte in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch im Sinne von beruflichen Kontakten,²⁶³ so können rein privaten Gefälligkeitsverhältnissen von vornherein keine Schutzpflichten aufgrund dieser Norm integriert sein.

Dasselbe gilt, wenn man § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Kontext der Vertrauenshaftung betrachtet und man mit Bedacht auf deren Homogenität und Korrelation zur Privatautonomie dafür eintritt, ein haftungsbegrenzendes Kriterium nicht im Erfordernis eines

²⁵⁹ Vgl. *Heinrichs*, *Bemerkungen*, 2007, 421 (440). Anders *Heinrichs*, in: *Palandt*, (2008), Einl. v. § 241 Rnr. 8.

²⁶⁰ Vgl. *Heinrichs*, *Bemerkungen*, 2007, 421 (441).

²⁶¹ Vgl. *Heinrichs*, *Bemerkungen*, 2007, 421 (442).

²⁶² Vgl. *LG Berlin*, U. v. 12.11.2002, Az.: 13 O 264/02 -juris-.

²⁶³ Ablehnend *Krebbber*, *VersR* 2004, 150 (155).

„rechtsgeschäftlichen Kontakts“, sondern in der „Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr“ zu sehen.²⁶⁴

Die Haftung für falsche Auskünfte wird in der Literatur schon seit Längerem der Vertrauenshaftung, noch genauer, der Erklärungshaftung zugeordnet.²⁶⁵ Die nachfolgenden Ausführungen sollen belegen, dass sich die als Anwendungsfälle für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erwogenen Auskunftskonstellationen, die außerhalb von Sachwalterstellungen, Vertragsverhandlungen und laufender Geschäftsverbindung anzusiedeln sind,²⁶⁶ bruchlos in das System der Vertrauenshaftung einordnen lassen.²⁶⁷ Aus diesem inneren System heraus sollte die Vorschrift interpretiert werden.²⁶⁸ Das macht es möglich, für die Lösung der genannten Auskunftsfälle in Zukunft auf Vertragsfiktionen zu verzichten.²⁶⁹

Das erste Erfordernis für einen Anspruch aus Vertrauenshaftung ist grundsätzlich, dass ein „Vertrauenstatbestand“ vorliegt.²⁷⁰ Er ist in der Erteilung einer Auskunft unter Verwendung beruflich erworbener Kenntnisse oder Fähigkeiten ohne weiteres zu sehen.²⁷¹

Die Annahme eines geschäftlichen Kontakts im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB sollte aber nicht allein vom Vertrauen des Benefziars auf die beruflichen Kenntnisse des Auskunftgebers abhängen. Wichtig erscheint die aus dem betrachteten Fallmaterial gewonnene Erkenntnis, dass die Annahme dieses Tatbestandsmerkmals gleichzeitig auch ein konkretes, vermögensbezogenes „Geschäft“ aufseiten des Auskunftsempfängers verlangt, das in erkennbarer Abhängigkeit von der erteilten Auskunft getätigt werden soll. Daran kann es zum Beispiel fehlen, wenn in der Atmosphäre einer gesellschaftli-

²⁶⁴ So zur Vertrauenshaftung *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538, insb. Fn. 72 S. 539. Ausführlich *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 442 ff.

²⁶⁵ Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 533. Speziell zur Vertrauenshaftung kraft Schutzpflichtverletzung im Bereich der Auskunftshaftung von Banken gegenüber Nichtkunden *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 88 f.

²⁶⁶ Vgl. zur Begründung für diese Exzeptionen oben B. III. 1. d).

²⁶⁷ Grundlegend zu diesem System *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 490 ff; 525 ff.

²⁶⁸ Vgl. zur Überzeugungskraft einer Argumentation aus dem inneren System allgemein *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 91 ff.

²⁶⁹ Nach den Ausführungen *Bydlinskis*, Methodenlehre, 1991, S. 540 kommt es auch in Betracht, die insoweit von der Judikatur praktizierte Rechtsgewinnungsmethode als „Substitutionsanalogie“ zu bezeichnen.

²⁷⁰ Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 491 f.

²⁷¹ Gerade mündliche Erklärungen gehören zu den „natürlichen“ Vertrauensträgern, die als Grundlage eines Vertrauenstatbestandes in Betracht kommen. Das gilt auch bei konkludentem Verhalten, vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 492.

chen Zusammenkunft Fragen an die Auskunftsperson gerichtet werden, die mangels für sie erkennbarem, konkretem Bezug zu einer Vermögensangelegenheit des Fragestellers objektiv nur dem Allgemeininteresse des Nachfragenden zuzuordnen sind.²⁷² Es fehlt dann nicht nur an einem konkreten Geschäft als Kontaktauslöser aufseiten des Benefiziars, sondern auch an einem Handeln im rechtsgeschäftlichen Verkehr, das Voraussetzung für die Annahme einer Vertrauenshaftung ist.

Aus der Analyse der Beispielsfälle folgt auch, dass ein ähnlicher geschäftlicher Kontakt im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur angenommen werden kann, soweit ein informationsspezifisches Verkehrsbedürfnis zu befriedigen ist. Das ist insbesondere im Bereich der Gefälligkeitsauskünfte von oder gegenüber Banken regelmäßig der Fall, kann aber gerade in entlegeneren Geschäftsbereichen, in denen Gefälligkeitsauskünfte erteilt werden, besonders begründungsbedürftig sein.

Vertrauensschutz setzt nach der für die Interpretation des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB heranzuziehenden Lehre von der Vertrauenshaftung außerdem voraus, dass bestimmte Merkmale in der Person des Vertrauenden erfüllt sind. Da leichtfertiges Vertrauen keinen Schutz verdient, muss dieser insbesondere „gutgläubig“ sein. Wenn jemand die Unrichtigkeit eines Vertrauenstatbestandes durchschaut, er also die wahre Sach- oder Rechtslage erkennt, hat er keinen Grund zu vertrauen und verdient daher insoweit den Schutz der Rechtsordnung nicht, weil er bösgläubig ist.²⁷³ Dieses Problem dürfte sich bei den für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erwogenen Anwendungsfällen praktisch kaum ergeben. Der regelmäßig uneinholbare Informationsvorsprung des Gefälligen schließt die Bösgläubigkeit des Auskunftsempfängers typischerweise aus.

²⁷² Vgl. *BGH*, U. v. 16.10.1990, Az.: XI ZR 165/88 = NJW 1991, 352. In diesem Fall fand zwischen dem Vorstandssprecher einer Bank und Handwerkern in der „euphorischen Stimmung“ eines Erntedankfestes ein Gespräch statt. Mangels erkennbarem, konkretem Anlass für Bedenken hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit eines Bauherrn waren die entsprechenden Fragen der Handwerker lediglich als auf allgemeinem Interesse beruhend anzusehen. Für den Vorstandssprecher wurde nicht deutlich, dass die Handwerker die weitere Ausführung von Arbeiten von seiner Antwort abhängig machen würden. Deshalb hat der *BGH* insoweit im Ergebnis zu Recht eine auskunftsbedingte Schadensersatzpflicht verneint. In vergleichbarem Zusammenhang ähnlich *Canaris*, ZHR 163 (1999), 235.

²⁷³ Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 504.

Es ist von vornherein kein akzeptabler Standpunkt, für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB de facto keinen Anwendungsbereich zu sehen.²⁷⁴ Daran ändert auch nichts, dass die Gesetzesmaterialien einen solchen Standpunkt nahe legen. Die Gesetzesverfasser gingen zwar davon aus, dass ähnliche geschäftliche Kontakte solche Kontakte sind, bei denen noch kein Vertrag angebahnt, einer solcher aber vorbereitet werden soll.²⁷⁵ Für solche Fälle bleibt aber in der Zweierbeziehung der Kontaktpersonen angesichts des umfassenden Begriffs der Vertragsanbahnung (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) kein Anwendungsbereich. Bei der Vertragsanbahnung soll es nämlich um Fälle einer potenziellen rechtsgeschäftlichen Beziehung gehen, in denen etwa ein Unternehmer sein Geschäftslokal öffnet, um potenziellen Kunden die Möglichkeit der Kontaktaufnahme zum Vertragsschluss zu geben.²⁷⁶ Angesichts dieser unergiebigsten Materialienlage bleibt nichts anderes übrig, als den Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB mittels systematisch - teleologischer Überlegungen zu erschließen.²⁷⁷

In Anbetracht der Normbegründungsmöglichkeiten, die durch eine vertrauenshaftungsrechtliche Interpretation des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB eröffnet sind, erscheint der Rekurs auf mehr oder weniger moderne Varianten der Lehre vom sozialen Kontakt²⁷⁸ als anachronistisch. Die Vorschrift dient ausweislich ihres Wortlauts („geschäftliche“) nicht zuletzt dazu, haftungsbegrenzend klarzustellen, dass nicht jedes beliebige Gefälligkeitsverhältnis potenzieller Raum sonderverbindungsrechtlicher Schutzpflichten sein kann.²⁷⁹

5. Schlussfolgerungen

Aus dem zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB entwickelten Auslegungsvorschlag folgt im Umkehrschluss, dass in Gefälligkeitsverhältnissen, die sich nicht um eine wegen der beruflichen Kenntnisse des Gefälligen erbetene Auskunft in einer bestimmten Vermögensan-

²⁷⁴ So aber *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 70.

²⁷⁵ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

²⁷⁶ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 l. Sp.

²⁷⁷ Vgl. zum methodologischen Gebot, so zu interpretieren, dass (andere) Normen (hier: § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) nicht obsolet werden allgemein *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 94.

²⁷⁸ Vgl. *Kramer*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 38.

²⁷⁹ Abzulehnen ist daher die Auffassung *Heinrichs*, Bemerkungen, 2007, 421, (440), der die Abgrenzungsentscheidung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag in den Rahmen des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB verlagern will.

gelegenheiten drehen, de lege lata nicht quasivertraglich gehaftet wird.²⁸⁰ Es bleibt insoweit bei den allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass die Haftung für primäre Vermögensschäden in privaten Gefälligkeitsverhältnissen nur nach Maßgabe des § 823 Abs. 2 BGB, insbesondere in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB und § 826 BGB in Betracht kommt. Das entspricht für Privatauskünfte auch der Wertung des § 675 Abs. 2 BGB. Absolut geschützte Rechtsgüter werden in privaten Gefälligkeitsverhältnissen ebenfalls nur nach Maßgabe des Deliktsrechts protegirt. Auf dessen für Gefälligkeiten besonders relevante Kategorien der Bereichs- und Übernahmehaftung²⁸¹ ist später noch einzugehen.²⁸²

Daraus, dass die besprochenen Auskunftsfälle vom Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfasst sind, folgt des Weiteren, dass insoweit die Lehre von den freien, vermögensbezogenen Verkehrspflichten überflüssig geworden ist. Vor allem *K. Huber* trat mit Blick auf § 823 Abs. 2 BGB für die Annahme der allgemeinen Verhaltensnorm ein, dass derjenige, der einen Beruf ausübt, unabhängig von vertraglichen Bestimmungen gegenüber bestimmten Personen die allgemeine Verantwortung dafür übernimmt, dass dort, wo er seinen Beruf ausübt, ein geordneter Verlauf der Dinge gewährleistet ist.²⁸³ Diese Begründung einer „Berufshaftung“ wurde aus grundsätzlichen schadensersatzrechtlichen Erwägungen kritisiert.²⁸⁴ Nunmehr genügt zur überzeugenden Ablehnung dieser Lehre der Hinweis, dass § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gesetzliche und damit vorrangige Normbegründungsmöglichkeiten für vermögensbezogene Schutzpflichten im außervertraglichen Bereich vorsieht.

Daraus, dass die Haftung aufgrund § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB systematisch als gesetzliche Ausprägung der Vertrauenshaftung zu verstehen ist, folgt auch, dass ihre Existenz nicht ohne weiteres zur Disposition der Parteien steht. Die Banken fügen ihren Auskünften - insbesondere bei Kreditauskünften - häufig Vorbehalte der Art bei, dass die Auskunft

²⁸⁰ Ähnlich, allerdings noch ohne Bezug zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB *Krebs*, Sonderverbindung, 2000, S. 239.

²⁸¹ Vgl. zu den Zurechnungsgründen für Verkehrspflichten allgemein *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 406 ff.

²⁸² Vgl. unten B. V. 2. a).

²⁸³ Vgl. *K. Huber*, Verkehrspflichten, 1978, 359 (379). Für eine deliktsrechtliche Lösung der diskutierten Auskunftsproblematik ursprünglich auch v. *Bar*, Gutachten, 1981, 1681 (1721).

²⁸⁴ Vgl. nur *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 406.

„unverbindlich“ sei oder „ohne unser Obligo“ erfolge.²⁸⁵ Die Judikatur maß derartigen Klauseln keine weiterreichende Wirkung als dem Haftungsausschluss nach Ziff. 10 AGB - Banken a. F.²⁸⁶ zu und unterwarf sie demgemäß denselben inhaltlichen Schranken.²⁸⁷ Das verdiente Beifall, weil sich das Vertrauen des Auskunft Suchenden nach wie vor auf die Richtigkeit der Erklärung und nicht auf den Willen zur Übernahme einer Einstandspflicht bezieht. Aus heutiger Sicht ist die Frage der Zulässigkeit einer geschäftsbedingungsmaßige Haftungsfreizeichnung durch Banken im Bereich des § 307 BGB anzusiedeln.²⁸⁸ Mit dieser Vorschrift wird ein Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit gerade dann als unvereinbar erachtet, wenn der Verwender in besonderer Weise Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat oder kraft seines Berufes eine qualifizierte Vertrauensstellung einnimmt.²⁸⁹ Diese Voraussetzungen sind in den untersuchten Auskunftsfällen erfüllt, so dass eine entsprechende Haftungsfreizeichnung insoweit als nicht praktikabel erscheint.

Eine Reihe von Auskunftskonstellationen ist mit der Auslegung, die für § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Zweipersonenverhältnis entwickelt wurde, allein nicht fassbar. Überwiegend vertrauen entweder Dritte auf die Richtigkeit einer einem anderen erteilten Auskunft oder es geht darum, dass Dritte im Vorfeld eines Vertragsschlusses zweier Vertragsparteien besonderes Vertrauen für sich und die Richtigkeit ihrer Auskunft in Anspruch nehmen.²⁹⁰ Es stellen sich dann einerseits Fragen zum persönlichen Schutzbe-

²⁸⁵ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 84; 95.

²⁸⁶ Zu dessen vorliegend relevantem Norminhalt sogleich.

²⁸⁷ Vgl. *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 84; ähnlich *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008), § 347 Rnr. 13 m. w. N.

²⁸⁸ Nr. 2 Abs. 4 AGB - Banken (Fassung 01.04.2002) enthält anders als Nr. 10 Abs. 2 S. 3 a. F. (1993) keine besondere Freizeichnung mehr. Nach Nr. 3 Abs. 1 S. 1 AGB - Banken (2002) haftet die Bank bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen grundsätzlich für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und Personen, die sie zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen hinzuzieht. Nur soweit die Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsbeziehungen oder sonstige Vereinbarungen etwas abweichendes regeln, gehen diese Regelungen vor (Nr. 3 Abs. 1 S. 2 AGB - Banken (2002)). Da § 309 Nr. 7 b BGB nur Haftungsausschlüsse für grob fahrlässige Pflichtverletzungen des AGB - Verwenders für unwirksam erklärt, muss die Zulässigkeit einer besonders vorgesehenen Haftungsfreizeichnung für leicht fahrlässig falsch erteilte Bankauskünfte am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB gemessen werden.

²⁸⁹ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, (2008), § 307 Rnr. 46 m. w. N.

²⁹⁰ Nach Nr. 2 Abs. 4 AGB - Banken (2002) erteilt die Bank Auskünfte nur eigenen Kunden sowie anderen Kreditinstituten für deren Zwecke oder die ihrer Kunden. Darin liegt der Drittbezug vieler Auskunftsfälle begründet. Näher zur Bank - zu - Bank - Auskunft *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008), (8) AGB - Banken Nr. 2 Rnr. 7.

reich der inmitten stehenden Schutzpflichten.²⁹¹ Andererseits sind die haftungstatbestandlichen Probleme, die in den Bereichen der Eigen- oder Sachwalterhaftung zu verorten sind, angesprochen. Insoweit sind komplexe Rechtsprobleme berührt, die im Rahmen dieser Untersuchung schon deshalb nicht näher erörtert werden können, weil sie den Rahmen des Gefälligkeitsverhältnisses als Zweipersonenverhältnis sprengen. Wegen des angedeuteten Sachzusammenhangs der Problemlagen erscheinen allerdings folgende, kurze Bemerkungen zu den angeschnittenen Fragestellungen angebracht.

Aus den Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geht hervor, dass sich die Gesetzesverfasser der Drittschutzproblematik im Zusammenhang mit § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bewusst waren. Dritte sollen nach dieser Vorschrift nur geschützt werden, wenn sie in den Schutzbereich des Schuldverhältnisses einbezogen sind.²⁹² Dies soll weiterhin nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu entscheiden sein.²⁹³ Die Materialien erwähnen jedoch nicht, dass diese Grundsätze²⁹⁴ von der Rechtsprechung für die hier zu betrachtenden Fälle im Laufe der Rechtsentwicklung stark modifiziert worden sind. Die Gegenläufigkeit der Interessen von Auftraggeber und Drittem wurde als Hürde bei der Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ebenso überwunden wie die Voraussetzung des besonderen Einbeziehungsinteresses des Gläubigers oder die Einwendungsmöglichkeit des Schuldners gegenüber dem Dritten nach § 334 BGB.²⁹⁵ In Anbetracht dieser Entfernungen von Haftungssessentialia dieser Vertragsfigur sollte für den Drittschutz in den einschlägigen Auskunftsfällen auf eine an das Vertragsrecht angelehnte Konstruktion verzichtet werden. Er sollte von derselben vertrauenshaftungsrechtlichen Grundlage aus bewerkstelligt werden, auf der auch § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB fußt.²⁹⁶

²⁹¹ Dazu im Kontext des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008), § 347 Rnr. 21 m. w. N. sowie Rnr. 22 zum Schutzbereich der Vertrauenshaftung.

²⁹² Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

²⁹³ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

²⁹⁴ Vgl. zu ihnen nur *Grüneberg*, in: Palandt, (2008), § 328 Rnr. 13 f.

²⁹⁵ Vgl. statt vieler *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008), § 347 Rnr. 21 m. w. N. sowie *BGH*, U. v. 12.02.1979, Az.: II ZR 177/77 = NJW 1979, 1595. Kritisch zu dieser Entscheidung *Musielak*, WM 1999, 1593 (1596).

²⁹⁶ So i. E. etwa auch *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008), § 347 Rnr. 22 mit Befürwortung der beruflichen Gewährübernahme als Einbeziehungskriterium. Der Vorschlag entspricht auch der schon früher entwickelten Vorstellung von *Canaris*, in: Großkommentar HGB V, (1988), Rnr. 89 zur dogmatisch vereinheitlichten Lösung der einschlägigen Vertrauenshaftungsfälle.

Im Rahmen der Dritthaftungsproblematik nehmen die Fälle der Eigen- oder Sachwalterhaftung²⁹⁷ den breitesten Raum der Judikatur ein. Paradigmatisch sei an dieser Stelle auf die entsprechenden Leitentscheidungen des *Reichsgerichts*²⁹⁸ und des *Bundesgerichtshofs*²⁹⁹ hingewiesen. Die Gesetzesverfasser des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes waren sich dieser Haftungskonstellationen bewusst und stellten zu ihnen Überlegungen an, die zu einer vertrauenshaftungsrechtlichen Problemlösung ermutigen. Zur Begründung des Entwurfs zu § 311 Abs. 3 S. 2 BGB wurde ausgeführt, dass mit dieser Vorschrift auch die Sachwalterhaftung angesprochen sein soll.³⁰⁰ Nach einem gedanklichen Rekurs auf die entsprechende vertragliche Auskunftsjudikatur wurde festgehalten, dass diese Fälle teilweise auch als Anwendungsfälle der culpa in contrahendo angesehen werden.³⁰¹ Es wurde hervorgehoben, dass es bei der Anwendung der culpa in contrahendo entscheidend darauf ankommt, ob Vertrauen in Anspruch genommen worden ist oder nicht.³⁰² § 311 Abs. 3 S. 2 BGB soll der Rechtsprechung daher aufzeigen, dass die von dieser Norm angesprochenen Fälle auch auf diesem Weg zu lösen sind.³⁰³ Dieser gesetzgeberische Fingerzeig auf das System der Vertrauenshaftung kann abschließend auch als Argument für die Legitimität der hier vertretenen Auslegung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gewertet werden.

IV. Analoge Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Im älteren Schrifttum wurde oftmals der Vorschlag unterbreitet, die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis an die Grundsätze der culpa in contrahendo anzulehnen.³⁰⁴ Dieser Gedanke steht auch noch nach Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes im Raum.³⁰⁵ Daher besteht Anlass zur Prüfung, ob § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB analog auf weitere, insbesondere private Gefälligkeitsverhältnisse anwendbar ist.

²⁹⁷ Zur Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten ausführlich *Canaris*, ZHR 163 (1999), 206 f.

²⁹⁸ RG, U. v. 27.10.1902, Az.: Rep. VI 201/02 = RGZ 52, 365.

²⁹⁹ BGH, U. v. 29.10.1952, Az.: II ZR 283/51 = BGHZ 7, 371.

³⁰⁰ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

³⁰¹ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

³⁰² Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

³⁰³ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 163 r. Sp.

³⁰⁴ Vgl. nur *Etzbach*, Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit, 1935, S. 79; *Michaelis*, Gefälligkeitsleistung und Vertrag, 1937, S. 24; *Dölle*, ZStW 103, 67 (73); *Thiele*, JZ 1967, 649 ff; *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 87 f; *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673 (1675).

³⁰⁵ Vgl. nur *Kramer*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 38.

1. Planwidrige Gesetzeslücke

Zunächst stellt sich die Frage, ob für private Gefälligkeitsverhältnisse eine planwidrige Gesetzeslücke hinsichtlich einer Schutzpflichthaftung nach den in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausgeprägten Grundsätzen der Vertrauenshaftung besteht.³⁰⁶

Erste Bedenken lassen sich bereits gegen die Annahme einer Gesetzeslücke anmelden. Denn selbst dann, wenn man von der Vorstellung einer vollständig kodifizierten Gesamtrechtsordnung ausgeht, ist diese nur „lückenhaft“, sofern die Frage, um die es geht, rechtlicher Regelung überhaupt zugänglich und bedürftig ist.³⁰⁷ Manche Verhaltensweisen betreffen zwar die zwischenmenschlichen Beziehungen, bleiben aber nach der Anschauung der jeweiligen Rechts- und Kulturgemeinschaft entweder ungeregt oder der Regelung durch andere Sozialnormen, etwa der Sitte oder des Anstandes überlassen.³⁰⁸ Dieser Ausgangspunkt hat sich bei der Beurteilung einer gefälligkeitsvertraglichen Primärleistungspflicht bereits als zutreffend erwiesen.³⁰⁹ Als Bereiche, die der Regelung durch Sozialnormen überlassen werden, werden beispielhaft Formen des geselligen Zusammenseins und erst recht alles das, was in das Gebiet des Anstands gehört, genannt.³¹⁰

Doch auch insoweit sind Rechtsnormen, die situationsabhängig auf Schadensvermeidung zum Wohl der Rechtsgüter einer bestimmten Person ausgerichtet sind, zumindest denkbar. Dass die Zivilrechtsordnung umfassend zur Schadensvermeidung aufruft, lässt sich am Beispiel des § 823 Abs. 1 BGB, der Schädigungsverbote für jedermann enthält, belegen. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist sogar auf bestimmte Gefälligkeitskonstellationen zugeschnitten. Daher wird man die Existenz einer Gesetzeslücke für besondere Schädigungsverbote in privaten Gefälligkeitsverhältnissen nicht a priori ablehnen können. Es stellt sich vielmehr die entscheidende Frage, ob diese Lücke planwidrig ist oder nicht.

³⁰⁶ Vgl. zum Begriff der Gesetzeslücke etwa *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 373 f; *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 473; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 182 f; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 162 f.

³⁰⁷ Vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 371 und *Engisch*, Rechtsfreier Raum, 1984, 9 (61): „wo rechtsleerer Raum ist, da ist kein Recht und also auch keine Rechtslücke“.

³⁰⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 371.

³⁰⁹ Vgl. oben A. I. 2. c).

³¹⁰ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 371; *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 190/191.

Schon der Wortlaut der Norm und die Tatsache, dass in der Begründung des Entwurfs zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nur Ausführungen zu finden sind, die zur Erläuterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf eine entsprechende, in der Rechtsprechung angeblich bereits anerkannte Fallgruppe der culpa in contrahendo Bezug nehmen,³¹¹ lassen darauf schließen, dass die Begründung von Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen nicht in der Regelungstendenz dieser Norm liegt.³¹²

Diese Annahme wird durch die Anmerkungen von *Canaris* zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift bestätigt. Seinem Bericht zufolge war es in der (*Anm.*: Leistungsstörungen-) Kommission unkontrovers, dass unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht etwa bloße „soziale“ Kontakte fallen.³¹³ Auch objektiv - teleologisch gesehen lässt sich kein Plan des Gesetzgebers erkennen, Gefälligkeitsverhältnisse umfassend dem sonderverbindungsrechtlichen Regime der Schutzpflichthaftung zu unterstellen. Vielmehr erscheint ein gegen die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke sprechender Umkehrschluss aus § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB nahe liegend. Die Einwände, die bereits gegen den von Teilen der Literatur befürworteten, gesetzlichen Schutzpflichtansatz vorgebracht worden sind,³¹⁴ gelten auch hier. Eine völlig unkonturierte Ausweitung der quasivertraglichen Schutzpflichthaftung gilt es im Sinne der klaren systematischen Trennung von Vertrags- und Deliktsrecht zu vermeiden. Deshalb erscheint die Annahme nicht vertretbar, dass das Bürgerliche Gesetzbuch in Bezug auf Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen planwidrig unvollständig ist.

2. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB mangels planwidriger Gesetzeslücke nicht analog auf private Gefälligkeitsverhältnisse anwendbar ist. Ihnen wohnt überdies eine andere Interessenlage als denjenigen Fällen inne, die vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst sind. Bei privaten Gefälligkeitsverhält-

³¹¹ S. o. B. III. 1. c).

³¹² Vgl. zur Unterscheidung zwischen „gewollten“ und „ungewollten“ Lücken allgemein *Engisch*, Einführung, 2005, S. 181; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 172 („bewusste“/„unbewusste“ Lücken).

³¹³ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499 (520).

³¹⁴ Vgl. oben B. II. 3.

nissen fehlt es an dem beruflichen Bezug, auf dem die Vertrauenshaftung nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gründet.

V. Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen de lege ferenda

Da eine analoge Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf private Gefälligkeitsverhältnisse aus den vorstehenden Gründen nicht in Betracht kommt, lässt sich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Teile der Literatur nach wie vor zumindest partiell für die Anerkennung von Schutzpflichten in diesen Verhältnissen eintreten, nur noch erwägen, inwieweit in diesem Bereich eine entsprechende rechtspolitische Lücke besteht.³¹⁵ Davon ausgehend wird zunächst ein Regelungsbedürfnis für vermögensbezogene Schutzpflichten untersucht (1.). Dann wird geprüft, ob ein Bedarf für Schutzpflichten zugunsten absolut protegierter Rechtsgüter in privaten Gefälligkeitsverhältnissen besteht (2.). Abschließend werden die gewonnenen Untersuchungsergebnisse zusammengefasst (3.).

1. Regelungsbedürfnis für vermögensbezogene Schutzpflichten

In der Diskussion über für und wider von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis wurde bisher nicht exakt nach den Rechtsgütern differenziert, die durch das jeweilige Schutzpflichtkonstrukt geschützt werden sollen. Es wurden nur wenige Gefälligkeitsbereiche aufgezeigt, in denen ein Regelungsbedürfnis zur Anerkennung vermögensbezogener Schutzpflichten bestehen soll.

Zum Beispiel wurde erwogen, die unzeitige Aufsaye von geselligen Zusammenkünften durch vermögensbezogene Schutzpflichten zu bewehren. Im Kontext „Rechtspflicht kraft Garantenstellung“ vertritt etwa *Flume* die Auffassung, dass jemand, der bei einer gemeinsamen Bergtour den anderen in Bergnot verlässt, obwohl er ihm helfen könnte, wegen Verletzung einer Hilfspflicht zum Schadensersatz verpflichtet ist. Das soll auch dann gelten, wenn der andere einen Vermögensschaden erleidet, weil er z. B. die Kosten

³¹⁵ Näher zur Methodenlehre für das Arbeiten de lege ferenda *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 618 ff. Vgl. zum Begriff der rechtspolitischen Lücke nur *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 163.

der Bergung zu tragen hat, die bei Erfüllung der Hilfspflicht nicht entstanden wären.³¹⁶ Nach Meinung *Flumes* besteht eine gegenseitige rechtliche Hilfspflicht deshalb, weil die Beteiligten die Bergwanderung gemeinsam unternommen haben.³¹⁷

Es wurde auch darüber nachgedacht, ob sich an die unzeitige Abstandnahme vom Erweis einer Gefälligkeit ein Anspruch auf Vermögensschadensersatz knüpfen soll. Schon *Michaelis* vertrat die Auffassung, dass eine Haftung analog der Regeln über die culpa in contrahendo gerechtfertigt ist, wenn der lediglich Versprechende sein Nichttätigwerden nicht rechtzeitig anzeigt.³¹⁸ *Medicus* zufolge soll beispielsweise ein Student, der seine Freundin zu einer Autofahrt einlädt, sie dann aber ohne wichtigen Grund auf weiter Strecke sitzen lässt, entsprechend § 671 Abs. 2 S. 2 BGB für die Kosten ihrer Heimfahrt haftbar sein.³¹⁹

Nähme man in den angesprochenen, singulären Bereichen wirklich ein Regelungsbedürfnis für vermögensbezogene Schutzpflichten an, setzte man sich in unauflösliche Wertungswidersprüche. Unter dem Gesichtspunkt des ökonomischen Prinzips, das dem Gesetzgeber eine Tendenz zur Generalisierung nahe legt,³²⁰ erscheint eine gesetzliche Regelung von vereinzelt Detailproblemen von vornherein nicht als hinreichend effektiv. Die vorgenannten Ansätze vermögen aber vor allem in der Sache nicht zu überzeugen. *Flumes* Vorschlag, vermögensbezogene Hilfspflichten kraft Unternehmung einer Bergwanderung anzunehmen, zerschläge, wie bereits in allgemeineren Zusammenhängen formuliert,³²¹ die systematische Trennung von Vertrags- und Deliktsrecht. Die von ihm angesprochene Konstellation ist de lege lata der Kategorie der Übernahmehaftung³²² zuzuordnen, die vor allem der Begründung deliktsrechtlicher Handlungspflichten dient und systemgerecht nur absolut geschützte Rechtsgüter protegiert. Dass man sich in Bergnot nicht verlässt, ist überdies seit jeher eine gute Sitte. Deren Missachtung sollte deshalb keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen, die über die allgemeine Deliktshaftung hinausgehen.

³¹⁶ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, 1992, S. 85.

³¹⁷ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, 1992, S. 84.

³¹⁸ Vgl. *Michaelis*, Gefälligkeitsleistung und Vertrag, 1937, S. 24.

³¹⁹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 209.

³²⁰ Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 625.

³²¹ Vgl. oben B. II. 3. und B. IV. 1.

³²² Vgl. hierzu allgemein *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 408 f.

Wer für vermögensbezogene Schutzpflichten im Zusammenhang mit der unzeitigen Abstandnahme vom Erweis einer Gefälligkeit eintritt, muss sich enthalten lassen, dass sein Ansatz in einen Wertungswiderspruch zu dem Umstand gerät, dass in einer solchen Situation gerade kein Anspruch auf den Erweis der Gefälligkeit besteht. In vermögensrechtlicher Hinsicht muss es daher vorbehaltlich vorsätzlichen Handelns sanktionslos möglich sein, von einer Gefälligkeit Abstand zu nehmen.³²³ Ein unzeitiger Rückzieher von einer unverbindlich versprochenen Gefälligkeit wird außerdem gesellschaftlich ausreichend sanktioniert.³²⁴

Ansätzen, die auf eine generelle Perpetuierung privater Gefälligkeitsverhältnisse durch vermögensbezogene Schutzpflichten hinauslaufen³²⁵ wurde bereits eine Absage erteilt. Es ist deshalb festzuhalten, dass de lege ferenda kein Regelungsbedürfnis für vermögensbezogene Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen zu befürworten ist.

2. Regelungsbedürfnis für Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter

Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter lassen sich in privaten Gefälligkeitsverhältnissen im Wesentlichen aus zwei Gründen vertreten. Zum einen kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass der tatbestandliche Schutz, den das Deliktsrecht de lege lata bietet, nicht ausreicht (a). Zum anderen kann es ein rechtspolitisches Ziel sein, über die Befürwortung von Schutzpflichten zu einer im Vergleich zum Deliktsrecht jedenfalls partiell verschärften Vertragshaftung zu gelangen (b). Beiden Ansätzen ist nachzugehen.

a) Tatbestandliches Schutzpflichtbedürfnis

Dass in privaten Gefälligkeitsverhältnissen insbesondere vor dem Hintergrund des § 823 Abs. 1 BGB kein tatbestandliches Schutzpflichtbedürfnis in Anbetracht aktiven

³²³ Insoweit greift § 826 BGB.

³²⁴ Diesen Aspekt führt *Krebs*, Sonderverbindung, 2000, S. 238 mit Recht allgemein gegen die Anerkennung von vermögensbezogenen Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen an.

³²⁵ Vgl. nur *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (400).

und unmittelbar schädigenden Verhaltens besteht, ist nicht weiter begründungsbedürftig.

Möglicherweise liegen die Dinge bei Unterlassungen und mittelbaren Rechtsgutsverletzungen anders. Das hängt von der Ausgestaltung der deliktsrechtlichen Verkehrspflichthaftung in privaten Gefälligkeitsverhältnissen ab. Sie soll anhand einiger Beispiele veranschaulicht werden, bevor sie auf etwaige Schutzlücken überprüft wird.

Wer zu Hause Gäste empfängt, muss zum Beispiel für einen verkehrssicheren Zustand der seinen Besuchern zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten sorgen. Dazu gehört es insbesondere, dass bei Nacht die Räume beleuchtet werden, in denen sich die Gäste befugtermaßen bewegen.³²⁶ Dahinter steht das Prinzip der Einstandspflicht für die Sicherheit eines Bereichs, über den der Verantwortliche Bestimmungsgewalt hat.³²⁷ Allerdings stellte schon das *Reichsgericht* den Grundsatz auf, dass hinsichtlich der Verkehrssicherheit an das Innere einer Privatwohnung, die grundsätzlich niemand ohne Zustimmung des Inhabers zu betreten befugt ist, nicht dieselben Anforderungen gestellt werden können wie etwa an Flure oder Treppen in öffentlichen Gebäuden.³²⁸ Daher kann es auch mit Rücksicht auf den deliktsrechtlichen Vertrauensgrundsatz³²⁹ beispielsweise nicht verlangt werden, dass der Hausherr eine verkehrssicherheitserprobte, unbefestigt auf dem Parkettfußboden liegende Brücke entfernt, damit kein Hausgast auf ihr ausrutscht.³³⁰ Wer einen Privatraum betritt, muss auch damit rechnen, dass die Böden besser gepflegt und glatter sind, als die eines öffentlichen Raumes.³³¹

Der zweite allgemeine Hauptgrund für die Annahme einer deliktischen Gefahrabwendungs-, also einer Verkehrspflicht, liegt in der Übernahme einer Aufgabe.³³² Diese Aufgabe kann auch im Erweis einer Gefälligkeit liegen, was mehrere Rechtsprechungsexempel aus dem Bereich der Kinderbeaufsichtigung belegen.

³²⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1961, Az.: VI ZR 9/61 = VersR 1961, 1119 (1120).

³²⁷ Näher *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 408.

³²⁸ Vgl. *RG*, U. v. 18.10.1934, Az.: VI 165/34 = JW 1935, 273.

³²⁹ Er besagt, dass sich jeder bei der Wahl seines eigenen Sorgfaltsniveaus darauf einstellen darf und muss, dass auch alle übrigen Akteure und insbesondere der später Geschädigte das ihnen Obliegende zur Prävention beitragen, näher *Wagner*, in: MüKo, §§ 705-853, (2004), § 823 Rnr. 251.

³³⁰ Vgl. *RG*, U. v. 18.10.1934, Az.: VI 165/34 = JW 1935, 273.

³³¹ So *OLG Bamberg*, B. v. 02.02.1956, Az.: 2 W 15/56 = VersR 1957, 620 (621).

³³² Näher *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994, S. 408.

So entschied das *OLG Nürnberg*, dass die Überwachungspflicht hinsichtlich eines eingeschlafenen Kleinkindes erst dann eintritt, wenn es wach ist oder wenn mit seinem Aufwachen gerechnet werden muss.³³³ Eine (subjektive) Pflichtwidrigkeit der Klägerin hätte das *Gericht* angenommen, wenn sie die Wohnung verlassen hätte, obwohl die Möglichkeit nahe lag, dass das (*Anm.*: von einer Fensterbank in den Tod gestürzte) Kind während ihrer Abwesenheit aufwachen wird.³³⁴ Dass die Klägerin überdies nicht darauf bedacht gewesen wäre, dass dem Kind in ihrer (fünfzehnminütigen) Abwesenheit nichts zustößt, wenn es wider Erwarten doch erwacht, sah der *Senat* nicht als erwiesen an.

Das *LG Mannheim* urteilte schließlich, dass ein vierjähriges Kind, das nicht schwimmen kann und keine Schwimmflügel angelegt hat, innerhalb eines Freizeitbades nicht - auch nicht für kurze Zeit - unbeaufsichtigt in einer unzureichend gesicherten Spielecke zurückgelassen werden darf, die sich unmittelbar neben dem Schwimmbecken befindet. Die Beklagte hatte aufgrund einer aus einem Gefälligkeitsverhältnis resultierenden Garantenstellung für das Unterlassen einer genügenden Beaufsichtigung ihres Neffen einzustehen.³³⁵

Vergleicht man die aus diesen Situationen resultierenden, deliktsrechtlichen Verkehrspflichten nach Funktion, Herleitung und vor allem Inhalt mit den jeweils auch für absolut geschützte Rechtsgüter denkbaren Schutzpflichten, so lassen sich in wesentlicher Hinsicht Übereinstimmungen feststellen. Das spricht gegen die Befürwortung zusätzlicher Schutzpflichten.

Verkehrspflichten dienen sowohl dazu, die Haftung bei unterlassenen Handlungen zu begründen, als auch dazu, die Haftung bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen zu beschränken.³³⁶ Dagegen sind Schutzpflichten vornehmlich darauf ausgelegt, den Schutz des Gläubigers vor möglichen Schäden, die ihm aus der Durchführung des Schuldverhältnisses an seinen Rechtsgütern erwachsen können, zu gewährleisten.³³⁷ Sie können

³³³ Vgl. *OLG Nürnberg*, U. v. 29.09.1960, Az.: 2 U 29/60 = VersR 1961, 571 (572).

³³⁴ Vgl. *OLG Nürnberg*, U. v. 29.09.1960, Az.: 2 U 29/60 = VersR 1961, 571 (572).

³³⁵ Vgl. *LG Mannheim*, U. v. 28.01.1997, Az.: 2 O 274/96 = VersR 1999, 103.

³³⁶ Vgl. nur *Spindler*, in: Bamberger/Roth, §§ 611-1296, (2008), § 823 Rnr. 225.

³³⁷ Vgl. insoweit etwa *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 10.

sowohl auf ein positives Tun als auch auf ein Unterlassen ausgerichtet sein.³³⁸ Im Bereich der mittelbaren Rechtsgutsverletzungen lassen sich dieselben Unterschiede hinsichtlich des jeweils geschützten Personenkreises feststellen. Bei solchen Rechtsgutsverletzungen liegt der Verletzungserfolg allgemein gesprochen nicht mehr im Rahmen des Handlungsablaufs.³³⁹ Deliktsrechtlich sind Konstellationen erfasst, in denen der Verletzer zunächst nur eine Gefahr geschaffen hat, z. B. durch das Inverkehrbringen eines Produkts ohne ausreichende Warnhinweise. Die „unmittelbare“ Verletzung wird dann erst durch eine weitere Person herbeigeführt.³⁴⁰ Die Justierung der Zurechnung von Rechtsgutsverletzungen ist zwar nicht die originäre Aufgabe von Schutzpflichten. Sie sind a priori auf die Person des Gläubigers zugeschnitten. Ihnen stehen die gegebenenfalls parallel laufenden Verkehrspflichten aber inhaltlich in nichts nach. Das spricht entscheidend gegen die Annahme eines Regelungsbedürfnisses für die erwogenen Schutzpflichten.

Die Ableitung des geforderten Umfangs an Verkehrspflichten hat sich an mehreren, durch Interessenabwägung in ein Gleichgewicht zu bringenden Kriterien zu orientieren. Relevant sind vor allem Gefahreröffnung, Beherrschbarkeit der Gefahren einschließlich der Abwägung zu den Möglichkeiten des Selbstschutzes der Dritten sowie die Vorteilsziehung des Pflichtigen aus bestimmten Aktivitäten, die berechtigten Sicherheitserwartungen der betroffenen Verkehrskreise, die wirtschaftliche Zumutbarkeit für den Pflichtigen, die Vorhersehbarkeit der Risiken, sowie Art und Umfang der drohenden Gefahren und der betroffenen Rechtsgüter.³⁴¹

Die zur Begründung von Schutzpflichten erforderliche, mehrstufige Interessenabwägung dreht sich im Wesentlichen um dieselben Abwägungskriterien.³⁴² Deshalb wird ganz überwiegend mit Recht davon ausgegangen, dass die vertraglichen Schutzpflichten weitgehend den zu § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Verkehrspflichten entsprechen.³⁴³

³³⁸ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 10.

³³⁹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 396.

³⁴⁰ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 397.

³⁴¹ Vgl. nur *Spindler*, in: Bamberger/Roth, §§ 611-1296, (2008), § 823 Rnr. 225.

³⁴² Vgl. nur *Olzen*, in: Staudinger, §§ 241-243, (2005), § 241 Rnr. 487 f. m. w. N.

³⁴³ So zum Beispiel *Olzen*, in: Staudinger, §§ 241-243, (2005), § 241 Rnr. 482; *Sprau*, in: Palandt, (2008), § 823 Rnr. 49; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007), § 241 Rnr. 92. *Kramer*, in: MüKo,

Das erwogene Schutzpflichtbedürfnis lässt sich daher nicht überzeugend begründen.³⁴⁴ Daran ändert es nichts, dass die Rechtsprechung, was die Auswahl aus dem Kreis der Judikate zur Bereichshaftung zeigte, zur Verteilung der deliktsrechtlichen Verantwortung in der räumlichen Privatsphäre neigt. Insoweit ist lediglich das Bemühen feststellbar, die Selbstschutzmöglichkeiten des Gastes im Rahmen der anzustellenden Interessenabwägung angemessen zu berücksichtigen. Es kann nicht davon die Rede sein, dass der Gast in Privaträumen deliktsrechtlich schutzlos gestellt ist.

b) Regelungsbedürfnis mit Rücksicht auf die verschärfte Vertragshaftung

Schließlich ist zu erwägen, ob absolut geschützte Rechtsgüter in privaten Gefälligkeitsverhältnissen mit Rücksicht auf die jedenfalls bereichsweise verschärfte Vertragshaftung durch Schutzpflichten protegirt werden sollten.³⁴⁵ Der Frage wird auf dem Boden des geltenden Deliktsrechts unter den Blickwinkeln der Haftung für den Einsatz von Hilfspersonen (1), des Beweisrechts (2) und der Verjährung (3) nachgegangen.

(1) Haftung für den Einsatz von Hilfspersonen

Nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Als unbefriedigend wird oft S. 2 dieser Vorschrift empfunden, demgemäß die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Bestellung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.³⁴⁶

§§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 91 warnt beim Versuch der Abgrenzung gesetzlicher Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB von den deliktsrechtlichen Verkehrspflichten sogar vor der Judikatur der „Delikthaftung nach vertraglichen Grundsätzen“.

³⁴⁴ A. A. etwa *Hoffmann*, AcP 167 (1967) 394 (401).

³⁴⁵ Dafür etwa *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 132 f.

³⁴⁶ Vgl. zur Kritik an dieser Möglichkeit eines Entlastungsbeweises statt aller *Schlechtriem*, Gutachten, 1981, 1591 (1616).

Die Protokollkommission billigte in Konsequenz ihres insbesondere zu § 710 S. 2 des Entwurfs (= § 832 S. 2 BGB) gefassten Beschlusses auch im Bereich des heutigen § 831 Abs. 1 S. 2 BGB eine Umkehrung der Beweislast.³⁴⁷ Zu § 710 des Entwurfs wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass es jedenfalls zweckmäßiger erscheint, von dem Aufsichtspflichtigen, der leicht im Stande ist, die Gründe seines Verhaltens darzulegen, die Erbringung des Entlastungsbeweises zu fordern, als von dem Beschädigten die Herbeischaffung der belastenden Momente. Außerdem wurde die Auffassung vertreten, dass es dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht, die auch dem Beschädigten gegenüber besteht, entspricht, dass der Aufsichtspflichtige über das, was er zur Erfüllung seiner Verpflichtung getan hat, Rechenschaft ablegen muss.³⁴⁸ Bei § 831 BGB wurde der weitergehende Gedanke, dass derjenige, der die Vorteile eines Unternehmens genießt, auch für die Schäden, welche für Dritte daraus entstehen, aufzukommen hat, im Wesentlichen mit Rücksicht auf Zweifel daran verworfen, ob manche schonungsbedürftige industrielle Zweige sowie die kleine Landwirtschaft eine so schwere Last ertragen könnten. Es herrschte die Auffassung vor, dass der kleine Unternehmer von den ihm zu Gebote stehenden Versicherungsmöglichkeiten erfahrungsgemäß nur selten Gebrauch macht.³⁴⁹ Infolge der Umkehrung der Beweislast hielt man die Lage des Beschädigten im Vergleich zum Entwurf für erheblich verbessert und die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für richtig bemessen.³⁵⁰

Demgegenüber bestimmt § 278 S. 1 BGB, dass der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Vom Standpunkt der Motive aus gesehen lässt sich mit Recht für den heutigen Verkehr sagen, dass der Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folglich auch auf eigene Gefahr handelt.³⁵¹ In seiner Eigenschaft als Schuldner, der zur Leistung verpflichtet ist, soll er sich der Verantwortung nach Maßgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnis zu beobachtenden Diligenz für diejenigen nicht entschlagen können, welche er bei den ihm dem

³⁴⁷ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 1091.

³⁴⁸ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 1090.

³⁴⁹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 1094.

³⁵⁰ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 1094/1095.

³⁵¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 16.

Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht. Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der Rechtsverkehr aus Sicht der Motive in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist.³⁵²

Gegen die amtliche Begründung des § 831 BGB lässt sich einwenden, dass die insoweit angestellten Überlegungen zur Beweislastumkehr im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht konsequent umgesetzt worden sind. Das spricht aber noch nicht dafür, die Anwendung des § 278 BGB in privaten Gefälligkeitsverhältnissen zu befürworten. Dass dies den grundsätzlich zu berücksichtigenden Wertungen des historischen Gesetzgebers zuwiderliefe,³⁵³ lässt sich aus seiner Ablehnung einer Garantiehafung für Verrichtungsgehilfen erschließen. Sie hat ihn nicht einmal als Korrelat zur Möglichkeit, aus einem Unternehmen Vorteile zu ziehen, überzeugt. Vor allem sind die Regelungsgedanken des § 278 BGB nicht auf private Gefälligkeitsverhältnisse übertragbar. Der Gefällige schuldet seine Tätigkeit eben nicht. Infolgedessen fehlt seinerseits jeder Anhaltspunkt für die Annahme eines Garantieverprechens, das nach der Konzeption des Gesetzgebers die innere Rechtfertigung für diese Garantiehafung bietet. Die Idee, mit dem Ziel der Anwendbarkeit des § 278 BGB für Schutzpflichten in den untersuchten Beziehungen einzutreten, überzeugt daher nicht.³⁵⁴

(2) Beweisrecht

Im vertraglichen und im deliktsrechtlichen Bereich gelten unterschiedliche beweisrechtliche Regeln für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Partiiell sind auf beiden Gebieten sowohl Beweiserleichterungen³⁵⁵ als auch Umkehrungen der Be-

³⁵² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 16.

³⁵³ Einen weitergehenden Vorrang der historischen, „subjektiven“ Auslegungslehre vertritt etwa *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, 1977, S. 360.

³⁵⁴ Vgl. zur allgemeinen Kritik an einer außervertraglichen Garantiehafung für weisungsgebundene Gehilfen etwa *Schlechtriem*, Gutachten, 1981, 1591 (1617).

³⁵⁵ Nach *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, 1996, S. 153 ist der Begriff „Beweiserleichterung“ nicht fest umrissen. Das Wort deutet ihm zufolge darauf hin, dass es sich um ein Minus gegenüber dem üblicherweise zu führenden Beweis handelt. Dem ist semantisch nichts entgegenzusetzen. Deshalb wird dieser Terminologie gefolgt.

weislast³⁵⁶ anerkannt. Falls der Benefiziar beweisrechtlich im Rahmen der einschlägigen deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 823 Abs. 1 BGB, unerträglich schlechter gestellt wäre, als er bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung stünde, könnte man aufgrund dieser Wertung die Anerkennung von Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter in privaten Gefälligkeitsverhältnissen erwägen.³⁵⁷ Ob eine solche Schlechterstellung vorliegt, ist durch eine auf die Ebenen der Pflichtverletzung, der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden und des Verschuldens beschränkte, beweisrechtliche Vergleichsbetrachtung von Schutzpflicht- und Deliktshaftung zu ermitteln.

Geht man vom sogenannten Normensystem *Rosenbergs* aus, so gilt der prinzipielle Satz: Jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu behaupten und zu beweisen.³⁵⁸ Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Schutzpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) kommen dem Gläubiger davon ausgehend mehrere beweisrechtliche Erleichterungen zugute.

Grundsätzlich muss der Gläubiger das Vorliegen einer Schutzpflichtverletzung beweisen. Ausnahmen sind nach dem Gedanken der Beweislastverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen anerkannt. Steht fest - insoweit Beweislast beim Gläubiger - dass nur eine Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich des Schuldners in Betracht kommt, muss jener sich insbesondere hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit entlasten.³⁵⁹ Diese Beweislastverteilung kommt praktisch etwa bei Mietverhältnissen über Wohnraum zum Tragen.³⁶⁰

³⁵⁶ *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, 1996, S. 265 zufolge wird mit Beweislastumkehr regelmäßig eine Situation bezeichnet, bei der der Richter eine Beweislastverteilung abweichend von der gesetzlichen Ausgangslage vornimmt, sei es im Einzelfall oder durch ständige Rechtsprechung. Es ist umstritten, ob gesetzliche Abweichungen von der Beweislastverteilung nach der Grundregel unter den Begriff der Beweislastumkehr fallen, vgl. *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, 1996, S. 265. Davon wird im Folgenden abgesehen, weil kein zwingender Grund für eine nach dem Urheber der Abweichung differenzierende Terminologie erkennbar ist.

³⁵⁷ Vgl. zu diesem Maßstab allgemein *Foerste*, in: Musielak, ZPO, (2007), § 286 Rnr. 37.

³⁵⁸ Vgl. *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, 1996, S. 110.

³⁵⁹ Vgl. *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, (2007), Vorbem. § 284 Rnr. 26 m. w. N. BT - Drucks. 14/6040, S. 136 I. Sp. spricht insoweit von „Sphärentheorie“.

³⁶⁰ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 280 Rnr. 37.

Im Regelfall muss auch die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB einschränkungslos vom Gläubiger bewiesen werden. Wer aber vertragliche oder vorvertragliche Beratungs- oder Aufklärungspflichten verletzt hat, ist beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre. Es besteht die Vermutung, dass sich der Geschädigte „aufklärungsrichtig“ verhalten hätte.³⁶¹

Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB gilt der in Satz 1 der Norm angelegte Schadensersatzanspruch nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Durch diese Beweislastumkehr sollte die Rechtsprechung zu § 282 BGB a. F., welche die Norm auf eine Vielzahl weiterer Leistungsstörungen übertrug, aufgegriffen, mithin zum Prinzip erhoben werden.³⁶²

Doch auch im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB sind beweisrechtliche Erleichterungen anerkannt, die sich günstig für den anlässlich einer privaten Gefälligkeit Geschädigten auswirken können.

Nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* ist der Beweis des ersten Anscheins auch bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten geboten, die wie Schutzgesetze und Unfallverhütungsvorschriften typischen Gefährdungen entgegenwirken sollen, wenn sich in dem Schadensfall gerade diejenige Gefahr verwirklicht, der durch die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten begegnet werden soll.³⁶³

Der Kausalitätsanscheinsbeweis, der sowohl für den Schluss auf die Ursächlichkeit eines fehlerhaften Verhaltens für den eingetretenen Schaden als auch für den Rückwärtschluss von bestimmten Schädigungsmerkmalen auf eine typische Ursache in Betracht kommt, kann zur Lösung jedes Haftungsproblems, also auch eines Problems delikt-rechtlicher Natur, nützlich sein.³⁶⁴

³⁶¹ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 280 Rnr. 39 m. w. N. dafür, dass diese Vermutung auch für konkurrierende deliktische Ansprüche gilt.

³⁶² So BT - Drucks. 14/6040, S. 136 r. Sp.

³⁶³ Vgl. nur *BGH*, U. v. 14.12.1993, Az.: VI ZR 271/92 = NJW 1994, 945 (946).

³⁶⁴ Vgl. *Baumgärtel*, Beweislastpraxis, 1996, S. 170.

Steht eine objektive Verkehrspflichtverletzung fest, so ist in der Judikatur außerdem anerkannt, dass sich der zu ihrer Einhaltung Verpflichtete nur in Ausnahmefällen darauf berufen kann, nicht schuldhaft gehandelt zu haben.³⁶⁵

Schon dieser knappe vergleichende Überblick zeigt, dass der Benefiziar im Bereich des Deliktsrechts nicht so schlecht gestellt ist, dass seine Position aus beweisrechtlicher Sicht zur Befürwortung von Schutzpflichten dränge.

Da oft ein anderer Eindruck erweckt wird, ist darauf hinzuweisen, dass die Beweislastverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen auf keinem in sich geschlossenen Konzept beruht, sondern vertragspezifisch gehandhabt wird.³⁶⁶ Das steht einer generellen Besserstellung des Benefiziars insoweit von vornherein entgegen. Die Möglichkeit von Anscheinsbeweisen ist auf sämtlichen beweisrechtlich relevanten Ebenen des allgemeinen Deliktsrechts anerkannt. Schon deshalb lässt sich nicht überzeugend begründen, dass der Benefiziar im Rahmen privater Gefälligkeitsverhältnisse hinsichtlich der Geltendmachung etwaiger deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche einer unerträglichen beweisrechtlichen Situation ausgeliefert ist.³⁶⁷ Neuerdings wird sogar vertreten, dass die Regelung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Bereich der Gefälligkeitsverträge zu Wertungswidersprüchen führt³⁶⁸ und infolgedessen teleologisch zu reduzieren ist.³⁶⁹ Daraus kann allerdings nur ein weiteres Argument gegen eine Extension dieser Vorschrift auf private Gefälligkeitsverhältnisse ableiten, wer das Vertragsband entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht für ein entscheidendes Differenzierungskriterium für die haftungsrechtliche Behandlung von verbindlich und unverbindlich Gefälligem hält.

Schließlich sind die Erwägungen des historischen Gesetzgebers zum deliktsrechtlichen Beweisrecht gegen die beweisrechtlich motivierte Anerkennung von Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen anzuführen. Über die verschuldensbezogene Be-

³⁶⁵ Vgl. nur *BGH*, U. v. 31.05.1994, Az.: VI ZR 233/93 = *NJW* 1994, 2232 (2233).

³⁶⁶ So auch *Keilmann*, *Dem Gefälligen zur Last*, 2006, S. 51.

³⁶⁷ Vgl. zu den hohen Anforderungen an die Entkräftung eines Anscheinsbeweises grundlegend *BGH*, U. v. 18.12.1952, Az.: VI ZR 54/52 = *BGHZ* 8, 239.

³⁶⁸ Näher *Keilmann*, *Dem Gefälligen zur Last*, 2006, S. 167 f.

³⁶⁹ So ebenfalls *Keilmann*, *Dem Gefälligen zur Last*, 2006, S. 220 f.

weislast wurden bewusst keine besonderen Vorschriften aufgestellt.³⁷⁰ Man sah es als bedenklich an, demjenigen, der den Schaden verursacht hat, den Beweis aufzuerlegen, dass ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. In Anbetracht der vorliegenden Erfahrungen und mit Rücksicht auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung wurde kein Bedürfnis für besondere Bestimmungen gesehen.³⁷¹

Daher ist auch unter dem Blickwinkel des Beweisrechts kein Regelungsbedürfnis für Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter in privaten Gefälligkeitsverhältnissen erkennbar.

(3) Verjährung

Der bei der Untersuchung der vertraglichen Schutzpflichtbegründungen bereits vorgestellte Beispielsfall des *OLG Karlsruhe* zeigt, dass die kurze Verjährungsfrist für deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche früher unausgesprochen eine wesentliche Triebfeder zur Befürwortung von Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis war.³⁷² Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde das Verjährungsrecht umfassend geändert. Die einstmals bekämpften Brüche zwischen vertraglichen und deliktsrechtlichen Verjährungsfristen sind, was sich aus den folgenden Darlegungen ergibt, beseitigt.

Vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes betrug die regelmäßige Verjährungsfrist dreißig Jahre. Sie ist heute auf drei Jahre abgekürzt (§ 195 BGB). Für deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche galt einst § 852 BGB a. F. als besondere Verjährungsvorschrift. Nach deren Absatz 1 verjährte der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangte, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde diese Vorschrift gestri-

³⁷⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 407.

³⁷¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 407.

³⁷² Vgl. *OLG Karlsruhe*, U. v. 27.07.1961, Az.: 4 U 28/60 = NJW 1961, 1866.

chen. Nun gilt auch für Schadensersatzansprüche aus Deliktsrecht die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB.³⁷³

Die Neuregelung des Verjährungsbeginns wurde an § 852 BGB a. F. angelehnt und zum allgemeinen Prinzip für alle der Verjährung unterliegenden Ansprüche erhoben.³⁷⁴ Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an (§ 199 Abs. 2 BGB). Gemäß § 199 Abs. 3 S. 1 BGB verjähren sonstige Schadensersatzansprüche 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist (§ 199 Abs. 3 S. 2 BGB).

Das zeigt, dass die Verjährung von vertraglichen und deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter mittlerweile einheitlich ausgestaltet ist. Das verjährungsrechtliche Argument zur Schutzpflichtanerkennung ist daher gegenstandslos geworden.

3. Zusammenfassung

Es erscheint auch de lege ferenda nicht angebracht, für Schutzpflichten in privaten Gefälligkeitsverhältnissen einzutreten. Die Anerkennung vermögensbezogener Schutzpflichten würde zu schweren Wertungswidersprüchen führen und das differenzierte Schutzkonzept, das § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB für bestimmte Gefälligkeitsverhältnisse

³⁷³ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 195 Rnr. 4.

³⁷⁴ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 96 r. Sp; S. 104 r. Sp; S. 105 l. Sp; S. 107 r. Sp; S. 108 l. Sp; S. 109.

enthält, zerstören. Es ist auch kein Regelungsbedürfnis für Schutzpflichten zugunsten absolut geschützter Rechtsgüter ersichtlich. Rein haftungstatbestandlich gesehen bieten dem Benefiziar insbesondere die Verkehrspflichten ausreichend Schutz. Schutzpflichten sind auch nicht mit dem Ziel einer gegenüber dem Deliktsrecht nur noch partiell verschärften Vertragshaftung anzuerkennen. Die Komparation der Haftung für Hilfspersonen hat vor allem gezeigt, dass die ratio legis des § 278 BGB der Applikation dieser Vorschrift auf private Gefälligkeitsverhältnisse entgegensteht. Das deliktsrechtliche Beweisrecht rechtfertigt auch kein Schutzpflichtbedürfnis im vorstehenden Sinn. Die Möglichkeit des Anscheinsbeweises bietet dem Benefiziar ausreichend Schutz. Ein Schutzpflichtbedürfnis besteht auch nicht aus verjährungsrechtlicher Sicht. Die Verjährung der zu vergleichenden Schadensersatzansprüche ist mittlerweile einheitlich ausgestaltet.

2.Kapitel Privilegien und Privilegierungen

Wer uneigennützig handelt, genießt im Zivilrecht in verschiedener Hinsicht eine Sonderstellung. Die gesetzlichen Privilegien³⁷⁵ des Uneigennützigen (A.) sind von den Privilegierungen zu unterscheiden, welche die Rechtsprechung für ihn entwickelt hat (B.). Privilegien und Privilegierungen werden im Rahmen der anschließenden Ausführungen soweit möglich durch vergleichende Bezugnahmen auf die in der jeweiligen Regelungshinsicht allgemein geltenden Normen verdeutlicht.

A. Privilegien

Nachfolgend werden die Privilegien untersucht, die das Gesetz bei uneigennützigem Verhalten in den Bereichen der Gefälligkeitsverträge (I.) und der gesetzlichen Geschäftsführungsverhältnisse (II.) gewährt.

I. Gefälligkeitsverträge

Innerhalb der Vorschriften über die Gefälligkeitsverträge lassen sich drei verschiedene Regelungsbereiche unterscheiden, in denen Sonderregeln zugunsten des Uneigennützigen gelten. Es handelt sich um die Bereiche der Lösbarkeit von Gefälligkeitsverträgen (1.), der allgemeinen Haftungsprivilegien (2.) und der Mängelhaftung (3.).

1. Lösbarkeit

Der Schenker kann von seinem Versprechen wesentlich leichter Abstand nehmen, als ein Verkäufer, der entgeltlich, mithin eigennützig handelt.³⁷⁶ Er unterliegt aber einer stärkeren Pflichtenbindung als der Verleiher und der Beauftragte.

³⁷⁵ Unter einem Privileg wird entsprechend der Definition im Duden, Band 1, 2006, S. 808 ein Sonderrecht verstanden.

³⁷⁶ Fischer, Unentgeltlichkeit, 2002, S. 83 führt die vergleichsweise abgemilderten Rechtspflichten des Schenkers unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers auf den animus donandi des Schenkers zurück. Die in den folgenden Darlegungen enthaltene Analyse der Gesetzesmaterialien wird ergeben, dass diese These mangels hinreichender Differenziertheit nicht überzeugungskräftig ist.

Trotz anfänglich schwerer Bedenken gegen das *beneficium competentiae* hat sich der historische Gesetzgeber für die exzeptionelle Regelung der Einrede des Notbedarfs nach § 519 BGB entschieden.³⁷⁷ Sie korrespondiert mit der Möglichkeit der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB), die tatbestandlich kumulativ Schenkungsvollzug und Notbedarf voraussetzt.³⁷⁸ Man erwog, dass der Beschenkte gegen den Anstand und die guten Sitten verstieße, wenn er vom Schenker Erfüllung forderte, soweit diese den Schenker außer Stande setzte, seinen Unterhalt und den Unterhalt derjenigen, welchen er ihn zu leisten gesetzlich verpflichtet ist, zu decken.³⁷⁹

Vergleichbare Regelungen gibt es im Kaufrecht nicht. Das gilt auch hinsichtlich der Regeln über den Widerruf der Schenkung (§§ 530 ff. BGB). Nach den Motiven sollte sich der Gesetzgeber insoweit gegenüber den im heutigen Rechtsbewusstsein wurzelnden Geboten der Ethik nicht indifferent verhalten.³⁸⁰ Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden (§ 531 Abs. 2 BGB). Die Auslegungsregel zur Annahme des Erlöschens eines Rentenversprechens (§ 520 BGB) ist ebenfalls im Zusammenhang der erleichterten Lösbarkeit der Schenkung zu sehen. Sie sollte zur Verhinderung großer Härten dienen.³⁸¹

Die Fälle, in denen eine Rückgabepflicht des Entleihers gegenüber dem Verleiher besteht, sind in § 604 BGB geregelt. Die in § 604 Abs. 1 BGB enthaltene Klarstellung, dass der Entleiher verpflichtet ist, die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben, findet ihr allgemeines mietrechtliches Pendant in §§ 546 Abs. 1, 542 Abs. 2 BGB. Der Rückgabeanspruch wegen (möglicher) vertragszweckgemäßer Gebrauchmachung von der Leihsache (§ 604 Abs. 2 BGB) ist dagegen eine Besonderheit im Recht der Leihe. Der historische Gesetzgeber sah diese Regelung zwar als angemessen, aber nicht als selbstverständlich an und wollte deshalb nicht auf

³⁷⁷ *Mugdan*, Motive II, S. 165: „Schon bei Berathung der CPO ist anerkannt worden, daß es eine bedenkliche Rechtsinstitution ist, welche in der Praxis zu großen Weitläufigkeiten und Verwickelungen führt, mit den allgemeinen Grundsätzen sich wenig verträgt, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren hat. Die Rechtswohltat kann unter Umständen zu großen Härten und Unbilligkeiten dem Beschenkten gegenüber führen“.

³⁷⁸ Vgl. nur *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 528 Rnr. 5.

³⁷⁹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 747.

³⁸⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 168.

³⁸¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 165.

sie verzichten.³⁸² Der verhaltene Rückforderungsanspruch nach § 604 Abs. 3 BGB rechtfertigte sich aus seiner Sicht aus der Natur der Sache, weil der Entleiher in diesem Fall aus dem Vertragsinhalt kein die Zeit der Zurückforderung beschränkendes Recht für sich ableiten kann.³⁸³ Es war nie vorgesehen, dieses Rechtsverhältnis im Anschluss an das gemeine Recht als precarium zu behandeln. Bewusst wurde weder im Fall des § 604 Abs. 2 BGB noch im Fall des § 604 Abs. 3 BGB die Entstehung des Rückforderungsrechts von einer vorgängigen Kündigung durch den Verleiher abhängig gemacht.³⁸⁴ Man war der Auffassung, dass eine solche Kündigung nur von geringer praktischer Bedeutung wäre. Die Ausübung des Rückforderungsrechts sollte die Aufforderung oder Kündigung außerdem notwendig in sich schließen.³⁸⁵ In § 605 BGB sind drei Fälle des außerordentlichen Kündigungsrechts des Verleihers geregelt.³⁸⁶ § 605 Nr. 1 und 3 BGB gehen über die vergleichbaren, mietrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten hinaus. Dass der Verleiher die Leihe kündigen kann, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf, beruht auf Billigkeitsrücksichten und rechtfertigt sich durch die Natur der Gebrauchsleihe als einer Gefälligkeit.³⁸⁷ Dass der Verleiher die Leihe kündigen kann, wenn der Entleiher stirbt, ist gleichfalls eine Besonderheit im Recht der Leihe, die als Kompromiss zu verstehen ist. Angesichts der Fälle, in denen es hart erscheinen würde, den Erben des Entleihers jedes Gebrauchsrecht zu versagen, entschied sich der historische Gesetzgeber gegen die Möglichkeit der Beendigung der Leihe durch den Tod des Entleihers.³⁸⁸

Der Beauftragte unterliegt noch geringeren Pflichtenbindungen. Denn nach § 671 Abs. 1 BGB kann der Auftrag von ihm jederzeit gekündigt werden. Das Kündigungsrecht des Beauftragten wurde jedoch nicht wie das Widerrufsrecht des Auftraggebers als

³⁸² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 251.

³⁸³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 251.

³⁸⁴ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252.

³⁸⁵ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252.

³⁸⁶ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 605 Rnr. 2.

³⁸⁷ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252. Demgegenüber ist etwa die ordentliche Kündigung des Vermieters von Wohnraum nach § 573 BGB grundsätzlich an dessen berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses geknüpft.

³⁸⁸ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252. Insbesondere bei Mietverhältnissen über Wohnraum ist für den Fall des Todes des Mieters kein schrankenloses Kündigungsrecht des Vermieters vorgesehen. § 563 Abs. 4 BGB setzt für dessen Kündigung einen wichtigen Grund in der Person des Eingetretenen voraus. § 564 S. 2 BGB bindet die Kündigung nach Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem Erben des Mieters einerseits an eine Erklärungs-, andererseits an eine Wirksamkeitsfrist. Diesem Vorbild folgt auch § 580 BGB, der für Mietverhältnisse über andere Sachen gilt.

im Wesen des Mandates begründet angesehen. Ihm wurde ursprünglich trotz an sich als bestreitbar erachteter Angemessenheit lediglich ein positiver und deshalb beizubehaltender Charakter bescheinigt.³⁸⁹ Im Unterschied zu Schenkung und Leihe erlischt der Auftrag im Zweifel durch den Tod des Beauftragten (§ 673 S. 1 BGB). Diese Dispositivregel beruht auf dem Vertrauen des Auftraggebers zum Beauftragten.³⁹⁰ Beim Vergleich mit der entgeltlichen Geschäftsbesorgung wird das Privileg des Beauftragten in Gestalt des jederzeitigen Kündigungsrechts klar: in § 675 Abs. 1 BGB wird vorbehaltlich des vertraglichen Rechts des Verpflichteten, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, lediglich die Vorschrift des § 671 Abs. 2 BGB zur entsprechenden Anwendung berufen. Einen Dienstvertrag kann der Dienstverpflichtete im Regelfall nur nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 BGB kündigen (§ 620 Abs. 2 BGB). Beim Werkvertrag ist es dem Unternehmer im Grundsatz nur möglich, bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers unter den Voraussetzungen des § 643 BGB zu kündigen.³⁹¹ Diesen Einschränkungen unterliegen von Gesetzes wegen auch die Geschäftsbesorgungsvarianten dieser Vertragstypen.

Der unentgeltlich handelnde Verwahrer ist dagegen, was die Lösbarkeit seiner Verpflichtungen anbelangt, *prima vista* nicht privilegiert.³⁹² Die in § 696 S. 1 und S. 2 BGB normierten Rücknahmeansprüche sind auch für den Fall der entgeltlichen Verwahrung vorgesehen. Das Verlangen des Verwahrers, die Sache zurückzunehmen sollte genauso wenig wie die Rückforderung des Hinterlegers zur sofortigen Beendigung des kontraktischen Verhältnisses führen. Dem historischen Gesetzgeber war daran gelegen, dass der Verwahrer insbesondere bis zur *mora accipiendi* seine kontraktischen Pflichten voll behält.³⁹³

2. Allgemeine Haftungsprivilegien

Der Schuldner hat nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen In-

³⁸⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 305.

³⁹⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 307.

³⁹¹ Vgl. zu weiteren Auflösungsrechten seinerseits etwa *Sprau*, in: Palandt, (2008), § 643 Rnr. 1.

³⁹² Näher zu seiner durch systematische Konkretisierung zu gewinnenden Privilegierung unten 3. Kapitel B. I. 2. a).

³⁹³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 326.

halt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Fahrlässig handelt nach § 276 Abs. 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Bei der Schenkung, der Leihe und der unentgeltlichen Verwahrung ist eine mildere Haftung zugunsten des Uneigennütigen bestimmt.³⁹⁴

Gemäß § 521 BGB hat der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Den Motiven zufolge entsprach diese Vorschrift hinsichtlich der Haftungsbeschränkung in Ansehung der Erfüllung dem geltenden Recht.³⁹⁵ Die Protokollkommission genehmigte später einen Abänderungsantrag zum heutigen § 521 BGB, nach dem der Schenker in bestimmten Fällen, in denen es sich an sich nicht um die Haftung wegen Nichterfüllung handelte, nicht für jede, sondern nur für grobe Fahrlässigkeit haften sollte, weil man davon ausging, dass der beantragte Zusatz dem Sinn der Vorschrift des Entwurfs entspricht.³⁹⁶

Nach § 599 BGB hat der Verleiher ebenfalls nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Vom Standpunkt der Motive aus ist diese Ausnahmebestimmung vor allem deshalb angemessen, weil sie dem Wesen der Gebrauchsleihe entspricht und nach § 521 BGB auch der Schenker wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen dem Beschenkten nur dann haftet, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.³⁹⁷

Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, § 690 BGB. Diese Vorschrift hat eine bewegte und zugleich aufschlussreiche Entstehungsgeschichte.³⁹⁸ Aus Sicht der Motive sollte der Verwahrer, abgesehen von besonderer Vereinbarung, in allen Fällen jede Fahrlässigkeit zu vertreten haben.³⁹⁹ Man war der Meinung, dass derjenige, der heute sein Gut einem anderen anvertraut, auch erwar-

³⁹⁴ Vgl. zu einer rechtshistorisch begründeten Kritik an diesen Haftungsprivilegien *Harke*, *Freigiebigkeit*, 2006, S. 89.

³⁹⁵ Vgl. *Mugdan*, *Motive II*, S. 164.

³⁹⁶ Vgl. *Mugdan*, *Protokolle II*, S. 747.

³⁹⁷ Vgl. *Mugdan*, *Motive II*, S. 249.

³⁹⁸ *Hoffmann*, *AcP* 167 (1967), 394 (405/406) bewertet dieses Haftungsprivileg hingegen als Zufallsprodukt.

³⁹⁹ Vgl. *Mugdan*, *Motive II*, S. 320.

tet, dass sich dieser nicht nur passiv verhält, sondern bei der Aufbewahrung eine gewisse Sorgfalt anwendet. Das sollte, erläutert am Beispiel der Anvertrauung wertvollen Guts, nicht nur eine solche sein, deren Verletzung den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründet.⁴⁰⁰ Man erwog gleichwohl, die Pflicht des unentgeltlichen Verwahrers auf die Beobachtung der Sorgfalt zu beschränken, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, legte aber auf die Unentgeltlichkeit der Aufbewahrung oder den Umstand eines Gefälligkeitserweises ausdrücklich kein entscheidendes Gewicht.⁴⁰¹ Es wurde darauf hingewiesen, dass die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung bei der Bestimmung der Haftung des Schuldners prinzipiell als nicht maßgebend verworfen wurde. Gegen ein Haftungsprivileg des unentgeltlichen Verwahrers wurden auch Abgrenzungsschwierigkeiten zum Auftrag angeführt.⁴⁰² Durch Festhalten an der Regel (§ 224 des Entwurfs = § 276 Abs. 1 S. 1 BGB) sollten schließlich Rechtssicherheit gewonnen und Wertungswidersprüche zum Auftragsrecht vermieden werden.⁴⁰³

Die Protokollkommission war hingegen der Meinung, dass es der Lebensauffassung und der Billigkeit entspricht, bei der unentgeltlichen Aufbewahrung den Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt haften zu lassen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.⁴⁰⁴ Auch sie sah die Gefahr eines Wertungswiderspruchs zum Auftragsrecht.⁴⁰⁵ Der eine Ungleichbehandlung rechtfertigende, sachliche Unterschied wurde darin gesehen, dass sich der Beauftragte direkt zu einer Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers verpflichtet, während der unentgeltliche Verwahrer nur eine Sache in Obhut nehmen soll.⁴⁰⁶

3. Mängelhaftung

Im Vergleich zu den jeweiligen entgeltlichen Vertragstypen ist die Mängelhaftung bei Schenkung und Leihe für den Uneigennützigen besonders günstig ausgestaltet.

⁴⁰⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320.

⁴⁰¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320.

⁴⁰² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320.

⁴⁰³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320.

⁴⁰⁴ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 968/969.

⁴⁰⁵ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 969.

⁴⁰⁶ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 969. Insoweit dezidiert kritisch *Harke*, Freigiebigkeit, 2006, S. 91.

Zur Haftung für Rechtsmängel äußert sich im Schenkungsrecht § 523 BGB. Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Recht, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (Abs. 1). Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte § 523 Abs. 2 S. 1 BGB zufolge wegen eines Mangels im Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerb der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Gemäß § 523 Abs. 2 S. 2 BGB finden die für die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1 und der §§ 435, 436, 444, 452, 453 entsprechende Anwendung.⁴⁰⁷

Während die Motive bei der Rechtsmängelhaftung noch zwischen der Schenkung einer Gattungs- und einer Speziessache unterschieden,⁴⁰⁸ hielt es die Mehrheit der Protokollkommission für geboten, die Fälle, in denen die Zuwendung dem eigenen Vermögensbestand des Schenkers entnommen werden soll und die Fälle, in denen ein vom Schenker erst zu erwerbender Gegenstand versprochen wurde, zu trennen und unterschiedlich zu beurteilen.⁴⁰⁹ Hinsichtlich des ersten Falls war man sich einig, dass der Schenker wegen eines Rechtsmangels nur dann haftbar gemacht werden soll, wenn er den Mangel arglistig verschwieg. Der Schenker wolle sich nur verpflichten, die Sache so zu gewähren, wie er sie selbst habe.⁴¹⁰ Konsequentermaßen entschied man sich, insoweit die Haftung des Schenkers auf das negative Vertragsinteresse zu beschränken. Einer anderen Beurteilung sollte der Fall unterliegen, dass der Schenker den Gegenstand, welchen er dem Beschenkten zu gewähren hat, erst erwerben soll. Da dieser Erwerb im Interesse des Beschenkten erfolgt, herrschte die Auffassung vor, dass der Schenker insoweit nicht ganz sorglos zu Werke gehen darf.⁴¹¹ Wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Einlassung mit einem Nichtberechtigten soll der Schenker gegebenenfalls wegen Nichterfüllung haften.⁴¹²

⁴⁰⁷ Vgl. zum Beleg der Misslungenheit dieser Verweisungskette unten 3. Kapitel B. I. 2. b).

⁴⁰⁸ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 164.

⁴⁰⁹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750.

⁴¹⁰ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750.

⁴¹¹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750.

⁴¹² Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750.

Hingegen hat der Verkäufer dem Käufer die Sache (oder das Recht, vgl. § 453 Abs. 1 BGB) ausnahmslos frei von Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). Im Fall der objektiven Verletzung dieser Pflicht kann der Käufer nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ohne Rücksicht auf die Herkunft der Sache grundsätzlich zunächst Nacherfüllung verlangen, bevor es ihm möglich ist bei Verschulden, das dem Verkäufer noch zwischen Erwerb und Verschaffung der Sache schadet, Schadensersatz statt der Leistung zu liquidieren. Diese Rechtsbehelfe befriedigen das Äquivalenzinteresse. Falls das Integritätsinteresse des Käufers durch einen Rechtsmangel betroffen ist, steht ihm nach Gefahrübergang bei jedem Verschulden des Verkäufers Schadensersatz neben der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 2, 437 Nr. 3 BGB zu.⁴¹³ Der Verkäufer ist bei arglistigem Verschweigen eines Rechtsmangels schließlich trotz Gefahrübergangs zusätzlich der Haftung aus culpa in contrahendo ausgesetzt.⁴¹⁴

Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er nach § 524 Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerb der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, dass ihm anstelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird (§ 524 Abs. 2 S. 1 BGB). Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte nach Satz 2 dieser Vorschrift statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. § 524 Abs. 2 S. 3 BGB beruft für diese Ansprüche die Vorschriften zur Sachmangelgewährleistung beim Kauf zur Anwendung. Aus dem Umkehrschluss aus § 524 Abs. 2 S. 1 BGB folgt, dass sich die Sachmängelhaftung des Schenkers auch für eine erst noch zu erwerbende Speziessache auf den Ersatz des Vertrauensschadens nach § 524 Abs. 1 BGB beschränkt.

⁴¹³ Vgl. zu dieser schadensersatzrechtlichen Kategorie allgemein *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 280 Rnr. 18.

⁴¹⁴ Vgl. zur gegenwärtig verjährungsrechtlich relevanten Abgrenzungproblematik *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 437 Rnr. 51 b.

Die Motive sind zum Verständnis dieser Vorschriften wenig aufschlussreich. Die Bestimmung, dass der Schenker dem Beschenkten wegen eines Mangels der verschenkten Sache außer im Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht haftet, wurde als geltendes Recht bezeichnet.⁴¹⁵ In den Protokollen wurde ausgeführt, dass der heutige § 524 Abs. 2 S. 1 BGB den Zweck hat, die Haftpflicht des Schenkers mit der des Käufers in Einklang zu bringen.⁴¹⁶ Der Satz 2 des Absatzes 2 soll dem Beschenkten neben dem Absatz 1 der Vorschrift das Recht geben, im Falle dolosen Verhaltens des Schenkers Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, während sich der Absatz 1 nur auf das negative Interesse bezieht.⁴¹⁷

Bei der Erläuterung der Rechtsmängelhaftung wurde schon darauf hingewiesen, dass der Verkäufer trotz Gefahrübergangs wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels aus culpa in contrahendo haften kann. Bei der Sachmängelhaftung verhält es sich genauso.⁴¹⁸ Dem Verkäufer obliegt außerdem die Pflicht zur sachmangelfreien Leistung, an deren Verletzung sich primär der Nacherfüllungsanspruch des Käufers anschließt. Von diesen Standards weicht das Schenkungsrecht, wie gesehen, zugunsten des Schenkers ab.

Für den Verleiher ist die Mängelhaftung noch günstiger ausgestaltet. Verschweigt er arglistig einen Mangel im Recht oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er nach § 600 BGB verpflichtet, dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist er insoweit nicht ausgesetzt.⁴¹⁹ Die Motive äußern sich zu § 600 BGB nur knapp dahingehend, dass sich diese Bestimmungen durch die Verwandtschaft der Leihe mit der Schenkung rechtfertigen.⁴²⁰ Dem Einwand, dass der Verleiher haften muss, wenn er zum Beispiel ein Pferd, von dem er weiß, dass es krank ist, verleiht ohne dem Entleiher von der Krankheit Mitteilung zu machen und dadurch in grob fahrlässiger Weise eine Erkrankung von anderen Pferden des Entleihers veranlasst, entgegnete die Protokollkommission, dass diesem

⁴¹⁵ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 164/165.

⁴¹⁶ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 751.

⁴¹⁷ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 751/752.

⁴¹⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 437 Rnr. 51 b.

⁴¹⁹ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 600 Rnr. 4.

⁴²⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 249.

praktischen Bedürfnis durch die Bestimmungen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen genügt werden kann.⁴²¹

Da sich die vertragliche Primärpflicht des Verleihers nach § 598 BGB lediglich auf die Pflicht zur unentgeltlichen Gebrauchsgestattung der Sache beschränkt, ist es konsequent, dass das Erfüllungsinteresse des Entleihers auf der Ebene der Mängelhaftung nicht geschützt ist. Darin liegt ein Unterschied zu den Pflichten des Vermieters. Es sei auf dessen weiter gehende Hauptpflichten (vgl. § 535 Abs. 1 BGB) hingewiesen, an die sich eine schärfere Mängelhaftung knüpft.

Den Vorschriften über die (unentgeltliche) Verwahrung ist eine Mängelhaftung gänzlich unbekannt. Das dürfte an der Vorstellung des historischen Gesetzgebers von der Natur der Verwahrung liegen. Die Motive betonen, dass in der aus dem Vertrag entspringenden Aufbewahrungspflicht nach heutiger Auffassung vom Wesen und Zweck dieses Vertrages die Verpflichtung zur Obhut (*custodia*) inbegriffen ist.⁴²² Deren Verletzung führt vor allem zu Integritätsschäden, zu deren Regulierung es keiner besonderen Mängelhaftung bedarf. Falls dem Verwahrer die Erfüllung seiner Herausgabepflicht (§ 695 S. 1 BGB) unmöglich ist, haftet er ohnehin nach den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften.⁴²³

II. Gesetzliche Geschäftsführungsverhältnisse

Auch im Rahmen gesetzlicher Geschäftsführungsverhältnisse dachte der Gesetzgeber dem Uneigennützigen verschiedene Privilegien zu. Sie sind in den Bereichen des Lohns (1.), der Haftungsprivilegien (2.) und der wegen ihrer hohen praktischen Relevanz als Annex zu betrachtenden Unfallversicherung (3.) angesiedelt.

⁴²¹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 895. Diese Ausführungen sind ein Beleg dafür, dass der historische Gesetzgeber die haftungsrechtliche Kategorie der positiven Forderungsverletzung übersehen hat.

⁴²² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 319.

⁴²³ Vgl. etwa *Sprau*, in: Palandt, (2008), § 695 Rnr. 1.

1. Lohn

Anlässlich einer (berechtigten) Geschäftsführung ohne Auftrag, dem gesetzlichen Archetypus der zu untersuchenden Geschäftsführungsverhältnisse, verdient der Uneigennützigkeits grundsätzlich keinen Lohn. Wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, kann der Geschäftsführer zwar wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§§ 683 S. 1, 670 BGB). Unter Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB wurden aber ursprünglich nur Verluste verstanden, die absichtlich um der Erreichung gewisser Zwecke willen herbeigeführt worden sind.⁴²⁴ Dieser Aufwendungsbegriff ist demnach primär vermögensrechtlich zu verstehen. Weil die Arbeitskraft als solche kein Vermögensbestandteil ist,⁴²⁵ ist ein Lohn für den berechtigten Geschäftsführer ohne Auftrag *de lege lata* prinzipiell ausgeschlossen.⁴²⁶

Anders liegen die Dinge zugunsten des ehrlichen Finders. Nach § 971 Abs. 1 S. 1 BGB kann er vom Empfangsberechtigten einen Finderlohn verlangen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht (§ 971 Abs. 2 BGB). Der historische Gesetzgeber vertrat den Standpunkt, dass es sich beim Fund um eine Mühewaltung des Finders handelt, die nicht unentgeltlich erwartet werden darf.⁴²⁷ Der Finder muss seiner Auffassung nach in der Lage sein, sich die Höhe des Finderlohnes vorher auszurechnen, weil von dessen Höhe möglicherweise die Entscheidung abhängt, ob er sich des Fundes annehmen soll.⁴²⁸ Der Finderlohn wurde nicht nur als Entgelt für die Mühe der Ermittlung des Empfangsberechtigten, sondern auch als eine Belohnung für die Ehrlichkeit des Finders verstanden.⁴²⁹ Der Gesetzgeber wollte durch dieses Institut den Finder vor der Versuchung der Unterschlagung schützen. Er ging davon aus, dass es der Finder regelmäßig eher vorziehen wird,

⁴²⁴ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 952.

⁴²⁵ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), Vorb. v. § 249 Rnr. 36.

⁴²⁶ Eine Ausnahme ist zum Beispiel in Analogie zu § 1835 Abs. 3 BGB bei Leistungen, die zum Beruf oder Gewerbe des Geschäftsführers gehören, anerkannt, vgl. nur *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 251 m. w. N.

⁴²⁷ Vgl. *Mugdan*, Protokolle III, S. 659.

⁴²⁸ Vgl. *Mugdan*, Protokolle III, S. 659.

⁴²⁹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle III, S. 660.

sich in ehrlicher Weise einen Teil des Fundes zu verdienen, als sich unehrlicher Weise den ganzen Fund zuzueignen.⁴³⁰

Waren die Bergungsmaßnahmen erfolgreich, so hat der Berger einen Anspruch auf Zahlung eines Bergelohns (§ 742 Abs. 1 S. 1 HGB). Nach § 742 Abs. 2 S. 1 HGB umfasst dieser zugleich den Ersatz der Aufwendungen, die zum Zweck des Bergens gemacht wurden. Der berechtigte Geschäftsführer ohne Auftrag hat zwar grundsätzlich keinen Lohnanspruch. Dafür kommt es für seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz aber auch nicht auf den Erfolg seines Tätigwerdens an.⁴³¹ Der seehandelsrechtliche Bergelohn ist demnach wegen seiner Erfolgsbezogenheit nur als eingeschränktes Privileg zu verstehen.⁴³² Die im Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Bergungsrechts in der See- und Binnenschifffahrt (Drittes Seerechtsänderungsgesetz) vorgesehenen Änderungen sind durch die beabsichtigte Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens von 1989 über Bergung (im Folgenden: Bergungsübereinkommen) veranlasst.⁴³³ § 742 HGB enthält eine der zentralen Regelungen des Bergungsrechts.⁴³⁴ Entsprechend den Vorgaben des Artikels 12 Abs. 1 und 2 des Bergungsübereinkommens gilt wie schon bisher (§ 741 Abs. 1 HGB) der Grundsatz, dass nur bei erfolgreichen Bergungsmaßnahmen Bergelohn verlangt werden kann.⁴³⁵ Hingegen hat § 742 Abs. 2 HGB im Bergungsübereinkommen kein Vorbild. Der Klarstellung halber erschien es jedoch zweckmäßig, entsprechend dem geltenden Recht (§ 94 Abs. 2 BinSchG a. F.) zu bestimmen, dass neben dem Anspruch auf Bergelohn nicht noch ein Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die zum Zwecke des Bergens entstanden sind, geltend gemacht werden kann. Nach der Bergung entstandene Aufwendungen können dagegen, wie sich aus § 742 Abs. 2 S. 2

⁴³⁰ Vgl. *Mugdan*, Protokolle III, S. 660.

⁴³¹ *S. Mugdan*, Motive II, S. 302: „In Ansehung der Verpflichtung des Auftraggebers, dem Beauftragten diejenigen von dem Letzteren gemachten Aufwendungen zu ersetzen, welche zur Ausführung des Auftrages erforderlich geworden sind, ist nicht der objektive Maßstab aufgestellt, daß Notwendigkeit oder Nützlichkeit der Aufwendungen zu konstatieren sei. Darin läge eine Ungerechtigkeit gegen den Beauftragten“.

⁴³² Beim Vergleich der Rechtsstellungen von Berger und ehrlichem Finder ist auch darauf hinzuweisen, dass letzterer gegebenenfalls sowohl Aufwendungsersatz (§ 970 BGB) als auch Finderlohn (§ 971 BGB) verlangen kann, vgl. nur *Bassenge*, in: Palandt, (2008), § 971 Rnr. 1.

⁴³³ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 18. Es löst das Übereinkommen vom 23. September 1910 zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Hilfsleistung und Bergung in Seenot (RGBl. 1913, S. 66) ab.

⁴³⁴ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 31.

⁴³⁵ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 31.

HGB ergibt, noch gesondert verlangt werden.⁴³⁶ § 749 Abs. 2 S. 1 HGB bestimmt entsprechend Art. 16 Abs. 2 des Bergungsübereinkommens, dass derjenige, der im Rahmen von Bergungsmaßnahmen für ein Schiff oder für sonstige Vermögensgegenstände (Menschenleben) Handlungen zur Rettung von Menschen vornimmt, einen angemessenen Anteil am Bergelohn oder an der Sondervergütung verlangen kann.⁴³⁷ Die Formulierung des Bergungsübereinkommens, wonach Anspruchsberechtigter derjenige ist, der Menschenleben gerettet hat, wurde durch die Formulierung „wer Handlungen zur Rettung von Menschenleben unternimmt“ schließlich deshalb ersetzt, weil der Eindruck vermieden werden sollte, dass die Rettung gelungen sein muss.⁴³⁸

2. Haftungsprivilegien

Im Regelfall hat der Geschäftsführer ohne Auftrag Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Die vom Geschäftsführer anzuwendende Sorgfalt bezieht sich vom Standpunkt des historischen Gesetzgebers aus gesehen nicht nur auf die Ermittlung der Intentionen des Geschäftsherrn in der Richtung wie, sondern auch ob überhaupt einzugreifen ist.⁴³⁹ Nur auf dieser Basis wurde der Geschäftsherr als gegen unbefugte und von ihm nicht gewollte Einmischung in seine Angelegenheiten geschützt angesehen. Der Geschäftsführer hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt (§ 680 BGB). Diese Ausnahmebestimmung wurde vor allem als in hohem Maße billig und geeignet angesehen, Dritte zu motivieren, im Interesse der Gefährdeten helfend einzugreifen, wenn diese außer Stande sind, ihr Interesse selbst zu wahren.⁴⁴⁰ Die gebotene Einschränkung wurde darin gesehen, dass das Haftungsprivileg vom Vorliegen einer dringenden Gefahr abhängt.⁴⁴¹

In Anlehnung an das Haftungsprivileg bei der Geschäftsführung zur Gefahrenabwehr ist auch für den Finder eine Haftungsmilderung vorgesehen. Gemäß § 968 BGB hat er nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Nach Auffassung der Protokollkommis-

⁴³⁶ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 32.

⁴³⁷ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 42.

⁴³⁸ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 42.

⁴³⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 479.

⁴⁴⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 479.

⁴⁴¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 479.

sion erschien es angemessen, die Haftung des Finders in gleicher Weise zu regeln wie die Haftung desjenigen, der zur Abwendung einer einem anderen drohenden Gefahr dessen Geschäfte freiwillig besorgt (vgl. § 750 des Entwurfs = § 680 BGB).⁴⁴²

Der Berger genießt hingegen kein Haftungsprivileg. Wer einem in Seegewässern in Gefahr befindlichen See- oder Binnenschiff oder sonstigen Vermögensgegenstand, einem in Binnengewässern in Gefahr befindlichen Seeschiff oder sonstigen Vermögensgegenstand Hilfe leistet (Berger), ist gegenüber dem Eigentümer des Schiffes sowie dem Eigentümer des sonstigen Vermögensgegenstandes nach § 740 Abs. 1 HGB insbesondere verpflichtet, die Bergungsmaßnahmen mit der gebotenen Sorgfalt durchzuführen. Diese Vorschrift wiederholt den in Artikel 8 Abs. 1 Buchstabe a des Bergungsübereinkommens verankerten Grundsatz, dass der Berger bei Durchführung der Bergungsmaßnahmen die gebotene Sorgfalt anzuwenden hat.⁴⁴³ Auch wenn dieser Begriff nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser nicht im Sinne des § 680 BGB auszulegen, also eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht erst bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wurde im Interesse der Gewährleistung einer international einheitlichen Auslegung davon abgesehen, anstelle dieses unscharfen Begriffs die im deutschen Recht gebräuchliche Formulierung der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zu verwenden.⁴⁴⁴ Darin kommt ein klares Votum gegen ein Haftungsprivileg des Bergers zum Ausdruck.

3. Annex: Unfallversicherung

Vor allem im Zusammenhang mit Rettungsfällen, die nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen sind, spielt die gesetzliche Unfallversicherung praktisch eine große Rolle. Über sie eröffnet sich die für den Zivilprozess relevante Möglichkeit, dass die Entschädigungsansprüche des Retters im Wege einer Legalzession auf den Unfallversicherungsträger übergehen. Die Beurteilung, ob ein solcher gesetzlicher Anspruchsübergang eingreift, setzt das Verständnis mehrerer, zusammenhängender Vorschriften des Unfallversicherungsrechts voraus. Die folgenden Darlegungen sollen der Vertiefung dieser Einsicht dienen.

⁴⁴² Vgl. *Mugdan*, Protokolle III, S. 657.

⁴⁴³ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 26.

⁴⁴⁴ Vgl. BR - Drucks. 573/00, S. 27.

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gehen jedenfalls dann nicht gemäß § 116 SGB X auf den Versicherungsträger über, wenn dessen Einstandspflicht allein auf § 2 Abs. 1 Nr. 13 SGB VII beruht, es sich nicht um Leistungen gemäß § 13 S. 1 SGB VII handelt und wenn sich derjenige, dem Nothilfe geleistet wurde, nicht nachweislich schuldhaft in die Notlage gebracht hat.⁴⁴⁵ Leistungen des Unfallversicherungsträgers mindern jedoch den Anspruch des Retters gegen den zu Rettenden.⁴⁴⁶ Wichtig ist außerdem, dass Unternehmer nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII den Versicherten, die für ihre Unternehmen tätig sind oder zu ihren Unternehmen in einer sonstigen die Versicherung begründenden Beziehung stehen, sowie deren Angehörigen und Hinterbliebenen nach anderen gesetzlichen Vorschriften zum Ersatz des Personenschadens, den ein Versicherungsfall verursacht hat, nur verpflichtet sind, wenn sie den Versicherungsfall vorsätzlich oder auf einem nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VII versicherten Weg herbeigeführt haben. Darauf wird deshalb hingewiesen, weil der Begriff des Unternehmers verhältnismäßig weit verstanden wird. Diese insbesondere für den Nothelfer relevanten unfallversicherungsrechtlichen Vorschriften werden nun, ausgehend von den Normen zum unfallversicherten Personenkreis, genauer betrachtet.

Kraft Gesetzes unfallversichert sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 SGB VII Personen, die a) bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not Hilfe leisten oder einen anderen aus erheblicher gegenwärtiger Gefahr für seine Gesundheit retten, b) Blut oder körpereigene Organe, Organteile oder Gewebe spenden, und die sich c) bei der Verfolgung oder Festnahme einer Person, die einer Straftat verdächtig ist oder zum Schutz eines widerrechtlich Angegriffenen persönlich einsetzen. Ferner sind nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII Personen versichert, die wie nach Abs. 1 Nr. 1 Versicherte tätig werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind Beschäftigte kraft Gesetzes unfallversichert. Es ist noch darauf hinzuweisen, dass § 13 S. 1 SGB VII bestimmt, dass den nach § 2 Abs. 1 Nr. 11 Buchstabe a, Nr. 12 und Nr. 13 Buchstaben a und c Versicherten auf Antrag Schäden, die infolge einer der dort genannten Tätigkeiten an in ihrem Besitz befindlichen Sachen entstanden

⁴⁴⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 10.10.1984, Az.: IV a ZR 167/82 = *VersR* 1984, 1191 zu den Vorgängervorschriften §§ 539 Abs. 1 Nr. 9, 765 a Abs. 1, 1542 RVO. Für den uneingeschränkten Übergang der Ansprüche nach §§ 670, 683, 844 BGB zuvor insbesondere *RG*, U. v. 07.05.1941, Az.: VI 72/40 = *RGZ* 167, 85 (92). Von dessen Rechtsprechung wich der *BGH* im vorgenannten Urteil ausdrücklich ab.

⁴⁴⁶ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach, Unfallversicherung I*, (2007), § 2 Rnr. 449 (22. Lieferung, Juni 2004) m. w. N.

sind, sowie die Aufwendungen zu ersetzen sind, die sie den Umständen nach für erforderlich halten durften. Nach § 13 S. 4 SGB VII gilt § 116 des Zehnten Buches entsprechend.

Die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zu § 2 Abs. 1 Nr. 13 SGB VII lautet lediglich: „Nummer 13 entspricht dem geltenden Recht (§ 539 Abs. 1 Nr. 9 a, 9 c und 10 RVO)“.⁴⁴⁷ Zweck des § 2 Abs. 1 Nr. 13 a) SGB VII ist es, Versicherungsschutz für eine Hilfeleistung im öffentlichen Interesse einerseits und Absicherung der in § 323 c StGB geforderten Hilfeleistung bei Unglücksfällen andererseits zu gewährleisten.⁴⁴⁸ § 2 Abs. 1 Nr. 13 b) SGB VII verfolgt das Anliegen, die im öffentlichen Interesse handelnden Spender in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung einzubeziehen und dadurch die Opferbereitschaft für die Allgemeinheit zu fördern.⁴⁴⁹ Gewebespendegeber sollen gesetzlich ebenso versichert sein wie Blutspender.⁴⁵⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 13 c) SGB VII ist als ergänzende Bestimmung zu §§ 127 StPO, 35 StGB und 228 BGB zu verstehen, die ein bestimmtes Verhalten verlangen oder legitimieren. Wer sich zum Schutz eines widerrechtlich Angegriffenen persönlich einsetzt und dabei verletzt wird, soll die Leistungen der Unfallversicherung erhalten.⁴⁵¹ Im Übrigen geht die ratio legis nicht über das Anliegen hinaus demjenigen, der bei der Ermittlung von Straftaten persönlich mithilft, ohne hierzu verpflichtet zu sein und dabei Schaden erleidet, Versicherungsschutz zu gewähren.⁴⁵²

Zweck des § 2 Abs. 2 SGB VII ist es, den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung auch solchen Personen zu gewährleisten, deren - möglicherweise nur vorübergehende - Beschäftigung oder Tätigkeit derjenigen eines nach Abs. 1 Nr. 1 Versicherten entspricht. Absatz 2 hat nur ergänzende Bedeutung und greift ein, wenn nicht schon ein

⁴⁴⁷ BT - Drucks. 13/2204, S. 75.

⁴⁴⁸ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 425 (32. Lieferung, Oktober 2006).

⁴⁴⁹ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 461 (18. Lieferung, November 2002).

⁴⁵⁰ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 464 (18. Lieferung, November 2002).

⁴⁵¹ So *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 476 (18. Lieferung, November 2002).

⁴⁵² Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 477 (22. Lieferung, Juni 2004).

Versicherungsschutz nach Abs. 1 Nr. 1 besteht.⁴⁵³ Bei einer Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 2 SGB VII braucht eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit vom unterstützten Unternehmen nicht vorzuliegen. Grundsätzlich schließen auch Freundschafts- und Gefälligkeitsdienste den Versicherungsschutz nicht aus.⁴⁵⁴ Es müssen aber die sonstigen Voraussetzungen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit vorliegen. Eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit ist gegeben, wenn eine ernstliche⁴⁵⁵, dem anderen Unternehmen⁴⁵⁶ dienende Tätigkeit verrichtet wird, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht und ihrer Art nach auch von Personen verrichtet werden kann, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen. Sie muss ferner unter solchen Umständen geleistet werden, dass sie einer Tätigkeit aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ähnlich ist.⁴⁵⁷ Das macht im Einzelfall insbesondere die Abgrenzung zu Tätigkeiten, die denjenigen eines Selbständigen vergleichbar sind, erforderlich.⁴⁵⁸ Entscheidend für die Beurteilung ist nicht allein die unmittelbar zum Unfall führende einzelne Verrichtung, sondern das Gesamtbild des ausgeführten und beabsichtigten Vorhabens in einem größeren zeitlichen Zusammenhang.⁴⁵⁹

Für eine Versicherung nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII reicht es nicht aus, dass die unfallbringende Tätigkeit einer anderen Person oder einem anderen Unternehmen objektiv nützlich war. Notwendig ist, dass der Handelnde auch subjektiv ein Geschäft des anderen besorgen, also fremdnützig tätig sein wollte.⁴⁶⁰ Kein Versicherungsschutz besteht, wenn es sich lediglich um Gefälligkeitshandlungen unter Verwandten handelt, die ihr

⁴⁵³ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 639 (33. Lieferung, April 2007).

⁴⁵⁴ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 641 (7. Lieferung, Oktober 1998).

⁴⁵⁵ Eine solch ernsthafte Arbeit liegt beispielsweise im Fall einer technischen Reparatur, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit eines Fahrzeugs erforderlich ist, vor, vgl. *BGH*, U. v. 16.12.1986, Az.: VI ZR 5/86 = NJW 1987, 1643.

⁴⁵⁶ Nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII ist Unternehmer insbesondere derjenige, dem das Ergebnis des Unternehmens unmittelbar zum Vor- oder Nachteil gereicht. Der *Zweite Senat* des BSG hat bereits vor Längerem entschieden, dass der Begriff des Unternehmers im Sinne der Unfallversicherung keinen Geschäftsbetrieb oder eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit voraussetzt, vgl. *BSG*, U. v. 25.01.1973, Az.: 2 RU 55/71 = NJW 1973, 1821 (1822); Pannenhilfe für privaten Kfz - Halter. So i. E. beispielsweise auch *BGH*, U. v. 16.12.1986, Az.: VI ZR 5/86 = NJW 1987, 1643; Reparatur eines privaten Kfz aus Gefälligkeit.

⁴⁵⁷ Vgl. *BSG*, U. v. 26.11.1987, Az.: 2 RU 34/86 -juris-.

⁴⁵⁸ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 641 (7. Lieferung, Oktober 1998).

⁴⁵⁹ Vgl. *BayLSG*, U. v. 11.03.1997, Az.: L 17 U 39/96 -juris-.

⁴⁶⁰ Vgl. *BSG*, U. v. 05.07.2005, Az.: B 2 U 22/04 -juris-.

gesamtes Gepräge, insbesondere nach Art, Umfang, Zeitdauer, von den familiären Bindungen zwischen Angehörigen erhalten.⁴⁶¹ Insoweit sind die gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beachten, neben den vorgenannten Einzelkriterien auch die Stärke der tatsächlichen verwandtschaftlichen Beziehungen.⁴⁶² Verrichtungen aufgrund freundschaftlicher und nachbarschaftlicher Beziehungen schließen zwar eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit des Verletzten nicht von vornherein aus.⁴⁶³ Ist die zum Unfall führende Verrichtung als Erfüllung gesellschaftlicher, nicht rechtlicher Verpflichtungen anzusehen, die bei besonders engen Beziehungen zwischen Freunden und Nachbarn typisch, üblich und deshalb zu erwarten sind, so besteht jedoch kein Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 2 SGB VII.⁴⁶⁴

Insbesondere für die nach § 2 Abs. 13 a) und c) SGB VII Versicherten stellt § 13 S. 1 SGB VII antragsgebundene Ansprüche auf Sachschadens- sowie Aufwendungsersatz bereit. Die Begründung des Gesetzentwurfs zu dieser Regelung ist nicht aufschlussreich. Sie lautet: „Die Vorschrift regelt den Ersatz von Sachschäden bei Hilfeleistungen im wesentlichen entsprechend dem geltenden Recht (§ 765 a RVO)“. ⁴⁶⁵ Sachschäden sollten insoweit schon ursprünglich ohne Einschränkung zu ersetzen sein. Wer sich uneigennützig für andere einsetzt oder zu einem solchen Einsatz verpflichtet wird, soll in weitergehendem Umfang als ein durch eine Straftat Betroffener entschädigt werden.⁴⁶⁶ Bei den Aufwendungen kommt es darauf an, inwieweit sie der Nothelfer nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Das soll nicht engherzig, sondern unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Notsituation zu beurteilen sein.⁴⁶⁷ Es ist als Randnotiz festzuhalten, dass die in § 13 S. 4 SGB VII angeordnete Legalzession im

⁴⁶¹ Vgl. BSG, U. v. 01.02.1979, Az.: 2 RU 65/78 = VersR 1980, 328 (329).

⁴⁶² Vgl. BSG, U. v. 01.02.1979, Az.: 2 RU 65/78 = VersR 1980, 328 (329). Die Sorge um Haus und Hof sowie fünf Schweine und fünfzehn Hühner war nach Auffassung des *Senats* auch unter Verschwägerten eine über eine durch familiäre Beziehungen geprägte Gefälligkeit hinausgehende Tätigkeit, die vielmehr nach Art, Umfang und Zeitdauer sonst von einer Person verrichtet würde, die zu dem Unternehmen in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit stünde, vgl. BSG, U. v. 01.02.1979, Az.: 2 RU 65/78 = VersR 1980, 328 (329).

⁴⁶³ So *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung I, (2007), § 2 Rnr. 684 (30. Lieferung, März 2006).

⁴⁶⁴ Vgl. BSG, U. v. 17.03.1992, Az.: 2 RU 6/91 -juris-.

⁴⁶⁵ BT - Drucks. 13/2204, S. 79.

⁴⁶⁶ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung II, (2007), § 13 Rnr. 1 (24. Lieferung, April 2005).

⁴⁶⁷ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung II, (2007), § 13 Rnr. 1 (24. Lieferung, April 2005).

Hinblick auf die vorgenannten Ansprüche nur dann gilt, wenn der Versicherte den Antrag auf Ersatz des Sachschadens nach § 13 stellt.⁴⁶⁸

Schließlich ist noch auf den Zusammenhang zwischen gesetzlicher Unfallversicherung und der Beschränkung der Haftung der Unternehmer nach § 104 SGB VII einzugehen. Wer beispielsweise am privaten Pkw eines anderen unentgeltlich und aus Gefälligkeit Reparaturen ausführt, kann wie ein nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII aufgrund eines Arbeitsverhältnisses in der privaten Kfz - Haltung Beschäftigter tätig und deshalb nach § 2 Abs. 2 SGB VII mit der Folge versichert sein, dass er den Kfz - Halter wegen der Verletzungen, die er im Verlauf der Reparaturarbeiten durch dessen Verschulden erleidet, nicht nach § 104 SGB VII in Anspruch nehmen kann.⁴⁶⁹

Nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* gilt der Grundsatz, dass Arbeitsunfälle keine Schadensersatzansprüche auslösen sollen, weil der Unternehmer durch die von ihm aufgetragenen Versicherungsbeiträge für einen weitgehenden Unfallschutz Sorge getragen hat und weil im Interesse des Arbeitsfriedens Streitigkeiten über die Unfallverantwortung vermieden werden sollen.⁴⁷⁰ Personen, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 a) SGB VII versichert sind, stehen zu der Person, der sie geholfen haben, allerdings nicht in einer Beziehung im Sinne des § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII.⁴⁷¹ Dessen Grundgedanken treffen in einem Fall der Hilfeleistung aus Lebensgefahr nicht zu.⁴⁷² Demzufolge kann der Nothelfer insbesondere deliktische Ansprüche ohne Haftungsbeschränkung gegen den Geretteten geltend machen.

⁴⁶⁸ Vgl. *Schwerdtfeger*, in: Lauterbach, Unfallversicherung II, (2007), § 13 Rnr. 7 (13. Lieferung, Januar 2001).

⁴⁶⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 16.12.1986, Az.: VI ZR 5/86 = NJW 1987, 1643 zu den Vorgängervorschriften §§ 539 Abs. 1 Nr. 1, 539 Abs. 2, 636, 658 Abs. 2 Nr. 2 RVO.

⁴⁷⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 16.01.1953, Az.: VI ZR 161/52 = BGHZ 8, 330 (338); *BGH*, U. v. 23.11.1955, Az.: VI ZR 193/54 = BGHZ 19, 114 (121).

⁴⁷¹ Vgl. *BGH*, U. v. 16.04.1996, Az.: VI ZR 79/95 = VersR 1996, 856 (858) obiter dictum m. w. N. So auch schon *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (280) und jüngst *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108.

⁴⁷² So *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (281).

B. Privilegierungen

Für den Uneigennützigen entwickelte die Rechtsprechung Privilegien partiell zu Privilegierungen fort. Privilegierungen sind auch in anderen normativen Zusammenhängen feststellbar. Die nachfolgende Untersuchung erstreckt sich daher auf die Bereiche der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien (I.), der Nothilfe (II.) und auf bestimmte Aspekte des allgemeinen Deliktsrechts (III.).

I. Allgemeine gefälligkeitsvertragliche Haftungsprivilegien

Die Judikatur hat den Anwendungsbereich der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien unter bestimmten Voraussetzungen auf die Verletzung von vertraglichen oder vertragsähnlichen Schutzpflichten erstreckt. Das wirkte sich regelmäßig zugleich auf die parallele Deliktshaftung des Uneigennützigen aus. Gemessen an den Zwecken, die der historische Gesetzgeber mit den jeweiligen Haftungsmilderungen verfolgte,⁴⁷³ läuft diese Rechtsprechung auf eine Privilegierung des Uneigennützigen hinaus.

Die großzügige Auslegung der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien wurde entscheidend durch die höchstrichterliche Interpretation der schenkungsrechtlichen Haftungsmilderung im sogenannten *Kartoffelpülpe* - Fall beeinflusst.⁴⁷⁴

Nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* kam eine vertragliche Haftung der Beklagten, die Kartoffelchips in ihrem Betrieb herstellte und dem Kläger sogenannte Kartoffelpülpe zur Verfütterung lieferte, nur nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo oder aus positiver Forderungsverletzung in Betracht. Der *Senat* hielt fest, dass es nicht abschließend geklärt ist, ob Haftungsmilderungen für einzelne Schuldverhältnisse auch dann eingreifen, wenn es sich um die Verletzung von vorvertraglichen oder vertraglichen Schutzpflichten handelt, die nicht an dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers ausgerichtet sind, sondern dem Integritätsinteresse des Vertragspartners dienen.⁴⁷⁵ Er vertrat im Anschluss an die entsprechende Schrifttumsmeinung die Auffassung, dass je-

⁴⁷³ Vgl. oben A. I. 2.

⁴⁷⁴ BGH, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23.

⁴⁷⁵ Vgl. BGH, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (27) m. w. N.

denfalls im Bereich des § 521 BGB Freigiebigkeit der einen Seite nur zu den Vertragserwartungen des Begünstigten in Beziehung gesetzt werden kann. Daher rechtfertigte es die Großzügigkeit des Schenkers für den *Senat* nicht, die Haftungsmilderung auch da eingreifen zu lassen, wo es um die Verletzung von Schutzpflichten geht, die nicht im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen.⁴⁷⁶ Für den entschiedenen Fall wurde ein solcher Zusammenhang bejaht, weil ein Schaden vorlag, der durch den „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verbrauch“ der Pülpe entstand.⁴⁷⁷ Der *Senat* hielt es unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 521 BGB und nach Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien ausdrücklich nicht für gerechtfertigt, den Schenker auch insoweit voll haften zu lassen.⁴⁷⁸ Die so ausgelegte Haftungsmilderung erstreckte er auch auf die Ebene des Deliktsrechts.⁴⁷⁹

Diese Erwägungen wurden von der obergerichtlichen Rechtsprechung auf das Haftungsprivileg im Recht der Leihe übertragen.

In einem Fall, den das *OLG Stuttgart* zu entscheiden hatte, war der Kläger mit dem von dem Beklagten entliehenen Motorrad verunglückt, weil während der Fahrt die Beleuchtung ausgefallen war.⁴⁸⁰ Da den Beklagten allenfalls der Vorwurf leichter Fahrlässigkeit traf, hatte er nicht für die Folgen des Unfalls des Klägers einzustehen. § 599 BGB bezieht sich nach Auffassung des *Senats* zunächst auf das Erfüllungsinteresse des Entleihers, greift also ein, wenn das Interesse an der vereinbarten Gebrauchsüberlassung nicht befriedigt wird. Im Übrigen wurde differenziert. § 599 BGB soll dieser Entscheidung nach eingreifen, soweit es um Schutzpflichten geht, die im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Leihe stehen. Das soll etwa zutreffen, wenn Informationspflichten über Gefahren bestehen, die dem Entleiher durch den Leihgegenstand drohen.⁴⁸¹ Die Inter-

⁴⁷⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (27).

⁴⁷⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (27/28).

⁴⁷⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (28).

⁴⁷⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (29).

⁴⁸⁰ *OLG Stuttgart*, U. v. 29.05.1991, Az.: 4 U 125/90 = VersR 1993, 192.

⁴⁸¹ Vgl. *OLG Stuttgart*, U. v. 29.05.1991, Az.: 4 U 125/90 = VersR 1993, 193.

essenlage wurde bei Schenkung und Leihe als gleichgelagert erachtet und die Rechtsfrage übereinstimmend entschieden.⁴⁸²

Das *OLG Köln* war etwa ebenso wie das *OLG Stuttgart* der Auffassung, dass die Haftungsbeschränkung nach § 599 BGB nicht nur für Ansprüche aus einem Leihvertrag, sondern auch für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gilt.⁴⁸³

Den Anwendungsbereich des § 690 BGB hat die Rechtsprechung noch nicht im vorstehenden Sinn geklärt. Es sind nur obergerichtliche Judikate zu verzeichnen, die sich mit der Erstreckung dieses Haftungsmaßstabs auf die Ebene des Deliktsrechts beschäftigen.⁴⁸⁴

In einem obiter dictum zur Frage des Umfangs der Frachtführerhaftung hielt der *Bundesgerichtshof* zusammenfassend lediglich fest, dass bei Geschäften wie Schenkung, Leihe und unentgeltlicher Verwahrung aus der Regelung der Vertragshaftung in §§ 521, 599 und 690 BGB überwiegend gefolgert wird, dass auch die Deliktshaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist.⁴⁸⁵ Er hält diese Auffassung zur Gewährleistung der Effektivität dieser Haftungsprivilegien für zwingend.⁴⁸⁶

Später stellte der *Bundesgerichtshof* wiederum obiter dictum sogar folgende Hypothese auf. Hätte der Kläger sich das (*Anm.*: buckelnde) Pferd vom Beklagten geliehen, so würde die Tierhalterhaftung nur in den Grenzen der §§ 599, 600 BGB eingreifen, d. h. die Haftung des Verleihers wäre auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.⁴⁸⁷ Wo das Gesetz, wie in den §§ 599, 600 BGB die Vertragshaftung auf die schweren Schuldarten beschränkt, wird man nach Auffassung des *Senats* in aller Regel auch eine Beschränkung der Widerrechtlichkeit der Handlung und folglich einen Ausschluss der De-

⁴⁸² Vgl. *OLG Stuttgart*, U. v. 29.05.1991, Az.: 4 U 125/90 = VersR 1993, 193; ähnlich *OLG Celle*, U. v. 12.01.1994, Az.: 9 U 136/92 = VersR 1995, 547 in der Konstellation einer Leihe mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

⁴⁸³ Vgl. *OLG Köln*, U. v. 04.06.1986, Az.: 13 U 270/85 = NJW-RR 1988, 157.

⁴⁸⁴ Vgl. nur *OLG Zweibrücken*, U. v. 11.04.2002, Az.: 4 U 122/01 = NJW-RR 2002, 1456 (1457).

⁴⁸⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 23.03.1966, Az.: I b ZR 150/63 = BGHZ 46, 140 (145).

⁴⁸⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 23.03.1966, Az.: I b ZR 150/63 = BGHZ 46, 140 (145).

⁴⁸⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 13.11.1973, Az.: VI ZR 152/72 = NJW 1974, 234 (235).

liktshaftung bei leichtem Verschulden annehmen müssen.⁴⁸⁸ Dass allein dieses Ergebnis dem Verhältnis Verleiher / Entleiher gerecht wird, hielt er deswegen für begründet, weil die gesetzlich vorgesehene Risikoabwälzung auf den Entleiher im Bereich der Tierleihe weitgehend gegenstandslos sein würde, wenn der Entleiher eines Tieres den Verleiher stets aus § 833 BGB haftbar machen könnte.⁴⁸⁹

II. Nothilfe

Dem Nothelfer können verschiedene Ansprüche zugute kommen.⁴⁹⁰ Unter Umständen kann er sich wegen erlittener Schäden am Verursacher der Notlage oder sogar am Benefiziar selbst schadlos halten. Umgekehrt ist es möglich, dass der Nothelfer vom Geretteten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Die Judikatur dachte dem Nothelfer in diesen Rechtsverhältnissen mehrere Begünstigungen zu. Sie sind in den Bereichen der Zufallsschäden (1.), des Zurechnungszusammenhangs (2.) und der Haftungsprivilegierung (3.) zu verorten.

1. Zufallsschäden

Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 683 S. 1 BGB). Zufallsschäden an Körper, Gesundheit oder Leben sollten nach Auffassung des historischen Gesetzgebers nicht generell von dem so in Bezug genommenen Aufwendungsbegriff des § 670 BGB erfasst sein.⁴⁹¹ Dementsprechend lehnte es das *Reichsgericht* anfänglich ab, solche Beeinträchtigungen als für den Nothelfer ersatzfähige Aufwendungen zu verstehen.

⁴⁸⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 13.11.1973, Az.: VI ZR 152/72 = NJW 1974, 234 (235).

⁴⁸⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 13.11.1973, Az.: VI ZR 152/72 = NJW 1974, 234 (235).

⁴⁹⁰ Vgl. hierzu *Gehrlein*, VersR 1998, 1330-1334.

⁴⁹¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 302: „In Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, welchen der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages durch Zufall erleidet, kann wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden“. *Mugdan*, Protokolle II, S. 952: „Der Auffassung des Lebens entspreche es keineswegs, daß der Beauftragte deswegen, weil er im Auftrage und an Stelle des Auftraggebers die Ausrichtung eines Geschäftes unentgeltlich übernehme, unter allen Umständen den Ersatz des durch die Geschäftsbesorgung verursachten Schadens verlangen dürfe“. *Mugdan*, Protokolle II, S. 953: „Einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedürfe es nach dieser Richtung aber auch deshalb nicht, weil die allgemeinen Grundsätze über den Ersatz von Aufwendungen in vielen Fällen zu dem Ziel führen würden, welches der abgelehnte Antrag verfolge. Denn (...), wer einen Auftrag übernehme, stelle gewissermaßen seine ganze Persönlich-

In einer frühen Entscheidung stellte es sich die Frage, ob ein Gastwirt für den Schaden, den Gäste erlitten hatten, als sie ihm auf seine Aufforderung hin gegenüber anderen Gästen beistanden, haftet. Das *Gericht* erwog, ob die Aufopferung ihrer Gesundheit und körperlichen Unversehrtheit als eine Aufwendung der Kläger im Sinne des § 670 BGB zu betrachten ist. Der *Senat* lehnte es aber ab, den Begriff der Aufwendungen so weit zu interpretieren. Zur Begründung bezog er sich darauf, dass das Gesetz darunter nur die auf freiem Willen beruhende Auslage oder Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zwecks als Aufwendung versteht.⁴⁹² Auch wenn die Kläger die Gefahr kannten und sich ihr aus freien Stücken unterzogen, konnte das *Gericht* nicht die Auffassung gewinnen, dass sie das Opfer an ihrer Gesundheit, das sie erbrachten, wollten. Für den Fall einer abweichenden Auslegung des § 670 BGB wurden überdies Fiktionen im Verhältnis der Vorschrift zu § 669 BGB befürchtet.⁴⁹³

Fast zehn Jahre später folgte das *Reichsgericht* aus der eingehenden Auseinandersetzung mit den Gesetzesmaterialien, dass es der Gesetzgeber absichtlich ablehnte, grundsätzlich zu bestimmen, dass bei einem jeden mit Gefahr für Leben oder Gesundheit verbundenen Auftrag der Auftraggeber dem Beauftragten denjenigen Schaden zu ersetzen hat, der ihm an seiner Gesundheit oder an seinem Leben bei Ausführung des Auftrags entsteht. Vielmehr hielt es das *Gericht* für ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen, je nach Lage des Falles eine derartige Haftung des Auftraggebers festzusetzen.⁴⁹⁴ Es wurde die Schlussfolgerung gebilligt, dass die Beklagte nach dem Parteiwillen für denjenigen Schaden aufkommen wollte und sollte, der dem Kläger durch die Ausführung des von ihm unentgeltlich übernommenen Auftrags insofern erwuchs, als dieser Schaden durch die mit der Ausführung des Auftrags naturgemäß verbundene Gefahr entstand

keit zum Zwecke der Erfüllung des Auftrages in den Dienst des Auftraggebers; erleide er hierbei an seiner Gesundheit einen Schaden, so opfere er ein Rechtsgut auf, und für dieses Opfer könne er, soweit dies möglich sei, ebenso gut Ersatz fordern wie für gewisse Vermögensaufwendungen. Man könne auch nicht sagen, es handele sich in einem solchen Falle nicht um Aufwendungen, weil die Einbuße, die der Beauftragte erleide, von ihm nicht vorsätzlich herbeigeführt worden sei; (...) verneine man die Anwendung der Kategorie der Aufwendungen auf die in Rede stehenden Ansprüche, so ziehe man dem Begriffe der Aufwendung zu enge Grenzen“.

⁴⁹² Vgl. RG, U. v. 05.04.1909, Az.: VI 195/08 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 390, S. 360 (362).

⁴⁹³ Vgl. RG, U. v. 05.04.1909, Az.: VI 195/08 = Warneyers Jahrbuch, 1909, Nr. 390, S. 360 (362).

⁴⁹⁴ Vgl. RG, U. v. 28.11.1918, Az.: Rep. VI 290/18 = RGZ 94, 169 (172).

und nicht ganz oder zum Teil durch ein Verschulden des beauftragten Klägers herbeigeführt wurde.⁴⁹⁵

Weitere zehn Jahre später hatte das *Reichsgericht* über die Frage zu befinden, ob eine Landgemeinde den Hinterbliebenen auf Schadensersatz haftet, wenn ein Mitglied der Pflichtfeuerwehr in Ausübung der Feuerlöschfähigkeit tödlich verunglückt.⁴⁹⁶ Es näherte sich dem Gedanken an, den Begriff der Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB weit auszulegen und im angegebenen Umfang Schäden einzubeziehen.⁴⁹⁷ Es ließ dies aber dahingestellt, weil es einen Schaden, der nicht dem Beauftragten selbst, sondern einem anderen erwuchs, (*Anm.*: noch) nicht als Aufwendung verstehen wollte.⁴⁹⁸

Im Jahre 1941 musste sich das *Gericht* erneut mit der Frage beschäftigen, auf welcher Rechtsgrundlage Hinterbliebene des bei einer Lebensrettung tödlich Verunglückten deswegen Ansprüche erheben können. Es gab die vorgenannte Rechtsprechung, die es ablehnte, aus den §§ 670, 683 BGB einen Anspruch der Hinterbliebenen des Geschäftsführers herzuleiten, ausdrücklich auf.⁴⁹⁹ Das *Reichsgericht* stellte sich nun auf den Standpunkt, dass das Gesetz insoweit eine der Ausfüllung fähige Lücke enthält. Es referierte, dass die Rechtsprechung bereits Opfer an der Gesundheit unter den Begriff der Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB für den Fall subsumierte, dass sie sich, wie etwa bei Rettungstätigkeiten, aus der mit dem Auftrag verbundenen Gefahr ergeben.⁵⁰⁰ Diese Auslegung des § 670 BGB wurde nun über § 683 BGB auch auf die Geschäftsführung ohne Auftrag übertragen. Sonach wurden diese Vorschriften zugunsten der Hinterbliebenen des Geschäftsführers durch eine entsprechende Anwendung der §§ 844, 845 BGB ergänzt.⁵⁰¹

⁴⁹⁵ Vgl. RG, U. v. 28.11.1918, Az.: Rep. VI 290/18 = RGZ 94, 169 (170). Auch insoweit zeigt die Begründung der Entscheidung unter Zuhilfenahme des Parteiwillens eine dogmatische Inkonsistenz der Rechtsprechung an. Näher zur Fiktion als besonderer judikativer Begründungsmethode zur Beurteilung zentraler Problemstellungen uneigennützigem Verhalten unten 3. Kapitel A. III. 1.

⁴⁹⁶ Vgl. RG, U. v. 19.11.1928, Az.: VI 216/28 = RGZ 122, 298.

⁴⁹⁷ Vgl. zur extensiven Auslegung allgemein etwa Kramer, Methodenlehre, 2005, S. 72 f.

⁴⁹⁸ Vgl. RG, U. v. 19.11.1928, Az.: VI 216/28 = RGZ 122, 298 (305).

⁴⁹⁹ Vgl. RG, U. v. 07.05.1941, Az.: VI 72/40 = RGZ 167, 85 (89).

⁵⁰⁰ Vgl. RG, U. v. 07.05.1941, Az.: VI 72/40 = RGZ 167, 85 (89).

⁵⁰¹ Vgl. RG, U. v. 07.05.1941, Az.: VI 72/40 = RGZ 167, 85 (89).

Diese Begünstigungen hieß der *Bundesgerichtshof* gut und entwickelte sie fort. Mit gewunden wirkenden sozialversicherungsrechtlichen Erwägungen begründete er im Jahre 1960, warum in dem Umstand, dass der Kläger Passanten auf eine Verletzte Frau aufmerksam machte, objektiv ein Geschäft der Krankenkasse lag, bei der diese wohl mit-versichert war.⁵⁰² Zur Geschäftsführung rechnete er auch schon das Aufsuchen der Verletzten auf dem Grundstück, weil es dazu diene, sie, wenn nötig, in ärztliche Behandlung zu bringen.⁵⁰³ Es bestanden keine Bedenken, den Verdienstausschlag des Klägers als zu ersetzende Aufwendungen im Sinne der §§ 683, 670 BGB anzusehen. Er wurde als Folge des erlittenen Gesundheitsschadens verstanden.⁵⁰⁴

Im Nachgang dieses Urteils fällte der *Sechste Zivilsenat* des *Bundesgerichtshofs* eine Leitentscheidung zur Selbstaufopferung im Straßenverkehr, die eine praktisch besonders wichtige Fallgruppe der Nothilfe darstellt. Diesem Judikat zufolge ist die Antwort auf die Frage, ob der sein Steuer zur Rettung eines anderen Verkehrsteilnehmers herumreißende Kraftfahrer ein fremdes Geschäft führt, davon abhängig, ob er den ihm obliegenden straßenverkehrsgesetzlichen Entlastungsbeweis führen kann.⁵⁰⁵ Bei der Prüfung, in welchem Umfang der Gerettete Ersatz zu leisten hat, darf nach dieser Rechtsprechung nicht verkannt werden, dass der erst in der Judikatur entwickelte Ersatzanspruch des Geschäftsführers in solchen Rettungsfällen gegenüber dem im Gesetz ausdrücklich geregelten Ersatz für vermögensrechtliche Aufwendungen Besonderheiten zeigt, denen ein voller Schadensersatz nicht immer gerecht wird.⁵⁰⁶ Der *Bundesgerichtshof* hielt es für kein sachgerechtes Ergebnis, dem zur Rettung eines Kindes handelnden Kraftfahrer stets vollen Ausgleich seiner Schäden zu gewähren, obwohl die konkrete Gefahrenlage durch sein Fahrzeug mit herbeigeführt wurde.⁵⁰⁷ Er wies insoweit darauf hin, dass es sich bei dem geprüften Anspruch nicht um einen echten Schadensersatzanspruch handelt, sondern dem Retter vielmehr nur eine angemessene Entschädigung zu gewähren ist, für deren Bemessung die verschiedenartigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind.

⁵⁰² Vgl. *BGH*, U. v. 07.11.1960, Az.: VII ZR 82/59 = BGHZ 33, 251 (254/255).

⁵⁰³ Vgl. *BGH*, U. v. 07.11.1960, Az.: VII ZR 82/59 = BGHZ 33, 251 (256).

⁵⁰⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 07.11.1960, Az.: VII ZR 82/59 = BGHZ 33, 251 (257).

⁵⁰⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (273). Die Fassung des einschlägigen § 7 Abs. 2 StVG wurde mittlerweile verändert. Das wirkt sich bei der Prüfung eines Entschädigungsanspruchs zu Lasten des Nothelfers aus, vgl. *Greger*, Haftungsrecht, 2007, S. 476.

⁵⁰⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (277).

⁵⁰⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (278).

sichtigen sind.⁵⁰⁸ Der *Senat* war sich der kompetenziellen Problematik dieser normativen Aussagen, die bis heute Geltung beanspruchen, durchaus bewusst.⁵⁰⁹

2. Zurechnungszusammenhang

Wenn der Nothelfer anlässlich der Rettung eines von einem Dritten in Not gebrachten Menschen Schaden erleidet, besteht für ihn die Möglichkeit, aus unterschiedlichen Rechtsgründen Schadensersatzansprüche gegen den Verursacher der Notlage geltend zu machen. Die Erfolgsaussichten einer Klage hängen insbesondere davon ab, ob ein Zurechnungszusammenhang zwischen dieser Verursachung und der Rechtsgutsverletzung des Nothelfers besteht. Das *Reichsgericht* begann schon vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches damit, insoweit begünstigende Zurechnungsgrundsätze für den Nothelfer zu entwickeln. Auch sie wurden später vom *Bundesgerichtshof* gebilligt und präzisiert.

Im Jahre 1892 lag dem *Reichsgericht* ein Fall zur Entscheidung vor, in dem es im Wesentlichen darum ging, ob der Beklagte Kutscher den Schaden zu ersetzen hatte, der dadurch entstanden war, dass der Kläger zum Schutz seines Bruders und Dritter versucht hatte, nach einem Unfall der Kutsche die durchgegangenen Pferde mittels ihrer Zügel zu bändigen. Das *Reichsgericht* war der Auffassung, dass sich derjenige, der schuldhaft eine Situation herbeiführt, in der es für einen anderen zur rechtlichen oder moralischen Pflicht wird, zum Schutz von Leben, Gesundheit oder anderer wertvoller Rechtsgüter einzugreifen, der Haftung für den bei den Rettungsversuchen entstandenen Schaden nicht entziehen kann.⁵¹⁰ Außerdem wurde für entscheidungserheblich gehalten, ob es für den Kläger geboten erschien, rettend einzugreifen, ob er dabei mit der gehörigen Vorsicht und Besonnenheit verfuhr, insbesondere, ob der Kläger seinen Entschluss unter vernünftiger Abwägung aller Verhältnisse fasste.⁵¹¹ Diese Kriterien sind rückbli-

⁵⁰⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (278/279).

⁵⁰⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = BGHZ 38, 270 (279): „Da der Anspruch des Retters auf Ersatz von Körperschäden gegen den Begünstigten erst in der Rechtsprechung entwickelt und näher ausgestaltet worden ist, verstößt es nach Ansicht des Senats auch nicht gegen den Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz, wenn die richterliche Rechtsfortbildung bei der Bemessung des Schadensersatzes den Besonderheiten Rechnung trägt, die der Gesetzgeber bei der Regelung des Aufwendungsersatzes (§§ 670, 683 BGB) offenbar nicht erwogen hat“.

⁵¹⁰ Vgl. *RG*, U. v. 21.03.1892, Az.: Rep. VI 330/91 = RGZ 29, 120 (121/122).

⁵¹¹ Vgl. *RG*, U. v. 21.03.1892, Az.: Rep. VI 330/91 = RGZ 29, 120 (123).

ckend als wegweisend für die Beurteilung der zu untersuchenden Zurechnungsfragen zu bewerten.

Derselbe *Senat* übertrug diese Grundsätze später auf die im Rahmen der Tierhalterhaftung nach § 833 BGB a. F. anzustellende Beurteilung, ob sich trotz Rettungsversuchs die spezifische Tiergefahr in der Verletzung des Klägers niederschlug. Das *Reichsgericht* gewann die Erkenntnis, dass auch der Tierhalter für den Schaden einstehen muss, der dem Retter bei der Abwendung einer drohenden Tiergefahr entsteht, wenn der Tierhalter schuldhaft eine Situation herbeiführte, in der es für jemand anderen zur rechtlichen oder moralischen Pflicht wurde, ohne Rücksicht auf die damit verbundene Gefahr zum Schutz von Leib und Leben Dritter einzugreifen.⁵¹²

Schließlich transponierte der *Achte Senat* des *Reichsgerichts* diese Zurechnungsüberlegungen auch auf die Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeughalters. Der Kläger wurde verletzt, als er eine Mitfahrerin aus einem brennenden Kraftomnibus der Beklagten rettete.⁵¹³ Nach Meinung des *Gerichts* kam der Kläger dadurch, dass er sich auf die Gefahr hin selbst verletzt zu werden bemühte, anderen Insassen in der allgemeinen Aufregung beim Verlassen des Wagens behilflich zu sein, einer sittlichen Pflicht nach, deren Erfüllung ihm keine Nachteile bringen darf.⁵¹⁴

Der *Bundesgerichtshof* billigte diese Grundsätze und differenzierte sie zugunsten einer nierenspendenden Mutter noch stärker aus. Er hielt fest, dass der Schädiger erst dann, wenn er verantwortlich einen Gefahrenzustand schuf, der von einem solchen Aufforderungscharakter an den Retter und Nothelfer war, dass das Eingreifen wenn nicht geboten, so doch mindestens verständlich und billigenwert war, für dessen Selbstschädigung einstehen muss.⁵¹⁵ Der *Senat* fuhr mit der Maßgabe fort, dass die Intervention des Retters oder Nothelfers nicht vollständig frei sein darf, sondern durch die erste Tat nahegelegt, durch sie „herausgefordert“ worden sein muss. Außerdem bestand er darauf, dass die Selbstgefährdung und die in Kauf genommene eigene Verletzung in einem ange-

⁵¹² Vgl. RG, U. v. 20.02.1902, Az.: Rep. VI 399/01 = RGZ 50, 219 (223).

⁵¹³ Vgl. OLG Stuttgart, U. v. 24.11.1964, Az.: 5 U 91/64 = NJW 1965, 112 zu einer ähnlichen Fallkonstellation.

⁵¹⁴ Vgl. RG, B. v. 06.06.1940, Az.: VIII 578/39 = RGZ 164, 125 (126).

⁵¹⁵ Vgl. BGH, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = BGHZ 101, 215 (220/221).

messenen Verhältnis zu dem möglichen Erfolg des Eingreifens stehen und in ihrer Motivation nach den anerkannten gesellschaftlichen Verhaltensregeln wenigstens zu billigen sind.⁵¹⁶ Andernfalls soll die Haftung nicht mehr im Schutzbereich der Verhaltenspflicht, keine herausfordernden Rettungs- oder Nothilfesituationen herbeizuführen, liegen.⁵¹⁷ Der *Senat* wies auch darauf hin, dass die Hilfe bei der Schadensbewältigung, insbesondere dort, wo sie sich als Unterstützung bei der Schadensregulierung darstellt, nicht mehr unter den Begriff der Rettung fällt.⁵¹⁸ Haftungsrechtlich soll sie nicht mehr der Verletzungshandlung des Schädigers zugeordnet werden können.⁵¹⁹

Darüber hinausgehend entschied etwa das *OLG Düsseldorf* später, dass der Zurechnungszusammenhang zwischen Erstunfall und Tötung eines opferbereiten Dritten auch dann nicht zu verneinen ist, wenn es dem Retter unter Einsatz seines Lebens nicht gelingt, einen Pkw - Fahrer, der schuldhaft mit seinem Pkw auf Bahngleisen zum Stehen kommt, kurz vor Annäherung eines Zuges aus dem Fahrzeug herausziehen.⁵²⁰ Auf die eventuelle Aussichtslosigkeit des Rettungsversuchs sollte es nicht ankommen. Das *Gericht* hielt es vielmehr für maßgebend, dass der psychische Zwang für einen selbstlosen Helfer in dem gleichen Maß steigt wie die erkennbare Lebensbedrohung für den Verunglückten wächst.⁵²¹

⁵¹⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = BGHZ 101, 215 (221).

⁵¹⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = BGHZ 101, 215 (221). Vgl. insoweit auch das obiter dictum von *BGH*, U. v. 18.11.1980, Az.: VI ZR 215/78 = NJW 1981, 750 (751), das im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB eine Erstreckung des Schutzzwecks von § 142 StGB auf Vermögensopfer von Verfolgern erwog, die sich mit ihrem Eingreifen uneigennützigweise die Sache des Erstgeschädigten zu eigen machen.

⁵¹⁸ Anders *Stoll*, JZ 1988, 153 (154). Er sieht die Entschädigung des Organspenders als ein Problem der Haftungsfolgen an und plädiert für die Anerkennung eines eigenen Rechts des Dritten auf Vergütung solcher selbstverantwortlich erbrachten Opfer aus dem Schutzzweck der den Schadensersatz bei Körperverletzung regelnden Normen, vgl. *Stoll*, JZ 1988, 153 (155).

⁵¹⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = BGHZ 101, 215 (222).

⁵²⁰ Vgl. *OLG Düsseldorf*, U. v. 22.04.1994, Az.: 14 U 112/93 = NJW-RR 1995, 1365.

⁵²¹ *OLG Düsseldorf*, U. v. 22.04.1994, Az.: 14 U 112/93 = NJW-RR 1995, 1365 (1366) nahm insoweit auch auf *BGH*, U. v. 13.07.1971, Az.: VI ZR 125/70 = VersR 1971, 964 (965) Bezug. Er hatte dort entschieden, dass das Eingreifen opferbereiter Dritter bei Gefahr für Leib und Leben, und zwar nicht nur in den Fällen rechtlicher und sittlicher Pflicht zur Rettung, nahezu zwangsläufig herausgefordert wird, während die Antwort bei weniger bedrohlichen Situationen von der Wertung der besonderen Umstände abhängt. Vgl. unter diesem Aspekt auch *OLG Karlsruhe*, U. v. 28.04.1989, Az.: 10 U 298/88 = VersR 1991, 353.

3. Haftungsprivilegierung

Der Nothelfer kann auch in den Genuss einer Haftungsprivilegierung kommen. Die Vorschrift des § 680 BGB wurde von der Judikatur zum Ausgangspunkt weitergehender Entlastungen gemacht.

Im ersten Fall, in dem sich der *Bundesgerichtshof* mit der Reichweite des § 680 BGB beschäftigte, wurde der Kläger durch einen Auffahrunfall geschädigt, als er den Erstbeklagten im Dunkeln auf der Straße angehalten hatte, um ihn wegen des Fahrens mit einer unbeleuchteten Strohpressen anzusprechen, der er als Autofahrer zuvor gerade noch ausweichen konnte. In den Entscheidungsgründen hielt der *Sechste Senat* zunächst fest, dass § 680 BGB Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist.⁵²² Helfendes Eingreifen zum Schutz von Privatinteressen eines anderen soll seiner Auffassung nach in Augenblicken dringender Gefahr begünstigt werden, weil dies im allgemeinen Interesse erwünscht ist und ein Sichvergreifen in den Mitteln wegen der durch die Gefahr geforderten Schnelligkeit der Entschließung, die ein ruhiges, überlegenes Abwägen ausschließt, nur zu leicht stattfinden kann.⁵²³ Mit diesem Grundgedanken der Bestimmung hielt er es für nicht vereinbar, wenn dem Geschäftsführer, der bei seiner Hilfeleistung aus Gründen zu Schaden kommt, die von dem Geschäftsherrn haftungsrechtlich zu verantworten sind, außer im Fall groben Versehens entgegengehalten werden könnte, dass er seinen Schaden mitverursacht hat.⁵²⁴

Anlässlich eines Falls, in dem der selbst fahruntüchtig betrunkene Beklagte zur Verhinderung größeren Unglücks das Steuer des Wagens des noch stärker alkoholisierten Verunglückten übernahm, hat der *Bundesgerichtshof* entschieden, dass unter den Voraussetzungen des § 680 BGB auch die Haftung des Beklagten aus § 823 BGB beschränkt ist.⁵²⁵ Der Beklagte wurde nicht für zum Schadensersatz verpflichtet gehalten, falls er ohne grobe Fahrlässigkeit glaubte, er sei trotz des genossenen Alkohols noch so

⁵²² Vgl. *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188 (194).

⁵²³ Vgl. *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188 (194); ebenso *BGH*, U. v. 24.10.1974, Az.: VII ZR 223/72 = BGHZ 63, 167 (174).

⁵²⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188 (194).

⁵²⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 30.11.1971, Az.: VI ZR 100/70 = NJW 1972, 475 mit kritischer Urteilsanmerkung von *Gursky*, JuS 1972, 637-641 und höchstens anlehnendem Verweis auf *BGH*, U. v. 23.03.1966, Az.: I b ZR 150/ 63 = BGHZ 46, 140 sowie *BGH*, U. v. 20.12.1966, Az.: VI ZR 53/65 = BGHZ 46, 313.

fahrtüchtig, dass der Verunglückte mit dieser Heimfahrt einverstanden war. Der *Senat* hielt es mit Sinn und Zweck des § 680 BGB zwar für unvereinbar, die Gefahrenlage, die der Beklagte hatte abwenden wollen, doppelt zu seinen Gunsten zu verwenden. Etwa einmal entsprechend § 680 BGB, um die Beschränkung seiner Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu rechtfertigen, und dann nochmals, um grobe Fahrlässigkeit zu verneinen.⁵²⁶ Das sollte es jedoch nicht ausschließen, die Gefahrenlage dann zugunsten des Geschäftsführers zu seiner Entlastung heranzuziehen, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der über den Fall, den das Gesetz in § 680 BGB im Auge hat, hinausgeht.⁵²⁷ Eine solche Situation nahm der *Senat* an, weil er die abzuwendende Gefahr nicht nur in ihrer Dringlichkeit, sondern auch in ihrer Größe für ungewöhnlich hielt. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass seine Begleiter den Beklagten zu seiner Handlungsweise drängten.⁵²⁸

Das *Bundesarbeitsgericht* befasste sich einmal obiter dictum mit dem Rechtsgedanken des § 680 BGB im Fall einer Scheingefahr. Eine Haftungsmilderung (*Anm.*: nach den Grundsätzen für schadensgeneigte Arbeit) hielt es nur für gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer unverschuldet eine akute Notlage annehmen durfte.⁵²⁹ Zur Frage der Anwendbarkeit des § 680 BGB bei einer Scheingefahr existiert noch keine Judikatur des *Bundesgerichtshofs*.⁵³⁰

III. Allgemeines Deliktsrecht

Der Uneigennützte genießt auch auf verschiedenen Ebenen des allgemeinen Deliktsrechts Privilegierungen vonseiten der Rechtsprechung. Sie sind in den Bereichen der Einwilligung (1.), des Verschuldens (2.) und der vertraglichen Haftungsausschlüsse (3.) anzusiedeln.

⁵²⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 30.11.1971, Az.: VI ZR 100/70 = NJW 1972, 475 (476).

⁵²⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 30.11.1971, Az.: VI ZR 100/70 = NJW 1972, 475 (476).

⁵²⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 30.11.1971, Az.: VI ZR 100/70 = NJW 1972, 475 (477).

⁵²⁹ Vgl. *BAG*, U. v. 11.09.1975, Az.: 3 AZR 561/74 = NJW 1976, 1229 (1230).

⁵³⁰ Vgl. aber insoweit etwa *OLG München*, U. v. 19.05.1998, Az.: 5 U 6051/97 = WM 1999, 1878 einerseits (Anwendbarkeit des § 680 BGB bejahend) und *OLG Frankfurt*, U. v. 06.04.1976, Az.: 8 U 195/75 = MDR 1976, 1021 andererseits (Anwendbarkeit des § 680 BGB verneinend).

1. Einwilligung

Das Recht der Arzthaftung erfährt eine zunehmende Ausdifferenzierung.⁵³¹ Das gilt auch im Bereich der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe. Die folgende Hinführung soll die insoweit zu konstatierenden Privilegierungen des Uneigennützigen verdeutlichen.

Nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* ist ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kranken nur insoweit nicht widerrechtlich, wie die Einwilligung des Kranken reicht.⁵³² Eine wirksame Einwilligung setzt im Grundsatz voraus, dass der Patient Art, Bedeutung und Folgen des Eingriffs, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in seinen Grundzügen erkannt hat.⁵³³ Zutreffende Vorstellungen über Wesen und Tragweite eines ärztlichen Eingriffs kann sich ein Kranker regelmäßig nur bilden, wenn ihm vom Arzt das Wesentliche über die vorgesehene Behandlung mitgeteilt wird, es sei denn, er wäre mit den Gefahren der einzuschlagenden Behandlungsmethode vertraut.⁵³⁴

Maß und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht werden mitbestimmt von der Häufigkeit und Schwere auftretender Komplikationen, somit von dem Grad der Gefährlichkeit des Eingriffs.⁵³⁵ Eine Aufklärung des Patienten über mögliche schädliche Folgen einer vorgesehenen Heilbehandlung ist nicht erforderlich, wenn Schäden nur in äußerst seltenen Fällen auftreten und anzunehmen ist, dass sie bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluss, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.⁵³⁶ Es muss aber eine allgemeine Vorstellung von der Schwere des Eingriffs und den spezifisch mit ihm verbundenen Risiken vermittelt werden, insbesondere soweit diese,

⁵³¹ So *Spickhoff*, NJW 2006, 2075.

⁵³² Vgl. nur *BGH*, U. v. 16.01.1959, Az.: VI ZR 179/57 = BGHZ 29, 176 (179). Eingehend zu den Rechtsfolgen der von ihnen sogenannten „Nichteinwilligung“ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 212 ff.

⁵³³ Sogenannte Grundaufklärung, näher etwa *Schünemann*, Entscheidungskonflikt, 2001, S. 78 f.

⁵³⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 16.01.1959, Az.: VI ZR 179/57 = BGHZ 29, 176 (180).

⁵³⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 16.01.1959, Az.: VI ZR 179/57 = BGHZ 29, 176 (181). Näher etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 185 ff; *Ratajczak*, Schweinezyklus, 2001, S. 3 f.

⁵³⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 16.01.1959, Az.: VI ZR 179/57 = BGHZ 29, 176 (182).

wenn sie sich verwirklichten, die Lebensführung des Patienten schwer belasten würden und er mit ihnen nach der Natur des Eingriffs nicht rechnen konnte.⁵³⁷

Diese Aufklärungsgrundsätze hat der *Bundesgerichtshof* für die Fallgruppe rein kosmetischer Eingriffe modifiziert. Je weniger ein ärztlicher Eingriff medizinisch geboten ist, umso ausführlicher und eindrucklicher ist der Patient, dem dieser Eingriff angeraten wird oder den er selbst wünscht, über dessen Erfolgsaussichten und etwaige schädliche Folgen zu informieren.⁵³⁸ Das gilt in besonderem Maße für kosmetische Operationen, die nicht, jedenfalls nicht in erster Linie, der Heilung eines körperlichen Leidens dienen, sondern eher einem psychischen und ästhetischen Bedürfnis. Der Patient muss in diesen Fällen darüber unterrichtet werden, welche Verbesserungen er günstigenfalls erwarten kann, und ihm müssen etwaige Risiken deutlich vor Augen gestellt werden, damit er genau abwägen kann, ob er einen etwaigen Misserfolg des ihn immerhin belastenden Eingriffs und darüber hinaus sogar bleibende Entstellungen oder gesundheitliche Beeinträchtigungen in Kauf nehmen will, selbst wenn diese auch nur entfernt als eine Folge des Eingriffs in Betracht kommen.⁵³⁹

Vor dem Hintergrund dieser Judikatur hat sich der *Bundesgerichtshof* jüngst zum Umfang der Risikoaufklärung⁵⁴⁰ bei fremdnützigen Blutspenden geäußert.⁵⁴¹ Er erkennt insoweit eine besondere Interessenlage an und zieht aus ihr günstige Konsequenzen für den Spender. Der *Sechste Senat* hielt fest, dass die Anforderungen an die Aufklärungspflicht bei einer Blutspende schon im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht und das Recht des Spenders auf körperliche Unversehrtheit nicht deshalb geringer sein können, weil sie nicht der Heilung des Spenders dient, sondern ausschließlich fremdnützig erfolgt.⁵⁴² Er steht außerdem auf dem Standpunkt, dass der fremdnützige Spender hin-

⁵³⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 07.02.1984, Az.: VI ZR 174/82 = BGHZ 90, 103 (106).

⁵³⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 06.11.1990, Az.: VI ZR 8/90 = VersR 1991, 227 (228). Näher z. B. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 185 f. m. w. N.

⁵³⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 06.11.1990, Az.: VI ZR 8/90 = VersR 1991, 227 (228). Näher zur sogenannten „Brutalaufklärung“ etwa *Ratajczak*, Schweinezyklus 2001, S. 6 f.

⁵⁴⁰ Näher zum Begriff der Risikoaufklärung *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 178.

⁵⁴¹ *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 mit zustimmender Urteilsanmerkung von *Spickhoff*, NJW 2006, 2075.

⁵⁴² Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108. Mit Recht weist *Spickhoff*, NJW 2006, 2075 (2076) darauf hin, wie wenig eine gegenläufige Linie im Hinblick auf gewünschte Anreize zur Blutspende überzeugen würde. Entsprechende Pressemitteilungen könnten potenziell Blutspendewillige von weiterem fremdnützigem Verhalten und dringend erwünschten Blutspenden durchaus abhal-

sichtlich des Umfangs der Aufklärungspflicht nicht schlechter stehen kann als ein Patient, der sich einem rein kosmetischen Eingriff unterzieht.⁵⁴³ Die dafür entwickelten Grundsätze sollen erst recht bei einer Blutspende gelten, die dem Spender weder gesundheitliche noch sonstige Vorteile körperlicher Art bringen kann, sondern allein zugunsten der Allgemeinheit erfolgt. Auch und gerade in solchen Fällen wurde eine besondere Verantwortung des Arztes erkannt, dem Spender als seinem Patienten das Für und Wider mit allen Konsequenzen vor Augen zu stellen, damit dieser voll informiert sein Selbstbestimmungsrecht in der Frage ausüben kann, ob er zum Wohl der Allgemeinheit bereit ist, auch ein - wenn auch seltenes - Risiko bleibender Schäden für seine Gesundheit auf sich zu nehmen.⁵⁴⁴ Der *Senat* wies darauf hin, dass diese Grundsätze insbesondere im Einklang mit § 6 Abs. 1 S. 1 TFG stehen.⁵⁴⁵ Bei der entschiedenen Sachlage genügte der Hinweis in den schriftlichen „Informationen“ auf „Schädigungen von Nerven“ den dargelegten Anforderungen an eine ausreichende Risikoauflklärung nicht.⁵⁴⁶ Eine wirksame Aufklärung hätte einen Hinweis auf die Möglichkeit einer irreversiblen, dauerhaft schmerzhaften und eventuell funktionsbeeinträchtigenden Nervverletzung infolge einer Blutspende erfordert.⁵⁴⁷ In der Verneinung einer hypothetischen Einwilligung des Klägers hat der *Bundesgerichtshof* keinen Rechtsfehler erkannt. Er wies darauf hin, dass der Kläger bei einer Blutspende, die keinen Heileingriff darstellt, bei dem es für den Patienten um die Entscheidung zwischen Krankheitsrisiko und Behandlungsrisiko geht, auch keinen dieser Situation entsprechenden Entscheidungskonflikt plausibel machen muss.⁵⁴⁸ Es genügte, dass der Kläger unwiderlegt behauptete,

ten, wenn die nicht zureichende Aufklärung über die mit der Blutspende verbundenen, nicht ganz geringen Risiken und die erheblichen gesundheitlichen Folgen des Eingriffs haftungsrechtlich dem altruistisch Handelnden überantwortet würden. Das ist ein Adaptionsfolgenargument, das der *BGH* bei seinen Erwägungen eventuell unausgesprochen mitberücksichtigte. Näher zum Begriff der Adaptionsfolgen *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 139/140. Vgl. zur Folgenberücksichtigung als besonderer Begründungsmethode zur Beurteilung zentraler Problemstellungen uneigennützigem Verhaltens unten 3. Kapitel A. III. 2.

⁵⁴³ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108.

⁵⁴⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2108/2109).

⁵⁴⁵ § 6 Abs. 1 S. 1 lautet in der Fassung des TFG vom 28.08.2007, BGBl. I, S. 2169: „Eine Spendeentnahme darf nur durchgeführt werden, wenn die spendende Person vorher in einer für sie verständlichen Form über Wesen, Bedeutung und Durchführung der Spendeentnahme und der Untersuchungen sachkundig aufgeklärt worden ist und in die Spendeentnahme und die Untersuchungen eingewilligt hat“.

⁵⁴⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2109). Vgl. zum Problem der formulargestützten Aufklärung allgemein *Jungbecker*, Formulargestützte Aufklärung, 2001, S. 31 f.

⁵⁴⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2109).

⁵⁴⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2110). Eingehend zur allgemeinen Bedeutung dieses Entscheidungskonflikts als Replik auf die ärztliche Behauptung einer hypothetischen Patienteneinwilligung *Schünemann*, Entscheidungskonflikt, 2001, S. 73 f.

dass er in seiner persönlichen Situation als Polizeibeamter, in der er zur Ausübung seines Dienstes in besonderem Maß auf körperliche Gesundheit angewiesen sei, im Falle einer hinreichenden Aufklärung über das tatsächlich eingetretene Risiko von einer erneuten Spende abgesehen hätte.⁵⁴⁹

2. Sorgfaltspflichten

Die Judikatur ist dem Uneigennützigen auch bei der Bemessung seiner deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten entgegengekommen. Die einschlägigen Entscheidungen haben sich einerseits mit der Begründung von Verkehrspflichten und andererseits mit der Konkretisierung der vom Uneigennützigen im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB zu verlangenden verkehrserforderlichen Sorgfalt beschäftigt.

In einem vom *Reichsgericht* unter dem 6. Mai 1907 entschiedenen Fall stellte sich die Frage, ob der Beklagte die Rechtspflicht hatte, das vor seinem Privathaus angelegte Backsteinpflaster bei Eisglätte zu bestreuen. Der *Sechste Senat* hielt zunächst fest, dass der Beklagte insbesondere seine Nachbarn nicht in den irrigen Glauben versetzte, dass er nicht bloß zum Nutzen der eigenen Grundstücke, sondern für ihren Gebrauch ein Trottoir herstellte. Das *Gericht* schloss dann, dass dem Beklagten aus der freundschaftlich - nachbarschaftlichen Duldung des Fußgängerverkehrs nicht die Rechtspflicht erwuchs, für dessen Sicherheit besonders tätig zu sein.⁵⁵⁰ Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass derjenige, der von der Gefälligkeit Gebrauch machen will, diese so nehmen muss, wie sie ihm geboten wird.⁵⁵¹

Nur wenige Tage später fällte derselbe *Senat* eine aufwendiger begründete Entscheidung zur Konkretisierung der vom Gefälligen deliktsrechtlich zu erwartenden Sorgfalt.⁵⁵² Es ging um eine tödliche Gefälligkeitsfahrt mit einem Fuhrwerk. Einen Freibrief für jede Fahrlässigkeit wollte das *Gericht* dem Beklagten weder unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben noch nach der Verkehrsanschauung geben.⁵⁵³ Es ging da-

⁵⁴⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = *NJW* 2006, 2108 (2110).

⁵⁵⁰ Vgl. zum Vorstehenden *RG*, U. v. 06.05.1907, Az.: VI ZR 374/06 = *JW* 1907, 364 Nr. 12.

⁵⁵¹ Vgl. *RG*, U. v. 06.05.1907, Az.: VI ZR 374/06 = *JW* 1907, 364 Nr. 12.

⁵⁵² Vgl. *RG*, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = *SeuffBl.* 72, 1084.

⁵⁵³ Vgl. *RG*, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = *SeuffBl.* 72, 1084 (1085).

von aus, dass sich der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach den Anforderungen der aus einer tatsächlichen verständigen Übung geschöpften Verkehrssitte bestimmt. Sonach stellte das *Gericht* fest, dass diese Sitte ihre Richtlinie, wenn Gefälligkeitshandlungen in Frage stehen, ganz besonders von den Geboten der Billigkeit empfängt. Den von ihm als solchen bezeichneten Grundsatz, dass der Schenker und der Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften haben (§§ 521, 599 BGB) wollte es zwar nicht ohne weiteres auf ein außervertragliches Schuldverhältnis übertragen. Es hielt es aber für möglich, ihn als Fingerzeig dafür zu verwerten, welches Maß an Bedachtsamkeit für das fremde Interesse die Verkehrssitte von demjenigen verlangt, der einem anderen eine Gefälligkeit erweist.⁵⁵⁴ Demnach sollte ein Fuhrherr dem geduldeten Fahrgast in der Regel nicht für einen erkennbaren Fehler des Fuhrwerks haften. Das wurde mit der im gedanklichen Ausgangspunkt bereits bekannten Erwägung begründet, dass derjenige, der sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setzt und unentgeltlich mitfährt, Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen muss, wie sie sich ihm bieten.⁵⁵⁵

Das *Hanseatische OLG* hatte später über die Anforderungen an die Sorgfalt eines gefälligerweise Aufsichtspflichtigen zu befinden. Der fünfjährige Schützling des Beklagten fiel während der Fahrt aus einem Zug und wurde dabei schwer verletzt. Das *Gericht* ging zwar davon aus, dass die Aufsichtspflicht bei einem fünfjährigen Kind weit auszuweiten ist, unterschied insoweit aber weiter nach Personenkreisen. Bei einer Mutter, einer sonstigen zum unmittelbaren Verwandtschaftskreis gehörenden Person oder bei einer Kindergärtnerin, die die Beaufsichtigung gegen Entgelt übernimmt, hielt es einen strengeren Maßstab für angebracht als bei dem Beklagten, der es lediglich aus Gefälligkeit übernahm, während der Fahrt auf das Kind aufzupassen.⁵⁵⁶ Es erachtete es als genügend, wenn er im Allgemeinen ein Auge auf das Kind behielt und es insbesondere durch Ermahnungen auf die besonderen Gefahren im Zug hinwies. Diese Erwägungen sah das

⁵⁵⁴ Vgl. zum Vorstehenden RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085).

⁵⁵⁵ Vgl. RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085). Der *Senat* stellte aber klar: „Hatte der Bremsstengel in Wahrheit eine Bruchstelle, und hatte der Beklagte sie als solche erkannt, so war es mehr als Leichtsinns, es war eine Gewissenlosigkeit, den eigenen Sohn und die mitfahrenden Arbeiter auf dem abschüssigen Weg der Gefahr eines Bremsenbruchs und des Abrollens des Wagens oder des Durchgehens der Pferde auszusetzen, lediglich in der unsicheren Erwartung, daß die Bremse noch eine oder die andere Fahrt aushalten werde“, RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085/1086).

⁵⁵⁶ Vgl. zum Vorstehenden *HansOLG*, U. v. 20.03.1940, Az.: 5 U 392/39 = DR 1940, 1110.

Gericht dadurch gestützt, dass die Mutter das Kind als besonders folgsam hingestellt hatte.⁵⁵⁷

3. Haftungsausschlüsse

Eine deliktsrechtliche Privilegierung des Uneigennütigen fällt dort auf, wo die Rechtsprechung für ihn ohne vertragliche Grundlage einen Haftungsausschluss qua ergänzender Vertragsauslegung erreicht. Als wichtiges, haftungseinschränkendes Kriterium lässt die Judikatur neben fehlendem Versicherungsschutz und vorbehaltlich weiterer Besonderheiten des Einzelfalls ohne nähere Prüfung der Vermögensverhältnisse der Beteiligten schon ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko genügen.⁵⁵⁸ Dass auch in diesem Einzelkriterium eine Privilegierungstendenz zum Vorschein kommt, zeigen die folgenden Darlegungen.

Das *OLG Frankfurt* verzichtete in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 ausdrücklich auf die vertragliche Grundlage zur Annahme eines „stillschweigenden Haftungsverzichts“.⁵⁵⁹ Die damals noch miteinander verheirateten Parteien kamen bei der Rückfahrt von einer Familienfeier mit dem Wagen des Klägers, den die Beklagte wegen dessen Alkoholgenusses steuerte, bei Glatteis von der Fahrbahn ab. Der erkennende *Senat* war der Meinung, dass die Annahme eines Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit im Wege ergänzender Vertragsauslegung nicht daran scheiterte, dass eine dahingehende Anknüpfung erst ermöglichender Vertragsrahmen nicht festgestellt werden konnte.⁵⁶⁰ Es wurde auch zugestanden, dass in den seitens der Beklagten genannten Entscheidungen des *BGH* Abreden von Fahrgemeinschaften vorlagen, die über eine bloße Gefälligkeit des täglichen Lebens, bei der jeder Rechtsbindungswille fehlt, hinausgingen. Indessen wurden derartige Konstruktionen für das regelmäßig nicht von Vertragsbindungen geprägte Verhältnis zwischen Ehegatten nicht als passend erachtet. Unter der Prämisse, dass der Schädiger einem mit ihm verheirateten Verletzten nicht eher haften soll als einem sonstigen Dritten, wurden Vertragsgrundsätze insoweit nicht als maßge-

⁵⁵⁷ Vgl. *HansOLG*, U. v. 20.03.1940, Az.: 5 U 392/39 = DR 1940, 1110.

⁵⁵⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

⁵⁵⁹ Weitere obergerichtliche Beispiele für eine diskretere Operation ohne Vertragsgrundlage: *OLG Frankfurt*, U. v. 21.06.2005, Az.: 14 U 120/04 = NJW 2006, 1004 sowie *OLG Köln*, U. v. 19.09.2001, Az.: 26 U 24/01 = MDR 2002, 150.

⁵⁶⁰ Vgl. *OLG Frankfurt*, U. v. 24.06.1986, Az.: 8 U 174/85 = NJW-RR 1986, 1350 (1351).

bend angesehen. Der *Senat* wollte überdies eine Privilegierung des Ehegatten vermeiden, der anstelle freiwilliger Situationsrücksicht gegenüber seinem Partner auf einer bindenden Abrede besteht. Zur Rechtfertigung seines Standpunkts verwies er auf ein Präjudiz des *Bundesgerichtshofs*, der in einem Fall, in dem der Geschädigte seine spätere Ehefrau um die Übernahme des Steuers gebeten hatte, die Frage einer hierdurch begründeten Vertragsbindung als Vorfrage eines stillschweigenden Haftungsverzichts nicht erörtert haben soll.⁵⁶¹ Deshalb wurde allein die Interessenlage der Parteien für entscheidungserheblich gehalten. Aus ihr wurde die Beschränkung der Haftung der Beklagten wegen leichter Fahrlässigkeit im Bereich des dem Kläger entstandenen Sachschadens abgeleitet.⁵⁶²

Es gibt weitere höchstrichterliche⁵⁶³, obergerichtliche⁵⁶⁴ und auch erstinstanzliche⁵⁶⁵ Beispiele für ähnliche ergänzende Vertragsauslegungen ohne vertragliche Grundlage. Sie werden auch bei Gefälligkeiten außerhalb des Straßenverkehrs vorgenommen.⁵⁶⁶ Das Vertragserfordernis wurde jedoch nie so klar beiseite geschoben wie in dem referierten Beispielsfall des *OLG Frankfurt*.

Der *Bundesgerichtshof* steht zwar ausdrücklich nicht auf dem Standpunkt, dass ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung auf vorsätzliche oder grob fahr-

⁵⁶¹ Vgl. insoweit *OLG Frankfurt*, U. v. 24.06.1986, Az.: 8 U 174/85 = NJW-RR 1986, 1350 (1351). Diese Beobachtung ist zutreffend. Der *BGH* sprach in den Entscheidungsgründen der in Bezug genommenen Entscheidung (U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = VersR 1980, 384 (385/386)) lediglich von einer „Abmachung“ zwischen späterem Ehemann und Beklagter über das Führen des Kfz, die in ergänzender Auslegung mit einem Haftungsverzicht zu versehen sei. Näher zu diesem Judikat oben 1. Kapitel A. II. 2. b).

⁵⁶² Vgl. *OLG Frankfurt*, U. v. 24.06.1986, Az.: 8 U 174/85 = NJW-RR 1986, 1350 (1351). Entscheidungserheblich war wie so oft der Versicherungsschutz der Beklagten. Sie war versichert, soweit sich die Haftpflichtansprüche nicht auf den Ersatz von Sach- oder Vermögensschäden richteten.

⁵⁶³ Vgl. *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = VersR 1961, 846; *BGH*, U. v. 18.12.1979, Az.: VI ZR 52/78 = VersR 1980, 426 (427).

⁵⁶⁴ Vgl. *OLG Frankfurt*, U. v. 21.06.2005, Az.: 14 U 120/04 = NJW 2006, 1004; *OLG Koblenz*, U. v. 11.10.2004, Az.: 12 U 1197/03 = NJW-RR 2005, 1048; *OLG Köln*, U. v. 19.09.2001, Az.: 26 U 24/01 = MDR 2002, 150 mit ausdrücklicher Feststellung, dass die Beklagte zur übernommenen Geländewagenausfahrt nicht verpflichtet war.

⁵⁶⁵ Vgl. *LG Duisburg*, U. v. 31.08.2004, Az.: 6 O 99/04 = VersR 2006, 223 für eine entsprechende, einfache (!) Auslegung der „Gefälligkeitsvereinbarung“; *AG Nürnberg*, U. v. 27.07.2005, Az.: 21 C 2563/05 = NJW-RR 2005, 1612; *LG Bonn*, U. v. 08.12.1993, Az.: 5 S 120/93 = NJW-RR 1994, 797.

⁵⁶⁶ Vgl. etwa *LG Bonn*, U. v. 08.12.1993, Az.: 5 S 120/93 = NJW-RR 1994, 797 zu einer nachbarschaftlichen Umzugshilfe.

lässige Schädigung automatisch dann angenommen werden darf, wenn der (*Anm.*: gefällige) Fahrer nicht durch eine Haftpflichtversicherung geschützt ist.⁵⁶⁷ Er hebt aber neben fehlendem Versicherungsschutz wie die ihm auch in anderen Schadensfällen folgende jüngste ober-⁵⁶⁸ und erstinstanzliche⁵⁶⁹ Rechtsprechung zur Annahme eines vertraglichen Haftungsausschlusses für einfache Fahrlässigkeit vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls nur noch darauf ab, ob den Uneigennütigen gegebenenfalls ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko treffen würde.⁵⁷⁰ Damit wird, was die folgenden Überlegungen zeigen, kein verfassungsrechtlich gebotener Schutz vor Überschuldung verwirklicht. Der Gefällige wird auch insoweit privilegiert.

Jedenfalls bei exorbitanten, insbesondere ruinösen Ersatzpflichten kann nicht nur die Handlungsfreiheit des Schädigers, sondern vor allem auch dessen Persönlichkeitsrecht betroffen sein.⁵⁷¹ Zu Recht hat *Canaris* zu bedenken gegeben, dass der Ausgleichszweck allein eine ruinöse oder auch nur katastrophale Schadenszurechnung im Bereich der Verschuldenshaftung ebenso wenig zu rechtfertigen vermag wie in den Fällen der Gefährdungshaftung,⁵⁷² sofern der Geschädigte wirtschaftlich nicht auf die Ersatzleistung angewiesen ist.⁵⁷³ Der Präventionszweck reicht dazu ebenfalls nicht aus. Dies zum einen wegen des weitreichenden Einschlags einer Risikohaftung auch im Rahmen der Verschuldenshaftung und zum anderen wegen des unter Umständen exorbitanten Missverhältnisses zwischen Verschulden und Haftungsfolgen.⁵⁷⁴ Das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet, so *Canaris*, eine Abwägung zwischen den Auswirkungen für den Schädiger einerseits und den Bedürfnissen des Geschädigten sowie

⁵⁶⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 15.01.1980, Az.: VI ZR 191/78 = *VersR* 1980, 384 (385).

⁵⁶⁸ Vgl. *OLG Köln*, U. v. 19.09.2001, Az.: 26 U 24/01 = *MDR* 2002, 150; *OLG Koblenz*, U. v. 11.10.2004, Az.: 12 U 1197/03 = *NJW-RR* 2005, 1048; *OLG Frankfurt*, U. v. 21.06.2005, Az.: 14 U 120/04 = *NJW* 2006, 1004.

⁵⁶⁹ Vgl. *LG Duisburg*, U. v. 31.08.2004, Az.: 6 O 99/04 = *VersR* 2006, 223; *AG Nürnberg*, U. v. 27.07.2005, Az.: 21 C 2563/05 = *NJW-RR* 2005, 1612; *LG Bonn*, U. v. 08.12.1993, Az.: 5 S 120/93 = *NJW-RR* 1994, 797.

⁵⁷⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = *NJW* 1993, 3067 (3068).

⁵⁷¹ Vgl. *Canaris*, *JZ* 1987, 993 (995). Ähnlich *BAG*, *GS*, B. v. 27.09.1994, Az.: *GS* 1/89 (A) = *NJW* 1995, 210 zur Aktualisierung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.

⁵⁷² Sie trifft nunmehr den Kraftfahrzeughalter gegenüber dem gefälligerweise beförderten Fahrgast nach § 7 Abs. 1 StVG.

⁵⁷³ Vgl. *Canaris*, *JZ* 1987, 993 (1001).

⁵⁷⁴ Vgl. *Canaris*, *JZ* 1987, 993 (1001).

dem Präventionsgedanken andererseits.⁵⁷⁵ Dabei sollen die Vermögensverhältnisse von Schädiger und Geschädigtem ganz im Vordergrund stehen.⁵⁷⁶

Vor dem Hintergrund dieser zustimmungswürdigen, auf den auch für Privatrechtsnormen geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rückführbaren⁵⁷⁷ und auf Extremfälle bezogenen verfassungsrechtlichen Erwägungen wird klar, dass sich die Judikatur zu den besagten Haftungsausschlüssen im Vorfeld eines verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes bewegt. Feststellungen zu einer exorbitanten oder auch nur ruinösen Schadensersatzverpflichtung lassen sich den ausgewerteten Judikaten ebenso wenig entnehmen wie genauere Angaben zu den Vermögensverhältnissen der Parteien.⁵⁷⁸

Bei der von der Rechtsprechung gestellten Frage, ob ein nicht hinnehmbares Haftungsrisiko vorliegt, schwingt außerdem, systematisch überraschend, das aus dem Arbeitsrecht bekannte, haftungseinschränkende Moment der Gefahrgeneigtheit der jeweiligen Tätigkeit mit. Das kommt in den Entscheidungsgründen der entsprechenden Judikate nur selten klar zum Ausdruck.⁵⁷⁹ Die Berücksichtigung der Gefahrgeneigtheit der Gefälligkeit liegt prima vista gerade bei den Gefälligkeitsfahrten nahe, weil diese mit einer besonderen Schadensneigung verbunden sind.⁵⁸⁰

Der *Bundesgerichtshof* hat aber schon früh zu Recht ausdrücklich ausgesprochen, dass unsere Rechtsordnung weder für das sonstige Vertragsrecht noch für die Haftung aus unerlaubter Handlung einen allgemeinen Grundsatz einer Haftungsbeschränkung bei

⁵⁷⁵ Vgl. *Canaris*, JZ 1987, 993 (1001).

⁵⁷⁶ Vgl. *Canaris*, JZ 1987, 993 (1002).

⁵⁷⁷ Hierzu näher *Canaris*, JuS 1989, 161 (162 f.).

⁵⁷⁸ Bei einer Gesamtabwägung im Rahmen des § 242 BGB die wirtschaftliche Lage des Uneigennütigen lediglich mitbedenkend *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = VersR 1961, 846 (847).

⁵⁷⁹ Deutlich *LG Bonn*, U. v. 08.12.1993, Az.: 5 S 120/93 = NJW-RR 1994, 797 (798): „Ähnlich wie die Rechtsprechung im Bereich der gefahrgeneigten Arbeit im Rahmen von Arbeitsverhältnissen eine unbillige Haftung des Arbeitnehmers für von ihm verursachte Schäden vermeidet, indem der Arbeitnehmer entgegen § 276 BGB nicht für jede Fahrlässigkeit haften muss, so ist auch hier die Klägerin nach Treu und Glauben als verpflichtet anzusehen, den Beklagten von der Haftung aus der von ihm letztlich aus nachbarlicher Freundschaft übernommenen gefahrgeneigten Hilfestellung freizustellen“. Ähnlich etwa *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = VersR 1961, 846 (847).

⁵⁸⁰ Vgl. insoweit nochmals *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = VersR 1961, 846 (847). Das Gefährdungsmoment bei Gefälligkeitsfahrten ebenfalls betonend *Rother*, Haftungsbeschränkung, 1965, S. 169/170.

gefahrengeneigter Tätigkeit kennt.⁵⁸¹ Das Gerechtigkeitskriterium für eine entsprechende Haftungsmilderung ist nämlich in der arbeitsverhältnismäßigen Treue- und Fürsorgepflicht zu sehen.⁵⁸² Daher ist zu konstatieren, dass das Moment der Gefahrengeneigtheit für den rein Gefälligen auf lediglich deliktsrechtlich regulierter Ebene mangels jeglichen Treupflichtbezuges des Rechtsverhältnisses zu Unrecht Berücksichtigung findet.⁵⁸³

⁵⁸¹ Vgl. *BGH*, U. v. 30.04.1959, Az.: II ZR 126/57 = BGHZ 30, 40 (49).

⁵⁸² Vgl. *BGH*, U. v. 30.04.1959, Az.: II ZR 126/57 = BGHZ 30, 40 (49) einerseits und *BGH*, U. v. 05.12.1983, Az.: II ZR 252/82 = BGHZ 89, 153 (158) im Kontext der vereinsrechtlichen Treuepflicht andererseits. Insoweit ebenfalls deutlich *BGH*, U. v. 19.09.1989, Az.: VI ZR 349/88 = BGHZ 108, 305 (308). Gegenüber diesem Erklärungsansatz grundsätzlich kritisch *Canaris*, RdA 1966, 41 (45).

⁵⁸³ A. A. etwa *Stoll*, JZ 1964, 61 (63).

3.Kapitel Methodologische Analysen und Systematisierung der materiell - rechtlichen Regelungsaussagen

Das letzte Kapitel dieser Arbeit besteht aus einem analytischen und einem systematisierenden Teil. Zuerst wird die zivilrechtliche Beurteilung uneigennützigem Verhalten unter besonders hervorzuhebenden methodologischen Aspekten analysiert (A.). Dann werden die materiell - rechtlichen Regelungsaussagen, die sowohl im vertraglichen als auch im außervertraglichen Bereich zu altruistischem Verhalten feststellbar sind, systematisch dargestellt (B.). Die Trennung von methodologischen und systematisierenden Überlegungen wird nicht strikt durchgehalten. Es bietet sich zum Beispiel an, im Rahmen der Systematisierung der materiell - rechtlichen Regelungsaussagen auch der Frage nachzugehen, ob zu der Judikatur, die sich zu den deliktsrechtlichen Haftungsschlüssen zugunsten des Gefälligen entwickelt hat, eine methodologisch einwandfrei begründbare Alternative besteht.⁵⁸⁴ An die Systematisierung schließt sich der Versuch einer auf das zusammengestellte Regelungsmaterial bezogenen Systembildung an (C.). Zum Schluss werden die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst (D.).

A. Methodologische Analysen

Zu Beginn der methodologischen Betrachtungen wird untersucht, ob und inwiefern Uneigennützigkeit als Rechtsbegriff eine Rolle spielt (I.). Dann wird die methodologische Relevanz des altruistischen Motivs auf den Ebenen von Willenserklärungen und Gesetz anhand von Beispielen aus der Judikatur analysiert (II.), bevor zwei besondere Begründungsmethoden dargestellt werden, denen sich die Rechtsprechung in wichtigen Bereichen ihres privatrechtlichen Umgangs mit uneigennützigem Verhalten bedient (III.). Abschließend werden die erarbeiteten Untersuchungsergebnisse zusammengefasst (IV.).

⁵⁸⁴ Näher unten B. II. 7.

I. Uneigennützigkeit als Rechtsbegriff

Uneigennützigkeit sucht man als Begriff einer zivilrechtlichen Vorschrift vergebens. Das Adjektiv uneigennützig ist dennoch insbesondere⁵⁸⁵ im Gesellschaftsrecht und im Recht der fiduziarischen Treuhand relevant.⁵⁸⁶ Es trägt insoweit zur Unterscheidung bei, wem das jeweilige Recht bzw. Rechtsverhältnis dient. Mit dieser Kategorisierung geht auf beiden Rechtsgebieten auch eine vergleichbare materiell - rechtliche Konsequenz einher.

Im Gesellschaftsrecht wird zwischen eigennützigen und uneigennützigen Gesellschafterrechten unterschieden. Erstere sind dem Gesellschafter zur Wahrung seiner eigenen Interessen verliehen. Letztere Gesellschafterrechte sind solche, die den Interessen der Gesellschaft dienen.⁵⁸⁷ Die Unterscheidung ist für die gesellschaftsrechtliche Treupflicht bedeutsam.⁵⁸⁸ Sie gestattet es, je nach Art der in Frage stehenden Rechte bei der Kontrolle ihrer Ausübung zwischen vorrangiger und eingeschränkter Treupflicht zu differenzieren.⁵⁸⁹

Im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zählen zu den uneigennützigen Rechten in erster Linie das Geschäftsführungsrecht (§ 709 BGB) einschließlich des Rechts zur Durchführung der Liquidation (§ 730 Abs. 2 BGB), ferner das Zustimmungs- und Widerspruchsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten (§§ 709, 711 BGB) sowie sonstige Arten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung.⁵⁹⁰ Auch das Recht zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grund (§§ 712,

⁵⁸⁵ Unter den Oberbegriff des Geschäftsraummietverhältnisses fallen etwa auch uneigennützige Mietverträge. Das sind solche Mietverträge, bei denen die Miete den Selbstkostenpreis des Vermieters nicht übersteigt, vgl. *AG Hamburg*, Teilurteil v. 10.03.1992, Az.: 43 b C 1968/91 = WuM 1992, 480 (481); Fall Hafenstraße. Im Arbeitsrecht ist der Begriff uneigennütziger Sympathiestreiks bekannt. Sie dienen der Unterstützung fremder Arbeitskämpfe und werden als grundsätzlich unzulässig erachtet, vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), Vorb. v. § 620 Rnr. 13 m. w. N.

⁵⁸⁶ *Fischer*, Unentgeltlichkeit, 2002, S. 11 ging demgegenüber in seiner Untersuchung der Frage nach, ob die Unentgeltlichkeit ein gleichsam „neutraler“ Begriff ist, der unabhängig vom jeweiligen Kontext der einzelnen privatrechtlichen Teilrechtsordnungen, in dem er verwendet wird, im gleichen Sinn verstanden werden kann.

⁵⁸⁷ Vgl. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 2005, S. 13; *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 2008, S. 61.

⁵⁸⁸ Vgl. nur *Timm/Schöne*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 611-1296, (2008), § 705 Rnr. 103; *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 2008, S. 61.

⁵⁸⁹ So *Ulmer*, in: *Großkommentar HGB II*, (2004), § 105 Rnr. 219.

⁵⁹⁰ Vgl. *Ulmer*, in: *MüKo*, §§ 705-853, (2004), § 705 Rnr. 226; *Timm/Schöne*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 611-1296, (2008), § 705 Rnr. 103.

715 BGB) ist - trotz seiner vertragsändernden Wirkung - im Interesse der Gesellschaftergesamtheit auszuüben.⁵⁹¹ Die uneigennützigen Rechte des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft sind in denselben Regelungsbereichen angesiedelt.⁵⁹²

Der Umfang und die Intensität der mitgliedschaftlichen Treupflicht differieren je nach dem Gegenstand der Rechtsausübung und der Realstruktur der Gesellschaft. Bei der Ausübung uneigennütziger, zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verliehener Befugnisse haben die Interessen der Gesamtheit unbedingten Vorrang.⁵⁹³ Eigene Interessen können nur insoweit verfolgt werden, als Geschäftsbelange nicht entgegenstehen. Dagegen ist der Gesellschafter bei den eigennützigen Rechten grundsätzlich nicht gehalten, das eigene Interesse hinter dasjenige der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter zurücktreten zu lassen.⁵⁹⁴ Diese Rechtszuordnungen und die daraus für die gesellschaftliche Treupflicht folgenden Grundsätze gelten wegen § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft.⁵⁹⁵ Sie sind ebenso im Recht der stillen Gesellschaft anerkannt.⁵⁹⁶ Auch im Kapitalgesellschaftsrecht werden eigennützige und uneigennützige, insbesondere geschäftsführungs- und stimmrechtsbezogene Mitgliedschaftsrechte, mit Konsequenzen für den Umfang der gesellschaftlichen Treupflicht unterschieden.⁵⁹⁷ Der *Bundesgerichtshof* hat beispielsweise den Rechtssatz aufgestellt, dass ein Geschäftsführer einer GmbH in allen Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, allein deren Wohl und Wehe und nicht seinen eigenen Nutzen oder den Vorteil anderer im Auge haben muss.⁵⁹⁸

Die Frage, wessen Nutzen die fiduziarische Treuhand dient, wird gern zugleich mit der anderen nach dem mit ihr verfolgten Zweck beantwortet. Die fremdnützige Treuhand wird dann zum Synonym der Verwaltungstreuhand, die eigennützige zum Synonym der

⁵⁹¹ Vgl. Ulmer, in: MüKo, §§ 705-853, (2004), § 705 Rnr. 226.

⁵⁹² Vgl. Ulmer, in: Großkommentar HGB II, (2004), § 105 Rnr. 239 m. w. N.

⁵⁹³ Vgl. Timm/Schöne, in: Bamberger/Roth, §§ 611-1296, (2008), § 705 Rnr. 103.

⁵⁹⁴ Vgl. zu all dem Ulmer, in: Großkommentar HGB II, (2004), § 105 Rnr. 237.

⁵⁹⁵ Vgl. Michalski, NZG 1998, 460 zu einzelnen uneigennützigen Handlungs- und Unterlassungspflichten der persönlich haftenden Gesellschafter von OHG und KG sowie BGH, U. v. 25.04.1983, Az.: II ZR 170/82 = NJW 1984, 173 zur Situation bei der GmbH & Co. KG und BGH, U. v. 23.09.1985, Az.: II ZR 257/84 = NJW 1986, 584 zu derjenigen eines geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG.

⁵⁹⁶ Vgl. Zutt, in: Großkommentar HGB II, (2004), § 230 Rnr. 70.

⁵⁹⁷ Vgl. Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, (2006), § 13 Rnr. 32 m. w. N. zur GmbH sowie Hüffer, in: Hüffer, AktG, (2006), § 53 a Rnr. 16 zur AG.

⁵⁹⁸ Vgl. BGH, U. v. 10.02.1977, Az.: II ZR 79/75 = WM 1977, 361 (362).

Sicherungstreuhand.⁵⁹⁹ Es entspricht dem Wesen der sogenannten uneigennützigen Treuhand, dass der treuhänderisch zu verwaltende Vermögensgegenstand formell aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet, der Treuhänder Inhaber dieses Rechtes wird und lediglich im Innenverhältnis verpflichtet bleibt, dieses nach wie vor wirtschaftlich zum Vermögen des Treugebers gehörige Recht zwar im eigenen Namen, aber nur im Interesse und zum Nutzen des Treugebers geltend zu machen und auf Verlangen auf diesen zurückzuübertragen.⁶⁰⁰ Bei der Sicherungstreuhand soll das Treugut eine Forderung des Treunehmers gegen den Treugeber sichern.⁶⁰¹ Demnach dient die eigennützige Treuhand dem Treunehmer, die uneigennützige Treuhand dem Treugeber. Mit dieser begrifflichen Unterscheidung geht ein ähnlicher Zusammenhang einher, wie er bereits im Gesellschaftsrecht feststellbar war. Die Zweckrichtung der Treuhand beeinflusst den Umfang der Pflichten im Innenverhältnis.⁶⁰² Der Umfang der gegenseitigen Leistungs- und Schutzpflichten verändert sich, je nachdem, in wessen Interesse die treuhänderische Rechtsübertragung erfolgt ist.⁶⁰³

II. Relevanz des altruistischen Motivs

Die Analyse der Judikatur aus verschiedenen privatrechtlichen Beurteilungszusammenhängen uneigennützigen Verhaltens zeigt, dass das altruistische Motiv auf den Ebenen von Willenserklärungen (1.) und Gesetz (2.) partiell auslegungs- bzw. wertungsrelevant ist.⁶⁰⁴

1. Willenserklärungen

Soweit das altruistische Motiv zugleich den Zweck einer vertraglichen Gestaltung bildet, kann es als Richtschnur zur Interpretation unklarer Vertragsbestimmungen dienen. Das belegt ein Beispielsfall aus dem Lebensversicherungsrecht. Der altruistische Beweggrund kann auch eine restriktive Interpretation der obligationsmäßigen Reichweite

⁵⁹⁹ Vgl. *Gernhuber*, JuS 1988, 355 (356/357).

⁶⁰⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 09.02.1972, Az.: VIII ZR 128/70 = WM 1972, 383 (383/384).

⁶⁰¹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 290.

⁶⁰² Vgl. *Henssler*, AcP 196 (1996), 37 (42).

⁶⁰³ Vgl. *Henssler*, AcP 196 (1996), 37 (43).

⁶⁰⁴ Vgl. hingegen zur Irrelevanz des Altruismus im Obligationensystem des Grundgesetzes *Gröschner*, JRE 6 (1998), 181 (182 f.).

einer Willenserklärung des Uneigennützigen nahe legen, was ein bürgerlich-rechtliches Exempel beweist. Das Motiv der Uneigennützigkeit kann auch eine einschränkende Auslegung einseitig gefälligkeitshalber eingeräumter Rechtsmacht angezeigt erscheinen lassen. Das lässt sich an einem wechselrechtlichen Beispiel illustrieren.

Zunächst zu dem lebensversicherungsrechtlichen Fall.⁶⁰⁵ Der Ehemann der Klägerin hatte eine Lebensversicherung „zahlbar beim Ableben des Versicherten unwiderruflich an seine Ehefrau Maria..., spätestens am 1. Januar 1978 an den Versicherten“ abgeschlossen. Es war entscheidungserheblich, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin ein Recht auf die Versicherungsleistung erwarb. Der *Bundesgerichtshof* hielt zunächst fest, dass aus der Art der Bezugsberechtigung - widerruflich oder unwiderruflich - noch nicht folgt, ob der Begünstigte das Recht auf die Versicherungsleistung sofort oder erst mit dem Eintritt des Versicherungsfalls erwirbt.⁶⁰⁶ Der Versicherungsantrag enthielt keine ausdrückliche Bestimmung über den Zeitpunkt des Rechtserwerbs. Da gesetzliche Vorschriften zur Bestimmung dieses Zeitpunkts nur für den Regelfall der widerruflichen Begünstigung existierten (vgl. § 331 Abs. 1 BGB, § 166 Abs. 2 VVG a. F. = § 159 Abs. 2 VVG n. F.), griff der *Senat* zur Lösung des Auslegungsproblems auf die Übung des Versicherungsrechtsverkehrs zurück. Sie ging dahin, in der unwiderruflichen Bezugsberechtigung zugleich den erklärten Willen für einen sofortigen Rechtserwerb des Bezugsberechtigten zu sehen.⁶⁰⁷ Diese Verkehrssitte hielt er für sachgerecht, weil der Verzicht auf Widerruf eine uneigennützige Fürsorge für den Begünstigten offenbart, deren Zweck sich nur wirklich erreichen lässt, wenn das Recht auf die Versicherungsleistung von dem Begünstigten sofort erworben wird und damit nicht mehr dem Zugriff der Gläubiger des Versicherungsnehmers unterliegt.⁶⁰⁸ Überdies legte der *Bundesgerichtshof* dar, dass sich beide Zwecke einer Lebensversicherung mit geteilter Begünstigung für den Todes- und Erlebensfall erreichen lassen, wenn man das Recht der aus der Todesfallversicherung bezugsberechtigten Person auflösend und das Recht des Versicherungsnehmers aufschiebend bedingt versteht.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ BGH, U. v. 17.02.1966, Az.: II ZR 286/63 = BGHZ 45, 162.

⁶⁰⁶ Vgl. BGH, U. v. 17.02.1966, Az.: II ZR 286/63 = BGHZ 45, 162 (164).

⁶⁰⁷ Dieser Verkehrssitte trägt nunmehr § 159 Abs. 3 VVG Rechnung.

⁶⁰⁸ Vgl. BGH, U. v. 17.02.1966, Az.: II ZR 286/63 = BGHZ 45, 162 (165).

⁶⁰⁹ Vgl. BGH, U. v. 17.02.1966, Az.: II ZR 286/63 = BGHZ 45, 162 (166).

Die Argumentation des *Bundesgerichtshofs* verdient uneingeschränkte Zustimmung. Der uneigennützig Zweck eines solchen Versicherungsvertrags würde konterkariert, wenn das Recht auf die Versicherungsleistung bis zum Todesfall dem Versicherungsnehmer zustünde und damit dem möglichen Zugriff seiner Gläubiger unterläge. Die auf dieser Überlegung fußende Verkehrssitte hätte als Auslegungskriterium (§ 157 BGB) beispielsweise dann nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn sie gegen Treu und Glauben verstoßen hätte oder sonst missbräuchlich gewesen wäre.⁶¹⁰

Das altruistische Motiv kann auch eine restriktive Interpretation übernommener Vertragspflichten nahe legen. Das zeigt ein bürgschaftsrechtliches obiter dictum des *Bundesgerichtshofs*.⁶¹¹ Er hatte die Frage zu klären, in welcher Weise der Verkäufer beim finanzierten Abzahlungskauf gegenüber dem Finanzierungsinstitut für die Schuld des Käufers bei Sittenwidrigkeit des Kreditvertrags haftet. Die einen Elektrohandel betreibende Klägerin schloss mit der beklagten Teilzahlungsbank einen Rahmenvertrag über die Finanzierung von Teilzahlungskäufen der Kunden der Klägerin. Nach § 5 des Formularvertrags sollte die Klägerin für die Darlehensverpflichtungen ihrer Kunden jeweils die „Mithaft als Gesamtschuldner“ übernehmen. Aufgrund dieser Mithaft war die Klägerin außerdem nach § 9 des Formularvertrags verpflichtet, auf Anforderung den Schuldbetrag auf dem Kundenkonto an die Beklagte zu zahlen, wenn der Kunde mit zwei Raten in Rückstand gerät. Maschinenschriftlich wurde die Durchführung des Rechtsverfahrens bis zur Fruchtlosigkeitsbescheinigung vereinbart, so dass die Rückbelastung nach zwei Raten entfallen sollte.⁶¹²

Der *Dritte Senat* des *Bundesgerichtshofs* vertrat die Auffassung, dass die Mitverpflichtung der Klägerin unter Berücksichtigung des Schreibmaschinenzusatzes in wesentlichen Punkten der gesetzlichen Regelung der Bürgenhaftung entsprechen sollte (vgl. § 771 BGB).⁶¹³ Sodann hielt er fest, dass es wegen Wucherähnlichkeit an einer wirksamen vertraglichen Verpflichtung der Hauptschuldner fehlte und stellte sich die Frage, ob sich die zur Darlehenssicherung bestellte Bürgschaft im vorliegenden Fall auch auf

⁶¹⁰ Vgl. hierzu allgemein *Heinrichs/Ellenberger*, in: Palandt, (2008), § 133 Rnr. 21.

⁶¹¹ *BGH*, U. v. 12.02.1987, Az.: III ZR 178/85 = NJW 1987, 2076.

⁶¹² Vgl. insoweit *BGH*, U. v. 12.02.1987, Az.: III ZR 178/85 = NJW 1987, 2076 (2076).

⁶¹³ Vgl. *BGH*, U. v. 12.02.1987, Az.: III ZR 178/85 = NJW 1987, 2076 (2077).

den bestehenden Bereicherungsanspruch der Beklagten erstreckte. Der *Senat* führte aus, dass sich im Rahmen der Vereinbarung im Einzelfall danach unterscheiden lässt, ob ein Bürge sich aus reiner Gefälligkeit - als Freund oder naher Angehöriger des Hauptschuldners - mitverpflichtet oder ob ein Kaufmann die Mithaft für einen Kredit übernimmt, den sein Kunde zur Bezahlung des Kaufpreises benötigt und für den er selbst auch noch eine Vermittlungsprovision erhält. Für den Fall, dass der Mitverpflichtete auf solche Weise eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, wurde die Auslegung für sehr nahe liegend gehalten, dass sich seine Verpflichtung auch auf die dem Kreditgeber bei Nichtigkeit des Darlehensvertrags zustehenden Bereicherungsansprüche erstrecken soll.⁶¹⁴

Aus dem Umkehrschluss dieser Auslegung folgt, dass regelmäßig nicht anzunehmen ist, dass der altruistisch handelnde Bürge zusätzlich für bereicherungsrechtliche Ansprüche eines Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer eintreten will. Es überrascht auf den ersten Blick, dass aus dem Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen ein Auslegungsertrag für das Bürgschaftsverhältnis gewonnen wird. Das Grundverhältnis geht den Gläubiger vor allem im Hinblick auf Einwendungen des Bürgen nichts an.⁶¹⁵ Es ist aber zwanglos möglich, das Rechtsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen als entstehungsgeschichtlichen Begleitumstand zu betrachten, der als solcher für die Auslegung der Bürgschaftsverpflichtung im Rahmen des für den Gläubiger Erkennbaren Relevanz erlangen kann.⁶¹⁶

Ein wechselrechtliches Beispiel illustriert, dass auch bei der Auslegung der Reichweite einer gefälligkeitshalber einseitig eingeräumten Rechtsmacht Zurückhaltung angezeigt sein kann. Der *Zweite Senat des Bundesgerichtshofs* hat vor Längerem eine Grundsatzentscheidung zur Auslegung des Art. 10 WG gefällt.⁶¹⁷ Er nahm einen schlüssigen Vor-

⁶¹⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 12.02.1987, Az.: III ZR 178/85 = NJW 1987, 2076 (2077).

⁶¹⁵ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, (2008), Einf. v. § 765 Rnr. 5.

⁶¹⁶ Vgl. hierzu allgemein *Heinrichs/Ellenberger*, in: Palandt, (2008), § 133 Rnr. 15/16; *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 466 sowie *Busche*, in: MüKo, §§ 1-240, (2006), § 133 Rnr. 36 speziell zur Auslegung der Bürgschaftserklärung.

⁶¹⁷ Art. 10 WG lautet in der Fassung des WG vom 19.04.2006, BGBl. I, S. 866: „Wenn ein Wechsel, der bei der Begebung unvollständig war, den getroffenen Vereinbarungen zuwider ausgefüllt worden ist, so kann die Nichteinhaltung dieser Vereinbarungen dem Inhaber nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm beim Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt“.

trag der Beklagten zur abredewidrigen Ausfüllung der von ihr blanko angenommenen Wechsel an, weil sie einerseits behauptete, die Wechselunterschriften aus Gefälligkeit geleistet zu haben und andererseits ausführte, dass der Aussteller beim Erwerb der Wechsel durch den Kläger zahlungsunfähig gewesen sei.⁶¹⁸ Der *Bundesgerichtshof* hielt dazu fest, dass die Zahlungsfähigkeit des Blankettnehmers zwar im Allgemeinen für den Fortbestand der Ermächtigung zur Ausfüllung belanglos ist. Wenn der Blankettzeichner seine Unterschrift nur aufgrund einer Gefälligkeitsabrede erteilt, soll aber im Zweifel die Ermächtigung zur Ausfüllung erlöschen, sobald der Blankettnehmer zahlungsunfähig wird (§§ 133, 157 BGB).⁶¹⁹ Dieser Standpunkt wurde mit zwei Erwägungen begründet. Der *Senat* hob hervor, dass die Gefälligkeitsunterschrift grundsätzlich in der so zu verstehenden Erwartung abgegeben wird, dass der Nehmer seiner Einlöschungspflicht gegenüber dem Zeichner nachkommen wird. Daraus folgte er, dass die Ausfüllungsermächtigung vom Gefälligkeitszeichner regelmäßig nur unter der auflösenden Bedingung der Zahlungsunfähigkeit des Nehmers erteilt wird.⁶²⁰

Diese einschränkende Interpretation der dem Blankettnehmer erteilten Ausfüllungsermächtigung überzeugt, weil sie dem Zweck der Begebung eines solchen Wechsels entspricht.⁶²¹ Die Leistung einer Gefälligkeitsunterschrift geschieht insoweit nicht auf Schuld, sondern zur Erhöhung des Kreditwerts eines Wechsels. Daher ist der Nehmer verpflichtet, den ihm „gefälligen“ Zeichner möglichst bald von der Haftung zu befreien, zumindest den Wechsel rechtzeitig einzulösen.⁶²² Wenn der Gefälligkeitszeichner also a priori nicht mit dem Vermögensopfer der Wechseleinlösung belastet werden soll, dann kann der Nehmer den Wechsel im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit nicht mehr ausfüllen dürfen, weil damit die Vermögensbelastung des Zeichners feststünde. Es erscheint daher als sinnvoll, die Ausfüllungsermächtigung, die eine Willenserklärung darstellt,⁶²³ als durch die Zahlungsunfähigkeit des Nehmers bedingt anzusehen.

⁶¹⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 20.04.1970, Az.: II ZR 20/69 = BGHZ 54, 1 (4/5).

⁶¹⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 20.04.1970, Az.: II ZR 20/69 = BGHZ 54, 1 (5).

⁶²⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 20.04.1970, Az.: II ZR 20/69 = BGHZ 54, 1 (5).

⁶²¹ Vgl. zur Auslegung von Wechsel- und Scheckerkklärungen nach dem typischen Erklärungssinn *Busche*, in: *MüKo*, §§ 1-240, (2006), § 133 Rnr. 34.

⁶²² Vgl. *Baumbach/Hefermehl/Casper*, WG, (2008), Art. 17 WG Rnr. 85.

⁶²³ Vgl. *Baumbach/Hefermehl/Casper*, WG, (2008), Art. 10 WG Rnr. 1.

Aus den Argumenten, die den vorstehenden Judikaten zugrunde liegen, lässt sich indes nicht überzeugend auf eine verallgemeinerungsfähige, willenserklärungsbezogene Auslegungsmaxime zugunsten der altruistisch handelnden Person schließen.⁶²⁴ Als Gemeinsamkeit liegt ihnen nur zugrunde, dass das altruistische Motiv für die Auslegung der Willenserklärung des Uneigennützigen je nach Regelungskontext relevant sein kann. Auch wenn prima vista viel für die Verallgemeinerung der Aussage, dass der Uneigennützige regelmäßig nicht mehr als die primäre Gefälligkeit zuwenden will, zu sprechen scheint, ist zu bedenken, dass die Vertragsakteure die eigenen Verpflichtungen auch sonst regelmäßig auf das für den wirtschaftlichen Erfolg Notwendigste begrenzen wollen.⁶²⁵

2. Gesetz

Das altruistische Motiv kann auf gesetzlicher Ebene sowohl auslegungs- (a) als auch wertungsrelevant sein (b).

a) Auslegung

Es gibt einen speziellen Rechtsbegriff, der ein altruistisches Handlungsmotiv voraussetzt. Es handelt sich um den Studentenwohnheimsbegriff im Sinne von § 10 Abs. 3 Nr. 4 MHG a. F.⁶²⁶, der heute noch in derselben Bedeutung in §§ 549 Abs. 3⁶²⁷, 551 Abs. 3 S. 5 BGB verwendet wird. Das *Amtsgericht Freiburg* führte aus, dass der Gesetzgeber bei der Änderung des § 564 b Abs. 7 BGB und Neueinführung des § 10 Abs. 3 Nr. 4 MHG bei der rechtlichen Ausfüllung des Begriffs „Studentenwohnheim“ entscheidend auf die Durchführung des sogenannten Rotationssystems abgestellt, d. h. die zeitliche Begrenzung des einzelnen Mietvertrags mit dem Studenten im Auge gehabt hat. Auf dieser Grundlage ist von einem „Studentenwohnheim“ stets dann auszugehen,

⁶²⁴ Eine solche Auslegungsmaxime ist auch bisher nicht anerkannt, vgl. *Busche*, in: MüKo, §§ 1-240, (2006), § 133 Rnr. 34 f. Die gesetzliche Auslegungsregel des § 520 BGB beruht etwa nicht auf dem altruistischen Schenkungsmotiv, sondern wurzelt in der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem, vgl. dazu näher unten B. I. 2. c).

⁶²⁵ Vgl. *Neuner*, Vertragsauslegung, 2007, 901 (914).

⁶²⁶ § 10 Abs. 3 Nr. 4 MHG lautete in der Fassung des MHG vom 20.12.1982, BGBl. I, S. 1912: „Die Vorschriften der §§ 1 bis 9 gelten nicht für Mietverhältnisse über Wohnraum, der Teil eines Studenten- oder Jugendwohnheims ist“.

⁶²⁷ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 549 Rnr. 20 m. w. N.

wenn die Vermietung ausschließlich oder ganz überwiegend an Studenten und zum fremdnützigen Zweck der Versorgung mit preisgünstigem Wohnraum erfolgt und die bauliche Anlage und ihre Ausstattung die Unterbringung einer Vielzahl von Studenten erlaubt.⁶²⁸ Diese Voraussetzungen wurden bei dem von der Klägerin vermieteten Haus als erfüllt angesehen. Dass sie bei der Vermietung der Zimmer zu fremdnützigem Zweck handelte, folgte das *Gericht* daraus, dass sie ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht von den Mietern lediglich kostendeckende Mieten verlangte. Als entscheidendes Element des „Studentenwohnheim“-Begriffs wurde das subjektive Moment der uneigennützigen Versorgung der Studenten mit Wohnraum angesehen.⁶²⁹

Bei der judikativen Fortentwicklung der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien stand gerade nicht das altruistische Motiv, sondern die Unentgeltlichkeit der vertraglich geschuldeten Zuwendung im Mittelpunkt der teleologischen Überlegungen. Darauf ist im vorliegenden Kontext noch einmal klarstellend hinzuweisen.⁶³⁰

Abschließend ist anzumerken, dass das altruistische Motiv auch subsumtionsrelevant sein kann. Das lässt sich am Beispiel des Wohnungsverwalters⁶³¹ im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 WoVermittG belegen.⁶³² Der *Bundesgerichtshof* hat jüngst ohne Rücksicht auf das altruistische Motiv der handelnden Person eine Wohnungsverwaltung in diesem Sinn angenommen. Die betreffende Frau war als Angestellte der Wohnungsvermittlerin unentgeltlich auf deren Bitte für die Wohnungseigentümer tätig geworden, indem sie

⁶²⁸ Vgl. insoweit *AG Freiburg*, U. v. 09.11.1984, Az.: 4 C 335/84 = WuM 1987, 128.

⁶²⁹ Vgl. *AG Freiburg*, U. v. 09.11.1984, Az.: 4 C 335/84 = WuM 1987, 128.

⁶³⁰ Vgl. oben 2. Kapitel B. I.

⁶³¹ Mit dem Argument, es komme für die Annahme einer Wohnungsverwalterstellung auf das gesamte Erscheinungsbild der in Frage stehenden Tätigkeit an, könnte man zwar vertreten, dass kein Begriff, sondern ein normativer Realtypus vorliegt. Näher zu diesem Typus allgemein *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 465. Das vorliegende Beispiel lässt allerdings Zweifel an der Leistungsfähigkeit dieser methodologischen Kategorie als angebracht erscheinen, weil sich die auftretenden Zuordnungsprobleme auch durch eine normzweckorientierte Auslegung lösen lassen, die auch typenvergleichende Züge aufweisen kann und darf. Dazu allgemein näher *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 548 f. Vgl. dementsprechend *AG Hamburg*, U. v. 23.11.2001, Az.: 4 C 319/01 = NZM 2003, 165 (165).

⁶³² Die Vorschrift lautet in der Fassung des WoVermittG vom 21.07.1993, BGBl. I, S. 1257: „Ein Anspruch nach Absatz 1 steht dem Wohnungsvermittler nicht zu, wenn der Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen wird, deren Eigentümer, Verwalter, Mieter oder Vermieter der Wohnungsvermittler ist“. Nach § 2 Abs. 1 WoVermittG steht dem Wohnungsvermittler ein Anspruch auf Entgelt für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nur zu, wenn infolge seiner Vermittlung oder infolge seines Nachweises ein Mietvertrag zustande kommt.

sich beispielsweise der Abwicklung von Mängeln der Mietsache annahm.⁶³³ Der *Bundesgerichtshof* hat entscheidungserheblich darauf abgestellt, dass sich die übernommenen Tätigkeiten über einen längeren Zeitraum erstreckten und einen solchen Umfang hatten, dass weder von einer maklertypischen Serviceleistung, noch von einer gelegentlich ausgeführten Gefälligkeit gesprochen werden konnte.⁶³⁴

Das impliziert, dass das uneigennützte Motiv bei einer verwaltungsbezogenen Gefälligkeit auch den Ausschlag gegen die Annahme einer Wohnungsverwaltung im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 WoVermittG geben kann. Dementsprechend wird auch judiziert. So hat etwa das *AG Hamburg* in der faktischen Hilfsbereitschaft in Form der bloßen Weiterleitung von Mängelanzeigen an den richtigen Ansprechpartner keine eigene Verwaltungstätigkeit gesehen.⁶³⁵

b) Werturteile

Bedeutung kann das altruistische Motiv besonders im Zusammenhang mit der Fällung von rechtlichen Werturteilen entfalten. Solche Urteile ergehen unter Berufung auf die Maßstäbe der Rechtsordnung.⁶³⁶ Dem Beurteiler wird vor allem dort ein Werturteil abverlangt, wo er den Sachverhalt, um ihn dem Tatbestand der Gesetzesnorm zuordnen zu können, nach einem von ihm selbst erst zu konkretisierenden, ausfüllungsbedürftigen Maßstab zu beurteilen hat.⁶³⁷ Derartige ausfüllungsbedürftige Maßstäbe sind beispielsweise die „guten Sitten“ (§§ 138, 826 BGB),⁶³⁸ „Treu und Glauben“ (§§ 157, 242 BGB), die im Verkehr „erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 2 BGB) und der „wichtige Grund“ als Voraussetzung der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen.⁶³⁹

⁶³³ Vgl. *BGH*, U. v. 02.10.2003, Az.: III ZR 5/03 = *NJW* 2004, 286 (286).

⁶³⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 02.10.2003, Az.: III ZR 5/03 = *NJW* 2004, 286 (287).

⁶³⁵ Vgl. *AG Hamburg*, U. v. 23.11.2001, Az.: 4 C 319/01 = *NZM* 2003, 165 (165).

⁶³⁶ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 291.

⁶³⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 288; *J. Schmidt*, Präzisierung, 1990, 231 (235).

⁶³⁸ Vgl. auch *BVerfG*, B. v. 04.10.1988, Az.: 1 BvR 1611/87 = *NJW* 1992, 1153 als anschaulichen Beispielsfall zur Konkretisierung des § 1 UWG a. F. im Hinblick auf eine altruistisch motivierte Meinungsäußerung.

⁶³⁹ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 288.

Nachfolgend geht es zwar noch nicht im Einzelnen darum, wie ein solcher Maßstab methodologisch korrekt konkretisiert werden kann.⁶⁴⁰ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die anschließend zum Beleg der Eingangsthese angeführten Beispielsfälle zeigen, dass das altruistische Motiv seine werturteilsbezogene Relevanz vornehmlich erst im letzt-rangig konkretisierungsrelevanten Bereich richterlicher Eigenwertung entfaltet.⁶⁴¹

Der *Bundesgerichtshof* ist etwa unter Bezugnahme auf den rein ideellen Zweck einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Bewertung der gesellschaftsvertraglichen Beschränkung von Abfindungsansprüchen der ausscheidenden Gesellschafter als sittenwidrig entgegengetreten. Er hat festgestellt, dass die Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ideeller Zielsetzung regelmäßig auf altruistischen Vorstellungen beruht und nicht der Vermehrung des eigenen Vermögens dient.⁶⁴² Er folgerte weiter, dass die Gesellschafter insoweit der Sache nach die Stellung von Treuhändern haben, die zur uneigennützigen Verwendung des ideellen Zwecken gewidmeten (Gesamt-hand-) Vermögens berufen sind. Mit dieser Stellung lässt sich aus Sicht des *Bundesgerichtshofs* eine ihnen persönlich zukommende Abfindung kaum vereinbaren. Daraus hat er geschlossen, dass die wirtschaftliche Freiheit des Ausgeschiedenen durch den Ausschluss einer Abfindung oder eine Beschränkung auf die Rückzahlung der Einlage nicht beeinträchtigt wird.⁶⁴³

Diese das altruistische Motiv einbeziehende Argumentation ist eher typologisch - wirklichkeitsbezogen, denn eigenwertend zu verstehen. Bei der arbeitsgerichtlichen Wirksamkeitskontrolle von Beendigungskündigungen kann das Uneigennützigkeitsmoment hingegen im Bereich richterlicher Eigenwertung Wertungsrelevanz entfalten.

In einem vom *Arbeitsgericht Düsseldorf* entschiedenen Fall hatte der Kläger als Schichtleiter der Beklagten, die Essen als Bordverpflegung an Fluggesellschaften lieferte, wegen Ablaufs des Verfallsdatums ausgebuchte Konservendosen eigenmächtig an

⁶⁴⁰ Vgl. zu den Möglichkeiten, § 242 BGB haftungseinschränkend für den rein Gefälligen zu konkretisieren unten B. II. 7.

⁶⁴¹ Näher zum angeschnittenen Problem der für Generalklauseln zur Verfügung stehenden Konkretisierungsmittel *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (212). Ebenfalls gegen die richterliche Eigenwertung als letztgültigen Erkenntnismaßstab *Engisch*, Einführung, 2005, S. 167.

⁶⁴² Vgl. *BGH*, U. v. 02.06.1997, Az.: II ZR 81/96 = NJW 1997, 2592 (2593).

⁶⁴³ Vgl. *BGH*, U. v. 02.06.1997, Az.: II ZR 81/96 = NJW 1997, 2592 (2593).

sich genommen und sie in einem Lkw der Beklagten zur Heilsarmee gefahren, um sie dieser als Geschenk der Beklagten zu übergeben. Deshalb war ihm außerordentlich im Sinne des § 626 BGB gekündigt worden. Ein als „wichtiger Grund“ an sich geeigneter Sachverhalt lag zwar aus Sicht des *Arbeitsgerichts* vor.⁶⁴⁴ Die Interessenabwägung fiel jedoch zugunsten des Klägers aus. Die *Kammer* hielt ihm insbesondere zugute, dass er aus uneigennützigen Motiven handelte. Sein Wille, bedürftigen Menschen zu helfen, wurde als ein achtenswerter Beweggrund angesehen. Das *Gericht* konnte zwar eine Eigentumsverletzung der Beklagten, aber keine mit ihr einhergehende, messbare Vermögenseinbuße erkennen. Die „Schwarzfahrt“ des Klägers hatte der Beklagten aus Sicht des *Gerichts* allenfalls marginale Vermögenseinbußen eingebracht.⁶⁴⁵

Angesichts der rigorosen Haltung, welche die arbeitsgerichtliche Judikatur im Regelfall zugunsten außerordentlicher Kündigungen wegen Vermögensstraftaten von Arbeitnehmern zum Nachteil ihrer Arbeitgeber einnimmt,⁶⁴⁶ ist die Beurteilung des geschilderten Falles bemerkenswert. Das altruistische Motiv war insoweit nicht nur wertungsrelevant. Es hat sogar den Ausschlag für die Ablehnung eines die Kündigung rechtfertigenden, „wichtigen Grundes“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gegeben.

Dass das uneigennützige Motiv bei der Beurteilung arbeitsrechtlicher Beendigungskündigungen nicht stets entscheidungserheblich ist, zeigt ein zweiter Beispielfall, den das *Arbeitsgericht Hamburg* entschieden hat. Die Klägerin hatte sich als Abteilungsleiterin der Beklagten trotz mehrfacher Abmahnung geweigert, CDs der Böhsen Onkelz zu verkaufen. Bei den Böhsen Onkelz handelt es sich um eine Musikgruppe, die bis in die 90er Jahre hinein rassistische und neonazistische Musik verbreitete.⁶⁴⁷ Einen die außerordentliche Kündigung tragenden, wichtigen Grund sah das Gericht zwar nicht. Es hielt die fristgemäße Kündigung aber für sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG. Die Anweisung an die Klägerin, CDs der Böhsen Onkelz zu verkaufen, wurde als im Rahmen des § 315 BGB liegend und als billigem Ermessen entsprechend angesehen.⁶⁴⁸ Bei der Interessenabwägung wurde zwar ebenfalls zugunsten der Klägerin gewertet, dass sie

⁶⁴⁴ Vgl. *ArbG Düsseldorf*, U. v. 05.04.1995, Az.: 6 Ca 60/95 = *ArbuR* 1995, 334 (335).

⁶⁴⁵ Vgl. *ArbG Düsseldorf*, U. v. 05.04.1995, Az.: 6 Ca 60/95 = *ArbuR* 1995, 334 (335).

⁶⁴⁶ Vgl. nur den berühmten *Bienenstich* - Fall BAG, U. v. 17.05.1984, Az.: 2 AZR 3/83 = *NZA* 1985, 91.

⁶⁴⁷ So *ArbG Hamburg*, U. v. 22.10.2001, Az.: 21 Ca 187/01 = *NZA-RR* 2002, 87 (87).

⁶⁴⁸ Vgl. *ArbG Hamburg*, U. v. 22.10.2001, Az.: 21 Ca 187/01 = *NZA-RR* 2002, 87 (89).

aus uneigennützigen Motiven handelte. Die ihrerseits angenommene Unfähigkeit, sich vertragsgerecht zu verhalten, wurde aber für die Beklagte auf Dauer nicht als zumutbar angesehen.⁶⁴⁹

Die zivilrechtliche Judikatur bewertet die altruistische Einstellung einer Person auch aus sozialer Erfahrung.⁶⁵⁰ Die entsprechenden Werturteile⁶⁵¹ dienen insbesondere im Wettbewerbsrecht als Zwischenschritte auf dem Weg zur Bildung eines rechtlichen Gesamtwerturteils. Das lässt sich am Exempel des gewerblichen Einsatzes von Laienwerbern veranschaulichen.

Das *OLG Jena* hatte beispielsweise über einen Fall zu entscheiden, in dem es im Wesentlichen darum ging, dass der Verfügungskläger als Buchmacher für den Abschluss von Pferdewetten von der Verfügungsbeklagten Unterlassung im Hinblick auf das Versprechen eines umsatzabhängigen Bonus sowie die Werbung mit diesem für jeden von bisherigen Kunden empfohlenen Kunden verlangte. Der *Senat* wertete das eingesetzte Bonussystem als gegen § 1 UWG a. F.⁶⁵² verstoßend. Er sah es als darauf gerichtet an, die Entschließung des Kunden nicht mit Mitteln des Leistungswettbewerbs, sondern auf sachfremde Art und Weise zu beeinflussen. Den Einsatz von Laienwerbern hielt er vor allem deshalb für bedenklich, weil diese Werbeform darauf angelegt ist, die persönlichen Beziehungen der Laienwerber zu nutzen und das Werbegespräch in die Privatsphäre zu verlagern. Darin sah er die Gefahr, dass Laienwerber ihr Prämieninteresse

⁶⁴⁹ Vgl. *ArbG Hamburg*, U. v. 22.10.2001, Az.: 21 Ca 187/01 = NZA-RR 2002, 87 (91). Es ist strittig, ob dem Schuldner mit Rücksicht auf Art. 4 Abs. 1 GG die Erbringung der geschuldeten Leistung sogar unmöglich werden kann, näher *Unberath*, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007), § 275 Rnr. 34 m. w. N.

⁶⁵⁰ So geht auch der Gesetzgeber vor. Das Abgrenzungskriterium „in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 VerbrKrG (vgl. insoweit nunmehr §§ 491 Abs. 1, 655 a S. 1 BGB) diene beispielsweise ausweislich der amtlichen Gesetzesbegründung (BT - Drucks. 11/5462, S. 17) dazu, nichtkommerzielle, häufig auf altruistischen Motiven beruhende Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszuklammern, die aufseiten des Kreditgebers erkennbar rein privaten Charakter haben, vgl. *BGH*, U. v. 24.06.2003, Az.: XI ZR 100/02 = BGHZ 154, 240 (246). Das ließ auf die gesetzgeberische Wertung schließen, dass uneigennütziges Kreditgeberverhalten für den Kreditnehmer ungefährlich zu sein pflegt. Eine solche Wertung kann allgemein als Vorstadium einer Rechtsnorm verstanden werden, vgl. hierzu *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 275.

⁶⁵¹ Vgl. zum Begriff des Werturteils etwa *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, 1977, S. 397 f; *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 271 f.

⁶⁵² § 1 UWG lautete in der Fassung des UWG vom 01.01.1964: „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden“.

möglichst lange verschleiern oder ganz verheimlichen, um ihrer Empfehlung den Anstrich eines uneigennütigen Rates und damit ein besonderes Gewicht zu geben.⁶⁵³

In dieser Annahme kommt die überzeugungskräftige, aus sozialer Erfahrung gewonnene Wertung zum Ausdruck, dass der uneigennütige Rat einer Person aus dem privaten Bekanntenkreis besonders vertrauenswürdig ist. Diese Wertung hat im wettbewerbsrechtlichen Segment des Einsatzes von Laienwerbern einen festen Platz. Das belegen zahlreiche einschlägige Judikate.⁶⁵⁴ Deshalb kann man die werturteilsbezogene Relevanz des altruistischen Motivs insoweit auch als auf der Ebene der Präjudizienverwertung zum Zweck der Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel liegend ansehen.⁶⁵⁵

III. Besondere Begründungsmethoden

In wichtigen Problembereichen der rechtlichen Würdigung uneigennütigen Verhaltens lassen sich zwei besondere Begründungsmethoden der zivilrechtlichen Judikatur feststellen. Es handelt sich um die Fiktion (1.) und um die Folgenberücksichtigung (2.).

1. Fiktion

Zunächst ist zu klären, was unter Wesen und Begriff der Fiktion zu verstehen ist (a). Dann werden die Bereiche, in denen diese Begründungsfigur zu beobachten ist, anhand eines Rechtsprechungsrekurses (b) verdeutlicht, um die Begründungsmethode anschließend einer kritischen Würdigung zu unterziehen (c).

⁶⁵³ Vgl. *OLG Jena*, U. v. 12.05.1999, Az.: 2 U 1328/98 = GRUR 2000, 442 (443).

⁶⁵⁴ Vgl. jüngst *BGH*, U. v. 06.07.2006, Az.: I ZR 145/03 -juris- zur Kunden - werben - Kunden - Aktion einer Augenoptiker - Filiale. In dieser Entscheidung wurden die zu § 1 UWG a. F. entwickelten, wettbewerbsrechtlichen Grundsätze auf § 3 UWG n. F. übertragen. Nach dieser Vorschrift in der Fassung des UWG vom 03.07.2004, BGBl. I, S. 1414 sind unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, unzulässig.

⁶⁵⁵ Vgl. zur Präjudizienverwertung insbesondere hinsichtlich der Konkretisierung des § 1 UWG a. F. *Ohly*, ACP 201 (2001), 1 (39 f.).

a) Wesen und Begriff

Das Wesen der Fiktion besteht darin, tatsächlich Verschiedenes unter einem bestimmten Gesichtspunkt vergleichend in Zusammenhang zu bringen. Da sich am Ende dieses Vergleiches Verschiedenes in einem Allgemeinen entspricht, sind Fiktionen ihrerseits nichts anderes als Analogien.⁶⁵⁶ Solche Analogien gibt es sowohl auf gesetzlicher Ebene als auch auf der Ebene der Rechtsanwendung.⁶⁵⁷ Der anschließende Rechtsprechungsrekurs hat nur die Fiktion als Mittel der Rechtsanwendung im Blick.⁶⁵⁸

b) Rechtsprechungsrekurs

Es ist ein Kernsatz der analysierten Auskunftsrechtsprechung, dass ein stillschweigender Auskunftsvertrag und damit eine vertragliche Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit einer aus Gefälligkeit erteilten Auskunft vorliegen kann, wenn die Auskunft für den Empfänger von erheblicher Bedeutung ist und er sie erkennbar zur Grundlage wesentlicher Vermögensdispositionen machen will.⁶⁵⁹ Dass die vertragliche Haftung des Gefälligen unter diesen Umständen nicht mit dem Grundsatz der interessengerechten Auslegung in Einklang zu bringen ist, wurde dargelegt.⁶⁶⁰ Aus dieser Feststellung folgt zugleich, dass die Annahme eines Auskunftsvertrags unter diesen Umständen als Fiktion zu bewerten ist.

Selbst wenn man darüber hinwegsieht, dass die einschlägigen Vertragskonstrukte regelmäßig nicht auf den realen Willen der Beteiligten rückführbar sind,⁶⁶¹ so liegt in der aus Sicht des Gefälligen zu konstatierenden Interessenwidrigkeit einer vertraglichen Bindung ein Umstand, der auch die normativ geprägte Annahme einer Willenserklärung seinerseits ausschließt. In diesem von der Judikatur als regelungsbedürftig angesehenen Bereich wurde um des Haftungsergebnisses Willen das rein tatsächliche Verhältnis

⁶⁵⁶ Vgl. Meyer, Fiktionen, 1975, S. 64.

⁶⁵⁷ Vgl. Meyer, Fiktionen, 1975, S. 119 f.

⁶⁵⁸ Grundlegend zu den gesetzlichen Fiktionen, die wiederum in dogmatische und historische Fiktionen unterteilbar sind Esser, Rechtsfiktionen, 1969, S. 201.

⁶⁵⁹ S. 1. Kapitel B. III. 1. d).

⁶⁶⁰ Vgl. wiederum 1. Kapitel B. III. 1. d).

⁶⁶¹ Schon im Hinblick auf diesen Umstand bezeichnet die Rechtsprechung Haftungsausschlüsse kraft ergänzender Vertragsauslegung als Ergebnis einer Willensfiktion, vgl. nur BGH, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

zwischen Auskunft Erteilendem und Auskunftsempfänger mit einem Vertragsverhältnis entsprechenden Inhalts gleichgestellt.

Ähnliches lässt sich an der Judikatur zu vertraglichen Haftungsausschlüssen im Zusammenhang mit uneigennützigem Verhalten beobachten. Dort, wo die Rechtsprechung unter Verzicht auf die Feststellung einer vertraglichen Grundlage zugunsten eines Gefälligen, der keinen Versicherungsschutz genießt, ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko zu gewärtigen hat und darüber hinaus besondere Umstände des Falles für sich in Anspruch nehmen kann, auf einen Haftungsverzicht des Benefiziar wegen einfacher Fahrlässigkeit schließt,⁶⁶² wird ebenfalls eine Analogie zwischen einem tatsächlichen Verhältnis und einem Vertragsverhältnis spezifischen Inhalts hergestellt.

c) Kritik

Die These, dass die Fiktion als Hilfsmittel der Rechtsanwendung eine Scheinbegründung in den Vordergrund rückt, die den Prozess der Rechtsfortbildung verschleiert und zugleich behindert, weil sie es nicht zur Diskussion der entscheidenden Gesichtspunkte kommen lässt,⁶⁶³ lässt sich anhand der vorstehenden Beispiele aus der Judikatur belegen. Der Sache nach erschloss sich die Auskunftsjudikatur unter Verzicht auf eine dogmatisch konsistente Begründung einen neuen Anwendungsbereich für eine verschuldensabhängige Vertrauenshaftung. Die Begründung einer solchen Rechtsfortbildung wäre zwar mit gewissen dogmatischen Schwierigkeiten verbunden,⁶⁶⁴ aber gleichwohl zu bewältigen gewesen. Die aufgezeigte Möglichkeit, für die einschlägigen Auskunfts-fälle § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB heranzuziehen, macht vertragliche Scheinbegründungen insoweit nunmehr obsolet.⁶⁶⁵ Es besteht kein Grund, weiter an ihnen festzuhalten.⁶⁶⁶

Eine Scheinbegründung bietet die Judikatur auch dort an, wo sie ohne vertragliche Grundlage für den Gefälligen eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe

⁶⁶² Vgl. insoweit nur nochmals *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = *NJW* 1993, 3067 (3068).

⁶⁶³ So *Meyer*, *Fiktionen*, 1975, S. 125; ähnlich kritisch bereits *Canaris*, *RdA* 1966, 41 (42).

⁶⁶⁴ Sie lassen sich an den im 1. Kapitel unter B. II. referierten gesetzlichen Schutzpflichtbegründungen ablesen.

⁶⁶⁵ S. 1. Kapitel B. III. 4.

⁶⁶⁶ Theoretisch fundierte Fiktionsalternativen ebenfalls vorziehend *Esser*, *Rechtsfiktionen*, 1969, S. 200/201.

Fahrlässigkeit kraft ergänzender Vertragsauslegung erreicht. Der Grund für die Wahl dieses Begründungsweges ist in gewisser Weise verständlich. Der Rechtsprechung geht es um die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit. Ein den von der Rechtsprechung für einen Haftungsausschluss wegen leichter Fahrlässigkeit aufgestellten Voraussetzungen gerecht werdender und zugleich akzeptabler Problemlösungsansatz stünde mit dem geltenden Recht allerdings nur dann im Einklang, wenn die von der Judikatur gewonnenen Ergebnisse als Konkretisierung des § 242 BGB zu rechtfertigen sind. Ob dies möglich ist, wird an späterer Stelle überprüft.⁶⁶⁷

2. Folgenberücksichtigung

Bei der rechtlichen Würdigung zentraler Problemstellungen uneigennützigem Verhaltens berücksichtigt die zivilrechtliche Rechtsprechung ausdrücklich die Folgen ihrer Entscheidungen. Bevor dem Beleg dieser These nachgegangen werden kann, gilt es in begrifflicher Hinsicht zu klären, welche Arten von Folgen unterscheidbar sind (a). Dann werden Beispiele für zivilgerichtliche Folgenberücksichtigungen angeführt (b), um sie anschließend einer kritischen Würdigung zuzuführen (c).

a) Begriffliches

In terminologischer Anlehnung an *Lübbe - Wolff* sind Rechtsfolgen und Realfolgen voneinander zu unterscheiden. Rechtsfolgen sind Folgen, die durch Rechtssätze an das Vorliegen mehr oder weniger bestimmter Voraussetzungen geknüpft sind, Realfolgen sind die tatsächlichen Folgen der Geltung und Anwendung von Rechtssätzen.⁶⁶⁸ Diejenigen Realfolgen rechtlicher Entscheidungen, die sich als Verwirklichung der in den angewendeten Rechtssätzen angeordneten Rechtsfolgen darstellen, können durch den Ausdruck „realisierte Rechtsfolgen“ besonders bezeichnet und von den mittelbaren Folgen unterschieden werden, die sich aus der Realisierung von Rechtsfolgen ergeben, ohne selbst rechtlich angeordnet zu sein.⁶⁶⁹ Eine weitere wichtige Unterscheidung ist innerhalb der Realfolgen zwischen Entscheidungsfolgen und Adaptionfolgen zu treffen. Entscheidungsfolgen sind diejenigen Folgen der Geltung und Anwendung einer Rechts-

⁶⁶⁷ Dazu näher unten B. II. 7.

⁶⁶⁸ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 25.

⁶⁶⁹ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 25.

norm, deren Realisierung durch aufgrund dieser Rechtsnorm ergehende autoritative Entscheidung angeordnet wird, sowie die sich daraus ergebenden mittelbaren Folgen.⁶⁷⁰ Dagegen zeitigt die verhaltensbeeinflussende Wirkung rechtlicher Regeln Adaptionenfolgen. Sie werden so genannt, weil sie das Ergebnis der Anpassung an die Geltung einer Regel sind.⁶⁷¹

b) Beispiele

Nach *Lübbe - Wolffs* Erfahrung wird die Existenz und Bedeutung von Adaptionenfolgen auch von Juristen häufig zugunsten einer ausschließlich auf Entscheidungsfolgen fixierten Betrachtungsweise vernachlässigt.⁶⁷² Die Adaptionenfolgen rechtlicher Regeln verdienen nach ihrer Auffassung dieselbe Aufmerksamkeit wie Entscheidungsfolgen.⁶⁷³ Überlegungen zu und Auseinandersetzung mit möglichen Adaptionenfolgen sollen deshalb zur Vorbereitung und zur Begründung jeder Entscheidung über die Aufstellung einer rechtlichen Regel oder eines Komplexes von Regeln gehören.⁶⁷⁴ *Lübbe - Wolffs* Erfahrung wird zwar im Grunde durch die nachfolgende Rechtsprechungsanalyse bestätigt. Einige der anschließenden Beispiele belegen aber, dass es in der privatrechtlichen Judikatur zu altruistischem Verhalten auch Fälle ausdrücklicher Berücksichtigung von Adaptionenfolgen gibt.

Einen bedeutsamen Beleg für die These, dass die Rechtsprechung bei der Beurteilung zentraler Problemstellungen uneigennützigem Verhalten (mittelbare) Entscheidungsfolgen im Blick hat, liefert die Berücksichtigung des Versicherungsgedankens bei der Annahme vertraglicher Haftungsausschlüsse. Die Entlastung einer bestehenden Versicherung des Schädigers ist eine ausdrücklich unerwünschte und deshalb aus Sicht der höchstrichterlichen Judikatur zu vermeidende, (mittelbare) Entscheidungsfolge. Das zeigt die häufig angestellte Überlegung, dass es gerade dort, wo der Schädiger gegen Haftpflicht versichert ist, erst recht, wenn eine Pflichtversicherung besteht, die dem Schutz des Unfallopfers dienen soll, weder dem gesetzlichen Anliegen der Versiche-

⁶⁷⁰ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 139.

⁶⁷¹ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 140.

⁶⁷² Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 143.

⁶⁷³ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 156.

⁶⁷⁴ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 156.

rungspflicht noch dem Willen der Beteiligten entspricht, durch (letztlich fingierte) Ver-
 zichtsabreden den Haftpflichtversicherer zu entlasten.⁶⁷⁵

Die höchstrichterliche Rechtsprechung achtet auch auf die Vermeidung des Ergebnisses, dass eine aufseiten des Geschädigten beteiligte Versicherung ohne Regressmöglichkeit auf dem von ihr zu deckenden Schaden aus leicht fahrlässigem Verhalten sitzen bleibt. Ein auf die Kasko - Entschädigung beschränkter Haftungsausschluss, der die Ersatzan-
 sprüche wegen der vom Eigentümer selbst zu tragenden Schäden unberührt ließe, wür-
 de, so der *Zweite Senat des Bundesgerichtshofs*, ausschließlich zu Lasten des Kasko -
 Versicherers gehen.⁶⁷⁶ Auch müsste dann in allen Fällen, in denen eine Kasko - Versi-
 cherung abgeschlossen ist, schon aufgrund des Bestehens dieser Versicherung ein sol-
 cher auf die Versicherungsleistungen beschränkter Haftungsverzicht angenommen wer-
 den, so dass der Kasko - Versicherer in keinem dieser Fälle auf den Schädiger wegen
 einfacher Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen könnte. Das hält der *Bundesgerichtshof* nicht
 für mit Sinn und Zweck des § 67 VVG a. F.⁶⁷⁷ (= § 86 VVG n. F.) vereinbar.⁶⁷⁸

Im Bereich der Auskunftsjudikatur des *Bundesgerichtshofs* sind hingegen Adaptionsfol-
 generwägungen festzustellen.

Der *Elfte Senat des Bundesgerichtshofs* hat zum Beispiel erläutert, dass die Ansprüche
 aus Bausparverträgen in weitem Umfang als Sicherheit für die Aufnahme von Darlehen
 verwendet werden, insbesondere zur Absicherung der Zwischenfinanzierung von Bau-
 vorhaben.⁶⁷⁹ Dies setzt nach seiner Auffassung jedoch voraus, dass Kreditinstitute als
 mögliche Darlehensgeber von den Bausparkassen zuverlässige Auskünfte über den Be-
 stand der Rechte des Bausparers erhalten. Das erforderliche Vertrauen in die Zuver-
 lässigkeit der Auskünfte hängt demnach auch wesentlich davon ab, dass der Auskunft-
 geber unter Umständen für mangelnde Sorgfalt bei der Auskunfterteilung schadenser-

⁶⁷⁵ Vgl. nur zuletzt *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

⁶⁷⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 30.04.1959, Az.: II ZR 126/57 = BGHZ 30, 40 (48).

⁶⁷⁷ § 67 Abs. 1 S. 1 lautete in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung des VVG vom 30.05.1908, RGBI. 1908, S. 263 folgendermaßen: „Steht dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt“.

⁶⁷⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 30.04.1959, Az.: II ZR 126/57 = BGHZ 30, 40 (48).

⁶⁷⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

satzpflichtig gemacht werden kann.⁶⁸⁰ Dieser Gedanke an die Funktionsfähigkeit eines bestimmten Segments des Kreditwesens zeigt an,⁶⁸¹ dass es insoweit weniger um den rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien, als vielmehr um ein durch Haftung zu befriedigendes Verkehrsbedürfnis geht. Er beinhaltet eine das Finanzierungsverhalten der Banken im Blick habende Adaptionserwägung.

Auch bei der Auslegung des gesetzlichen Ausschlusses der Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeughalters nach § 8 a StVG a. F.⁶⁸² setzte sich der *Sechste Senat* des *Bundesgerichtshofs* mit den Adaptionserfolgen seiner Entscheidung auseinander. Es ging um die Frage, ob der Trainer einer Volleyball - Damenmannschaft und dessen Haftpflichtversicherung für den Schaden eintreten müssen, welcher der Klägerin, einem Mitglied der Mannschaft, durch einen gemeinsamen Unfall auf der Rückfahrt von einem Punktspiel entstanden war. Der am Steuer sitzende Erstbeklagte erhielt vom Volleyballverein wie üblich auch für diese Fahrt einen Kostenzuschuss von 0, 20 DM pro gefahrenem Kilometer.⁶⁸³ Der *Bundesgerichtshof* hat entschieden, dass der Beklagte die Klägerin unter diesen Umständen nicht „entgeltlich“ im Sinne des § 8 a StVG in seinem Pkw mitgenommen hat.⁶⁸⁴ Der *Senat* war der Meinung, dass dem Anliegen, im Interesse der Treibstoffersparnis, aber auch der Verminderung der Verkehrsdichte und damit der Unfallgefahren und nicht zuletzt der Umweltbelastung das Mitnehmen, insbesondere in der Art von Fahrgemeinschaften zu fördern, eher dadurch gedient wird, dass die Verantwortlichkeit des Fahrers auf seine Verschuldenshaftung (§ 823 BGB) beschränkt bleibt, als dadurch, dass seine Verantwortlichkeit mittels allzu weiter Auslegung der Ausnahmenvorschrift des § 8 a StVG verschärft wird.⁶⁸⁵

Enger an den unmittelbaren Normzweck gebundene Adaptionserwägungen sind in der höchstrichterlichen Judikatur zum Recht der Notgeschäftsführung feststellbar. Der *Sechste Senat* des *Bundesgerichtshofs* hat entschieden, dass helfendes Eingreifen

⁶⁸⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836 (1837).

⁶⁸¹ Vgl. 1. Kapitel B. III. 1. d).

⁶⁸² § 8 a Abs. 1 S. 1 StVG lautete in der Fassung des StVG vom 16.07.1957, BGBl. I, S. 710: „Ist eine durch ein Kraftfahrzeug beförderte Person getötet oder verletzt worden, so haftet der Halter dieses Fahrzeugs nach § 7 nur dann, wenn es sich um eine entgeltliche, geschäftsmäßige Personenbeförderung handelt“.

⁶⁸³ Vgl. *BGH*, U. v. 14.05.1981, Az.: VI ZR 233/79 = BGHZ 80, 303 (304).

⁶⁸⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 14.05.1981, Az.: VI ZR 233/79 = BGHZ 80, 303 (306).

⁶⁸⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 14.05.1981, Az.: VI ZR 233/79 = BGHZ 80, 303 (309/310).

zum Schutz von Privatinteressen eines anderen in Augenblicken dringender Gefahr so wie Hilfeleistung bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nach § 330 c StGB gefordert wird und nach § 539 Abs. 1 Nr. 9 a RVO (= § 2 Abs. 1 Nr. 13 a) SGB VII) unter öffentlichen Unfallversicherungsschutz gestellt ist, auch begünstigt werden soll, weil dies im allgemeinen Interesse erwünscht ist und ein Sichvergreifen in den Mitteln wegen der durch die Gefahr geforderten Schnelligkeit der Entschließung, die ein ruhiges überlegenes Abwägen ausschließt, nur zu leicht stattfinden kann.⁶⁸⁶ Mit diesem Grundgedanken des § 680 BGB hielt es der *Bundesgerichtshof* für unvereinbar, wenn dem Geschäftsführer, der bei seiner Hilfeleistung aus Gründen zu Schaden kommt, die von dem Geschäftsherrn haftungsrechtlich zu verantworten sind, außer im Fall groben Versehens entgegengehalten werden kann, dass er seinen Schaden schuldhaft mitverursacht hat.⁶⁸⁷

Das *Kammergericht* nahm, um ein letztes Beispiel anzuführen, bei der Auslegung der Kostenbegünstigung nach § 23 a UWG a. F.⁶⁸⁸ sogar auf die uneigennützige Bereitschaft von Vereinsträgern zur finanziellen Stärkung ihres Vereins Rücksicht. Der Kläger war ein eingetragener Verein, der sich unter anderem der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs widmete. Die besonderen Zuschüsse des Ersten Vorsitzenden des Klägers, die über den eigentlichen Beitrag zu den Mitteln des Klägers hinausgingen, durften nach Meinung des *Kammergerichts* nicht zur Verschlechterung der Aussichten des Klägers im Verfahren nach § 23 a UWG führen, schon weil anders die uneigennützige Bereitschaft zur Ergänzung der Verbandsmittel durch die Träger erheblich geschwächt würde.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188 (194).

⁶⁸⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188 (194).

⁶⁸⁸ § 23 a Abs. 1 S. 1 und S. 2 lauteten in der Fassung des UWG vom 21.07.1965, BGBl. I, S. 625: „Macht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch Klage ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht wird, eine Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Gericht auf ihren Antrag anordnen, daß die Verpflichtung dieser Partei zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwerts bemißt. Das Gericht kann die Anordnung davon abhängig machen, daß die Partei außerdem glaubhaft macht, daß die von ihr zu tragenden Kosten des Rechtsstreits weder unmittelbar noch mittelbar von einem Dritten übernommen werden“.

⁶⁸⁹ Vgl. *KG*, B. v. 19.08.1977, Az.: 5 W 994/77 = AnwBl. 1978, 142 (143).

c) Kritik

Darum, ob und wenn ja bei welchen Entscheidungsbegründungen Folgenberücksichtigungen zulässig sind, kreist ein alter methodologischer Streit.⁶⁹⁰ An ihm wollen und können sich die anschließenden Ausführungen im Rahmen dieser Arbeit nicht in grundsätzlicher Art und Weise beteiligen. Es geht zunächst nur um die Identifizierung der abstrakten Begründungszusammenhänge, in denen Folgenberücksichtigungen bei der Beurteilung uneigennütigen Verhaltens feststellbar sind. Dann ist der Frage nachzugehen, ob die Folgenberücksichtigungen in diesen Kontexten legitim waren. Dabei wird zwischen Entscheidungsfolgen auf der einen und Adaptionfolgen auf der anderen Seite unterschieden.

Soweit die vorstehend exemplifizierte Judikatur im Bereich der vertraglichen Haftungsausschlüsse die unerwünschte Entscheidungsfolge der Entlastung der aufseiten des Schädigers beteiligten Haftpflichtversicherung berücksichtigte, fand dies im Zusammenhang mit der ergänzenden Auslegung von Willenserklärungen mit dem Ziel der Vermeidung eines unsachgerechten Ergebnisses statt. Die Argumentation ging davon aus, dass dieses Ziel auch dem hypothetischen Willen der Parteien entspricht. Gegen eine solche Begründung ist aus methodologischer Sicht nichts einzuwenden, soweit sie auf einer lege artis feststellbaren Vertragsgrundlage und einem überzeugend begründeten Nachrang des einschlägigen dispositiven Gesetzesrechts fußt. Das ist indessen meist nicht der Fall. Für die übrigen Fälle ist festzuhalten, dass es weitgehend anerkannt ist, dass die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zum Zweck der ergänzenden Vertragsauslegung normativen Charakter hat und somit auch auf das Bedacht nehmen darf, was objektiv vernünftig ist.⁶⁹¹

Der systematischen Untergrabung des § 67 VVG a. F. (= § 86 VVG n. F.) durch vertragliche Haftungsausschlüsse ist die Rechtsprechung mit dem Hinweis auf die Daseinsberechtigung dieser Vorschrift entgegengetreten. Das lässt sich bei großzügigem Ver-

⁶⁹⁰ Vgl. dazu nur *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 11 ff. in ablehnender und überzeugender Auseinandersetzung mit der gegenüber Folgenerwägungen kritischen Auffassung *Luhmanns*; ähnlich *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (114 f.) und *Sendler*, Folgenberücksichtigung, 2006, 205 (208/209).

⁶⁹¹ Vgl. *Busche*, in: MüKo, §§ 1-240, (2006), § 157 Rnr. 47.

ständnis aus dem Gedanken rechtfertigen, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zur Gesetzeswidrigkeit führen darf.⁶⁹²

Die Berücksichtigung von Adaptionfolgen rechtfertigte die höchstrichterliche Rechtsprechung in den Beispielsfällen überwiegend aus (fernwirkenden) Normzwecken. Im notgeschäftsführungsrechtlichen Beispiel⁶⁹³ griff der *Bundesgerichtshof* auf die Normbegründung des historischen Gesetzgebers zu § 680 BGB zurück,⁶⁹⁴ um zu klären, ob es mit dem Telos dieser Vorschrift vereinbar ist, dem Notgeschäftsführer ein leichtes Fehlverhalten als Mitverschulden entgegenzuhalten. So wurde das mit § 680 BGB verfolgte Anliegen, zum Eingreifen in Notfällen zu ermutigen, methodologisch unbedenklich extensiviert.⁶⁹⁵ Diese Vorgehensweise entspricht den Erfahrungen *Lübbe - Wolffs*. Ihrer Auffassung nach werden positiv zu bewertende Adaptionfolgen in der Rechtsprechung am häufigsten dadurch berücksichtigt, dass sie als vom Gesetzgeber intendiert, also als Zweck der Vorschrift aufgefasst und daraus entsprechende Konsequenzen gezogen werden.⁶⁹⁶

Ein ähnliches Argumentationsmuster ist im Fall der einschränkenden Auslegung des § 8 a StVG a. F. durch den *Bundesgerichtshof* feststellbar. Das gesetzgeberische Anliegen, Fahrgemeinschaften zu fördern, hat er zwar nicht den Materialien zu § 8 a StVG, aber denjenigen zu § 550 Abs. 2 Nr. 2 RVO⁶⁹⁷ (entspricht § 8 Abs. 2 Nr. 2 b) SGB VII) entnommen.⁶⁹⁸ Auch dagegen lässt sich aus methodologischer Sicht nichts einwenden. Denn eine solche teleologisch - systematische Auslegung dient dem im Hinblick auf die Regelung des Lebenssachverhalts „gemeinsames Autofahren“ legitimen Leitziel der Vermeidung von Wertungswidersprüchen in der Rechtsordnung.⁶⁹⁹

⁶⁹² Vgl. allgemein *Busche*, in: MüKo, §§ 1-240, (2006), § 157 Rnr. 56 m. w. N.

⁶⁹³ BGH, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = BGHZ 43, 188.

⁶⁹⁴ Zu ihr näher oben 2. Kapitel A. II. 2.

⁶⁹⁵ Näher zu diesem Rechtsgedanken im System der privatrechtlichen Regelungsaussagen zu altruistischem Verhalten unten C. II. 3.

⁶⁹⁶ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 144. Vgl. zur Nähe von teleologischer Auslegung und folgenorientierter Rechtsanwendung auch *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (104) sowie *Sendler*, Folgenberücksichtigung, 2006, 205 (209).

⁶⁹⁷ Die Vorschrift lautete in der Fassung der RVO vom 01.04.1974, BGBl. I, S. 821: „Die Versicherung ist nicht ausgeschlossen, wenn der Versicherte von dem unmittelbaren Weg zwischen der Wohnung und dem Ort der Tätigkeit abweicht, weil er mit anderen berufstätigen oder versicherten Personen gemeinsam ein Fahrzeug für den Weg nach und von dem Ort der Tätigkeit benutzt“.

⁶⁹⁸ Vgl. BGH, U. v. 14.05.1981, Az.: VI ZR 233/79 = BGHZ 80, 303 (309).

⁶⁹⁹ Vgl. dazu allgemein *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 454/455.

Im auskunftsrechtlichen Beispiel griff der *Bundesgerichtshof* letztlich auf das Verkehrsbedürfnis nach zutreffenden Auskünften in einem bestimmten Segment des Kreditgeschäfts zurück, um einen Vertragsschluss zu begründen.⁷⁰⁰ Darin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung.⁷⁰¹ Im Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB wäre eine solche Erwägung hingegen am Platz.⁷⁰² Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Rechtsprechung die (Adaptations-) Folgen ihrer Entscheidung berücksichtigen darf, soweit sie rechtsfortbildend tätig wird.⁷⁰³

Das *Kammergericht* praktizierte hingegen eine freie, normzweckungebundene Folgenberücksichtigung bei der Auslegung einer gebührenrechtlichen Vorschrift.⁷⁰⁴ Ein solches Vorgehen ist auch vom Standpunkt progressiver Befürworter einer folgenorientierten Rechtsanwendung aus illegitim. Die Begründung des *Kammergerichts* ließ den erforderlichen methodologischen Rückbezug vermissen.

Rottleuthner stellt sich die methodologische Vorgehensweise zur Berücksichtigung von Realfolgen beispielsweise so vor, dass in insgesamt fünf Schritten zunächst sprachliche Spielräume festgestellt werden, in denen eine folgenorientierte Rechtsanwendung stattfinden kann. Dann sollen die Klassen der relevanten Wirkungen ausgewählt werden,⁷⁰⁵ bevor diese Wirkungen operationalisiert, d. h. auch: die Ziele der Folgenberücksichtigung geklärt werden. Abschließend sollen die Wirkungen der Rechtsanwendung prognostiziert und bewertet werden, bevor eine Entscheidung für die alternative Interpretation und Rechtsfolgenanordnung fällt, die die relevanten optimalen Wirkungen zeitigt.⁷⁰⁶

⁷⁰⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 17.10.1989, Az.: XI ZR 39/89 = WM 1989, 1836.

⁷⁰¹ Vgl. 1. Kapitel B. III. 1. d).

⁷⁰² Vgl. 1. Kapitel B. III. 4.

⁷⁰³ Vgl. *Lübbe - Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 156; *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (104); *Sendler*, Folgenberücksichtigung, 2006, 205 (227).

⁷⁰⁴ *KG*, B. v. 19.08.1977, Az.: 5 W 994/77 = AnwBl. 1978, 142.

⁷⁰⁵ Vgl. *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (111).

⁷⁰⁶ Vgl. *Rottleuthner*, ARSP Beiheft 13 (1980), 97 (112). Vgl. zum Gedanken, die Überlegungen zur Zulässigkeit von richterlicher Folgenberücksichtigung an die Grenzen von Richterrecht anzulehnen *Sendler*, Folgenberücksichtigung, 2006, 205 (227 f.).

Von einer vergleichbar strukturierten Entscheidungsbegründung war das *Kammergericht* weit entfernt. Seine Auslegung spricht ausgehend vom Wortlaut des § 23 a Abs. 1 S. 1 UWG a. F. außerdem eher gegen dessen Grundgedanken.⁷⁰⁷ Das Ziel, eine Gefährdung der wirtschaftlichen Lage der betreffenden Partei durch einen vollen Streitwertansatz zu vermeiden, dürfte zu einer rein wirtschaftlichen, also nicht normativ korrigierbaren Betrachtung des aktuellen Bestandes ihrer finanziellen Mittel gedrängt haben.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zu den Ergebnissen der vorangegangenen methodologischen Analysen festhalten, dass die Uneigennützigkeit als Rechtsbegriff insbesondere im Gesellschaftsrecht und im Recht der fiduziarischen Treuhand eine Rolle spielt. Die Uneigennützigkeit eines Rechts zieht insoweit auch die materiell - rechtliche Konsequenz einer erhöhten Treupflichtbindung nach sich. Das altruistische Motiv hat sich in verschiedener Hinsicht als auslegungsrelevant erwiesen. Soweit es den Zweck einer Vertragsgestaltung bildet, kann es als Richtschnur zur Interpretation unklarer Vertragsbestimmungen dienen. Es kann auch eine restriktive Auslegung der obligationsmäßigen Reichweite einer Willenserklärung des Uneigennützigen nahe legen. Der altruistische Beweggrund kann auch eine einschränkende Auslegung einseitig eingeräumter Rechtsmacht als sachgerecht erscheinen lassen. Schon die Formulierung dieser Einzelergebnisse deutet auf den Gesamtbefund hin, dass sich nicht überzeugend auf eine verallgemeinerungsfähige, willenserklärungsbezogene Auslegungsmaxime zugunsten des Uneigennützigen schließen lässt. Es konnte ein Rechtsbegriff entdeckt werden, der das altruistische Motiv voraussetzt. Es handelt sich um den Studentenwohnheimsbegriff der §§ 549 Abs. 3, 551 Abs. 3 S. 5 BGB. Das altruistische Motiv hat sich auf gesetzlicher Ebene besonders als wertungsrelevant erwiesen. Die Analyse entsprechender Beispielfälle hat gezeigt, dass es vornehmlich im Bereich richterlicher Eigenwertung einzelfallbezogene Bedeutung erlangt. Als besondere judikative Begründungsmethoden zur Beurteilung zentraler Problemstellungen uneigennützigen Verhaltens konnten zuletzt die Fiktion und die Folgenberücksichtigung erkannt werden. Unter Rückgriff auf die erstgenannte Methode hat die Rechtsprechung in den Bereichen der Haftung für Gefällig-

⁷⁰⁷ Vgl. zur Sprache als Induktionsmaterial der ratio legis etwa Bydlinski, Methodenlehre, 1991, S. 441.

keitsauskünfte und der vertraglichen Haftungsausschlüsse Scheinbegründungen für die von ihr als angemessen erachteten Ergebnisse geliefert. Folgenberücksichtigungen kommen in unterschiedlichen Rechtsfindungskontexten, vor allem im Zusammenhang mit der teleologischen Auslegung vor. Ihre Akzeptanz setzt jedenfalls voraus, dass sie auf der Basis der im jeweiligen Rechtsfindungszusammenhang allgemein zu beachtenden, methodologischen Regeln erfolgen. Das ist indessen überwiegend nicht der Fall.

B. Systematisierung der materiell - rechtlichen Regelungsaussagen

Die anschließende Systematisierung dient der Grundlegung des späteren Systembildungsversuchs.⁷⁰⁸ Es geht um die geordnete Zusammenstellung der Regelungsaussagen, die zu uneigennützigem Verhalten sowohl im gefälligkeitsvertraglichen (I.) als auch im außervertraglichen Bereich (II.) feststellbar sind. Diese Systematisierungsaufgabe schließt in bestimmten Regelungshinsichten auch die Prüfung ein, ob überhaupt Regelungsaussagen zu altruistischem Verhalten formulierbar sind. In diesem Sinn wird beispielsweise unter mehreren Gesichtspunkten untersucht, ob eine außervertragliche Haftungsbeschränkung für den rein Gefälligen begründbar ist.⁷⁰⁹

I. Gefälligkeitsverträge

Im Bereich der Gefälligkeitsverträge lassen sich aus den einzelnen, überwiegend bereits untersuchten Regelungsaussagen sowohl Einzelprinzipien (1.) als auch Strukturprinzipien (2.) formulieren. Unter Einzelprinzipien werden Regelmäßigkeiten verstanden, die im gefälligkeitsvertraglichen Bereich in einer singulären Regelungshinsicht feststellbar sind. Strukturprinzipien sind sinnhafte Konstruktionszusammenhänge, die unterschiedlichen gefälligkeitsvertraglichen Regelungen auf abstrakterer Ebene zugrunde liegen.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ Näher unten C.

⁷⁰⁹ Vgl. unten B. II. 5; B. II. 7.

⁷¹⁰ Vgl. zum der Erschließung eines teleologischen Systems dienlichen Begriff der ratio iuris, die hinter lex und ratio legis steht, etwa *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 46.

1. Einzelprinzipien

Die folgenden Ausführungen dienen dem Anliegen, gefälligkeitsvertragliche Einzelprinzipien in den Bereichen der vertraglichen Bindung (a), des Leistungsortes (b) und der allgemeinen Haftungsprivilegien (c) zu formulieren.

a) Vertragliche Bindung

Zur Ermittlung der vertraglichen Bindung des Gefälligen ist schon ein Prinzip entwickelt worden.⁷¹¹ Seine wesentlichen Aussagen werden kurz zusammengefasst.

Zur Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag erscheint eine Kombination aus objektivem und subjektivem Distinktionsansatz sachgerecht. Der objektive Ansatz schließt die Annahme einer vertraglichen Bindung des Uneigennützi- gen aus, soweit es um eine Verpflichtung im Bereich des Menschenwürdegehalts perso- naler Grundrechte, wie beispielsweise der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), geht.⁷¹² Droht die infolge eines in solchen Fällen regelmäßig feststellbaren, individuellen Ver- handlungungleichgewichts schwächere Partei einer vertraglichen Verpflichtung aus- gesetzt zu werden, so ist Grundrechtsschutz qua Ablehnung einer vertraglichen Bindung geboten. Dieser auf die Schutzgebotsfunktion des betroffenen Grundrechts rückführbare Ansatz lässt sich auch zur Lockerung wirksam eingegangener vertraglicher Bindungen verfeinern. Als Minimalschutz kann durch eine analoge Anwendung des § 888 Abs. 2 ZPO die Vollstreckbarkeit vertraglicher Einschränkungen im Bereich personaler Frei- heitsrechte vermieden werden. Bei Vereinbarungen über die Einschränkung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit kann die Einrede nach § 275 Abs. 3 BGB unter Umstän- den die grundrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit gewährleisten. Schließlich kann durch eine Analogie zu § 74 a Abs. 1 HGB ein gegenüber § 138 BGB verstärkter Grundrechtsschutz bei vertraglichen Einschränkungen personaler Freiheitsrechte er- reicht werden. Erst hinter diesem speziellen Schutzinstrumentarium sollte der Anwen- dungsbereich des § 138 BGB beginnen.⁷¹³

⁷¹¹ S. 1. Kapitel A. I. 2. c).

⁷¹² Bei der Annahme einer Menschenwürdeberührung ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten, vgl. insoweit allgemein *Hömig*, EuGRZ 2007, 633 (641).

⁷¹³ Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (240).

Der subjektive Abgrenzungsansatz erscheint für Absprachen außerhalb des Bereichs des Menschenwürdegehalts personaler Grundrechte verfolgenswert. Ihm zufolge hängt die Annahme eines gefälligkeitsvertraglichen Rechtsbindungswillens in erster Linie von der Höhe des erkennbaren Erfüllungsinteresses des Benefiziars ab. Überlegungen zum Schutz der beteiligten Integritätsinteressen sollten nicht als Abgrenzungsmaßstab dienen. Nur dann, wenn Schadensersatz statt der Leistung in extremer Höhe droht, ist die Ablehnung einer gefälligkeitsvertraglichen Leistungspflicht unter Rückbezug auf den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung geboten. Neben dem Erfüllungsinteresse kann besonders im Auftragsrecht auch auf die voraussichtliche Aufwandserheblichkeit des Gefälligkeitserweises abgestellt werden, um dem vertraglich protegierbaren Kompensationsinteresse des Uneigennützigen gerecht zu werden.

b) Leistungsort

Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte (§ 269 Abs. 1 BGB). Als wesentliche Umstände, welche die Natur des Schuldverhältnisses prägen, werden vor allem die Verkehrssitte (§ 157 BGB) und bei Geschäften des Handelsverkehrs der Handelsbrauch (§ 346 HGB) genannt.⁷¹⁴

Das Schrifttum befürwortet in unterschiedlicher Formulierung, dass der Leistungsort bei Gefälligkeitsverträgen aus der Natur des Schuldverhältnisses abzuleiten ist. Einerseits wird der Standpunkt vertreten, dass Gefälligkeitsverträge wie die Leihe oder die Schenkung im Regelfall den Leistungsort am Wohnsitz des Gefälligen haben.⁷¹⁵ Andererseits wird der scheinbar weitergehenden Auffassung gefolgt, dass sich grundsätzlich aus der

⁷¹⁴ Vgl. nur *Grüneberg*, in: *Bamberger/Roth*, §§ 1-610, (2007), § 269 Rnr. 13 sowie *Heinrichs*, in: *Palandt*, (2008), § 269 Rnr. 12.

⁷¹⁵ So etwa *Krüger*, in: *MüKo*, §§ 241-432, (2007), § 269 Rnr. 39 und *Bittner*, in: *Staudinger*, §§ 255-304, (2004), § 269 Rnr. 40 mit der weitergehenden, aber unbelegten Behauptung, dass insbesondere bei der Schenkung, der Leihe und beim unentgeltlichen Darlehen überdies mit Blick auf die (eventuelle) Rückgabeverpflichtung ein einheitlicher Leistungsort am Wohnsitz des Gefälligen liegt. Die jeweils in Bezug genommene Entscheidung *BGH*, U. v. 19.09.2001, Az.: I ZR 343/98 = *NJW-RR* 2002, 1027 gibt dafür nichts her. Sie hat sich nur der allgemeinen Auffassung angeschlossen, dass es sich bei der leihvertraglichen Rückgabeverpflichtung in der Regel um eine Bringschuld handelt.

Natur des Schuldverhältnisses ergibt, dass Gefälligkeitsverträge am jeweiligen Wohnsitz des Gefälligen zu erfüllen sind.⁷¹⁶

Die letztere Sichtweise dürfte nicht die denkbare Veränderung des Wohnsitzes des Gefälligen nach Abschluss des Gefälligkeitsvertrags zu seinen Gunsten im Blick haben. Damit würde ein sehr seltener Fall bedacht. Das Adjektiv „jeweilig“ ist vielmehr auf die unterschiedlichen Gefälligkeitsverträge zu beziehen. So gesehen ist zum Leistungsort bei Gefälligkeitsverträgen eine übereinstimmende Schrifttumsauffassung zu konstatieren, die im Ergebnis der subsidiären Leistungsortsbestimmung nach § 269 Abs. 1 BGB entspricht.

Die Beifallswürdigkeit dieser Schrifttumsmeinung ist davon abhängig, ob sie mit der jeweiligen gefälligkeitsvertraglichen Verkehrssitte übereinstimmt. Die einschlägigen Vorstellungen des historischen Gesetzgebers sind bei der diesbezüglichen Prüfung zu berücksichtigen.

Es wird bezweifelt, ob es wirklich der Verkehrssitte entspricht, dass der Beschenkte im Regelfall sein Geschenk abzuholen hat.⁷¹⁷ Davon ging indessen schon der historische Gesetzgeber zu Recht für den Normalfall der Schenkung aus, in dem sich die zu verschenkende Sache am Wohnsitz des Schenkers befindet. Nach den Motiven spricht die Billigkeit dafür, dem Schenker die Erfüllung seines Versprechens tunlichst zu erleichtern.⁷¹⁸ Es wurde die Meinung vertreten, dass dem Schenker nach §§ 229, 230 des Entwurfs (= §§ 269, 270 BGB) das Recht, an dem Ort zu erfüllen, an dem er zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz hat, in vielen Fällen versagt werden müsste, wenn man ihm das Recht nicht beilegte.⁷¹⁹ Im weiteren Beratungsverlauf wurde dem Antrag auf Streichung des entsprechenden § 446 des Entwurfs allerdings mit der Begründung stattgegeben, dass die Vorschrift selbstverständlich ist.⁷²⁰ Die Protokollkommission war der Auffassung, dass die Rechtsprechung bei richtiger Auslegung des Parteiwillens von selbst

⁷¹⁶ Vgl. *Gernhuber*, Erfüllung, 1994, S. 38; *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 269 Rnr. 12: „jeweiliger Aufenthaltsort des Schuldners“; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007), § 269 Rnr. 21.

⁷¹⁷ Vgl. *Gernhuber*, Erfüllung, 1994, S. 38.

⁷¹⁸ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 165.

⁷¹⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 165.

⁷²⁰ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 752.

dahin gelangt, für den Fall, dass eine im Besitz des Schenkers befindliche Sache versprochen ist, den Wohnsitz des Schenkers als Erfüllungsort anzunehmen. Andererseits erschien die in § 446 des Entwurfs aufgestellte Auslegungsregel insbesondere dann nicht als richtig, wenn eine nicht am Wohnsitz des Schenkers befindliche Sache den Gegenstand des Schenkungsversprechens bildet.⁷²¹ Diese Distinktion erscheint auch heute noch sachgerecht, weil sie mangels anderslautender Erfahrung der Lebenspraxis entspricht.

Entsprechendes gilt für die übrigen Gefälligkeitsverträge. Es ist üblich, dass sich der Entleiher die Leihsache, die sich im Regelfall am Wohnsitz des Verleihers befindet, abholt. Das wird ihm durch § 598 BGB auch aufgegeben. Die Verleiherpflicht zur Gebrauchsgestattung wird gemeinhin als Holschuld verstanden.⁷²² Die meisten Aufträge werden sich auch im Lebensumfeld des Beauftragten abspielen. Dass der unentgeltliche Verwahrer die ihm übergebene Sache in aller Regel an seinem Wohnsitz aufbewahren soll, kann ebenfalls als konsensfähig erachtet werden.⁷²³ Deshalb erscheint die prinzipielle Aussage gerechtfertigt, dass der Leistungsort bei Gefälligkeitsverträgen regelmäßig am Wohnort des Gefälligkeitsschuldners liegt.

c) Allgemeine Haftungsprivilegien

Im Folgenden wird untersucht, ob aus den allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien ein gefälligkeitsvertragliches Haftungsprinzip zu erschließen ist (1.).⁷²⁴ Außerdem wird der Frage nachgegangen, ob eine verallgemeinerungsfähige Aussage zur Konvergenz des Anwendungsbereichs dieser Haftungsprivilegien getroffen werden kann (2.).

⁷²¹ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 752.

⁷²² Vgl. nur *Weidenkaff*, in: Palandt, (2008), § 598 Rnr. 6.

⁷²³ § 697 BGB äußert sich zwar nicht zum Verwahrungsort. Die Motive, vgl. *Mugdan* II, S. 324, gingen aber immerhin davon aus, dass der Holschuldcharakter der Restitutionspflicht des Verwahrers dem Vertragswesen entspricht.

⁷²⁴ Vgl. zur Gesamt- oder Rechtsanalogie allgemein *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 478; *Engisch*, Einführung, 2005, S. 194 f; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 179 f.

(1) Haftungsprinzip

Die Frage nach einem gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprinzip dient keinem Selbstzweck. Falls es ein solches Prinzip gibt, könnte es beispielsweise benützt werden, um den Haftungsmaßstab für Aufträge ohne Treuhandcharakter oder für atypische Gefälligkeitsverträge zu gewinnen.⁷²⁵

In der Literatur werden zum erstgenannten Zweck aus den gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien haftungsbeschränkende Unterprinzipien abgeleitet. So steht beispielsweise *Medicus* auf dem Standpunkt, dass die unbegrenzte Haftung des Auftragsrechts nicht für unentgeltliche Tätigkeiten ohne Treuhandcharakter passt.⁷²⁶ Er sieht eine Gesetzeslücke, die in Analogie zu den §§ 521, 599, 690 BGB zu füllen ist. Der unentgeltlich Tätige soll seiner Auffassung nach regelmäßig nur für grobe Fahrlässigkeit haften.⁷²⁷ Es wird auch unscharf darauf hingewiesen, dass in den §§ 521, 599, 690 BGB in Verbindung mit § 277 BGB ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck kommt, wonach bei unentgeltlichen Zuwendungen eine Milderung der gewöhnlichen Haftung angebracht ist.⁷²⁸ Aus den gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien wird schließlich auch ein Prinzip des Inhalts abgeleitet, dass bei Gefälligkeitsschuldverhältnissen die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist.⁷²⁹

Diese Ansätze halten einer methodologischen Prüfung auf dem Boden des geltenden Rechts nicht stand. Die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien sind, soweit sie existieren, inhaltlich nicht einheitlich ausgestaltet. So haben zwar der Schenker und der Verleiher jeweils nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§§ 521, 599 BGB). Für den Beauftragten fehlt eine Haftungsmilderung jedoch ganz. Der unentgeltliche

⁷²⁵ Vgl. zum Wert juristischer Systeme für die Rechtsgewinnung eingehend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 86 ff.

⁷²⁶ Bereits diese Formulierung deutet auf das Vorliegen einer sogenannten rechtspolitischen Lücke hin, deren Schließung dem Gesetzgeber vorbehalten ist, vgl. hierzu allgemein *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 165.

⁷²⁷ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 208; ähnlich *Kramer*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 41; *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 119.

⁷²⁸ So beispielsweise *Liebisch*, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen, 1927, S. 69; ähnlich *Ehmann*, in: Erman, §§ 1-811, (2004), § 662 Rnr. 21.

⁷²⁹ So aus der älteren Literatur etwa *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (406); *Schieferstein*, Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug, 1936, S. 68; 73; *Etzbach*, Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit, 1935, S. 84; v. *Dewitz*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1939, S. 51; 53; *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 99 f.

Verwahrer hat nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 BGB). Daher lässt sich nicht überzeugend vertreten, dass bei vertraglich geschuldeter, unentgeltlicher Tätigkeit immer, geschweige denn immer in bestimmter Richtung, beschränkt gehaftet wird.⁷³⁰

Das ist auch kein Versehen, das Raum für die Annahme einer planwidrigen Gesetzeslücke im Auftragsrecht ließe, sondern war vom historischen Gesetzgeber so gewollt. Die Motive zeigen, dass er sich dessen bewusst war, dass die damals neue Gesetzgebung teilweise im Anschluss an die gemeinrechtliche Wissenschaft den Umfang der Haftung des Schuldners nach bestimmten Kategorien, insbesondere je nach dem, ob das Schuldverhältnis den Vorteil beider oder nur eines Beteiligten bezweckt, geordnet hat.⁷³¹ Die Urheber der Motive sind diesen Ansätzen ausdrücklich nicht gefolgt. Es wurde angeführt, dass sich solche Kategorien nicht ohne Durchbrechung durch speziell zu regelnde Ausnahmen aufstellen lassen. Die Entscheidung über den Eintritt einer beschränkten oder modifizierten Haftung sollte sich den Rechtsnormen über die einzelnen Schuldverhältnisse anschließen.⁷³²

Gerade beim Auftrag hat sich der historische Gesetzgeber bewusst gegen eine Haftungsmodifizierung entschieden. Maßgebend war einerseits der Gesichtspunkt des dem Beauftragten vom Auftraggeber bewiesenen Vertrauens und andererseits der Umstand, dass der Beauftragte ein fremdes Geschäft zu besorgen übernimmt.⁷³³ Der Gegenstand des Auftrags wurde überdies nicht auf Tätigkeiten mit einem Treuhandelement beschränkt.⁷³⁴ In dieser Hinsicht existiert daher keine planwidrige Gesetzeslücke, die eine Analogie zu den Haftungsprivilegien anderer Gefälligkeitsverträge als vertretbar erscheinen ließe. Die Gegenmeinung verfolgt ein nicht hinreichend als solches gekennzeichnetes rechtspolitisches Anliegen.⁷³⁵

⁷³⁰ So beispielsweise schon *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 386.

⁷³¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 15.

⁷³² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 15.

⁷³³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 297.

⁷³⁴ Nachdem man sich auf die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal des Auftrags geeinigt hatte, war man der Auffassung, dass hierin das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Dienst- und Werkvertrag liegt, vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 942. Das zeigt, dass der Gegenstand eines Auftrags denkbar weit verstanden wurde.

⁷³⁵ Das ist insofern bedenklich, als sie in einem Standardwerk der juristischen Ausbildungsliteratur vertreten wird.

Der ganz überwiegende Teil des modernen Schrifttums ist sich demnach mit Recht darüber einig, dass jedenfalls heute⁷³⁶ kein gefälligkeitsvertragliches Haftungsprinzip mehr existiert.⁷³⁷ Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat nie eine andere Auffassung vertreten.⁷³⁸

Dieser Negativbefund markiert auch kein gleichheitssatzwidriges Ergebnis.⁷³⁹ Das *Bundesverfassungsgericht* hat zwar wiederholt ausgesprochen, dass eine Systemwidrigkeit als eine Verletzung der „vom Gesetz selbst statuierten Sachgesetzlichkeit“ einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz indizieren kann. Nach seiner Judikatur müssen die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips, um überzeugend zu sein, in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.⁷⁴⁰ Indessen soll eine Systemwidrigkeit für sich allein nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Nach welchem System der Gesetzgeber eine Materie ordnen will, obliegt nach der Judikatur des *Bundesverfassungsgerichts* ebenso wie die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Regelung seiner eigenen Entscheidung.⁷⁴¹

Diesen Maßstäben werden die Regelungen der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien gerecht. Nach den vorangegangenen Darlegungen hat sich der Gesetzgeber bewusst und für jeden Regulationsfall begründet gegen eine Kategorisierung der Haftungsmaßstäbe etwa nach dem Nutzen des jeweiligen Vertragsverhältnisses entschie-

⁷³⁶ Vgl. zum klassischen Utilitätsprinzip, das im römischen Recht aufgrund der Nützlichkeit gerechtfertigt wurde, die sich den Parteien aus dem Vertrag ergibt, kursorisch *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 2005, S. 181 und eingehend *Harke*, Freigiebigkeit, 2006, S. 20 f. *Medicus*, Schuldrecht II, 2007, S. 4 führt demgegenüber insbesondere die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien heute noch auf dieses Prinzip zurück.

⁷³⁷ Vgl. dementsprechend *Schlechtriem*, Gutachten, 1981, 1591 (1621); *Lange*, Schadensersatz, 1990, S. 653; *Larenz*, Methodenlehre 1991, S. 386; *Löwisch*, in: Staudinger, §§ 255-304, (2004), § 276 Rnr. 137; *Krebs*, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, §§ 241-610, (2005), § 311 Rnr. 94; *Harke*, Freigiebigkeit, 2006, S. 91; *Heinrichs*, in: Palandt, (2008), § 276 Rnr. 45.

⁷³⁸ RG, U. v. 22.11.1934, Az.: VI 288/34 = RGZ 145, 390 (394) stand beispielsweise auf dem Standpunkt, dass es einen Rechtssatz des Inhalts, dass im Falle einer Gefälligkeitsfahrt nur für grobes Verschulden des Wagenführers gehaftet wird, nicht gibt. RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085) hat zuvor lediglich einmal kurz vom „Grundsatz“, dass Schenker und Verleiher beschränkt haften, gesprochen.

⁷³⁹ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Wertungswiderspruch und Verstoß gegen den Gleichheitssatz allgemein etwa *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 125 f.

⁷⁴⁰ Vgl. BVerfG, B. v. 10.11.1981, Az.: 1 BvL 18, 18/77 = NJW 1982, 1273 (1274).

⁷⁴¹ Vgl. BVerfG, B. v. 10.11.1981, Az.: 1 BvL 18, 18/77 = NJW 1982, 1273 (1274).

den.⁷⁴² Diese Festlegungen sind auch heute noch als in seinem Gestaltungsspielraum liegend zu akzeptieren.⁷⁴³

(2) Konvergenter Anwendungsbereich

Ob und inwieweit die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien einen konvergen-ten Anwendungsbereich haben, wird kontrovers diskutiert.

Nach Auffassung des historischen Gesetzgebers beziehen sich die §§ 521, 599 BGB lediglich auf das Erfüllungsinteresse von Beschenktem und Entleiher.⁷⁴⁴ Zum Anwen-dungsbereich des § 690 BGB hat er sich insoweit zwar nicht geäußert.⁷⁴⁵ Es ist aber kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, diese Vorschrift nicht auch auf das Er-füllungsinteresse des Hinterlegers zu beziehen.⁷⁴⁶

Bei der Beschränkung der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien auf das Er-füllungsinteresse wollen es namhafte Autoren belassen.⁷⁴⁷ Als Argument wird beispie-lsweise angeführt, dass es die Uneigennützigkeit des Schenkers hinsichtlich der Fortgabe des Geschenks nicht rechtfertigt, von ihm nur geringere Sorgfalt bei der Schonung fremder Rechtsgüter zu verlangen.⁷⁴⁸ Andere erwägen darüber hinausgehend, die Haf-tung wegen durch den (mangelhaften) Vertragsgegenstand bedingter Folgeschäden in

⁷⁴² Vgl. zu den Motiven der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien nochmals ausführlich oben 2. Kapitel A. I. 2.

⁷⁴³ Vgl. näher zur Vielgestaltigkeit des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers *Schlaich/Korioth*, Bun-desverfassungsgericht, 2007, S. 291 f.

⁷⁴⁴ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 164; 249.

⁷⁴⁵ Die Motive haben sich bei der Diskussion eines Haftungsprivilegs bei unentgeltlicher Verwahrung nur mit der Verletzung der Aufbewahrungspflicht selbst, also mit dem Integritätsinteresse des Hinterlegers beschäftigt, vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320. Den Protokollen sind keine Informationen zum Anwen-dungsbereich des § 690 BGB zu entnehmen, vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 968/969.

⁷⁴⁶ *Grundmann*, AcP 198 (1998), 457 (466) führt insoweit an, dass das Erfüllungsinteresse des Hinterle-gers nur gegen missbräuchlich kurze Kündigung geschützt sei. Das wäre zu beweisen. Aber selbst von der leichten Lösbarkeit der unentgeltlichen Verwahrung ausgehend besteht für eine weitere Einschränkung des Erfüllungsinteresses über § 690 BGB noch ein sinnvoller Anwendungsbereich.

⁷⁴⁷ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986, S. 202 zur Schenkung und *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986, S. 457 zur unentgeltlichen Verwahrung; *Schlechtriem*, Gutachten, 1981, 1591 (1618; 1620); *Grundmann*, AcP 198 (1998), 457 (473).

⁷⁴⁸ So etwa *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986, S. 202.

den Anwendungsbereich der §§ 521, 599 BGB einzubeziehen.⁷⁴⁹ Es wird auch vertreten, dass gesetzliche Haftungsmodifikationen grundsätzlich insbesondere auch auf das vorvertragliche Stadium, mithin auf sämtliche insoweit denkbare Schutzpflichten auszudehnen sind.⁷⁵⁰

In Anbetracht dieses Meinungsspektrums erscheint es sinnvoll, den Möglichkeiten zur Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien in Bezug auf Schutzpflichten nachzugehen.

Dahin gehende Bemühungen sind mit dem Wortlaut der §§ 521, 599, 690 BGB in Einklang zu bringen und nach näherer Untersuchung teleologisch auch überzeugend begründbar. In der Diskussion um den Anwendungsbereich der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien wurde mit Recht darauf hingewiesen, dass sich die Normsituation gegenüber derjenigen, welche der historische Gesetzgeber bei ihrer Regelung vor Augen hatte, erheblich verändert hat. Die Schutzpflichtproblematik war damals insbesondere im Rahmen der Lehren von der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung noch gar nicht in heutigem Ausmaß bekannt.⁷⁵¹ Das rechtfertigt es, den Anwendungsbereich der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien insoweit aus heutiger Sicht objektiv - teleologisch zu justieren.⁷⁵²

Zu § 521 BGB liegt eine entsprechende höchstrichterliche Entscheidung vor.⁷⁵³ Der *Bundesgerichtshof* hat im *Kartoffelpülpe* - Fall unter Inbezugsetzung dieser Vorschrift zu den Vertragserwartungen des Benefiziaris erkannt, dass es die Großzügigkeit des Schenkers nicht rechtfertigt, die Haftungsmilderung auch da eingreifen zu lassen, wo es um die Verletzung von Schutzpflichten geht, die nicht im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen.⁷⁵⁴ Ins Positive gewendet ist diese Aussage für die gefälligkeits-

⁷⁴⁹ Vgl. nur Thiele, JZ 1967, 649 (654); Schwerdtner, NJW 1971, 1673 (1675); Koch, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 521 Rnr. 7; Häublein, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 599 Rnr. 5; Wimmer - Leonhardt, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 521 Rnr. 11.

⁷⁵⁰ Vgl. Canaris, JZ 1965, 475 (481).

⁷⁵¹ Vgl. Medicus, Reichweite, 1996, 589 (593); Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (465); Wimmer - Leonhardt, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 521 Rnr. 11.

⁷⁵² Vgl. zum Problem des „Funktionswandels“ von Normen allgemein Bydlinski, Methodenlehre, 1991, S. 579 f.

⁷⁵³ BGH, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23.

⁷⁵⁴ Vgl. BGH, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (27).

vertraglichen Haftungsprivilegien verallgemeinerungsfähig: durch §§ 521, 599, 690 BGB wird der Uneigennütze ob der Unentgeltlichkeit der von ihm geschuldeten Leistung in Bezug auf die Verletzung von Schutzpflichten privilegiert, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertragsgegenstand stehen.⁷⁵⁵ Das muss wie auch sonst zur Effektivität des Haftungsprivilegs auf die konkurrierende Deliktshaftung durchschlagen⁷⁵⁶ und lässt sich wie folgt begründen. Würde man Schenker und Verleiher auch bei der Verletzung von Schutzpflichten, die im vorgenannten Zusammenhang stehen,⁷⁵⁷ uneingeschränkt haften lassen, stellte sich ein wertungswidersprüchliches Ergebnis im Vergleich zu deren stark abgemilderter Mängelhaftung ein. Es wäre nicht einzusehen, wenn etwa der Schenker wegen eines Fehlers des Schenkungsgegenstands, der aus seinem eigenen Vermögen stammt, nur bei Arglist haftete (§ 524 Abs. 1 BGB), währenddessen er bei Schäden, die beispielsweise aus einer Aufklärungspflichtverletzung in Bezug auf ein fehlerfreies Geschenk entstehen, aber schon für jede Fahrlässigkeit haften sollte.⁷⁵⁸ Da § 600 BGB konzeptionell auch an § 524 Abs. 1 BGB angelehnt ist,⁷⁵⁹ muss für das Recht der Leihe Gleiches gelten. Für den Fall der unentgeltlichen Verwahrung ist eine analoge Argumentation zwar nicht möglich. Insoweit legt aber schon der spezifische Haftungsmaßstab die vorstehende Schlussfolgerung nahe. Nur Verwahrungen nimmt der unentgeltliche Verwahrer auch in eigenen Angelegenheiten vor. Deshalb wäre es unsachgerecht, sein Haftungsprivileg auch in Beziehungen eingreifen zu lassen, die mit der Verwahrung als solcher nichts zu tun haben.⁷⁶⁰ Wenn der Hinterleger beispielsweise beim Verwahrer anlässlich der vereinbarten Abholung des verwahrten Gutes die nicht erkennbar ungesicherte Kellertreppe herunterfällt, sollte es bei dessen ungeschmälerter Deliktshaftung bleiben.⁷⁶¹ Insoweit fehlt der innere Zusammenhang zwischen der Verwahrungstätigkeit als Vertragsgegenstand und der Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht.

⁷⁵⁵ So auch *Medicus*, Reichweite, 1996, 589 (604).

⁷⁵⁶ Vgl. nur *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = *BGHZ* 93, 23 (29) m. w. N. A. A. für § 521 *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 521 Rnr. 12.

⁷⁵⁷ Insoweit wird es vor allem um Warn- und Aufklärungspflichten gehen, die den Uneigennütigen in seiner vertragsspezifischen Stellung treffen.

⁷⁵⁸ So schon *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = *BGHZ* 93, 23 (28). Zustimmend *Medicus*, Reichweite, 1996, 589 (604).

⁷⁵⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 249.

⁷⁶⁰ Vgl. *Hüffer*, in: *MüKo*, §§ 611-704, (2005), § 690 Rnr. 9, der insoweit auf den „spezifischen Tätigkeitsbereich des Verwahrers“ abstellt.

⁷⁶¹ Soweit besteht noch Übereinstimmung mit *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986, S. 457.

In Teilen des Schrifttums wird eine weitergehende Auslegung des Anwendungsbereichs des § 521 BGB für richtig gehalten. Auch Mangelfolgeschäden⁷⁶², die „im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen“, sollen im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB nur nach Maßgabe des § 521 BGB ersetzbar sein.⁷⁶³ Entsprechend wird für den Anwendungsbereich des § 599 BGB argumentiert.⁷⁶⁴ Dieser die Haftungsprivilegien ausdehnende Ansatz überzeugt indessen nicht. Im Ergebnis zutreffend, aber ohne Begründung hat der *Bundesgerichtshof* im *Kartoffelpülpe* - Fall ausgeführt, dass durch § 524 Abs. 1 BGB die Haftung des Schenkers für Schäden, die dem Beschenkten insofern aus einem Fehler der verschenkten Sache entstehen, auf den Fall der Arglist beschränkt ist.⁷⁶⁵ Das lässt sich mit dem Wortlaut der Vorschrift ohne weiteres vereinen. Denn selbst wenn man nicht auf den Fehler der Sache als zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand, sondern auf dessen arglistiges Verschweigen abstellt, sind Mangelfolgeschäden differenzhypothetisch gesehen vom Anwendungsbereich der Norm erfasst. Vor allem spricht gegen die Ausdehnung des § 521 BGB auf Mangelfolgeschäden, dass sie dem im noch nicht modernisierten Schenkungsrecht wichtigen Verständnis des historischen Gesetzgebers widerspricht. Zur Erläuterung des Anwendungsbereichs des § 600 BGB hat er die Rechtsauffassung geäußert, dass die Norm auch Schäden, die aus der Überlassung einer mangelhaften Leihsache (krankes Pferd) an anderen Rechtsgütern des Entleihers entstehen, erfasst.⁷⁶⁶ Da die leiherechtlichen Haftungsprivilegien in Analogie zu den schenkungsrechtlichen begründet wurden,⁷⁶⁷ wird er zum Anwendungsbereich des § 524 Abs. 1 BGB keine andere Auffassung vertreten haben.⁷⁶⁸ Daher ist für die Ausdehnung der §§ 521, 599 BGB auf sämtliche Integritätsschäden, die im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand stehen, kein Raum. Es kann inhaltlich bei der dargestellten Konvergenz des Anwendungsbereichs der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien bleiben.

⁷⁶² Vgl. zum traditionellen Begriffsverständnis nur *BGH*, U. v. 02.06.1980, Az.: VIII ZR 78/79 = NJW 1980, 1950 (1950/1951). Dezidiert kritisch gegenüber der gegenwärtigen Leistungsfähigkeit dieser Begrifflichkeit *Heßeler/Kleinhenz*, JuS 2007, 706 (709 f.).

⁷⁶³ Vgl. etwa *Koch*, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 521 Rnr. 7. Im Bemühen, den § 521 BGB als einheitlichen Verschuldensmaßstab zu etablieren, weitergehend *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 521 Rnr. 11.

⁷⁶⁴ Vgl. nur *Häublein*, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 599 Rnr. 5.

⁷⁶⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 20.11.1984, Az.: IV a ZR 104/83 = BGHZ 93, 23 (29); ebenso etwa *Harke*, Freigiebigkeit, 2006, S. 81.

⁷⁶⁶ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 895.

⁷⁶⁷ Vgl. insoweit nochmals *Mugdan*, Motive II, S. 249 und Protokolle II, S. 895.

⁷⁶⁸ Ähnlich *Koch*, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 521 Rnr. 7.

2. Strukturprinzipien

Die gefälligkeitsvertraglichen Regelungen lassen sich auf verschiedene Strukturprinzipien zurückführen. Im Folgenden werden Strukturprinzipien in den Hinsichten einer gelockerten Rechtsbindung des Gefälligkeitsschuldners (a), des schwachen Schutzes des Erfüllungsinteresses des Gefälligkeitsgläubigers (b) und des persönlichen Einschlags der gefälligkeitsvertraglichen Beziehung (c) unterschieden.

a) Gelockerte Rechtsbindung

Dass die Bindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen strukturell gelockert ist, lässt sich induktiv aus der Gesamtschau mehrerer gefälligkeitsvertraglicher Regelungen erschließen.

Dem Schenker wurde im Rahmen des § 519 Abs. 1 BGB die Einrede des Notbedarfs zugestanden, die mit dem Herausgabeanspruch nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB korrespondiert und den aus der Schenkung resultierenden Anspruch aufschiebt.⁷⁶⁹ Das ist die erste bedeutsame Einschränkung der Bindung an das Schenkungsversprechen.⁷⁷⁰ Die zweite liegt in § 530 Abs. 1 BGB, der für den Schenker ein Widerrufsrecht wegen groben Undanks des Beschenkten vorsieht. Ist die Schenkung noch nicht vollzogen, führt die rechtmäßige Widerrufserklärung ex nunc zum Erlöschen der Verpflichtung des Schenkers.⁷⁷¹

Der Verleiher kann die Sache nach § 604 Abs. 2 S. 2 BGB zurückfordern, wenn so viel Zeit verstrichen ist, dass der Entleiher den vertragszweckgemäßen Gebrauch von der Leihsache bereits hätte machen können. Auch diese Regelung lässt sich auf das gefälligkeitsvertragliche Prinzip der gelockerten Bindung an das Leistungsversprechen zurückzuführen.⁷⁷² Der historische Gesetzgeber hat sich insoweit zugunsten des Verleihers bewusst gegen das Erfordernis einer der Rückforderung vorgängigen Kündigung entschie-

⁷⁶⁹ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986, S. 205.

⁷⁷⁰ Vgl. zu einer knappen Übersicht über die allgemeinen Regelungsprinzipien des Schenkungsrechts *Koch*, in: *MüKo*, §§ 433-610, (2008), § 516 Rnr. 3 f.

⁷⁷¹ Vgl. etwa *Wimmer - Leonhardt*, in: *Staudinger*, §§ 516-534, (2005), § 531 Rnr. 5.

⁷⁷² Der historische Gesetzgeber hielt sie für selbstverständlich, vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 251.

den.⁷⁷³ Heute wird gemeinhin zu Recht die Auffassung vertreten, dass in dem Herausgabeverlangen regelmäßig die Kündigung liegt.⁷⁷⁴ Für den Fall, dass die Dauer der Leihe weder bestimmt, noch aus ihrem Zweck zu entnehmen ist, sieht § 604 Abs. 3 BGB für den Verleiher überdies die jederzeitige Möglichkeit zur Rückforderung vor. Besonders deutlich zeigt sich die gelockerte Bindung des Verleihers an § 605 Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift genügt insbesondere bei vereinbarter Leihzeit schon ein seitens des Verleihers nicht vorhergesehener Eigenbedarf dafür, dass die Leihe durch ihn außerordentlich gekündigt werden kann. Die Norm wird auch als Ausdruck des allgemeinen Gedankens verstanden, wonach sich bei unentgeltlichen Leistungen das nach Vertragsschluss eintretende Bedürfnis des Verpflichteten gegen das des Berechtigten durchsetzt, weil der Verpflichtete der Sache insofern näher steht.⁷⁷⁵

Besonders locker ist der Beauftragte an sein Leistungsversprechen gebunden. Er kann den Auftrag jederzeit kündigen (§ 671 Abs. 1 BGB). Selbst wenn er auf dieses Recht verzichtet, hält ihm § 671 Abs. 3 BGB die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund offen, die vor dem Hintergrund des dargelegten Strukturprinzips nicht eng-, sondern weitherzig zu interpretieren ist. In Anlehnung an § 605 Nr. 1 BGB und den in ihm zum Ausdruck kommenden Grundgedanken sollten bereits sich neu offenbarende Eigeninteressen eine Kündigung des Beauftragten aus wichtigem Grund rechtfertigen.⁷⁷⁶

§ 696 BGB enthält, prinzipiengerecht interpretiert, keine strengeren Regeln für den unentgeltlichen Verwahrer. Die Generalklausel des § 696 S. 2 BGB sollte nach demselben Maßstab konkretisiert werden wie der wichtige Grund im Sinne des § 671 Abs. 3 BGB.⁷⁷⁷ Auch im Rahmen des § 696 S. 2 BGB fällt aus dogmatischer Sicht der Verzicht auf eine dem Rücknahmebegehren vorausliegende Kündigung auf. Im Unterschied zum Recht der Leihe ging der historische Gesetzgeber insoweit davon aus, dass die Pflicht zur unentgeltlichen Verwahrung grundsätzlich erst mit der Rückgabe der Sache, aus-

⁷⁷³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252.

⁷⁷⁴ Vgl. etwa *Häublein*, in: *MüKo*, §§ 433-610, (2008), § 604 Rnr. 3.

⁷⁷⁵ Vgl. etwa *Häublein*, in: *MüKo*, §§ 433-610, (2008), § 605 Rnr. 3 m. w. N.

⁷⁷⁶ Vgl. insoweit auch *Grundmann*, *AcP* 198 (1998), 457 (482).

⁷⁷⁷ Vgl. *Hüffer*, in: *MüKo*, §§ 611-704, (2005), § 696 Rnr. 4. Die gedankliche Parallele zur Interpretation dieser auftragsrechtlichen Vorschrift ist auch deshalb gerechtfertigt, weil sie schon vom historischen Gesetzgeber gezogen worden ist, vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 326.

nahmsweise schon vorher durch Annahmeverzug erlischt.⁷⁷⁸ Die Vorschrift des § 300 BGB zeigt, dass er hinsichtlich dieser Exzeption einem Irrtum unterlegen ist.⁷⁷⁹ Rich- tigerweise kann für den Zeitpunkt der Beendigung der Verwahrungspflicht nichts ande- res als bei der Geltendmachung der Rückgabeansprüche des Verleihers gelten. Auch im Rücknahmeverlangen des Verwahrers liegt eine schlüssig erklärte Vertragskündi- gung.⁷⁸⁰

b) Schutz des Erfüllungsinteresses

Dass das Erfüllungsinteresse⁷⁸¹ des Gefälligkeitsgläubigers strukturell schwach ge- schützt ist, lässt sich ebenfalls aus verschiedenen gefälligkeitsvertraglichen Einzel- regelungen erschließen.⁷⁸²

Einen schlagenden schenkungsrechtlichen Beleg für diese These liefert § 521 BGB. Es wurde bereits ausgeführt, dass sich diese Vorschrift nach den Vorstellungen des histori- schen Gesetzgebers auf das Erfüllungsinteresse des Beschenkten bezieht, es mithin be- schneiden soll.⁷⁸³ § 522 BGB schränkt den Schutz des Erfüllungsinteresses des mit einer Geldforderung Beschenkten weiter ein. Das hielt der historische Gesetzgeber für der Billigkeit geschuldet.⁷⁸⁴

Die Schadensersatzansprüche nach §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 BGB sind nicht dem Er- füllungs-, sondern dem negativen Interesse des Beschenkten zu dienen bestimmt.⁷⁸⁵ Im Umkehrschluss folgt aus § 523 Abs. 2 S. 1 BGB, dass bei der Schenkung eines Gegen- standes aus eigenem Vermögen wegen Rechtsmangels überhaupt nicht auf Schadens- ersatz statt der Leistung gehaftet wird. Das beruht auf der Erwägung, dass sich der Schen-

⁷⁷⁸ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 326.

⁷⁷⁹ Ähnlich etwa *Hüffer*, in: *MüKo*, §§ 611-704, (2005), § 696 Rnr. 5.

⁷⁸⁰ Vgl. insoweit wiederum *Hüffer*, in: *MüKo*, §§ 611-704, (2005), § 696 Rnr. 5.

⁷⁸¹ Das zu ersetzende „Erfüllungsinteresse“ ist das Interesse, das der Gläubiger nicht nur an der Erfüllung zu irgendeinem Zeitpunkt, sondern (gerade auch) an der rechtzeitigen Erfüllung hat, vgl. *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 354 Fn. 32.

⁷⁸² Vgl. insoweit auch *Grundmann*, AcP 198 (1998), 457 (475 f.).

⁷⁸³ Vgl. 2. Kapitel A. I. 2.

⁷⁸⁴ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 165; Protokolle II, S. 752.

⁷⁸⁵ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750; 752. Im Gegensatz zum positiven Interesse des Gläubigers an der Erfüllung spricht man von dem Vertrauensschaden oder negativen Interesse, wenn das Gesetz jemand nur dazu verpflichtet, einen anderen so zu stellen, wie wenn er auf eine bestimmte Erklärung oder das Zustandekommen eines Vertrages nicht vertraut hätte, vgl. *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 431.

ker eines aus dem eigenen Vermögen stammenden Gegenstandes regelmäßig nur dazu verpflichten will, die Sache so zuzuwenden, wie sie ist.⁷⁸⁶ Falls der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen hat, den er erst erwerben sollte, ordnet § 523 Abs. 2 S. 1 BGB eine stark eingeschränkte Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an.⁷⁸⁷ Die Einschränkung, die insoweit deutlich auffällt, ist die Absenkung des Haftungsmaßstabs auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit in Verbindung mit dessen Bezug auf den Zeitpunkt des Gegenstandserwerbs.⁷⁸⁸ Außerdem ist festzuhalten, dass der Erfüllungsanspruch des Beschenkten in der Konstellation des § 523 Abs. 2 S. 1 BGB außergewöhnlich leicht erlischt. Schon dann, wenn der Schenker beim Erwerb eines Gattungsgegenstandes bösgläubig in Bezug auf den Rechtsmangel der Sache gewesen ist und dem Beschenkten diesen Gegenstand zuwendet, muss sich der Beschenkte mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung begnügen. Eine darüber hinausgehende Beschaffungspflicht obliegt dem Schenker trotz der Verweisung in § 523 Abs. 2 S. 2 BGB auf § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, weil sie lediglich eine redaktionelle Folgeänderung aus der Neugestaltung der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers darstellen soll.⁷⁸⁹

Anders liegen die Dinge bei der Sachmängelhaftung des Schenkers. Aus dem Gegensatz aus § 524 Abs. 2 S. 1 BGB folgt zunächst, dass er beim Versprechen einer aus dem eigenen Vermögen stammenden Spezies- oder Gattungssache überhaupt nicht auf Schadensersatz statt der Leistung im Falle ihrer Mangelhaftigkeit haftet. Insofern stimmt das Haftungsregime mit demjenigen der Rechtsmängelhaftung überein. Eine die Sachmängelhaftung einschränkende Abweichung ist allerdings insofern in § 524 Abs. 2 BGB angelegt, als sich dessen Vorschriften anders als bei § 523 Abs. 2 BGB nur auf den Fall des Versprechens einer erst zu erwerbenden Gattungssache beziehen. Demnach

⁷⁸⁶ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 750. Kritisch gegenüber dieser Regelannahme etwa *Harke*, *Freigiebigkeit*, 2006, S. 87.

⁷⁸⁷ Die Vorschrift ist noch der Begrifflichkeit verhaftet, die vor der Schuldrechtsmodernisierung gängig war, vgl. *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 523 Rnr. 2.

⁷⁸⁸ Terminologisch ist die Vorschrift missglückt. Es herrscht Übereinstimmung darüber, dass innerhalb des § 523 Abs. 2 BGB einheitlich nicht auf den Begriff der verschenkten „Sache“, sondern auf den des verschenkten „Gegenstandes“ abzustellen ist, vgl. insoweit nur *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 523 Rnr. 11.

⁷⁸⁹ Vgl. BT - Drucks. 14/6040, S. 258; im Ergebnis ebenso *Harke*, *Freigiebigkeit*, 2006, S. 79. A. A. *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 523 Rnr. 16. Selbst die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages ging bei ihrem Vorschlag zum Verweis auf § 433 Abs. 1 S. 1 BGB in § 523 Abs. 2 S. 2 BGB davon aus, dass damit nur eine redaktionelle Präzisierung verbunden sein soll, vgl. BT - Drucks. 14/7052, S. 203. Die Verweisung hat also keinen materiellen Gehalt. Sie offenbart sich als irrtumsgeleitet missglückt.

ist für den Beschenkten auch dann kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vorgesehen, wenn ihm eine vom Schenker noch zu beschaffende Speziessache versprochen und mangelbehaftet zugewandt worden ist. Damit geht eine gewisse Friktion zu der Rechtsmängelhaftung einher, die der historische Gesetzgeber nicht näher begründet hat.⁷⁹⁰ Sie wird mit der Erwägung erklärt, dass dem Schenker zwar zugemutet werden soll, sich zur Beseitigung von Rechtsmängeln an die berechnigte Person zu wenden, dass er einen individuell geschuldeten Gegenstand aber nur in dem Zustand zu übertragen braucht, in dem er sich befindet.⁷⁹¹ Im Gegensatz zur Rechtsmängelhaftung sieht § 524 Abs. 2 S. 1 BGB einen Erfüllungs-, bzw. Nacherfüllungsanspruch vor, wenn der Schenker beim Erwerb einer Gattungssache qualifiziert bösgläubig bezüglich ihres Mangels war und sie dann dem Beschenkten geleistet hat. Ein vergleichsweise eingeschränkter Schutz des Erfüllungsinteresses des Beschenkten kommt hingegen in § 524 Abs. 2 S. 2 BGB zum Ausdruck, weil diese Vorschrift anders als im Bereich der Rechtsmängelhaftung nur dann einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung vorsieht, wenn der Schenker den Fehler der Sache arglistig verschwiegen hat. Das bedeutet nicht, dass dem Beschenkten nach sachmangelbezogener, grober Fahrlässigkeit des Schenkers keine Möglichkeit offensteht, in den Genuss von Schadensersatz statt der Leistung zu kommen. Sie ist beispielsweise nach erfolgloser Nachfristsetzung über § 281 Abs. 1 S. 1 BGB gegeben.

Das Erfüllungsinteresse des Entleihers ist noch schwächer geschützt. Die Normierung des § 599 BGB lehnt sich gedanklich an die Begründungserwägungen zu § 521 BGB an.⁷⁹² § 599 BGB soll demnach in erster Linie den Schutz des Erfüllungsinteresses des Entleihers einschränken. § 600 BGB berücksichtigt es überhaupt nicht und hat stattdessen nur das negative Interesse des Entleihers im Blick.⁷⁹³ Auch insoweit dürfte der Grundgedanke wirksam geworden sein, dass die verliehene Sache regelmäßig aus dem eigenen Vermögen des Verleihers stammt und daher von ihm nur so verschafft werden muss, wie sie ist.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 164/165 sowie *Mugdan*, Protokolle II, S. 751.

⁷⁹¹ Vgl. *Koch*, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 524 Rnr. 1.

⁷⁹² Vgl. 2. Kapitel A. I. 2.

⁷⁹³ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 895.

⁷⁹⁴ Der historische Gesetzgeber hat sich zur Erläuterung der Vorschrift vornehmlich auf den Hinweis auf die Verwandtschaft von Leihe und Schenkung beschränkt, vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 249.

Vordergründig sieht es so aus, als ob das Erfüllungsinteresse des Auftraggebers umfassend nach Maßgabe der allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften protegert wird. Es ist jedoch festzuhalten, dass der Auftrag nach § 671 Abs. 1 BGB vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden kann. Damit ist ihm die Möglichkeit eröffnet, jedenfalls pro futuro unschwer der Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung zu entgehen.⁷⁹⁵ Kündigt der Beauftragte ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so haftet er dem Auftraggeber nach § 671 Abs. 2 S. 2 BGB nur auf den Schaden, der daraus entstanden ist, dass der Beauftragte sich früher zurückgezogen hat, als der Auftraggeber anderweite Fürsorge zu treffen im Stande war.⁷⁹⁶ An der Wirksamkeit der Kündigung ändert ihre Unzeit nichts.⁷⁹⁷

Bei der unentgeltlichen Verwahrung wird auch das Erfüllungsinteresse über die Vorschrift des § 690 BGB beschnitten. Ähnlich wie der Beauftragte kann der unentgeltliche Verwahrer jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist (§ 696 S. 1 BGB). Mit diesem Verlangen geht regelmäßig die Kündigung des Vertrags einher, die wiederum die Gefahr etwaigen Schadensersatzes statt der Leistung für die Zukunft beseitigt. Das Erfüllungsinteresse des Hinterlegers ist stärker geschützt, wenn die Dauer der Verwahrungstätigkeit vereinbart wurde. Dann kann der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme nach Maßgabe des § 696 S. 2 BGB nur verlangen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt. In Anbetracht des Strukturprinzips der gelockerten Rechtsbindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen erscheint allerdings eine sich neu offenbarende Eigeninteressen des Verwahrers genügen lassende Konkretisierung der Vorschrift als sachgerecht.⁷⁹⁸

c) Persönlicher Einschlag

Den gefälligkeitsvertraglichen Regelungen liegt auch insofern ein Strukturprinzip zugrunde, als der Gesetzgeber bei ihrer Ausgestaltung auf das persönliche Verhältnis der Parteien Rücksicht genommen hat. Aus dieser Rücksichtnahme lässt sich beispielsweise

⁷⁹⁵ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 305; *Grundmann*, AcP 198 (1998), 457 (481).

⁷⁹⁶ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 305. Die Möglichkeit einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse erwägt hingegen etwa *Seiler*, in: MüKo, §§ 611-704, (2005), § 671 Rnr. 13.

⁷⁹⁷ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 305.

⁷⁹⁸ Vgl. oben B. I. 2. a).

se die Anerkennung einer höchstpersönlichen Rechtsposition im Schenkungsrecht erklären. Darüber hinausgehend lassen sich zentrale gefälligkeitsvertragliche Vorschriften auf die Annahme eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien zurückführen.

So trägt die schenkungsrechtliche Auslegungsregel des § 520 BGB der Erkenntnis Rechnung, dass wiederkehrende finanzielle Unterstützungsleistungen ihren Grund erfahrungsgemäß in einer engen persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem haben.⁷⁹⁹ Für den historischen Gesetzgeber verstand es sich von selbst, dass die Verpflichtung zur Reichtung einer derartigen Unterstützung mit dem Tod des Beschenkten erlischt.⁸⁰⁰ Dass das Recht zum Widerruf der Schenkung im Prinzip streng persönlich ist, ergibt schon der Gegenschluss aus § 530 Abs. 2 BGB. Gleichwohl wurde das streng persönliche Wesen des Widerrufsrechts in den Motiven betont.⁸⁰¹ Aus den Protokollen geht präzisierend hervor, dass es seinen Grund in dem Pietätsverhältnis hat, in welches der Beschenkte durch die Annahme der Schenkung zu dem Schenker getreten ist.⁸⁰² Insofern wird mit Recht gefolgert, dass die Dankesschuld als moralische Schuld höchstpersönlicher Natur ist.⁸⁰³ Der Widerruf ist nach dem Tode des Beschenkten nicht mehr zulässig (§ 532 S. 2 BGB), weil das lediglich persönliche Verhältnis, welches die Schenkung zwischen Schenker und Beschenktem begründet, einer Ausdehnung des Widerrufsrechts gegen die Erben des Beschenkten entgegensteht.⁸⁰⁴ Bei der Entscheidung der Frage, ob eine im Sinne des § 534 BGB sittlich gebotene Schenkung vorliegt, sind strukturell konsequent einzelfallbezogen auch die persönlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander zu berücksichtigen.⁸⁰⁵ Geschenke im Sinne dieser Vorschrift verpflichten den Empfänger regelmäßig nicht zur Dankbarkeit und schließen deshalb einen Widerruf wegen Undanks aus.⁸⁰⁶

⁷⁹⁹ Vgl. *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 520 Rnr. 3.

⁸⁰⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 166.

⁸⁰¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 168.

⁸⁰² Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 757.

⁸⁰³ Vgl. *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 530 Rnr. 20.

⁸⁰⁴ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 758.

⁸⁰⁵ Vgl. *Wimmer - Leonhardt*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005), § 534 Rnr. 7 m. w. N.

⁸⁰⁶ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 756.

Im Recht der Leihe ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass der Verleiher dem Entleiher besonderes Vertrauen schenkt. Darauf fußen mehrere Vorschriften. Nach § 603 S. 2 BGB ist der Entleiher ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen. Die Anfügung dieses Satzes wurde zwar lediglich als redaktionelle Angelegenheit verstanden.⁸⁰⁷ Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass die Vorschrift der treuhänderischen Position Rechnung trägt, die der Entleiher im Hinblick auf das Interesse des Verleihers an einer ordnungsgemäßen Rückgabe innehat.⁸⁰⁸ Sie ist ohne ein besonderes Vertrauensverhältnis kaum denkbar. Dessen regelungsbezogene Relevanz wird auch daran deutlich, dass der historische Gesetzgeber von Anfang an eine Haftungsmilderung des Entleihers mit dem Hinweis darauf abgelehnt hat, dass er doch immerhin fremdes Gut in Händen hält und insofern einem Beauftragten zu vergleichen ist.⁸⁰⁹ Nach § 605 Nr. 2 Var. 1 BGB kann der Verleiher die Leihe auch als Konsequenz aus enttäuschem Vertrauen dann kündigen, wenn der Entleiher unbefugt den Gebrauch der Sache einem Dritten überlässt. Eine Kündigungsmöglichkeit besteht nach § 605 Nr. 3 BGB auch dann, wenn der Entleiher stirbt. Mit dieser Lösung wurde ein Mittelweg gegangen. Die Erste Kommission gestand zu, dass es in vielen Fällen, nämlich in denjenigen, in welchen der Verleiher bei Eingehung des Vertrags auf die Persönlichkeit des Entleihers entscheidendes Gewicht gelegt hat, gerechtfertigt sein mag, die Erben nicht für gebrauchsbefugt zu halten. Das wollte sie aber der Vertragsauslegung im Einzelfall überlassen.⁸¹⁰ Nur mit Rücksicht auf eventuelle Härten für die Erben des Entleihers wurde schließlich davon Abstand genommen, bei dessen Tod das Schuldverhältnis enden zu lassen.⁸¹¹

Den Auftrag hat der Gesetzgeber als besonders vertrauensgeprägt angesehen. Seiner Auffassung nach werden die meisten Aufträge nicht ohne Rücksicht auf das persönliche Vertrauen erteilt, welches der Auftraggeber in den Beauftragten setzt.⁸¹² Dieser Gedanke hat nicht nur die Anordnung der Haftung des Beauftragten wegen jeder Fahrlässigkeit, sondern auch die auslegungsregelmäßige Versagung seiner Substitutionsbefugnis

⁸⁰⁷ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 895.

⁸⁰⁸ Vgl. *Reuter*, in: Staudinger, §§ 581-606, (2005), § 603 Rnr. 2; *Gitter*, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, 1988, S. 159.

⁸⁰⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 250.

⁸¹⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252.

⁸¹¹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 252.

⁸¹² Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 297.

(§ 664 Abs. 1 S. 1 BGB) gerechtfertigt.⁸¹³ Zur Aufstellung der Auslegungsregel, dass der Anspruch auf Ausführung des Auftrags im Zweifel nicht übertragbar ist (§ 664 Abs. 2 BGB) entschloss man sich, weil man einem Umkehrschluss aus der entsprechenden dienstvertraglichen Regelung zuvorkommen wollte.⁸¹⁴ Das sagt nicht viel aus. Wesentlich dürfte auch insoweit die Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen persönlichem Vertrauen und Vertragsschluss gewesen sein.⁸¹⁵ Es ist systematisch überzeugend, wenn auch die nach § 671 Abs. 1 BGB für den Auftraggeber vorgesehene Widerrufsmöglichkeit mit der Abhängigkeit des Auftrags vom Vertrauen zum Beauftragten erklärt wird.⁸¹⁶ Sie war auch der Grund für die Aufstellung der Auslegungsregel des § 673 BGB.⁸¹⁷

Auch die unentgeltliche Verwahrung beruht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer. Daraus hat der Gesetzgeber zunächst auch die Konsequenz einer ungemilderten Haftung des unentgeltlichen Verwahrers gezogen.⁸¹⁸ Die in Form einer Auslegungsregel angeordnete Versagung der Substitutionsbefugnis gegenüber dem Verwahrer ist auch aus dem nicht nur auf die unentgeltliche Verwahrung beschränkten Grundgedanken des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien erklärbar (§ 691 S. 1 BGB).⁸¹⁹

II. Außervertragliche Regelungsaussagen

Die folgenden Ausführungen dienen - zum Zweck der Grundlegung eines Systembildungsversuchs - teils der abstrahierend - systematischen Zusammenstellung bereits ermittelter außervertraglicher Regelungsaussagen. Darüber hinausgehend wird untersucht, ob sich in bestimmten Regelungshinsichten überhaupt Regelungsaussagen zum außervertraglichen Verhalten des Uneigennützigen treffen lassen. In diesem Sinn wird beispielsweise eine Alternative zur praktizierten deliktsrechtlichen Haftungsbeschränkung des Uneigennützigen erwogen. Die anschließenden Darlegungen beschäftigen sich mit

⁸¹³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 297.

⁸¹⁴ Vgl. *Mugdan*, Protokolle II, S. 945.

⁸¹⁵ So etwa auch *Sprau*, in: Palandt, (2008), § 664 Rnr. 7.

⁸¹⁶ Vgl. nur *Sprau*, in: Palandt, (2008), § 671 Rnr. 1.

⁸¹⁷ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 307.

⁸¹⁸ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 320.

⁸¹⁹ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 321.

den Regelungsbereichen des Rückabwicklungsausschlusses hinsichtlich des Gefälligkeitserweises (1.), der Vertrauenshaftung (2.), des Zurechnungszusammenhangs (3.), der Einwilligung (4.), des Verschuldens (5.), sowie des Schadens (6.) und prüfen die Begründbarkeit eines Haftungsausschlusses nach § 242 BGB (7.).

1. Rückabwicklungsausschluss

Die Überlegungen zu der Frage, ob es erforderlich ist, für einen „reinen Gefälligkeitsvertrag“ einzutreten, um einen bereicherungsrechtlichen bzw., konsequent zu Ende gedacht, auch einen Wert- bzw. Nutzungsersatz nach den Vorschriften des Eigentümer - Besitzer - Verhältnisses für die „Gefälligkeitsleistung“ auszuschließen, haben zu einem negativen Ergebnis geführt.⁸²⁰ Im Hinblick auf Sachnutzungen, deren wertmäßige Kompensation nicht den Regelungen des Eigentümer - Besitzer - Verhältnisses unterliegt, kann ein dem Verbot des venire contra factum proprium (§ 814 Alt. 1 BGB analog) zuwiderlaufendes Verhalten angenommen werden, wenn der aus reiner Gefälligkeit Handelnde entgegen seiner ursprünglichen Gefälligkeitszusage später Wert- bzw. Nutzungsersatz für seinen Gefälligkeitserweis verlangt. Im Eigentümer - Besitzer - Verhältnis ist unter demselben Gesichtspunkt ein anspruchsausschließender Rückgriff auf § 242 BGB möglich.

2. Vertrauenshaftung

Ob und inwieweit in Gefälligkeitsverhältnissen eine gesetzliche Vertrauenshaftung anzuerkennen ist, wurde bereits ausführlich erörtert.⁸²¹ Die gewonnenen Untersuchungsergebnisse sind an dieser Stelle kurz zusammenzufassen.

Eine Vertrauenshaftung des rein Gefälligen ist nur in den Grenzen des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB anzuerkennen. In Übereinstimmung mit Wortlaut und vertrauenshaftungsrechtlicher Prägung der Norm ist in der Erteilung einer auf beruflich erworbenen Kenntnissen beruhenden Auskunft in einer konkreten, erkennbar bedeutsamen Vermögensangelegenheit des Auskunftsempfängers außerhalb von Sachwalterstellungen, Vertrags-

⁸²⁰ Vgl. 1. Kapitel A. III. 2.

⁸²¹ Vgl. 1. Kapitel B. III. bis V.

verhandlungen und dauernder Geschäftsverbindung ein „ähnlicher geschäftlicher Kontakt“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu sehen.

Unter diesen Umständen wird für den Auskunftgeber im Regelfall die vermögensbezogene Pflicht ausgelöst, dem Empfänger eine richtige Auskunft zu erteilen (§ 241 Abs. 2 BGB). Ihre schuldhafte Verletzung führt nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu einem Anspruch auf Schadensersatz.

Die Anwendung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt zwar mit Rücksicht auf die bisher ergangene Auskunftsjudikatur das Vorliegen eines informationsspezifischen Verkehrsbedürfnisses voraus. Ein solches Verkehrsbedürfnis ist aber gerade im Bereich der Bankauskünfte ohne Schwierigkeiten anzunehmen. In entlegeneren Geschäftsbereichen kann es näherer Begründung bedürftig sein.

Aus den vorstehenden Grundsätzen folgt, dass Auskünfte in allgemeinen oder unbedeutenden Vermögensangelegenheiten nicht haftungsbegründend im Sinn des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB sind. Rechtsanwendungsprobleme können vor allem im Hinblick auf die Frage, ob dem Auskunftgeber der Bezug des Auskunftsbegehrens zu einer konkreten und bedeutsamen Vermögensangelegenheit des um Auskunft Bittenden erkennbar war, entstehen. Ihre Beantwortung muss den Umständen des Einzelfalls gerecht werden. Generell sind insoweit vor allem Erläuterung und Formulierung des Auskunftsbegehrens bedeutsam. Je klarer der Benefiziar den Bezug des Auskunftsbegehrens zu einer bestimmten Vermögensangelegenheit seinerseits herstellt und dabei deutlich macht, dass er der Auskunft Bedeutung für eine spätere Vermögensentscheidung zumisst, desto eher ist ein schützenswertes Vertrauen seinerseits und damit die Annahme eines „ähnlichen geschäftlichen Kontakts“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB gerechtfertigt. Ein weiteres Abgrenzungsindiz kann nach der forensischen Erfahrung die äußere Umgebung des Auskunftskontakts sein.⁸²² Bei einer Konversation anlässlich einer privaten Festivität wird es beispielsweise regelmäßig eher um einen Informationsaustausch in allgemeinen denn in speziellen Vermögensfragen gehen. Dagegen liegt der Schluss auf die Verfolgung einer konkreten Vermögensangelegenheit aufseiten des Benefiziars na-

⁸²² Vgl. nur *BGH*, U. v. 16.10.1990, Az.: XI ZR 165/88 = *NJW* 1991, 352.

he, wenn er eine beruflich fundierte Auskunft in geschäftsmäßiger Umgebung, beispielsweise im Büro eines befreundeten Rechtsanwalts, sucht.

Die Freundschaft der Kontaktpersonen wird praktisch kaum jemals entscheidend gegen die Annahme eines geschäftlichen Kontakts der Parteien sprechen. Üblicherweise wird nur in wirtschaftlich bedeutsamen Angelegenheiten um eine Auskunft, die auf beruflichen Kenntnissen beruht, gebeten. Wird unter solchen Umständen eine unzutreffende und deshalb letztlich schadensstiftende Auskunft erteilt, erscheint eine auf das Prinzip der Vertrauenshaftung rückführbare Einstandspflicht wegen der objektiv übernommenen Selbstverantwortung des Gefälligen unbeschadet eines etwaig bestehenden, persönlichen Verhältnisses der Parteien als angemessen. Die Haftung ist für die Auskunftsperson unschwer vermeidbar. Der gefällige Auskunftgeber kann sich der Gefahr einer Inanspruchnahme auf Vermögensschadensersatz ohne weiteres durch die Unterlassung der Auskunfterteilung entziehen, wenn er die Relevanz seiner Antwort für eine bedeutende Vermögensentscheidung seines Gegenübers erkennt oder erkennen muss.

3. Zurechnungszusammenhang

Aus der bereits dargelegten Rechtsprechungsentwicklung,⁸²³ die für den Bereich des Zurechnungszusammenhangs zwischen schädigender Handlung einerseits und Rechtsgutsverletzung des Nothelfers oder Retters andererseits zu verzeichnen ist, können folgende Grundstrukturen zur Lösung der einschlägigen Zurechnungsprobleme abgeleitet werden. Die Zurechnungsproblematik wird anhand zweier miteinander kombinierbarer, haftungsbeschränkender Kategorien gelöst. Einerseits wird die im Raum stehende Haftung des Schädigers wegen psychischer Kausalität seines Verhaltens dadurch eingegrenzt, dass der Rettungsentschluss durch eine Abwägung von Rettungschance und Retterrisiko auf seine Vernünftigkeit kontrolliert wird.⁸²⁴ Andererseits wird auch nachgemessen, ob der Schaden des Nothelfers oder Retters noch im Schutzbereich der vom Schädiger verletzten Verhaltensnorm des Inhalts liegt, dass keine Situation von so starkem Aufforderungscharakter geschaffen werden darf, dass ihretwegen das Eingreifen

⁸²³ Vgl. 2. Kapitel B. II. 2.

⁸²⁴ Vgl. nur BGH, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = BGHZ 101, 215 (221).

Dritter zumindest verständlich und billigenswert erscheint.⁸²⁵ Die Vernünftigkeitsskontrolle wird großzügiger gehandhabt, wenn der Retter in höchster Lebensgefahr eingreift. Dann kommt es auch nicht entscheidend auf den Erfolg seiner Rettungsbemühungen an.⁸²⁶

4. Einwilligung

Auch die altruistisch motivierte Einwilligung in medizinische Eingriffe ist nur dann wirksam, wenn ihr eine ordnungsgemäße Aufklärung vorausgeht. Die allgemeinen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung sind umfangreich und höchstrichterlich stark ausdifferenziert.⁸²⁷ Die Einzelheiten, die für die Risikoaufklärung bei fremdnützigen Blutspenden gelten, wurden bereits dargestellt.⁸²⁸ Nachfolgend werden die ihnen zugrundeliegenden Strukturen herausgearbeitet, damit sie allgemein als Maßstab zur Beurteilung der Wirksamkeit einer altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe nutzbar werden.⁸²⁹

Was den Aufklärungsumfang angeht, kann nach der *Blutspenden* - Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*⁸³⁰ für altruistisch motivierte Einwilligungen in medizinische Eingriffe nicht weniger verlangt werden als für nicht medizinisch indizierte kosmetische Eingriffe. Dem Uneigennützigen müssen folglich etwaige Risiken deutlich vor Augen geführt werden, selbst wenn diese auch nur entfernt als eine Folge des Eingriffs in Betracht kommen.⁸³¹ Diese Aussage steht insbesondere im Einklang mit § 8 Abs. 2 Nr. 3 TPG. Die Norm gilt für den Aufklärungsumfang im Fall der Entnahme von Organen und Geweben bei lebenden Spendern und bestimmt im Wesentlichen, dass der Spender durch einen Arzt verständlich auch über mögliche mittelbare Folgen und Spätfolgen der

⁸²⁵ Vgl. ebenfalls nur *BGH*, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86 = *BGHZ* 101, 215 (221) sowie *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 2003, S. 132.

⁸²⁶ Vgl. *OLG Düsseldorf*, U. v. 22.04.1994, Az.: 14 U 112/93 = *NJW-RR* 1995, 1365.

⁸²⁷ Näher etwa *Dettmeyer*, *Medizin & Recht*, 2001, S. 25 ff; *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2008, S. 162 ff.

⁸²⁸ Vgl. 2. Kapitel B. III. 1.

⁸²⁹ Das ist insbesondere für den Bereich der altruistisch motivierten Einwilligung in die Teilnahme an einem wissenschaftlichen Experiment interessant, vgl. *Spickhoff*, *NJW* 2006, 2075 (2075). Näher zum Probandenschutz bei wissenschaftlich - medizinischen Experimenten *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2008, S. 601 f.

⁸³⁰ *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = *NJW* 2006, 2108.

⁸³¹ Vgl. *BGH*, U. v. 06.11.1990, Az.: VI ZR 8/90 = *VersR* 1991, 227 (228).

beabsichtigten Organ- oder Gewebeentnahme für seine Gesundheit aufzuklären ist. Dass die Anforderungen der *Blutspenden* - Entscheidung an den Aufklärungsumfang zugunsten des Spenders mit dem insoweit einschlägigen § 6 Abs. 1 S. 1 TFG vereinbar sind, hat der *Bundesgerichtshof* selbst ausdrücklich und mit Recht festgehalten.⁸³² Diese Norm enthält keine konkreten Vorgaben für den Umfang der erforderlichen Risikoaufklärung des Spenders und ist folglich auch nicht als Grundlage für einen verallgemeinernden Schluss auf den Aufklärungsumfang zugunsten des Uneigennützigen geeignet. Der Umstand, dass sich die Norm einer entsprechenden Festlegung enthält,⁸³³ hat die dargelegte, bereichsspezifische Weiterentwicklung der allgemeinen Aufklärungsgrundsätze durch den *Bundesgerichtshof* notwendig gemacht.

Da es dem uneigennützig Einwilligenden möglich sein muss, nach einer lediglich formularmäßigen Aufklärung weiterzufragen, erscheint es konsequent, die erhöhten inhaltlichen Aufklärungsanforderungen auch bei der prinzipiell zulässigen Wahl dieser weitverbreiteten Aufklärungsform durchzuhalten.⁸³⁴ § 8 Abs. 2 S. 3 TPG schließt eine schriftliche Aufklärung allerdings im Gegensatz zu § 6 Abs. 1 S. 1 TFG ausnahmsweise spezialgesetzlich aus.⁸³⁵

Von zu verallgemeinernder Bedeutung ist auch, dass die Ausgangslage, in der sich jemand befindet, der zugunsten anderer ohne Indikation in einen medizinischen Eingriff einwilligt, nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die im Fall eines medizinischen Heileingriffs gegeben ist. Das muss sich auf die Prüfung einer hypothetischen Einwilligung des Uneigennützigen auswirken. Während der Patient bei einem ärztlichen Heileingriff, für den sich der (behandelnde) Arzt auf eine hypothetische Einwilligung beruft, einen echten Entscheidungskonflikt darüber, ob er dem ärztlichen Eingriff zustimmen solle oder nicht, plausibel machen muss,⁸³⁶ kann Entsprechendes im Falle einer nicht medizinisch indizierten, altruistisch motivierten Einwilligung in einen körperlichen Eingriff

⁸³² Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2109).

⁸³³ Vgl. nur *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 952.

⁸³⁴ So mit Recht *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = NJW 2006, 2108 (2109). Die Zulässigkeit einer schriftlichen Aufklärung insoweit ablehnend *Spickhoff*, NJW 2006, 2075 (2076).

⁸³⁵ Vgl. etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 563 f; 953.

⁸³⁶ Vgl. dazu nur *Dettmeyer*, Medizin & Recht, 2001, S. 47 f; *Schünemann*, Entscheidungskonflikt, 2001, S. 73 f; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 2008, S. 208 ff. sowie *BGH*, U. v. 17.03.1998, Az.: VI ZR 74/97 = NJW 1998, 2734.

nicht verlangt werden. Hier muss aufseiten des Uneigennützigen die plausible Behauptung genügen, er hätte im Falle hinreichender Aufklärung aus bestimmten, persönlichen Gründen von seinem Verhalten Abstand genommen.⁸³⁷

5. Verschulden

Im außervertraglichen Bereich stellt sich die Frage, ob der Uneigennützige eine per analogiam begründbare Haftungsmilderung genießt, unter anderen Umständen als im gefälligkeitsvertraglichen Bereich.⁸³⁸ Ihrer Beantwortung ist im Folgenden nachzugehen (a). Es wird auch geprüft, ob eine Möglichkeit besteht, dem rein Gefälligen bei der Konkretisierung der seinerseits deliktsrechtlich erforderlichen Sorgfalt entgegenzukommen (b).

a) Haftungsmilderung per analogiam

Auch zur Frage, ob für den Uneigennützigen außerhalb der gefälligkeitsvertraglichen Sphäre eine Haftungsmilderung per analogiam begründbar ist, werden in Schrifttum (1) und Rechtsprechung (2) unterschiedliche Auffassungen vertreten. Zu ihnen ist Stellung zu nehmen (3).

(1) Schrifttum

Die Autoren, die eine Haftungsmilderung für den rein Gefälligen qua Analogieschluss für begründbar halten, lassen sich in zwei Gruppen unterteilen. Die eine Gruppe baut ihre Argumentation auf die Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses mit gesetzlichen Schutzpflichten auf. Die andere Gruppe tritt unabhängig von einem solchen Schutzpflichtverhältnis für eine Haftungsmilderung des unverbindlich Gefälligen ein.

Aus der letztgenannten Gruppe ist die Ansicht *Flumes* hervorzuheben. Bei Gefälligkeitsverhältnissen, bei denen keine Pflichtversicherung besteht, soll seiner Auffassung nach zu fragen sein, ob sich für das Gefälligkeitsverhältnis nicht wie bei den vom Ge-

⁸³⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.2006, Az.: VI ZR 279/04 = *NJW* 2006, 2108 (2110).

⁸³⁸ Vgl. zur Ablehnung eines gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprinzips oben B. I. 1. c) (1).

setz geregelten unentgeltlichen Vertragstypen von Rechts wegen, als „naturale negotii“ eine Haftungsmilderung gehört.⁸³⁹ Ähnlich argumentieren auch andere Schrifttumsvertreter. Sie sind der Meinung, dass die Haftungsmilderungen der Gefälligkeitsverträge jedenfalls die Feststellung gestatten, dass im gesellschaftlichen Parallelbereich nicht härter gehaftet werden darf als im rechtsgeschäftlichen.⁸⁴⁰ Dieser Standpunkt wird teils explizit mittels eines argumentum a fortiori aus den Haftungsmilderungen der §§ 521, 599, 690 BGB begründet.⁸⁴¹

Es wird aber auch die Auffassung vertreten, dass in reinen Gefälligkeitsverhältnissen generell nur beschränkt auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird.⁸⁴² Dieser Standpunkt wird oft dahingehend präzisiert, dass der eine Gefälligkeit des täglichen Lebens Erweisende nur dann ausnahmsweise mit Rücksicht auf die Systematik der gefälligkeitsvertraglichen Haftungsmilderungen für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet, wenn er die gleiche Tätigkeit auch im eigenen Interesse ausführt.⁸⁴³

Überwiegend wird in der Literatur auf der Grundlage eines Gefälligkeitsverhältnisses mit gesetzlichen Schutzpflichten eine durch Analogie begründete Haftungsmilderung für den außervertraglich Uneigennützigen befürwortet.

Manche sehen in der durch Gefälligkeitszusage begründeten Sorgfaltspflicht ein Surrogat für die fehlende Leistungspflicht und halten es daher für sachgerecht, die §§ 521, 599, 690 BGB für den Gefälligen entsprechend anzuwenden.⁸⁴⁴ Anderer Auffassung nach soll die besondere Einwirkungsmöglichkeit, welche der Begünstigende auf die Rechtsgüter des anderen erlangt, sowohl die Aufstellung besonderer Pflichten als auch eine allgemeine Haftungsmilderung rechtfertigen.⁸⁴⁵ Diese soll überdies a maiore ad

⁸³⁹ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, 1992, S. 89.

⁸⁴⁰ So *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 128; *Lange*, Schadensersatz, 1990, S. 654 nur für den Parallelbereich von Leihe und unentgeltlicher Verwahrung; *Reuter*, in: Staudinger, §§ 581-606, (2005), Vorbem. zu §§ 598 ff. Rnr. 13.

⁸⁴¹ So *Medicus*, Allgemeiner Teil, 2006, S. 80; ähnlich *Littbarski*, VersR 2004, 950 (955).

⁸⁴² Vgl. *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, §§ 611-1296, (2008), § 690 Rnr. 2 für die Gefälligkeitsleihe. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 2006, S. 23 sind „in Fällen echter Hilfeleistung“ (?) für eine Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in Analogie zu §§ 521, 599, 680 BGB.

⁸⁴³ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 2007, S. 208/209; ebenso *Maier*, JuS 2001, 746 (750/751); *Littbarski*, VersR 2004, 950 (956).

⁸⁴⁴ So etwa *Pallmann*, Gefälligkeitsverhältnisse, 1971, S. 128; 130.

⁸⁴⁵ So *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (400).

minus auf die Ebene der Gefährdungshaftung des Gefälligen zu übertragen sein.⁸⁴⁶

Überwiegend wird indes zurückhaltender vertreten, dass die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsmilderungen nur dann für den mit gesetzlichen Schutzpflichten belasteten Uneigennütigen entsprechend anwendbar sind, wenn das einschlägige Gefälligkeitsverhältnis bei Vorliegen eines entsprechenden Verpflichtungswillens die Voraussetzungen eines gesetzlichen Akttyps mit einer Haftungsmilderung erfüllt.⁸⁴⁷

(2) Rechtsprechung

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der Vorschlag einer durch Analogie begründeten Haftungsmilderung für den rein Gefälligen bis heute keine zustimmende Resonanz gefunden.

Schon der *Sechste Senat* des *Reichsgerichts* vertrat den Standpunkt, dass dem unverbindlich Uneigennütigen keine generelle Haftungsmilderung zugute kommen kann. Er hielt es nicht ohne weiteres für möglich, den Grundsatz, dass der Schenker und der Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften haben (§§ 521, 599 BGB) auf ein außervertragliches Schuldverhältnis zu übertragen.⁸⁴⁸ Jahre später äußerte sich derselbe Spruchkörper auch speziell dahingehend, dass es einen Rechtssatz des Inhalts, dass im Falle einer Gefälligkeitsfahrt nur für grobes Verschulden des Wagenführers gehaftet wird, nicht gibt.⁸⁴⁹

Der *Erste Senat* des *Bundesgerichtshofs* ließ es für die Entscheidung des *Lastzug* - Falles dahingestellt, ob der im Schrifttum vertretene Grundsatz, dass sich die Gefälligkeitshaftung regelmäßig auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, aufgestellt werden kann.⁸⁵⁰ Er wollte die Frage des Haftungsumfangs rechtserheblicher Gefälligkeitsver-

⁸⁴⁶ Vgl. *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (402 f.).

⁸⁴⁷ So *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673 (1675). Unter dem Vorbehalt von Zweck und Reichweite der jeweiligen Haftungsmilderung vorsichtiger *Thiele*, JZ 1967, 649 (654). Weitergehend etwa *Kramer*, in: MüKo, §§ 241-432, (2007), Einl. Rnr. 42: auch für Geschäfte des täglichen Lebens, die nicht unter die unbeschränkte Auftragshaftung subsumiert werden sollten.

⁸⁴⁸ Vgl. RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085).

⁸⁴⁹ Vgl. RG, U. v. 22.11.1934, Az.: VI 288/34 = RGZ 145, 390 (394).

⁸⁵⁰ Vgl. BGH, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = BGHZ 21, 102 (110).

hältnisse nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt wissen.⁸⁵¹ Später beschäftigte sich der *Sechste Senat des Bundesgerichtshofs* mit der Frage, ob ein Ausschluss der Tierhalterhaftung nach § 833 BGB durch eine entsprechende Anwendung des § 599 BGB begründbar ist. Er hielt fest, dass sich die Ausstrahlung der gesetzlichen Haftungsbeschränkung der Vertragshaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auf die Ebene des Deliktsrechts, insbesondere die Gefährdungshaftung, auf die Fälle echter Anspruchskonkurrenz beschränkt.⁸⁵² Die analoge Anwendung des § 599 BGB lehnte er zu Lasten des gefälligen Verleihers eines Reitpferds vor allem deshalb ab, weil er in der Einschränkung des leiherechtlichen Haftungsmaßstabes ein Äquivalent für die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung sah. Dieses Äquivalent hielt er nicht für isoliert auf das Deliktsverhältnis übertragbar, weil das Deliktsrecht diesen Äquivalenzgedanken nicht kennt.⁸⁵³

(3) Stellungnahme

Im außervertraglichen Bereich lässt sich eine auf einen Analogieschluss gründende Haftungsmilderung für den Uneigennützigen noch schlechter als im gefälligkeitsvertraglichen Bereich begründen.

Es fehlt schon an überzeugenden Argumenten, die für eine planwidrige Gesetzeslücke hinsichtlich eines besonderen Haftungsmaßstabs für den rein Gefälligen sprechen. Im allgemeinen Deliktsrecht ist nach einer jungen und deshalb höchstwahrscheinlich auch problembewussten gesetzgeberischen Entscheidung in § 839 a BGB nur ein Haftungsprivileg für den gerichtlichen Sachverständigen vorgesehen.⁸⁵⁴ Notgeschäftsführer und Finder sind innerhalb besonderer gesetzlicher Schuldverhältnisse privilegiert (§§ 680, 968 BGB). Daraus ist zu schließen, dass sonstige, uneigennützigerverursachte

⁸⁵¹ Vgl. *BGH*, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = *BGHZ* 21, 102 (110). Für den Einzelfall wurde dort weiter ausgeführt: „Dort, wo die Gefälligkeithandlung einem Vertrauensverhältnis entspringt und einen Gegenstand wirtschaftlicher und geschäftlicher Bedeutung betrifft, wird, insbesondere wenn eine gewisse geschäftliche Verbundenheit der Parteien besteht, von dem Leistenden regelmäßig, entsprechend der gesetzlichen Regelung der Haftung beim Auftrag, die Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verlangt werden müssen“.

⁸⁵² Vgl. *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = *NJW* 1992, 2474 (2475).

⁸⁵³ Vgl. *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = *NJW* 1992, 2474 (2475).

⁸⁵⁴ Die Vorschrift wurde erst durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002, *BGBI. I*, S. 2674 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt.

Schädigungen, die durch das allgemeine Deliktsrecht reguliert werden, bewusst dem allgemeinen Haftungsmaßstab nach § 276 BGB unterliegen.

Ein Analogieschluss von den gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien auf eine Haftungsmilderung des außervertraglich Gefälligen setzt außerdem eine vergleichbare Interessenlage voraus, die sich nicht überzeugend begründen lässt.

Es wurde bereits bewiesen, dass kein gefälligkeitsvertragliches Haftungsprinzip anzuerkennen ist.⁸⁵⁵ Folglich ist insbesondere der Versuch, bloßen Gefälligkeiten eine Haftungsmilderung als „naturale negotii“ zu integrieren, nicht überzeugungskräftig. Die Interessenlage, die den gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien zugrundeliegt, ist vor allem deshalb gegenüber derjenigen des bloß nach Deliktsrecht haftenden Gefälligen verschieden, weil letzterer eben nicht vertraglich gebunden ist.⁸⁵⁶

Die Autoren, die sich für eine gemilderte Haftung aussprechen, soweit der rein Gefällige im gesellschaftlichen Parallelbereich der mit Haftungsprivilegien versehenen Gefälligkeitsverträge handelt, müssen sich enthalten lassen, dass ihr Ansatz für die besonders häufigen, „auftragsähnlichen“ Gefälligkeiten nicht weiterführt.

Außerdem bleibt der Einwand richtig, dass sich die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien originär auf das Erfüllungsinteresse des Gefälligkeitsgläubigers beziehen.⁸⁵⁷ Der damit verbundene, haftungseinschränkende Hauptzweck lässt auf der rein deliktsrechtlich regulierten Ebene, auf der sich der Erweis einer reinen Gefälligkeit abspielt, nicht verwirklichen.

Da ein großer Teil der Autorenschaft eine analoge Haftungsmilderung für den Gefälligen auf der Grundlage eines Gefälligkeitsverhältnisses mit gesetzlichen Schutzpflichten begründet, ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Argumentationsbasis *de lege lata* auf den Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB verengt.⁸⁵⁸ Diese Norm dient vor

⁸⁵⁵ Siehe oben B. I. 1. c) (1).

⁸⁵⁶ So klar auch schon *Kallmeyer*, Die Gefälligkeitsverhältnisse, 1968, S. 72.

⁸⁵⁷ So bereits *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = NJW 1992, 2474 (2475).

⁸⁵⁸ Vgl. ausführlich oben 1. Kapitel B. III. und IV.

allem dazu, einen Teilbereich der thematisch dem Auftragsrecht zuzuordnenden Auskunftshaftung auf eine vertrauenshaftungsrechtliche Grundlage zu stellen.⁸⁵⁹ Daraus folgt zum einen, dass es insoweit mangels auftragsrechtlicher Haftungsmilderung an einer Analogiebasis fehlt.⁸⁶⁰ Zum anderen wäre es widersprüchlich, einerseits für die Begründung besonderer, vermögensbezogener Schutzpflichten und andererseits für eine Haftungsbeschränkung des Uneigennützigten etwa auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzutreten.⁸⁶¹ Die Ablehnung einer Haftungsmilderung ist in diesem Bereich schließlich auch deshalb gerechtfertigt, weil die thematisch dem Auftragsrecht zuzuordnende Parteibeziehung strukturell besonders vertrauensgeprägt ist.⁸⁶²

Eine generelle Haftungsmilderung wäre für den unverbindlich Gefälligen auch im Ergebnis nicht als sachgerecht zu bezeichnen. Sie würde zu einer weiträumigen Entlastung der zur Schadensregulierung berufenen Versicherungen führen.⁸⁶³ Eine etwa auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte Deliktshaftung würde auch Friktionen im Bereich der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung nach sich ziehen. Es ist das ausdrückliche Ziel des geltenden § 8 a StVG, den Kraftfahrzeughalter auch gegenüber privat unentgeltlich beförderten Fahrzeuginsassen in die Gefährdungshaftung einzubeziehen.⁸⁶⁴ Dieses Anliegen würde durch die Anerkennung einer an die gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien angelehnten Entlastung des rein Gefälligen durchkreuzt. Denn es entsprach schon bisher der forensischen Praxis, aus dem Eingreifen einer gefälligkeitsvertraglichen Haftungsmilderung auf den Ausschluss der anspruchskonkurrenten Gefährdungshaftung zu schließen.⁸⁶⁵ Bei Einschlägigkeit eines allgemeinen Deliktshaftungsprivilegs müsste konsequentermaßen Gleiches gelten.

Daher ist eine auf einem Analogieschluss zu den gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien gründende Milderung der Haftung des rein Gefälligen in Übereinstimmung mit

⁸⁵⁹ Vgl. oben 1. Kapitel B. III. 4.

⁸⁶⁰ Ähnlich in vertraglichem Schutzpflichtzusammenhang bereits *BGH*, U. v. 22.06.1956, Az.: I ZR 198/54 = *BGHZ* 21, 102 (110).

⁸⁶¹ Deshalb ist insbesondere der diesem gedanklichen Schema folgende Ansatz von *Hoffmann*, AcP 167 (1967), 394 (400) abzulehnen.

⁸⁶² Vgl. oben B. I. 2. c).

⁸⁶³ Ähnlich kritisch bereits *Eimer*, Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994, S. 117/118.

⁸⁶⁴ Vgl. BT - Drucks. 14/7752, S. 12.

⁸⁶⁵ Vgl. insoweit etwa *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = *NJW* 1992, 2474 (2475).

einem großen Teil der sich insoweit äussernden Schrifttumsvertreter abzulehnen.⁸⁶⁶ Damit sind aber noch nicht alle Möglichkeiten erschöpft, die zu einer angemessenen Einschränkung der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit des rein Gefälligen bestehen.

b) Sorgfaltsmaß

An früherer Stelle wurde von älteren Judikaten berichtet, die für abgesenkte Sorgfaltsanforderungen an den bloß Gefälligen sprechen.⁸⁶⁷ Nachfolgend ist zu untersuchen, ob aus ihnen ein Spielraum für einen Privilegierungsansatz zugunsten des rein Gefälligen gewonnen werden kann.⁸⁶⁸

Die erste insoweit in den Blick zu nehmende *reichsgerichtliche* Entscheidung beschäftigte sich mit der Konkretisierung der verkehrserforderlichen Sorgfalt, die ein gefälliger Fuhrwerkslenker an den Tag zu legen hat. Im Ergebnis lehnte das *Gericht* eine deliktische Haftung für erkennbare Fehler des Fuhrwerks ab. Wer sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setzt und unentgeltlich mitfährt, muss Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen, wie sie sich ihm bieten, lautete die dafür im Wesentlichen gegebene Begründung.⁸⁶⁹ In ihr kommt eine Erwägung zum Vorschein, die der historische Gesetzgeber bei der schenkungsrechtlichen Mängelhaftung angestellt hat.⁸⁷⁰ Sie lässt sich deshalb nicht friktionslos auf die deliktsrechtliche Verschuldensebene übertragen. Ebenso wenig lässt sich die Unentgeltlichkeit des uneigennütigen, aber schädigenden Verhaltens für eine Absenkung der verkehrserforderlichen Sorgfalt anführen. Die Unentgeltlichkeit ist gleichfalls eine vertragsrechtliche Kategorie, die nicht isoliert auf die deliktsrechtliche Verschuldensebene transponiert werden sollte.⁸⁷¹

⁸⁶⁶ Vgl. Koch, in: MüKo, §§ 433-610, (2008), § 521 Rnr. 8; Wagner, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007), § 599 Rnr. 3; Heinrichs, in: Palandt, (2008), Einl. v. 241 Rnr. 8 a; Wolf, in: Soergel, §§ 104-240 (1999), Vor. § 145 Rnr. 84; Eimer, Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994, S. 117.

⁸⁶⁷ Vgl. 2. Kapitel B. III. 2.

⁸⁶⁸ Thematisch kritisch bereits etwa Schumacher, Gefälligkeitsfahrten, 1932, S. 24 f.

⁸⁶⁹ Vgl. RG, U. v. 16.05.1907, Az.: VI ZR 380/06 = SeuffBl. 72, 1084 (1085).

⁸⁷⁰ Vgl. 2. Kapitel A. I. 3.

⁸⁷¹ Im Vertragsrecht ist es anerkannt, dass sich die Höhe der Gegenleistung darauf auswirkt, was an Sorgfalt zur Vermeidung von Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern verlangt werden kann. Vgl. BGH, U. v. 15.11.1971, Az.: VIII ZR 62/70 = NJW 1972, 150 zur Haftung eines Warenhausunternehmens für die Beschädigung von in der Tiefgarage seines Kaufhauses abgestellten Pkws. Vgl. insoweit in schenkungsrechtlichem Zusammenhang auch Schlechtriem, Gutachten, 1981, 1591 (1619/1620).

Einen nach wie vor weiterführenden Ansatz zeigt hingegen die bereits vorgestellte Entscheidung des *Hanseatischen OLG* auf.⁸⁷² Es hat insbesondere deshalb mildere Sorgfaltsanforderungen an den kinderbeaufsichtigenden Beklagten gestellt, weil er als gefälliger Junggeselle nicht über das Können einer professionellen Kinderhüterin verfügte.⁸⁷³ Dieser Gedanke erscheint verallgemeinerungsfähig. Dem bloß Gefälligen muss es bei der Bemessung der von ihm deliktsrechtlich an den Tag zu legenden, verkehrserforderlichen Sorgfalt jedenfalls in der Regel⁸⁷⁴ zugutekommen, dass von ihm nicht die selben Schadensvorkehrungen verlangt werden können wie von einer statt seiner professionell agierenden Person.⁸⁷⁵ Das ist ein Gesichtspunkt, der nicht nur theoretisch plausibel ist, sondern durchaus entscheidungserheblich werden kann. Er lässt es beispielsweise als zweifelhaft erscheinen, ob bei einem Starthilfefehler durch einen gefälligen Privatmann ohne weiteres auf die Fahrlässigkeit seines Verhaltens geschlossen werden kann.⁸⁷⁶

6. Schaden

Für Zufallsschäden hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 670 BGB (in Verbindung mit § 683 S. 1 BGB) systematisch erweitert.⁸⁷⁷ Die wichtigsten insoweit entwickelten Grundsätze werden im Folgenden kurz zusammengefasst (a). Unter dem Stichwort der Schadenspersistenz (b) wird eine Rechtsprechungsentwicklung im Zusammenhang uneigennützigem Verhalten nachgezeichnet, die bisher noch nicht untersucht worden ist.

a) Zufallsschäden

Gerade der auftragslose Nothelfer kann von dem Geschäftsherrn grundsätzlich den Ersatz derjenigen Zufallsschäden verlangen, die ihm insbesondere an Leben, Körper oder

⁸⁷² *HansOLG*, U. v. 20.03.1940, Az.: 5 U 392/39 = DR 1940, 1110.

⁸⁷³ Vgl. *HansOLG*, U. v. 20.03.1940, Az.: 5 U 392/39 = DR 1940, 1110.

⁸⁷⁴ Eine Ausnahme ist in einer Konstellation vorstellbar, in der eine auf beruflicher Qualifikation beruhende Fertigkeit gefälligkeitshalber eingesetzt wird.

⁸⁷⁵ Ähnlich *Lange*, Schadensersatz, 2003, S. 660.

⁸⁷⁶ So aber *AG Kaufbeuren*, U. v. 14.02.2001, Az.: 3 C 1194/00 = NJW-RR 2002, 382.

⁸⁷⁷ S. o. 2. Kapitel B. II. 1.

Gesundheit aus einer mit der freiwillig übernommenen Tätigkeit typischerweise zusammenhängenden Gefahr entstehen.⁸⁷⁸

Einschränkungen gelten für den Ersatz von Zufallsschäden, die aus der praktisch besonders relevanten Selbstaufopferung im Straßenverkehr resultieren. Insoweit hängt die Zubilligung eines Entschädigungsanspruchs an den uneigennütigen Kraftfahrzeughalter im Wesentlichen davon ab, ob er dazu in der Lage ist, den ihm straßenverkehrsgesetzlich obliegenden Entlastungsbeweis zu führen.⁸⁷⁹ So soll vermieden werden, dass die straßenverkehrsgesetzlich gewollte Risikoverteilung durch die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag beiseite geschoben wird.⁸⁸⁰

Der Höhe nach wird ein möglicher Entschädigungsanspruch überdies durch die Berücksichtigung der für die Schadensentstehung mitursächlichen Betriebsgefahr, die der Kraftfahrzeughalter zu tragen hat, beschränkt. Sie schließt einen vollen Schadensausgleich über §§ 670, 683 S. 1 BGB regelmäßig aus.⁸⁸¹ Der Umfang des Entschädigungsanspruchs hängt nach der einschlägigen, höchstrichterlichen Rechtsprechung auch davon ab, ob die Rettungsaktion gelungen ist. Eine volle Entschädigung wird bei einem misslungenen Rettungsversuch für unbillig gehalten.⁸⁸²

b) Schadenspersistenz

Wortlautgemäß hat die Vorschrift des § 843 Abs. 4 BGB einen schmalen Anwendungsbereich. Der Anspruch aus § 843 Abs. 1 BGB wird ihr zufolge nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat. Der Grundgedanke dieser Vorschrift erfuhr in der Rechtsprechungsentwicklung eine Extension, die sich gerade auch bei uneigennützigem Unterstützungsverhalten auswirkt.

⁸⁷⁸ Vgl. dazu nur *RG*, U. v. 07.05.1941, Az.: VI 72/40 = *RGZ* 167, 85 (89); ähnlich *BGH*, U. v. 07.11.1960, Az.: VII ZR 82/59 = *BGHZ* 33, 251 (257); *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987, S. 449. Für das Verhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeber gilt nichts anderes.

⁸⁷⁹ Vgl. nur *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = *BGHZ* 38, 271 (273).

⁸⁸⁰ Mit der Änderung des § 7 Abs. 2 StVG im Zuge des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften haben sich die Aussichten des uneigennütigen Kraftfahrzeughalters, im Falle einer Selbstaufopferung Entschädigung von einem nicht motorisierten Verkehrsteilnehmer über die Vorschriften der Geschäftsführung zu erlangen, im Vergleich zur früheren Rechtslage deutlich verschlechtert, vgl. insoweit allgemein *Greger*, Haftungsrecht, 2007, S. 476.

⁸⁸¹ Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = *BGHZ* 38, 271 (278).

⁸⁸² Vgl. *BGH*, U. v. 27.11.1962, Az.: VI ZR 217/61 = *BGHZ* 38, 271 (279).

Der historische Gesetzgeber wollte durch § 843 Abs. 4 BGB lediglich klarstellen, dass der Unterhaltspflichtige im Verhältnis zum Schädiger subsidiär haftet.⁸⁸³ Die Lösung des generellen Problems der Vorteilsanrechnung ließ er bewusst offen.⁸⁸⁴ Das hat sich die höchstrichterliche Judikatur bei der Applikation des § 843 Abs. 4 BGB zu Nutze gemacht. Sie wendet den Grundgedanken dieser Vorschrift sowohl bei pflichtgemäßen, als auch bei freiwilligen, schadenskompensatorischen Leistungen Dritter an. Gerade die freiwilligen Leistungen sind in der Regel von einem altruistischen Motiv getragen und daher im vorliegenden Kontext besonders interessant.

Der *Vierte Zivilsenat* des *Bundesgerichtshofs* hat beispielsweise in einem Fall, in dem ein Mündel seinen Vormund nach § 1833 Abs. 1 S. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nahm, entschieden, dass der Schadensersatzanspruch nicht dadurch berührt wird, dass das Mündel insbesondere Unterhaltsforderungen gegen seine mütterlichen Verwandten hat und von ihnen auch tatsächlich unterhalten wird.⁸⁸⁵ Dies wurde in einem ersten Schritt durch den eine Vielzahl von einschlägigen Spezialvorschriften aufzählenden Beleg begründet, dass § 843 Abs. 4 BGB Ausdruck eines umfassenden Grundsatzes ist, der dazu führt, dass nicht nur gegen Dritte bestehende Unterhaltsansprüche, sondern auch gewisse Forderungen oder Leistungen anderer Art, die dem Verletzten infolge des schädigenden Ereignisses zufließen, von der Anrechnung auf die Entschädigung auszunehmen sind.⁸⁸⁶ Zweitens hielt es der erkennende *Senat* für entscheidend, dass durch die entsprechende Anwendung des § 843 Abs. 4 BGB auf den vorliegenden Fall Unsicherheiten wegen des Umfangs der dem Mündel hypothetisch anrechenbaren Unterhaltsleistungen vermieden werden.⁸⁸⁷

Der *Sechste Senat* des *Bundesgerichtshofs* hatte sich im Kontext pflichtgemäßer, schadenskompensatorischer Unterstützungsleistungen Dritter später beispielsweise mit der Frage zu beschäftigen, wie die Ersatzansprüche von Witwer und Kind nach der Tötung der Ehefrau und Mutter zu berechnen sind, wenn die Betreuung der beiden Geschädig-

⁸⁸³ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 437 und S. 443, wo zur Erläuterung des heutigen § 843 Abs. 4 BGB auf die Gründe für den heutigen § 844 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BGB verwiesen wurde.

⁸⁸⁴ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 438.

⁸⁸⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 24.10.1956, Az.: IV ZR 103/56 = BGHZ 22, 72.

⁸⁸⁶ Vgl. *BGH*, U. v. 24.10.1956, Az.: IV ZR 103/56 = BGHZ 22, 72 (74/75).

⁸⁸⁷ Vgl. *BGH*, U. v. 24.10.1956, Az.: IV ZR 103/56 = BGHZ 22, 72 (78).

ten entgeltlich durch eine Verwandte übernommen wird.⁸⁸⁸ Dabei hat er den seiner Auffassung nach aus § 843 Abs. 4 BGB abzuleitenden, allgemeinen Grundsatz formuliert, dass Unterhaltsleistungen oder auch freiwillige Opfer eines Dritten nie dem Schädiger zugute kommen dürfen.⁸⁸⁹

Die Extension des § 843 Abs. 4 BGB im Bereich freiwilliger schadenskompensatorischer Leistungen Dritter hat eine lange Tradition, deren ausschnittsweise Untersuchung zur Formulierung eines auf uneigennütziges Unterstützungsverhalten bezogenen Nichtanrechnungsprinzips hilfreich erscheint.

Der *Vierte Senat* des *Reichsgerichts* erkannte schon früh, dass in Fällen, in denen der Unterstützungsbedürftige von seinen Verwandten oder Freunden freiwillige Zuwendungen erhält, auf die er keinen Rechtsanspruch hat und die ihm deshalb jederzeit wieder entzogen werden könnten, durch die Anrechnung der Zuwendung auf den von dem Verpflichteten zu gewährenden Unterhalt die wohltätige Absicht des Zuwenders, der den Unterstützungsbedürftigen besser stellen will, nicht erreicht werden würde. Dass der Dritte im Fall der Anrechnung seiner freiwilligen Unterstützungsleistung auf den Schadensersatzanspruch regelmäßig kein Interesse mehr haben würde, solche Zuwendungen zu machen, war für die auf den Gedanken des § 843 Abs. 4 BGB gestützte Nichtanrechnungsentscheidung des *Senats* ausschlaggebend.⁸⁹⁰

Die Nichtunterminierung der wohltätigen Absicht des Zuwenders gab später schließlich auch aus Sicht des *Sechsten Senats* des *Reichsgerichts* den Ausschlag für die Anwendung des § 843 Abs. 4 BGB auf den Fall der Gewährung von Unterstützungsleistungen eines rein tatsächlichen Pflegevaters an sein geschädigtes Pflegekind.⁸⁹¹

⁸⁸⁸ Vgl. *BGH*, U. v. 08.06.1982, Az.: VI ZR 288/79 = NJW 1982, 2864.

⁸⁸⁹ Vgl. *BGH*, U. v. 08.06.1982, Az.: VI ZR 288/79 = NJW 1982, 2864 (2865). Zustimmung *Wagner*, in: *MüKo*, §§ 705-853, (2004), § 843 Rnr. 83. Zurückhaltender *BGH*, U. v. 05.02.1963, Az.: VI ZR 42/62 = *VersR* 1963, 463 (464) und insbesondere *BGH*, U. v. 24.10.1956, Az.: IV ZR 103/56 = *BGHZ* 22, 72 (76).

⁸⁹⁰ Vgl. *RG*, U. v. 15.11.1909, Az.: Rep. IV 647/08 = *RGZ* 72, 199 (201).

⁸⁹¹ Vgl. *RG*, U. v. 17.01.1918, Az.: Rep. VI 388/17 = *RGZ* 92, 57 (59). Ähnlich zuvor auch schon *RG*, U. v. 06.02.1905, Az.: VI 162/04 = *Schubert/Glöckner*, Nachschlagewerk Band 7, 2, 1999, S. 1166.

Aus dieser exemplifizierten Rechtsprechungsentwicklung lässt sich jedenfalls auf folgendes, über den Wortlaut des § 843 Abs. 4 BGB hinausgehendes Nichtanrechnungsprinzip schließen. Freiwillige Unterstützungsleistungen, welche dem Geschädigten von nahe stehenden Personen, insbesondere Verwandten, schadenskompensierend erbracht werden, mindern dessen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger nicht. Breviloquent lässt sich sagen, dass der Schaden insoweit persistiert. Die Nichtanrechnung soll in den vorstehend umschriebenen Konstellationen insbesondere sicherstellen, dass die uneigennützige Bereitschaft zur freiwilligen Unterstützung nahestehender, geschädigter Personen nicht verloren geht.⁸⁹²

7. Haftungsausschluss nach § 242 BGB

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass die Judikatur mittels ergänzender Vertragsauslegung auch dort eine Beschränkung der deliktischen Haftung des Uneigennützigen erreicht, wo keine vertragliche Regelung seines Tätigwerdens feststellbar ist.⁸⁹³ Der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge kommt auch insoweit eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausnahmsweise in Betracht, wenn für den Schädiger, der keinen Versicherungsschutz genießt, ein nicht hinzunehmendes Haftungsrisiko gegeben ist und darüber hinaus besondere Umstände vorliegen, die einen Haftungsverzicht des Geschädigten als besonders nahe liegend erscheinen lassen.⁸⁹⁴ Eine deliktische Haftungsbeschränkung dieses Inhalts ist mangels ergänzungsfähiger Vertragsgrundlage nur dann legitim, wenn sie sich als Konkretisierung des § 242 BGB rechtfertigen lässt.⁸⁹⁵ Das ist nachfolgend zu prüfen.

J. Schmidt hat mit gewichtigen Argumenten den breviloquenten Ausdruck „Präzisierung“ des § 242 BGB kritisiert und das große Bedeutungsspektrum dieser Formulierung aufgezeigt.⁸⁹⁶ Er hält es für die erste und grundlegende Präzisierung, dass festgelegt

⁸⁹² Nach Auffassung von *Wagner*, in: MüKo, §§ 705-853, (2004), § 843 Rnr. 85 spricht es im Rahmen des § 843 Abs. 4 BGB sogar generell gegen die Anrechnung der Drittleistung, dass diese Lösung die Anreize Dritter zu altruistischem Handeln unterminiert.

⁸⁹³ Vgl. 1. Kapitel A. II. 2. b) und A. II. 3. sowie 2. Kapitel B. III. 3.

⁸⁹⁴ So zuletzt *BGH*, U. v. 13.07.1993, Az.: VI ZR 278/92 = NJW 1993, 3067 (3068).

⁸⁹⁵ Der Versuch einer deliktsrechtskorrigierenden Rechtsfortbildung müsste schon an der Voraussetzung einer entsprechenden Lücke scheitern, näher unten B. II. 7. e).

⁸⁹⁶ Vgl. *J. Schmidt*, Präzisierung, 1990, 231-257.

werden muss, in welchem Kontext man über die Bestimmung des § 242 BGB spricht: ob über die Bestimmung als Norm, als Prinzip oder als regulative Idee.⁸⁹⁷ Dem Rechnung tragend ist festzuhalten, dass die anschließenden Ausführungen auf dem Verständnis des § 242 BGB als Norm basieren. Generalklauseln sind formal gleichrangig mit den präzisesten Regeln als Bestandteile des positiven Gesetzes anzuwenden, aber eben nicht zur unmittelbaren Fallbeurteilung, sondern als Wegweiser zum benötigten Normenmaterial.⁸⁹⁸

Als verfügbares Konkretisierungsmaterial können im Allgemeinen gesetzliche Grundwertungen einschließlich solcher der Verfassung, anerkannte rechtsethische Prinzipien samt ihren judiziell gefestigten Untermaximen, Regeln der Verkehrssitte, sozialetische Anschauungen und Bewertungen der Sozietät und zur letzten Zuspitzung aller dieser Maßstäbe auf das anstehende Einzelproblem die unentbehrliche „richterliche Eigenwertung“ genannt werden.⁸⁹⁹

Davon ausgehend wird anschließend unter Rekurs auf bürgerlich - rechtliche Wertungen (a), die Grundrechte (b), einschlägige Präjudizien (c), sozialetische Bewertungen der Sozietät (d) und eigenwertende Überlegungen (e) untersucht, ob sich die für den rein Gefälligen praktizierten Haftungsausschlüsse für leichte Fahrlässigkeit alternativ überzeugend als Konkretisierung des § 242 BGB rechtfertigen lassen. Zum Schluss wird das Ergebnis dieser Überlegungen festgehalten (f).

a) Bürgerlich - rechtliche Wertungen

Im Rahmen von Generalklauseln⁹⁰⁰ ist häufig eine von der Rechtsfindung durch Analogie zu unterscheidende Anknüpfung an eine gesetzliche Grundwertung nur in lockerer Weise möglich.⁹⁰¹ Mit *Rüthers* gesprochen wirken gesetzgeberische Wertmaßstäbe als fernwirkende gesetzliche Wertungen auf alle inhaltlich relevanten Akte wertender rich-

⁸⁹⁷ Vgl. *J. Schmidt*, Präzisierung, 1990, 231 (250).

⁸⁹⁸ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (199).

⁸⁹⁹ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (201).

⁹⁰⁰ Vgl. zum Begriff der Generalklausel eingehend *Garstka*, Generalklauseln, 1976, S. 96-123.

⁹⁰¹ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (203) Fn. 40.

terlicher Gebotsbildung ein.⁹⁰² Doch es lassen sich keine bürgerlich - rechtlichen Grundwertungen feststellen, die in die Richtung des zu prüfenden Haftungsausschlusses weisen. Das Gesetz spricht für eine unbeschränkte Deliktshaftung des rein Gefälligen.

Es wurde bereits festgestellt, dass es weder ein gefälligkeitsvertragliches Haftungsprinzip,⁹⁰³ noch eine sonstige, überzeugend begründbare Möglichkeit für eine Haftungsmilderung des rein Gefälligen per analogiam gibt.⁹⁰⁴

Anhand des Wortlauts des § 823 Abs. 1 BGB („wer“) lässt sich belegen, dass die allgemeine Deliktshaftung als Jedermannhaftung ausgestaltet ist. Die einzige Ausnahme in Richtung eines Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit enthält in diesem Regelungsbereich § 839 a Abs. 1 BGB, der jedoch nur für einen von einem Gericht ernannten Sachverständigen gilt.⁹⁰⁵

Es ist festzuhalten, dass der uneigennützig Kraftfahrzeughalter in der besonders praxisrelevanten Fallgruppe der Gefälligkeitsfahrt nach geltendem Straßenverkehrsrecht im Verhältnis zu seinem Fahrgast einer Gefährdungshaftung unterliegt (§ 7 Abs. 1 StVG). Insoweit wurde für entscheidend gehalten, dass sich auch bei der Verletzung eines unentgeltlich und nicht geschäftsmäßig beförderten Insassen die typische Betriebsgefahr eines Kraftfahrzeuges verwirklicht.⁹⁰⁶ Die Ersatzpflicht ist nur ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird, vgl. § 7 Abs. 2 StVG. Im Umkehrschluss aus § 8 a S. 1 StVG ist in den Fällen einer unentgeltlichen, privaten Personenbeförderung nur ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Halterverpflichtung, wegen Tötung oder Verletzung beförderter Personen nach § 7 StVG Schadensersatz zu leisten, möglich.⁹⁰⁷ Daher wäre es wertungswidersprüchlich, in diesem wichtigen und daher bei

⁹⁰² Rütters, Unbegrenzte Auslegung, 2005, S. 439.

⁹⁰³ Vgl. oben B. I. 1. c) (1).

⁹⁰⁴ Vgl. oben B. II. 5. a).

⁹⁰⁵ Näher zur Begründung dieser Vorschrift BT - Drucks. 14/7752, S. 27 f.

⁹⁰⁶ Vgl. BT - Drucks. 14/7752, S. 31.

⁹⁰⁷ Vgl. BT - Drucks. 14/7752, S. 32; König, in: Hentschel, Straßenverkehrsrecht, (2007), § 8 a StVG Rnr. 2.

den Konkretisierungserwägungen zu beachtenden Haftungsbereich für einen auf § 242 BGB gestützten Haftungsausschluss einzutreten.⁹⁰⁸

b) Grundrechte

Ein wichtiges Exempel für die „Transformierung“ gesetzlicher Grundwertungen aus anderen Normkomplexen in den Rahmen von Generalklauseln liefert die Drittwirkung der Grundrechte.⁹⁰⁹ Ein „nicht hinnehmbares Haftungsrisiko“ ließe sich daher im Sinne der praktizierten Haftungsausschlüsse vor allem annehmen, wenn und soweit die Grundrechte, namentlich die wirtschaftliche Handlungsfreiheit und / oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht des uneigennütigen Schädigers eine entsprechende Ausnahme von seiner Deliktshaftung geböten.

Es zeigte sich aber bereits, dass dies in den Sachverhaltsgestaltungen, die der ausgewerteten Judikatur zugrunde liegen, nicht der Fall ist.⁹¹⁰ Es fehlt durchgängig an Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen der Parteien, welche die Basis für Verhältnismäßigkeitserwägungen zugunsten des altruistischen Schädigers lieferten.⁹¹¹ Deshalb kann im Kriterium des „nicht hinzunehmenden Haftungsrisikos“ kein begründungsalternatives Einfallstor für den Grundrechtsschutz des Uneigennütigen gesehen werden.

Mit Blick auf den Benefiziar lässt sich anführen, dass insbesondere dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) gegen die zu prüfende Konkretisierung des § 242 BGB spricht. Dass die grundrechtliche Schutzgebotsfunktion auch im Deliktsrecht und gerade dann bedeutsam wird, wenn der Eingriff von einem Privatrechtssubjekt ausgeht, hat *Canaris* überzeugend dargelegt.⁹¹² Ihm ist darin zuzustimmen, dass es im Widerspruch zur klassischen Lehre von der mittelbaren Drittwirkung nicht einzusehen ist, warum die Grundrechte nur über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln auf das Privatrecht einwirken sollen.⁹¹³

⁹⁰⁸ Vgl. zum Erfordernis, Wertungswidersprüche bei der Konkretisierung von Generalklauseln zu vermeiden allgemein *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (209/210).

⁹⁰⁹ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (204).

⁹¹⁰ Vgl. oben 2. Kapitel B. III. 3.

⁹¹¹ Vgl. hierzu allgemein *Canaris*, JZ 1987, 993 (1002).

⁹¹² Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (229).

⁹¹³ So *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (223).

Denn es ist nicht nur denkbar, dass auch Normen mit festen Tatbeständen zur Verwirklichung von Grundrechten dienen.⁹¹⁴ Schon vor Längerem hielt das *Bundesverfassungsgericht* fest, dass sich die Haftungsregelung des § 823 Abs. 1 BGB dem Grundsatz nach als Ausprägung des besonderen Schutzgehalts des Grundrechts der persönlichen Freiheit nach Art. 2 Abs. 2 GG erweist.⁹¹⁵ Damit hat es die Vorschrift ausdrücklich als einfach - rechtliche Reaktion auf die Schutzgebotsfunktion dieses Grundrechts anerkannt. Das *Bundesverfassungsgericht* ließ die Frage, in welchem Umfang das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG den Gesetzgeber verpflichtet, die in dieser Verfassungsnorm genannten Rechtsgüter haftungsrechtlich abzusichern, bisher ausdrücklich offen. Es verwies insoweit auf den Spielraum, den die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Haftungsrechts lässt.⁹¹⁶ In neueren Entscheidungen hat das *Bundesverfassungsgericht* diese Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers noch stärker betont. Im *Waldsterben* - Beschluss verlangte der *Erste Senat* beispielsweise mit Rücksicht auf das Primat des Gesetzgebers vom Beschwerdeführer die substantiierte Darlegung einer evidenten Schutzpflichtverletzung in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.⁹¹⁷

Daher lässt sich zwar schwer vertreten, der Gesetzgeber dürfe, wolle er seinen verfassungsrechtlichen Schutzpflichten hinsichtlich der in § 823 Abs.1 BGB genannten Rechtsgüter nachkommen, nicht hinter dem in dieser Vorschrift verankerten Schutzniveau zurückbleiben. Das Faktum, dass das *Bundesverfassungsgericht* bei seiner Auseinandersetzung mit Fragen staatlicher Schutzpflichtverletzungen durchgehend besonderen Wert auf die Feststellung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit legt,⁹¹⁸ weist aber hinsichtlich der erwogenen Konkretisierung des § 242 BGB auf ein judikatives Kompetenzproblem hin. Wenn es in der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers liegt, wie er seinem grundrechtlichen Schutzauftrag hinsichtlich der durch § 823 Abs. 1 BGB protegierten Rechtsgüter nachkommt, ist es nicht ohne weiteres einzusehen, wa-

⁹¹⁴ So zurückhaltend noch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (223).

⁹¹⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 11.10.1978, Az.: 1 BvR 84/74 = *BVerfGE* 49, 304 (319).

⁹¹⁶ Vgl. *BVerfG*, B. v. 11.10.1978, Az.: 1 BvR 84/74 = *BVerfGE* 49, 304 (320).

⁹¹⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 26.05.1998, Az.: 1 BvR 180/88 = *NJW* 1998, 3264 (3265).

⁹¹⁸ Vgl. in grundlegender Hinsicht *BVerfG*, U. v. 25.02.1975, Az.: 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 = *BVerfGE* 39, 1 (44) und nochmals *BVerfG*, B. v. 26.05.1998, Az.: 1 BvR 180/88 = *NJW* 1998, 3264 (3265).

rum die Judikative eine von ihm in Erfüllung einer solchen Verpflichtung getroffene Entscheidung qua Konkretisierung einer Generalklausel einschränken dürfen soll.⁹¹⁹

c) Präjudizienverwertung

§ 242 BGB ist höchstrichterlich bereits in deliktshaftungseinschränkender Hinsicht präzisiert worden.⁹²⁰

Es ist zwar seit Langem anerkannt, dass die Konstellationen, die unter dem Stichwort des Handelns auf eigene Gefahr diskutiert werden, in den Anwendungsbereich des § 254 BGB fallen.⁹²¹ Diese Regelung wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber auf den Grundgedanken des *venire contra factum proprium* zurückgeführt.⁹²² Er vereinigt innerhalb des § 242 BGB eine der Rechtsausübung Schranken setzende Fallgruppe in sich,⁹²³ was im vorliegenden Prüfungszusammenhang eine gedankliche Inbezugnahme rechtfertigen könnte. Die angesprochene Haftungseinschränkung greift allerdings nur in den Fällen, in denen das schadensauslösende und gefahrerhöhende Moment vom Geschädigten erkannt und die Schädigung dennoch in Kauf genommen worden ist.⁹²⁴ Das gilt auch für eine weitere Konstellation, in welcher die höchstrichterliche Judikatur den Gedanken des *venire contra factum proprium* bisher deliktshaftungseinschränkend angewandt hat.⁹²⁵

Daher scheitert die Verknüpfung der erwogenen Konkretisierung des § 242 BGB mit diesen aus jener Norm entwickelten Haftungslimitierungen an der fehlenden Tragfähigkeit eines Ähnlichkeitsvergleichs.⁹²⁶ Bewusst in Kauf genommene Selbstgefährdungen, mit denen sich die vorgenannte Judikatur beschäftigte, kommen bei Gefälligkeiten selten und wenn überhaupt, dann vor allem bei besonders gefährlichen Gefällig-

⁹¹⁹ Dies gilt mutatis mutandis auch für den Bereich der den altruistischen Kraftfahrzeughalter im Rahmen des § 7 StVG treffenden Gefährdungshaftung.

⁹²⁰ Vgl. zur Präjudizienverwertung bei der Konkretisierung von Generalklauseln allgemein *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (190); *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 245; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 (5 f.).

⁹²¹ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355.

⁹²² Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355 (363).

⁹²³ Vgl. nur *Gernhuber*, JuS 1983, 764 (766).

⁹²⁴ Vgl. *BGH*, U. v. 14.03.1961, Az.: VI ZR 189/59 = BGHZ 34, 355 (364).

⁹²⁵ Vgl. *BGH*, U. v. 05.11.1974, Az.: VI ZR 100/73 = BGHZ 63, 140 (144/145).

⁹²⁶ Vgl. zu diesem Erfordernis allgemein *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 512.

keitsfahrten im Straßenverkehr vor. Für diese Konstellationen kann auf der Grundlage des § 9 StVG der Gedanke des Handelns auf eigene Gefahr unmittelbar herangezogen werden.⁹²⁷ In der großen Mehrzahl der schadensbegleiteten Gefälligkeiten liegen hingegen keine Selbstgefährdungen dieser Art vor. Der Gedanke des *venire contra factum proprium* lässt sich für sie auch nicht weiter ausbauen.⁹²⁸ Das liegt daran, dass es in diesen Fällen durchweg an einem eindeutigen⁹²⁹ Verhalten fehlt, das ein Vertrauen auf die Unterlassung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, insbesondere wegen leichter Fahrlässigkeit, begründet.⁹³⁰ Die in diese Richtung gehenden Schrifttumsvorschläge sind daher abzulehnen.⁹³¹

d) Sozialethische Bewertungen der Sozietät

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass sich die Kriterien der praktizierten Haftungsausschlüsse über Jahrzehnte in sämtlichen Rechtsprechungsinstanzen entwickelt haben⁹³² und folglich eine innerhalb des § 242 BGB beachtliche sozialethische Bewertung der Sozietät widerspiegeln.⁹³³

Ein solcher Ansatz überzeugte indessen nicht. Besonders für neuartige Fälle und für solche, deren Besonderheit und Anstößigkeit in einer ungewöhnlichen Kombination von Sachverhaltselementen besteht, bleibt der Rückgriff auf die nicht zu festen Verhaltensmaximen verdichtete allgemeine Wertanschauung der Sozietät häufig unvermeidlich.⁹³⁴ Er läuft allerdings auf massive und klare Anstößigkeit des Verhaltens hinaus, weil nur eine solche von der Vielzahl der verschiedenen gesellschaftlichen Standpunkte aus zu einer weithin gleichmäßigen scharf negativen Qualifikation führt.⁹³⁵

⁹²⁷ Vgl. nur König, in: Hentschel, Straßenverkehrsrecht, (2007), § 16 StVG Rnr. 10. Vgl. zur insoweit wichtigen Fallgruppe der Trunkenheitsfahrt jüngst speziell *OLG Hamm*, U. v. 14.03.2004, Az.: 13 U 194/04 = NZV 2006, 85 (86).

⁹²⁸ Ähnlich kritisch bereits *Kallmeyer*, Die Gefälligkeitsverhältnisse, 1968, S. 66.

⁹²⁹ Vgl. zu diesem Erfordernis allgemein *Gernhuber*, JuS 1983, 764 (766).

⁹³⁰ Ähnlich im Kontext der Ablehnung eines konkludenten Haftungsausschlusses etwa bereits *BGH*, U. v. 08.01.1965, Az.: VI ZR 234/63 = BGHZ 43, 72 (76).

⁹³¹ Vgl. etwa *E. v. Hippel*, Gefälligkeitsfahrten, 1967, 233 (237/238); *Littbarski*, VersR 2004, 950 (955).

⁹³² Vgl. oben 1. Kapitel A. II. 1, A. II. 2. b) und 2. Kapitel B. III. 3.

⁹³³ Näher zu diesem Konkretisierungsgesichtspunkt allgemein *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (206 f.); *Engisch*, Einführung, 2005, S. 165 f; *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 245.

⁹³⁴ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (206/207).

⁹³⁵ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (207).

Eine solche Anstößigkeit wohnt den Konstellationen, in denen die Judikatur auch ohne Vertragsgrundlage eine Beschränkung der Haftung des rein Gefälligen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit annimmt, hingegen nicht inne. Zum einen legt sich die Rechtsprechung in Anbetracht ihres stets repetierten Vorbehalts für die Umstände des Einzelfalls nicht auf eine klare Umschreibung der haftungsderogierenden Interessenlage fest. Das läge bei massiver Anstößigkeit eines Schadensersatzbegehrens indessen nahe. Zum anderen ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Schriftumsauffassungen zu den Fragen ob, und wenn ja, wie der Uneigennützte auf allgemeiner deliktsrechtlicher Ebene von einer uneingeschränkten Haftung zu entlasten ist, geteilt sind.⁹³⁶ Nur wenige gewichtige Literaturstimmen wenden sich weniger gegen die von der Judikatur gewonnenen Ergebnisse, als vielmehr gegen die für sie gegebenen Begründungen.⁹³⁷

e) Extension des Normbereichs kraft Eigenwertung

Gerade angesichts des von Judikatur stetig wiederholten Vorbehalts für die besonderen Umstände des Einzelfalls, unter denen sie einen Haftungsausschluss für den rein Gefälligen anzunehmen bereit ist, erscheint der Gedanke nahe liegend, die von ihr gewonnenen Ergebnisse alternativ als Extension des § 242 BGB kraft richterlicher Eigenwertung zu rechtfertigen.

Auf dieser Linie liegend wurde auch bereits höchstichterlich judiziert.⁹³⁸ Der *Bundesgerichtshof* hatte in einem als Beispiel anzuführenden Fall nach einer tödlichen Gefälligkeitsfahrt zu entscheiden.⁹³⁹ Ein 19-jähriger, unversicherter Führerscheinneuling hatte wohl auf Drängen seines Vater abends auf regennasser Fahrbahn dessen Wagen gesteuert und war gegen einen auf der Gegenfahrbahn entgegenkommenden Lastzug geprallt. Bei dem Unfall starben sein Vater und seine Schwester, die sich mit ihm im Fahrzeug befanden. Der *Bundesgerichtshof* hielt es davon ausgehend für durchaus denkbar, dass die Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit des Sohnes nach einer auf § 242 BGB beruhenden Gesamtbetrachtung als ausgeschlossen zu erachten ist, weil er der Auffas-

⁹³⁶ Vgl. nur oben B. II. 5. a).

⁹³⁷ So etwa *Medicus*, Allgemeiner Teil, 2006, S. 84 und *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, 2004, S. 402.

⁹³⁸ Es liegen auch obergerichtliche Judikate in diesem Sinn vor. Vgl. zu einer vertragslosen, „gesamtbewertenden“ Haftungsverzichtsannahme zuletzt etwa *OLG Koblenz*, U. v. 11.10.2004, Az.: 12 U 1197/03 = *NJW-RR* 2005, 1048 (1049).

⁹³⁹ *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = *VersR* 1961, 846.

sung war, dass im Verhältnis zwischen Vater und Sohn eine Inanspruchnahme unter Berücksichtigung der behaupteten Unfallumstände, der familiären Beziehung und der wirtschaftlichen Lage sowohl der Kläger als auch des Beklagten Treu und Glauben nicht entsprach.⁹⁴⁰

Eine solche Anwendung des § 242 BGB ist indessen zu Recht Kritik ausgesetzt.⁹⁴¹ Da der Wortlaut dieser Vorschrift etwa im Gegensatz zu § 829 BGB nicht ausdrücklich auf den Billigkeitsmaßstab verweist, ist es nicht zulässig, diese Norm einzelfallbezogen als reines Billigkeitsinstrument zu gebrauchen.⁹⁴² Die Entscheidung aufgrund § 242 BGB ist in erster Linie aus dem für sie bereit stehenden objektiven, vorrangig rechtlichen Konkretisierungsmaterial zu rechtfertigen.⁹⁴³ Dass dies nicht überzeugend zu bewerkstelligen ist, haben die vorstehenden Überlegungen bereits ergeben. Es ließ sich kein Anhaltspunkt feststellen, der in die Richtung des erwogenen Haftungsausschlusses weist. Mit Blick auf die deliktsrechtlichen Wertungen, die gegen einen Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit des rein Gefälligen sprechen, ist im Gegenteil zu konstatieren, dass der Versuch, § 242 BGB für einen Haftungsausschluss zu mobilisieren, an die der Konkretisierung von Generalklauseln allgemein gesetzte lex - lata - Grenze stößt.⁹⁴⁴

Diese Grenze ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines zur Neukonkretisierung des § 242 BGB berechtigenden Funktionswandels aufgeweicht.⁹⁴⁵

In der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* ist es anerkannt, dass sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Entwicklung eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen kann.⁹⁴⁶ Vorübergehend vertrat das *Bundesverfassungsgericht* zwar die Auffas-

⁹⁴⁰ Vgl. *BGH*, U. v. 13.06.1961, Az.: VI ZR 224/60 = *VersR* 1961, 846 (847). Entsprechende Andeutungen auch bei *BGH*, U. v. 09.06.1992, Az.: VI ZR 49/91 = *NJW* 1992, 2474 (2475).

⁹⁴¹ Drastisch *Stoll*, *JZ* 1964, 61 (63): „Konzeptionsloses Herumsuchen in den Umständen des Falles“.

⁹⁴² Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für eine reine Billigkeitsentscheidung ebenfalls betonend *Bydlinski*, *Methodenlehre*, 1991, S. 368.

⁹⁴³ Näher allgemein *Bydlinski*, *Präzisierung*, 1990, 189 (212); ähnlich *Engisch*, *Einführung*, 2005, S. 167; *Kramer*, *Methodenlehre*, 2005, S. 245.

⁹⁴⁴ Vgl. zu dieser Grenze allgemein *Bydlinski*, *Präzisierung*, 1990, 189 (213).

⁹⁴⁵ Vgl. dazu allgemein *Bydlinski*, *Präzisierung*, 1990, 189 (219 f.).

⁹⁴⁶ Vgl. nur *BVerfG*, U. v. 03.04.1990, Az.: 1 BvR 1186/89 = *BVerfGE* 82, 6 (12).

sung, dass sich das, was als „Recht“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG zu verstehen ist, nur aus verfassungsrechtlichen Wertungen ergeben kann.⁹⁴⁷ Von diesem Standpunkt rückte es aber nachhaltig ab und judiziert seit geraumer Zeit, dass bereits der Nachweis wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen genügt, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von einem „veralteten“ Gesetz abweichen kann.⁹⁴⁸ Dem traditionellen Argument der „communis opinio doctorum“⁹⁴⁹ ist somit gewissermaßen eine gesetzesderogierende Bedeutung zuerkannt.⁹⁵⁰

Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf die Gefährdungshaftung des altruistischen Kraftfahrzeughalters nach § 7 StVG zu konstatieren, dass sich bislang keine Autorenstimme erhob, die sich für eine Haftungsausnahme zu seinen Gunsten bei fehlendem Versicherungsschutz, nicht hinnehmbarem Haftungsrisiko und weiteren, besonderen Umständen des Einzelfalls ausspricht.⁹⁵¹ Das ist ein Indiz dafür, dass diese erst seit dem Jahr 2002 verschärfte Haftung nicht als krass ungerecht, sondern im Gegenteil als konsentiert zu bewerten ist.⁹⁵²

Bei der Prüfung etwaiger in die Richtung des erwogenen Haftungsausschlusses weisender sozialetischer Bewertungen der Sozietät wurde bereits festgehalten, dass sich das Schrifttum uneins darüber ist, ob und wie der rein Gefällige auf allgemeiner deliktsrechtlicher Haftungsebene zu entlasten ist.⁹⁵³ Von einer gewandelten, allgemeinen Anschauung zu seiner Deliktshaftung kann deshalb auch in dieser Haftungshinsicht nicht gesprochen werden.

⁹⁴⁷ Vgl. *BVerfG*, B. v. 14.02.1973, Az.: 1 BvR 112/65 = *BVerfGE* 34, 269 (287); ähnlich *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 17-27, (2007), Art. 20 VI. Rnr. 54 (18. Lieferung, 1980).

⁹⁴⁸ Vgl. *BVerfG*, B. v. 26.06.1991, Az.: 1 BvR 779/85 = *BVerfGE* 84, 212 (227); *BVerfG*, B. v. 22.08.2006, Az.: 1 BvR 1168/04 = *NJW* 2006, 3409 (3410).

⁹⁴⁹ Vgl. zu ihm etwa *Bydlinski*, *Methodenlehre*, 1991, S. 143.

⁹⁵⁰ Selbstkritisch gegenüber der „Professorenmehrheit als verfassungsrechtliche Größe“ *Sendler*, *Richterrecht*, 2006, S. 191 Fn. 49.

⁹⁵¹ *Kunschert*, *NJW* 2003, 950 (951) sieht etwa lediglich einen Wertungswiderspruch zwischen §§ 708, 1359, 1664 BGB einerseits und der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung andererseits.

⁹⁵² § 8 a S. 1 StVG wurde mit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002, *BGBI. I*, S. 2674 geändert.

⁹⁵³ Vgl. oben B. II. 7. d).

f) Ergebnis

Daher bleibt es bei dem Befund, dass die erwogene Konkretisierung des § 242 BGB an die deliktsrechtliche Grenze der *lex - lata* stößt. Globale gesetzliche Verweisungen wie Generalklauseln, die genauere Regelungen bloß ergänzen, dürfen nicht dahin verstanden werden, dass sie dazu ermächtigen, andernorts getroffene konkrete Entscheidungen des Gesetzes zu durchkreuzen.⁹⁵⁴

Dieses Resultat wirft die Frage auf, ob die Judikatur zu den praktizierten Haftungsausschlüssen für leichte Fahrlässigkeit einer Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG standhielte. Das dürfte indessen noch zu bejahen sein. Es ist zu bedenken, dass ein durch das *Bundesverfassungsgericht* nachprüfbarer Verstoß bei gerichtlichen Urteilen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon dann vorliegt, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzukommen muss vielmehr, dass diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen.⁹⁵⁵

Ein solches Verdikt lässt sich hinsichtlich der analysierten Entscheidungspraxis kaum fällen. Es ist zu berücksichtigen, dass die Annahme eines Gefälligkeitsvertrags im Einzelfall vertretbar sein kann. Schon deshalb bleibt bei nach zutreffendem Verständnis kontraktlosen Vertragsergänzungen regelmäßig Raum für „Nachlässigkeiten“, die einer auf die Verletzung des Willkürverbots gestützten Verfassungsbeschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen vermögen.⁹⁵⁶ Außerdem handelt die Judikatur um der Einzelfallgerechtigkeit willen und insofern „verständlich“.

III. Zusammenfassung

Im gefälligkeitsvertraglichen Bereich sind sowohl Einzel- als auch Strukturprinzipien anhand der Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten erkennbar. Einzelprinzi-

⁹⁵⁴ Vgl. *Bydlinski*, Präzisierung, 1990, 189 (213/214).

⁹⁵⁵ Vgl. *BVerfG*, B. v. 01.07.1954, Az.: 1 BvR 361/52 = BVerfGE 4, 1 (7). Näher *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 2007, S. 165 f. m. w. N.

⁹⁵⁶ Vgl. insoweit allgemein etwa *BVerfG*, B. v. 01.07.1954, Az.: 1 BvR 361/52 = BVerfGE 4, 1 (7).

prien sind hinsichtlich der vertraglichen Bindung des Gefälligkeitsschuldners und des Orts, an dem seine Leistung zu erfolgen hat, festzustellen. Ein gefälligkeitsvertragliches Haftungsprinzip ist hingegen nicht anzuerkennen. Die allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien haben jedoch auch insoweit einen konvergenten Anwendungsbereich, als sie sich in zugleich deliktshaftungseinschränkender Weise auf die Verletzung von Schutzpflichten beziehen, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertragsgegenstand stehen.

Bei der Untersuchung gefälligkeitsvertraglicher Strukturprinzipien konnte an erster Stelle herausgearbeitet werden, dass die Rechtsbindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen strukturell locker ausgestaltet ist. Die gefälligkeitsvertraglichen Regelungen lassen auch den Schluss zu, dass das Erfüllungsinteresse des Gefälligkeitsgläubigers grundlegend schwach geschützt ist. Ein gefälligkeitsvertragliches Strukturprinzip war auch in der Hinsicht festzustellen, dass zentrale gefälligkeitsvertragliche Gesetzesbestimmungen auf der Annahme beruhen, dass zwischen den Vertragsparteien eine besondere, vornehmlich vertrauensgeprägte persönliche Beziehung besteht.

Im außervertraglichen Bereich war eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten zu konstatieren.

So kann der Ausschluss der wertmäßigen Rückabwicklung einer Gefälligkeit unter Rückgriff auf das Verbot des *venire contra factum proprium* (§ 814 Alt. 1 BGB analog, § 242 BGB) vermieden werden. Es war auch festzuhalten, dass eine Vertrauenshaftung im Gefälligkeitsverhältnis *de lege lata* grundsätzlich ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme gilt nur in den Grenzen des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Der Zurechnungszusammenhang zwischen schädigender Handlung und Rechtsgutsverletzung des Nothelfers oder Retters wird durch eine Kombination aus einer Vernünftigkeitkontrolle des Rettungsentschlusses und einer Abgrenzung nach dem Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm des Inhalts beurteilt, dass keine zu verständlichen Rettungsaktionen Dritter herausfordernde Gefahrenlage geschaffen werden darf. Was den Umfang der Risikoaufklärung angeht, kann bei uneigennützig motivierten Einwilligungen in ärztliche Eingriffe nicht

weniger verlangt werden als bei medizinisch nicht indizierten kosmetischen Eingriffen. Auch insoweit ist eine sogenannte Brutalaufklärung erforderlich. Aus der fehlenden medizinischen Indikation des altruistisch gestatteten Eingriffs folgt, dass der Uneigennützte keinen echten Entscheidungskonflikt seinerseits plausibel machen muss, um dem ärztlichen Einwand des Handelns in Übereinstimmung mit einer hypothetischen Einwilligung erfolgreich entgegenzutreten. Für den außervertraglich Gefälligen lässt sich eine Haftungsmilderung nicht überzeugend per analogiam begründen. Im Einzelfall kann die Möglichkeit, die mangelnde Professionalität des Gefälligkeitshandelns bei der Bemessung der deliktsrechtlichen Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen, entscheidungserheblich werden. Insbesondere zur Ersatzfähigkeit von Zufallsschäden des auftragslosen Nothelfers hat sich eine Judikatur entwickelt, derzufolge der Nothelfer vom Geschäftsherrn bei Realisierung der typischen Geschäftsgefahr grundsätzlich den Ausgleich der ihm daraus insbesondere an Leben, Körper und Gesundheit entstandenen Schäden verlangen kann. Für die praktisch bedeutsame Fallgruppe der Selbstaufopferung im Straßenverkehr gelten auch hinsichtlich der Höhe eines etwaigen Entschädigungsanspruchs Modifikationen. Anhand der zu § 843 Abs. 4 BGB exemplifizierten Entwicklung der Judikatur ließ sich ein über den Wortlaut dieser Vorschrift hinausgehendes Nichtanrechnungsprinzip erschließen. Freiwillige Unterstützungsleistungen, welche dem Geschädigten von nahe stehenden Personen, insbesondere Verwandten, schadenskompensierend erbracht werden, mindern dessen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger nicht. Abschließend ist festzuhalten, dass ein deliktsrechtlicher Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit unter den von der Judikatur praktizierten Voraussetzungen für den rein Gefälligen auch nicht überzeugend als das Ergebnis einer Konkretisierung des § 242 BGB begründbar ist.

C. Regelungssystem zu uneigennützigem Verhalten

Ausgehend von den Ergebnissen, die in den beiden vorstehenden Abschnitten dieses Kapitels gewonnen worden sind, stellt sich die Frage, ob ein Regelungssystem zu uneigennützigem Verhalten formulierbar ist.⁹⁵⁷ Die Antwort auf diese Frage setzt die Dis-

⁹⁵⁷ Der anschließende Versuch zielt, das sei vorab klargestellt, nicht auf eine Systembildung über „Realitätsausschnitte“, die etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, 1991, S. 15 und *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 34/35 kritisieren, ab.

tinktion verschiedener Systembegriffe voraus (I.). Auf ihr baut der anschließende Versuch einer Systembildung (II.) auf.

I. Begriffliches

Canaris arbeitete heraus, dass der von ihm so genannte allgemeine Systembegriff durch zwei Definitionsmerkmale gekennzeichnet ist: das der Ordnung und das der Einheit.⁹⁵⁸ Mit der Ordnung ist eine rational erfassbare, „innere“, d. h. von der Sache her begründete Folgerichtigkeit gemeint.⁹⁵⁹ Das Element der Einheit modifiziert das der Ordnung dahin gehend, dass jene nicht in eine Fülle unzusammenhängender Einzelheiten zerfallen darf, sondern sich auf wenige tragende Grundprinzipien zurückführen lassen muss.⁹⁶⁰ In terminologischer Anlehnung an *Heck* wird noch genauer zwischen dem äußeren und dem inneren System des Rechts unterschieden.⁹⁶¹ Das äußere System bezieht sich auf den formellen Aufbau eines Gesetzes, auf die Gliederung des Rechtsstoffes.⁹⁶² „Inneres System“ meint den inneren Bau des Rechts, verstanden als konsistentes System von Wertentscheidungen.⁹⁶³ *Canaris*, der die Gewährleistung der formalen Folgerichtigkeit für die Aufgabe des letzteren, von ihm sogenannten „teleologischen Systems“ hält, definiert das System schließlich darüber hinausgehend als eine axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien.⁹⁶⁴ Unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsprinzip in diesem Sinne allgemein ist, lässt sich nicht exakt festlegen. Es handelt sich um ein relatives Kriterium.⁹⁶⁵

Im Folgenden geht es nicht lediglich darum, einzelne privatrechtliche Regelungsaussagen zu altruistischem Verhalten in den Kontext allgemeiner Rechtsprinzipien zu stellen. Das Ziel ist, spezifische innere Regelungssysteme zu diesem Verhaltenstypus aufzudecken.

⁹⁵⁸ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 12.

⁹⁵⁹ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 12.

⁹⁶⁰ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 12/13.

⁹⁶¹ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 35.

⁹⁶² Vgl. *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 80; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 19.

⁹⁶³ Vgl. *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 80.

⁹⁶⁴ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 47.

⁹⁶⁵ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 47.

II. Systembildungsversuch

Ausgehend von dieser Prämisse ist ein Systembildungsversuch unter den Gesichtspunkten eines geschlossenen Systems (1.), von Teilsystemen (2.) und Rechtsgedanken (3.) zu unternehmen.⁹⁶⁶

1. Geschlossenes System

Es existiert kein geschlossenes, äußeres System von privatrechtlichen Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten. Die größten zusammenhängenden Regelungskomplexe bilden die jeweiligen Regelungen zu den vertypten Gefälligkeitsverträgen. Im Übrigen sind die Vorschriften zu altruistischem Verhalten äußerlich ungeordnet. Einzelne Regelungen sind ausgehend vom allgemeinen Schuldrecht (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) über das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und das Fundrecht (§§ 965 ff. BGB) hinaus bis hinein in den sonderprivatrechtlichen Nexus des Seehandelsrechts (§§ 476 ff. HGB) vorzufinden.

Der vorstehende Befund gilt gerade für die außervertraglichen Regelungsaussagen zu altruistischem Verhalten, die von der Judikatur entwickelt bzw. präzisiert worden sind. Sie ließen sich dementsprechend nur in den äußeren Darstellungszusammenhang einer Art Anspruchsschema bringen.

Da kein geschlossenes äußeres System zur Regelung uneigennützigem Verhaltens feststellbar ist, existiert auch kein geschlossenes inneres Regelungssystem.⁹⁶⁷

2. Teilsysteme

Es sind aber innere Teilsysteme im Bereich der gefälligkeitsvertraglichen Regelungen zu erkennen.⁹⁶⁸ Insoweit ist an die Strukturprinzipien in den Bereichen der gelockerten

⁹⁶⁶ Vgl. zu den Systembegriffen, die sich nicht aus dem Gedanken der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit und inneren Einheit der Rechtsordnung rechtfertigen lassen *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 19 f.

⁹⁶⁷ Das äußere System einer Rechtsordnung sollte dessen innere Struktur möglichst transparent reflektieren, vgl. *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 80.

⁹⁶⁸ Vgl. zum Begriff des Subsystems *Kramer*, Methodenlehre, 2005, S. 86.

Bindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen,⁹⁶⁹ des schwach geschützten Erfüllungsinteresses des Gefälligkeitsgläubigers⁹⁷⁰ und des persönlichen Einschlags zentraler, gefälligkeitsvertraglicher Regelungen zu erinnern.⁹⁷¹

Aus den in diesen Hinsichten gewonnenen systematischen Erkenntnissen kann auch Kapital für die Rechtsfindung geschlagen werden.⁹⁷² Beispielsweise erscheint es als wertungsmäßig konsequent, aus der prinzipiell gelockerten Bindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen auf geringe Anforderungen an die Konkretisierung eines wichtigen Grundes im Sinne der §§ 671 Abs. 3, 696 S. 2 BGB zu schließen.⁹⁷³

Es lässt sich zwar feststellen, dass über diese inneren Folgerichtigkeiten hinausgehend einzelne Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten auf das Vertrauensprinzip rückführbar sind. Das betrifft zum Beispiel die Regelungsaussagen, die im Bereich des Rückabwicklungsausschlusses einer Gefälligkeit (§ 814 Alt. 1 BGB analog bzw. § 242 BGB)⁹⁷⁴ und in speziellen Fällen von Gefälligkeitsauskünften (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB)⁹⁷⁵ zu konstatieren sind. Das Vertrauensprinzip ist indes kein auf altruistisches Verhalten bezogenes Spezifikum. Gerade der Befund, dass § 242 BGB für den rein Gefälligen nicht mit dem Ziel einer objektiv - rechtlichen Beschränkung seiner Deliktshaftung zu konkretisieren ist, zeigt, dass sich der Vertrauensgedanke nur punktuell zur Lösung der Haftungsprobleme, die sich aus privatrechtlicher Perspektive bei altruistischem Verhalten stellen, eignet. Es lässt sich deshalb nicht überzeugend begründen, dass er eine allgemeine Grundlage zur Lösung der speziellen Haftungsprobleme, die altruistisches Verhalten aufwirft, bietet.

⁹⁶⁹ Vgl. oben B. I. 2. a).

⁹⁷⁰ Vgl. oben B. I. 2. b).

⁹⁷¹ Vgl. oben B. I. 2. c).

⁹⁷² Vgl. zum Wert juristischer Systeme für die Rechtsgewinnung allgemein *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 1983, S. 86 ff.

⁹⁷³ Hierzu näher oben B. I. 2. a).

⁹⁷⁴ Vgl. oben 1. Kapitel A. III. 2.

⁹⁷⁵ Vgl. oben 1. Kapitel B. III.

Die Grundsätze, welche die Judikatur zur Ersatzfähigkeit von Zufallsschäden entwickelte,⁹⁷⁶ werden wegen ihrer Verortung bei § 670 BGB kritisiert.⁹⁷⁷

Canaris ist es bereits gelungen, sie systemgerecht aus dem Prinzip der Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse zu erklären. Dazu ging er von den beiden Zurechnungselementen der Gefährdungshaftung aus. Mit deren objektivem Vorteilsgedanken verband er den Umstand, dass die Tätigkeit des Beauftragten bzw. des berechtigten Geschäftsführers ohne Auftrag auch in den Fällen, in denen dieser einen Schaden aus der Realisierung eines tätigkeitsspezifischen Risikos erleidet, im Interesse des jeweiligen Geschäftsherrn liegt. Die Anknüpfung an den Gefahrsetzungsgedanken der Gefährdungshaftung gelang ihm, indem er festhielt, dass die Tätigkeit des Beauftragten bzw. Geschäftsführers auf den (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn zurückgeht.⁹⁷⁸ Auf der Grundlage der so begründeten Einstandspflicht bei risikobehafteter Tätigkeit sind auch die von der Judikatur praktizierten Präzisierungen der Haftung systemgerecht möglich. Die Anwendung des § 254 BGB wird unbedenklich, weil der auf den Risikogedanken zurückgeführte Anspruch ein echter Schadensersatzanspruch ist. Die sachlich gebotene Analogie zu den §§ 844 ff. BGB gelingt ebenfalls bruchlos, weil sie beispielsweise auch § 10 StVG nachvollzieht.⁹⁷⁹

3. Rechtsgedanken

Partiell ist der Gedanke des Anreizes zu uneigennützigem Verhalten in den untersuchten Regelungsaussagen verwirklicht. Er liegt den Haftungsprivilegien der §§ 680, 968 BGB zugrunde.⁹⁸⁰ Zwischen den Anforderungen, die an den Umfang der Risikoaufklärung vor altruistisch motivierten, medizinischen Eingriffen gestellt werden und dem Grundgedanken des Prinzips der Nichtanrechnung freiwilliger Unterstützungsleistungen nahe stehender Dritter auf den Schadensersatzanspruch des Geschädigten (§ 843 Abs. 4

⁹⁷⁶ Vgl. oben 2. Kapitel B. II. 1 und 3. Kapitel B. II. 6. a).

⁹⁷⁷ Vgl. *Canaris*, RdA 1966, 41 (42) m. w. N.

⁹⁷⁸ Vgl. *Canaris*, RdA 1966, 41 (43).

⁹⁷⁹ Vgl. *Canaris*, RdA 1966, 41 (43).

⁹⁸⁰ Vgl. *Mugdan*, Motive II, S. 479; Protokolle III, S. 657.

BGB) kann außerdem eine auf den Gedanken der Nichtunterminierung uneigennützi-gen Verhaltens rückführbare Parallele gezogen werden.⁹⁸¹

Die rationes der Normierungen in diesen Teilregelungsbereichen lassen sich indes nicht miteinander verbinden und so auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen. Einerseits geht es dem Gesetz um die Motivation zu uneigennütziger Hilfe. Andererseits geht es der Judikatur darum, die schon vorhandene Hilfsbereitschaft Dritter nicht zu gefährden.

Es würde weder der Stärke ihrer normativen Ausprägung noch ihrer Abstraktionshöhe gerecht, die teleologischen Zusammenhänge in den vorstehend unterschiedenen Regelungshinsichten als innere Teilsysteme zu qualifizieren.⁹⁸² Dabei wird die teleologische Extension, welche die Vorschrift des § 680 BGB im Bereich der Ablehnung eines Mitverschuldens des Nothelfers erfahren hat, nicht vergessen.⁹⁸³ In Übereinstimmung mit der zu dieser Norm vorhandenen, methodologischen Einschätzung der höchststrichterlichen Rechtsprechung erscheint es vielmehr angemessen, die besprochenen, sinnhaften Gemeinsamkeiten auf der konkreteren und zugleich singulärerem Stufe der Rechtsgedanken anzusiedeln.⁹⁸⁴

Die hervorgehobene Konvergenz des Anwendungsbereichs der allgemeinen gefälligkeitsvertraglichen Haftungsprivilegien beruht hingegen nicht auf einem leitenden Rechtsgedanken zu einer bestimmten Facette uneigennützi-gen Verhaltens. Sie ist eher technisch - formal vornehmlich der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zwischen allgemein - schuldrechtlicher und spezieller, gefälligkeitsvertraglicher Mängelhaftung geschuldet.⁹⁸⁵

⁹⁸¹ Vgl. oben B. II. 4. und B. II. 6. b).

⁹⁸² Ähnlich kritisch zu § 670 BGB als Induktionsbasis für ein allgemeines Rechtsprinzip *Canaris*, RdA 1966, 41 (43).

⁹⁸³ Vgl. insoweit oben 2. Kapitel B. II. 3.

⁹⁸⁴ *BGH*, U. v. 16.03.1965, Az.: VI ZR 210/64 = *BGHZ* 43, 188 (194) hat § 680 BGB zwar als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens bezeichnet. Zur Begründung wurden indessen § 330 c StGB und § 539 Ziff. 9 a RVO a. F. herangezogen, die über den Bereich des Privatrechts hinausreichen. Näher oben 2. Kapitel A. II. 3.

⁹⁸⁵ Vgl. oben B. I. 1. c) (2).

D. Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse

Eingangs der Untersuchung hat sich gezeigt, dass die Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag sachgerecht durch eine Kombination aus objektivem und subjektivem Abgrenzungsansatz gelingt. Wird im Bereich des Menschenwürdegehalts eines personalen Grundrechts bei individuellem Verhandlungsungleichgewicht eine Bindung erstrebt, ist unter Rückgriff auf die Schutzgebotsfunktion des bedrohten Grundrechts Grundrechtsschutz durch die Ablehnung einer vertraglichen Verpflichtung geboten. Im Übrigen bildet das Kriterium des Erfüllungsinteresses den Dreh- und Angelpunkt der Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und Gefälligkeitsvertrag. Die Vertragsannahme ist daher regelmäßig von der ex ante erkennbaren Höhe eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung abhängig. Je höher das Erfüllungsinteresse des Benefiziars, desto eher ist die Annahme eines Gefälligkeitsvertrags angemessen.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, der Gefälligkeitsauskünfte dann als „ähnliche geschäftliche Kontakte“ erfasst, wenn sie wegen der beruflich erworbenen Kenntnisse des Auskunftgebers außerhalb von Sachwalterstellungen, Vertragsverhandlungen und laufender Geschäftsverbindung in erkennbarem Zusammenhang mit einer bedeutsamen Vermögensangelegenheit des Auskunftsempfängers erteilt werden, lassen sich Schutzpflichten im Gefälligkeitsverhältnis weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* überzeugend begründen. Die bestehende vertrauenshaftungsrechtliche Möglichkeit zur Lösung der einschlägigen Auskunftsfälle sollte die bisher praktizierte Fiktion entsprechender Auskunftsverträge erübrigen.

Die Judikatur zur Haftungsbeschränkung des Uneigennütigen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit qua ergänzender Vertragsauslegung hat sich aus methodologischer Perspektive nicht als überzeugend erwiesen. Wo solche Vertragsauslegungen ohne vertragliche Grundlage stattfinden, werden Scheinbegründungen angeboten, welche die erzielten Ergebnisse nicht befriedigend zu rechtfertigen vermögen. Der Befund, dass die Resultate der Judikatur auch nicht alternativ als Konkretisierung des § 242 BGB zu legiti-

mieren sind, belegt, dass die insoweit von der Rechtsprechung angestrebten Entlastungen de lege lata nicht zu rechtfertigen sind. Soweit ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt, verstößt die Judikatur dann, wenn sie bei fehlendem Versicherungsschutz, nicht hinzunehmendem Haftungsrisiko und weiteren Umständen des Einzelfalls qua ergänzender Vertragsauslegung auf eine Haftungsbeschränkung des Uneigennützigen schließt, gegen den Grundsatz, dass die Lücke eines gesetzlich typisierten Vertrags vorrangig mittels dispositivem Gesetzesrecht zu schließen ist, wenn kein eindeutig anderslautender hypothetischer Parteiwille feststellbar ist.

Die methodologischen Analysen haben zunächst die Erkenntnis zu Tage gefördert, dass das altruistische Motiv auf den Ebenen von Willenserklärungen und Gesetz auslegungs- bzw. wertungsrelevant ist. Wesentlich erscheint, dass sich die untersuchte Judikatur nicht auf eine verallgemeinerungsfähige, willenserklärungsbezogene Auslegungsmaxime zugunsten des Uneigennützigen zurückführen lässt. Das altruistische Motiv kann für die Auslegung seiner Willenserklärung nur je nach Regelungskontext relevant sein. Der altruistische Beweggrund ist besonders im Zuge der Fällung von Werturteilen bedeutsam. Die Analyse einschlägiger Judikatur hat ergeben, dass er bei der Konkretisierung von Generalklauseln vornehmlich erst auf der letzttrangigen Ebene richterlicher Eigenwertung zum Tragen kommt.

Die Fiktion und die Folgenberücksichtigung konnten als besondere judikative Begründungsmethoden zur Lösung zentraler Problemstellungen uneigennützigem Verhaltens erkannt werden. Unter Rückgriff auf die erstere Methode bietet die Rechtsprechung in den Bereichen der Haftung für Gefälligkeitsauskünfte und der vertraglichen Haftungsausschlüsse Scheinbegründungen für die von ihr als angemessen erachteten Ergebnisse an. Folgenberücksichtigungen sind in unterschiedlichen Rechtsfindungszusammenhängen, vor allem im Kontext der teleologischen Auslegung, feststellbar. Sie sind abzulehnen, soweit sie nicht auf der Basis der für den jeweiligen Rechtsfindungskontext allgemein anerkannten methodologischen Regeln stattfinden.

Im Zuge der Systematisierung der materiell - rechtlichen Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten wurden im Bereich der Gefälligkeitsverträge sowohl Einzel- als

auch Strukturprinzipien erkennbar. Als wesentlich sind an dieser Stelle die Strukturprinzipien in den Bereichen der gelockerten Bindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen, des schwach geschützten Erfüllungsinteresses des Gefälligkeitsgläubigers und der legislativen Rücksicht auf das persönliche Verhältnis zwischen den Vertragsparteien hervorzuheben.

Ihrer gesellschaftlichen Bedeutung entsprechend ist besonders auf die außervertraglichen Regelungsaussagen zur altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe hinzuweisen. Es ist nicht nur dogmatisch schlüssig, die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung von einer aus dem Bereich der nicht medizinisch indizierten kosmetischen Eingriffe bekannten sogenannten Brutalaufklärung hinsichtlich der zu gewärtigenden Risiken abhängig zu machen. Dieses Erfordernis ist auch im Interesse der Nichtunterminierung der Bereitschaft der Bevölkerung, sich zu lebenswichtigen Blutspenden oder sogar zur Teilnahme an wissenschaftlich - medizinischen Experimenten zur Verfügung zu stellen, zu begrüßen.

Der Bewahrung der uneigennützigen Unterstützungsbereitschaft Dritter dient auch das ermittelte, über den Wortlaut des § 843 Abs. 4 BGB hinausgehende Nichtanrechnungsprinzip. Würden freiwillige, schadenskompensatorische Unterstützungsleistungen derjenigen, die dem Geschädigten nahe stehen, auf dessen gegen den Schädiger bestehenden Schadensersatzanspruch angerechnet, wären so, wie es die ältere Judikatur zum Teil explizit annimmt, negative Auswirkungen auf die Bereitschaft zu solchen Unterstützungsleistungen zu befürchten.

Trotzdem den beiden letztgenannten Regelungsaussagen dasselbe Anliegen zugrunde liegt, ist festzuhalten, dass es kein geschlossenes System von privatrechtlichen Regelungsaussagen zu uneigennützigem Verhalten gibt.

Die gefälligkeitsvertraglichen Strukturprinzipien verkörpern in den Bereichen der gelockerten Rechtsbindung des Gefälligkeitsschuldners an sein Leistungsversprechen, des schwach geschützten Erfüllungsinteresses des Gefälligkeitsgläubigers und der legislativen Rücksichtnahme auf die persönliche Beziehung der Vertragsparteien jedoch innere

Teilsysteme, aus deren Erkenntnis etwa Gewinn für die Konkretisierung von teilsystematisch einschlägigen Generalklauseln gezogen werden kann (§§ 671 Abs. 3, 696 S. 2 BGB).

Der Rechtsgedanke des Anreizes zu uneigennütziger Hilfe ist in den §§ 680, 968 BGB verwirklicht. Demgegenüber zielen die Rechtsgedanken, welche der Judikatur zum Umfang der Risikoaufklärung vor altruistisch motivierten medizinischen Eingriffen und zum an § 843 Abs. 4 BGB angelehnten Nichtanrechnungsprinzip zugrunde liegen, darauf, die schon vorhandene Bereitschaft zur freiwilligen, uneigennützigen Unterstützung nicht zu gefährden.

Lösung der Beispielfälle

Fall 1

A kann gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, 283 S. 1 BGB haben, wenn die Fahrt Gegenstand eines Auftrags (§ 662 BGB) geworden ist. Das ist der Fall. A und B waren zwar befreundet. Doch die Umstände sprachen erkennbar gegen die Annahme eines Freundschaftsdienstes im Rahmen eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses. Das für den B erkennbare Erfüllungsinteresse war mit 500 Euro so hoch, dass sein vertraglicher Schutz interessengerecht war. Ein extrem hoher Schadensersatzanspruch drohte B nicht. Deshalb durfte A aus dessen Zusage auf eine auftragsbezogene Willenserklärung schließen (§§ 133, 157 BGB). Da die Fahrtätigkeit nur zu einem bestimmten Zeitpunkt sinnvoll war, hatte sie den Charakter eines absoluten Fixgeschäfts. Dadurch, dass B den A in letzter Minute sitzen ließ, trat deshalb die Unmöglichkeit seiner Leistung ein (§ 275 Abs. 1 BGB). Folglich war für den A eine Fristsetzung gegenüber B nach § 283 S. 1 BGB entbehrlich. Da nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ein Vertretenmüssen der Nichtleistung durch B zu vermuten ist, kann A von ihm nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, 283 S. 1 BGB 500 Euro als Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Fall 2

S könnte gegen N einen Schadensersatzanspruch aufgrund § 280 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte haben. Das setzt einen Vertrag zwischen N und den Eltern des S über dessen Beaufsichtigung voraus. Ein solcher Auftrag (§ 662 BGB) ist hier nicht anzunehmen. Das Erfüllungsinteresse der Eltern des S war nur gering. Nach dem, was zwischen den Beteiligten üblich war, handelte es sich um einen Freundschaftsdienst und damit um eine bloße Gefälligkeit. Daran ändern die erkennbar hohen, auf das körperliche Wohlergehen des S gerichteten Integritätsinteressen seiner Eltern nichts. Sie sollten grundsätzlich nicht im Mittelpunkt der Abgrenzungsentscheidung zwischen Gefälligkeitsvertrag und Gefälligkeitsverhältnis stehen. Der deliktische Schutz, den auch S genießt, genügt. Ihm steht gegenüber N ein Schadensersatzanspruch aufgrund § 823 Abs. 1 Var. 2 BGB zu. Wegen der

tatsächlichen Übernahme der Kinderbeaufsichtigung war N dem S gegenüber zu Vorkehrungen zur Vermeidung von körperlichen Schäden verpflichtet. Angesichts seines Alters von drei Jahren hätte sie ihn deshalb nicht während eines längeren Telefonats unbeaufsichtigt im Bereich der Kellertreppe spielen lassen dürfen. Dieses Verhalten ist als fahrlässig zu bewerten (§ 276 Abs. 2 BGB). Bei der Konkretisierung der Sorgfalt, die von einem rein Gefälligen zu verlangen ist, ist zwar darauf Rücksicht zu nehmen, dass von ihm regelmäßig nicht dieselbe Aufmerksamkeit erwartet werden kann, wie von einer statt seiner professionell handelnden Person. N ist jedoch selbst Mutter eines gleichaltrigen Kindes und musste daher mit den Erfordernissen entsprechender Vorichtsmaßnahmen vertraut sein. Das Gefälligkeitsmoment kann sie daher vom Fahrlässigkeitsvorwurf nicht entlasten. Deshalb schuldet die N dem S nach §§ 823 Abs. 1 Var. 2, 249 Abs. 2 S. 1 BGB Heilungskostenersatz.

Fall 3

S könnte gegenüber R wegen der Falsch Auskunft ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB zustehen. Das setzt einen Auskunftsvertrag (§ 662 BGB) voraus, der aus Sicht des R nicht interessengerecht ist (§§ 133, 157 BGB). Da R für die Auskunft mit keinerlei Vermögensvorteilen rechnen kann, kommt ihm kein Vermögenszufluss zu, mit dem er ein vertragliches Haftungsrisiko kompensieren kann.

R könnte dem S aber aufgrund §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB zum Vermögensschadensersatz verpflichtet sein. Die Pflicht, eine zutreffende Auskunft zu erteilen, könnte sich aus einem ähnlichen geschäftlichen Kontakt (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) ergeben. Das trifft auch zu. Das Auskunftsgespräch kam zustande, weil S den R für einen zur Beantwortung seiner Rechtsfrage kompetenten Anwalt hielt und ihn aufgrund seines Rufs auch für einen solchen halten durfte. Der geschäftliche Charakter des auf einen bestimmten, erkennbaren Anspruch des S bezogenen Auskunftskontakts ist auch nicht deshalb ausnahmsweise zu verneinen, weil das Gespräch auf der Straße stattfand. Denn S hatte den R als Fachmann nahezu unbekannter Weise in einer erkennbar wichtigen Vermögensangelegenheit seinerseits um Auskunft gefragt. Dass S auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen durfte, wurde dadurch unterstrichen, dass R für seine Antwort länger überlegt und sie vorbehaltlos gegeben hat. Aus dem geschäftlichen Cha-

rakter des Kontakts ist auf die Pflicht zur zutreffenden Auskunft in der Frage des ersatzfähigen Schadenspostens zu schließen (§ 241 Abs. 2 BGB). Für die Annahme einer solchen Pflicht besteht auch ein Verkehrsbedürfnis, das im Gegensatz zu den individuellen Haftungsinteressen des R zu sehen ist. Auf die Auskünfte von Rechtsanwälten muss sich der Rechtsverkehr verlassen können. Von solchen Auskünften werden regelmäßig Vermögensdispositionen abhängig gemacht. Demnach kann S den ihm durch die Falschauskunft des R entstandenen Vermögensschaden aufgrund §§ 280 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB ersetzt verlangen.

Fall 4

H kann von V eventuell Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, 283 S. 1 BGB verlangen. Das setzt einen Vertrag zwischen den beiden voraus. Da eine dreiwöchige Hundepension üblicherweise relativ hoch zu vergüten ist, lag ein erkennbar hohes Erfüllungsinteresse der H an einer unentgeltlichen Verwahrung vor. Eine entsprechende Vertragsannahme ist zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der Aufwandserheblichkeit der Verwahrung (§ 693 BGB) gerechtfertigt. H konnte nicht erwarten, dass V die absehbar hohen Fütterungskosten endgültig trägt. Ihre Verwahrungspflicht hat V nicht erfüllt und sie damit verletzt. Das Erfordernis der Fristsetzung (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) steht dem zu prüfenden Anspruch nicht entgegen, wenn sie nach § 283 S. 1 BGB entbehrlich war. Das setzt wiederum eine Leistungsbefreiung der V aufgrund § 275 Abs. 1 bis 3 BGB voraus. Wegen ihrer Verletzung ist zwar von einer subjektiven Unmöglichkeit der Verwahrungstätigkeit auszugehen (§ 275 Abs. 1 BGB). Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung setzt aber überdies ein Vertretenmüssen der Pflichtverletzung voraus (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Die V verursachte ihre Verletzung zwar fahrlässig. Dies hatte sie jedoch wegen § 300 Abs. 1 BGB nicht zu vertreten. Die H befand sich zum Unfallzeitpunkt bereits im Gläubigerverzug, der wegen § 296 S. 1 BGB kein Leistungsangebot der V voraussetzte. Der Leistungsort der V befand sich nämlich so, wie es bei Gefälligkeitsverträgen regelmäßig ist, an ihrem Wohnort. Der geltend gemachte Anspruch scheitert daher am Vertretenmüssen der V (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).

Fall 5

F kann von H Schadensersatz für den zerstörten Schrank aufgrund § 280 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen, wenn zwischen ihnen ein Auftrag zur Umzugshilfe zustande gekommen ist. Ein entsprechend hohes Erfüllungsinteresse der F war aber nicht erkennbar (§§ 133, 157 BGB). Der Umzug war zwar dringend. Es war jedoch nicht ersichtlich, dass es bei Ausbleiben oder Verzögerung der Hilfe zu einem ernsthaften Schaden der F kommen kann. Auch in Anbetracht der Tatsache, dass sie sich wegen des Umzugs der Hilfe von Freunden bediente, sprachen die Umstände für eine bloße Gefälligkeit des H.

Der F kann daher gegen H nur ein Schadensersatzanspruch aufgrund § 823 Abs. 1 Var. 5 BGB zustehen. Eine fahrlässige Eigentumsverletzung liegt auch dann vor, wenn man berücksichtigt, dass H kein professioneller Umzugshelfer war. Denn Vorsicht beim Wenden am Treppenabsatz kann und muss von jedem Umzugshelfer verlangt werden. H hat seine Fahrlässigkeit auch zu vertreten, weil für ihn keine mildere Haftung bestimmt ist (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine außervertragliche Haftungsmilderung lässt sich für den rein Gefälligen nicht per analogiam begründen. Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit kommt auch nicht kraft ergänzender Vertragsauslegung in Betracht, weil es an der dafür erforderlichen Vertragsgrundlage fehlt. Für den H ist auch kein Haftungsausschluss auf der Grundlage des § 242 BGB zu erzielen, weil es an gesetzlichen Grundwertungen fehlt, die in die Richtung eines Haftungsausschlusses wegen leichter Fahrlässigkeit weisen.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert* [Theorie, 1990]: Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990, Nachdruck 2001
- Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.) [Risiko Aufklärung, 2001]: Risiko Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg - Wohin führt die Rechtsprechung?, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2001
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Bamberger/Roth, §§ 1-610, (2007)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Bamberger/Roth, §§ 611-1296, (2008)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 2. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Von Bar, Christian* [Gutachten, 1981]: Deliktsrecht. Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmäßig, die Grundtatbestände der §§ 823 Abs. 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?, in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge, 1981, S. 1681-1778
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, (2006)]: GmbH - Gesetz, 18. Auflage, München: C. H. Beck, 2006
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hefermehl, Wolfgang* (fortgef. v.)/*Casper, Matthias* (Bearb.) [Baumbach/Hefermehl/Casper, WG, (2008)]: Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hopt, Klaus J./Merkt, Hanno* (Bearb.) [Bearbeiter, in: Baumbach/Hopt, HGB, (2008)]: Handelsgesetzbuch, 33. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Baumgärtel, Gottfried* [Beweislastpraxis, 1996]: Beweislastpraxis im Privatrecht: Die Schwierigkeiten der Beweislastverteilung und die Möglichkeiten ihrer Überwindung, Köln, Berlin, Bonn: Carl Heymanns, 1996
- Behrends, Okko/Dießelhorst, Malte/Dreier, Ralf* (Hrsg.) [Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990]: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990
- Von Blume, W.* [Das Recht 1908]: Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge, in: Das Recht 1908, S. 649-654

Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähnke, Burkhard (Hrsg.) [Festschrift Odersky, 1996]: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin, New York: De Gruyter, 1996

Bockelmann, Paul/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich (Hrsg.) [Beiträge, 1984]: Beiträge zur Rechtslehre, Frankfurt am Main: Klostermann, 1984

Bundesminister der Justiz (Hrsg.) [Gutachten und Vorschläge, 1981]: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 1981

Bydlinski, Franz [Methodenlehre, 1991]: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York: Springer, 1991

Bydlinski, Franz [Präzisierung, 1990]: Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: *Okko Behrends/Malte Dießelhorst/Ralf Dreier* (Hrsg.): Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, S. 189-230

Canaris, Claus - Wilhelm [JZ 1965]: Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, in: JZ 1965, S. 475-482

Canaris, Claus - Wilhelm [RdA 1966]: Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, in: RdA 1966, S. 41-51

Canaris, Claus - Wilhelm [Vertrauenshaftung, 1971]: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München: C. H. Beck, 1971 (zugleich Habilitationsschrift)

Canaris, Claus - Wilhelm [Systemdenken und Systembegriff, 1983]: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1983

Canaris, Claus - Wilhelm [AcP 184 (1984)]: Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184. Band, 1984, S. 201-246

Canaris, Claus - Wilhelm [JZ 1987]: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, in: JZ 1987, S. 993-1004

Canaris, Claus - Wilhelm [JuS 1989]: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Deliktsrechts, in: JuS 1989, S. 161-172

Canaris, Claus - Wilhelm [ZHR 163 (1999)]: Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, in: ZHR 163. Band, 1999, S. 206-245

Canaris, Claus - Wilhelm [JZ 2001]: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499-524

Canaris, Claus - Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Großkommentar HGB II, (2004)]: Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Zweiter Band, 4. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2004

- Canaris, Claus - Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Großkommentar HGB V, (1988)]: Handelsgesetzbuch, Großkommentar Bankvertragsrecht, Erster Teil, Fünfter Band, 4. Auflage, Berlin: De Gruyter, 1988
- Dahlstrom, Daniel O.* [JRE 6 (1998)]: Die altruistische Einstellung, in: JRE Band 6, 1998, S. 73-92
- Dahmann, Guido* [Gefälligkeitsbeziehungen, 1935]: Gefälligkeitsbeziehungen, Berlin: Triltsch & Huther, 1935 (zugleich Dissertation)
- Danz* (ohne Angabe des Vornamens) [DJZ 1905]: Zum vertragsmäßigen Ausschluss der Haftung, in: DJZ 1905, S. 383-390
- Dauner - Lieb, Barbara/Arnold, Arnd/Dötsch, Wolfgang* [Bearbeiter, in: Fälle zum Neuen Schuldrecht, 2002]: Fälle zum Neuen Schuldrecht, Heidelberg: C. F. Müller, 2002
- Dauner - Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten* (Hrsg.) [Das neue Schuldrecht, 2003]: Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente - Brennpunkte - Ausblick, Köln: Carl Heymanns, 2003.
- Dauner - Lieb, Barbara/Langen, Werner* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: Anwaltkommentar Schuldrecht, §§ 241-610, (2005)]: Anwaltkommentar BGB, Schuldrecht Teilband 1, Band 2, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2005
- Dettmeyer, Reinhard* [Medizin & Recht, 2001]: Medizin & Recht für Ärzte, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2001
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas* [Medizinrecht, 2008]: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer, 2008
- Von Dewitz, Bernd* [Gefälligkeitsverhältnisse, 1939]: Gefälligkeitsverhältnisse im Bürgerlichen Recht, Dresden: M. Dittert & Co., 1939 (zugleich Dissertation)
- Dölle, Hans* [ZStW 1943]: Außergesetzliche Schuldspflichten, in: ZStW 103. Band, 1943, S. 67-102
- Dudenredaktion* (Hrsg.) [Duden, Band 1, 2006]: Duden: Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 24. Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien: Dudenverlag, 2006
- Eimer, Peter* [Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz, 1994]: Gefälligkeitsfahrt und Schadensersatz nach deutschem, französischem und englischem Recht, München: V. Florentz GmbH, 1994 (zugleich Dissertation)
- Engisch, Karl* [Rechtsfreier Raum, 1984]: Der rechtsfreie Raum, in: *Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug* (Hrsg.): Beiträge, 1984, S. 9-64
- Engisch, Karl* [Einführung, 2005]: Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart: W. Kohlhammer, 2005
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich* [Schuldrecht, 1958]: Recht der Schuldverhältnisse: Ein Lehrbuch, Fünfzehnte Bearbeitung, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958

- Esser, Josef* [Rechtsfiktionen, 1969]: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen: Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, 2. Auflage, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969
- Esser, Josef/Thieme, Hans* (Hrsg.) [Festschrift von Hippel, 1967]: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1967
- Etzbach, Karl Otto* [Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit, 1935]: Die Haftung aus erwiesener und empfangener Gefälligkeit unter besonderer Berücksichtigung der Haftung bei Gefälligkeitsfahrten, Dortmund: H. Lückner, 1935 (zugleich Dissertation)
- Fastrich, Lorenz/Hueck, Götz/Noack, Ulrich* [Bearbeiter, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, (2006)]: GmbH - Gesetz, 18. Auflage, München: C. H. Beck, 2006
- Ficker, Claudius/König, Detlef/Kreuzer, Karl F.* (Hrsg.) [Festschrift von Caemmerer, 1978]: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1978
- Fikentscher, Wolfgang* [Methoden des Rechts IV, 1977]: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1977
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas* [Schuldrecht, 2006]: Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2006
- Fischer, Michael* [Unentgeltlichkeit, 2002]: Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln, Berlin, Bonn: Carl Heymanns, 2002 (zugleich Habilitationsschrift)
- Flume, Werner* [Rechtsgeschäft, 1992]: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft, Zweiter Band, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1992
- Garstka, Hansjürgen* [Generalklauseln, 1976]: Generalklauseln, in: *Hans - Joachim Koch* (Hrsg.): Juristische Methodenlehre, 1976, S. 96-123
- Gehrlein, Markus* [VersR 1998]: Ansprüche eines Nothelfers in Rettungsfällen, in: VersR 1998, S. 1330-1334
- Gernhuber, Joachim* [JuS 1983]: § 242 BGB - Funktionen und Tatbestände, in: JuS 1983, S. 764-769
- Gernhuber, Joachim* [JuS 1988]: Die fiduziarische Treuhand, in: JuS 1988, S. 355-363
- Gernhuber, Joachim* (Hrsg.) [Das Schuldverhältnis, 1989]: Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989
- Gernhuber, Joachim* (Hrsg.) [Erfüllung, 1994]: Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994
- Gitter, Wolfgang* [Gebrauchsüberlassungsverträge, 1988]: Gebrauchsüberlassungsverträge, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1988

- Greger, Reinhard* [Haftungsrecht, 2007]: Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 4. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2007
- Gröschner, Rolf* [JRE 6 (1998)]: Optimieren statt obliegen - Altruismus und Supererogation im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, in: JRE Band 6, 1998, S. 181-190
- Grundmann, Stefan* [AcP 198 (1998)]: Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, in: AcP 198. Band, 1998, S. 457-488
- Grunewald, Barbara* [Gesellschaftsrecht, 2005]: Gesellschaftsrecht, 6. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005
- Gursky, Karl - Heinz* [JuS 1972]: Die Haftung des Notgeschäftsführers - BGH, NJW 1972, 475, in: JuS 1972, S. 637-641
- Harke, Jan Dirk* [Freigiebigkeit, 2006]: Freigiebigkeit und Haftung, Würzburg: Ergon, 2006
- Heinrichs, Helmut* [Bemerkungen, 2007]: Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform - Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB -, in: *Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller* (Hrsg.): Festschrift Canaris I, 2007, S. 421-442
- Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo* (Hrsg.) [Festschrift Canaris I, 2007]: Festschrift für Claus - Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München: C. H. Beck, 2007
- Henssler, Martin* [AcP 196 (1996)]: Treuhandgeschäft - Dogmatik und Wirklichkeit, in: AcP 196. Band, 1996, S. 37-87
- Hentschel, Peter/König, Peter/Dauer, Peter* [Bearbeiter, in: Hentschel, Straßenverkehrsrecht, (2007)]: Straßenverkehrsrecht, 39. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Heßeler, Benjamin/Kleinhenz, Holger Michael* [JuS 2007]: Der kaufrechtliche Anspruch auf Schadensersatz für Weiterfresserschäden, in: JuS 2007, S. 706-711
- Von Hippel, Eike* [Gefälligkeitsfahrten, 1967]: Die Haftung bei Gefälligkeitsfahrten, in: *Josef Esser/Hans Thieme* (Hrsg.): Festschrift von Hippel, 1967, S. 233-244
- Hömig, Dieter* [EuGRZ 2007]: Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 2007, S. 633-641
- Hoffmann, Hans - Joachim* [AcP 167 (1967)]: Der Einfluss des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, in: AcP 167. Band, 1967, S. 394-409
- Hüffer, Uwe* [Bearbeiter, in: Hüffer, AktG, (2006)]: Aktiengesetz, 7. Auflage, München: C. H. Beck, 2006
- Huber, Konrad* [Verkehrspflichten, 1978]: Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, in: *Claudius Ficker/Detlef König/Karl F. Kreuzer* (Hrsg.): Festschrift von Caemmerer, 1978, S. 359-388
- Huber, Peter/Faust, Florian* [Schuldrechtsmodernisierung, 2002]: Schuldrechtsmodernisierung: Einführung in das neue Recht, München: C. H. Beck, 2002

- Hueck, Götz/Windbichler, Christine [Gesellschaftsrecht, 2008]: Gesellschaftsrecht: Ein Studienbuch, 21. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo [Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth, GG, (2007)]: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Jungbecker, Rolf [Formulargestützte Aufklärung, 2001]: Formulargestützte Aufklärung, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.): Risiko Aufklärung, 2001, S. 31-42
- Kallmeyer, Harald [Die Gefälligkeitsverhältnisse, 1968]: Die Gefälligkeitsverhältnisse: Eine rechtsdogmatische Untersuchung. Zugleich ein Beitrag zum sog. Handeln auf eigene Gefahr, Göttingen: (ohne Angabe des Verlages), 1968 (zugleich Dissertation)
- Kaser, Max/Knütel, Rolf [Römisches Privatrecht, 2005]: Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München: C. H. Beck, 2005
- Keilmann, Annette [Dem Gefälligen zur Last, 2006]: Dem Gefälligen zur Last: Untersuchungen zur Beweislastverteilung in § 280 I BGB, Berlin: Duncker & Humblot, 2006 (zugleich Dissertation)
- Koch, Hans - Joachim (Hrsg.) [Juristische Methodenlehre, 1976]: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts.: Athenäum, 1976
- Koch, Jens [AcP 204 (2004)]: § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, in: AcP 204. Band, 2004, S. 59-80
- Kramer, Ernst A. [Methodenlehre, 2005]: Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern, München, Wien: Stämpfli, C. H. Beck, Manz, 2005
- Krebber, Sebastian [VersR 2004]: Der nicht zufällige Kontakt ohne Vertragsnähe auf der Grenze zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, in: VersR 2004, S. 150-157
- Krebs, Peter [Sonderverbindung, 2000]: Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, München: C. H. Beck, 2000 (zugleich Habilitationsschrift)
- Krückmann (ohne Angabe des Vornamens) [SeuffBl. 74]: Gefälligkeitsverträge, in: SeuffBl. 74. Jahrgang 1909, S. 113-160
- Kunschert, Adalbert [NJW 2003]: Die Haftung des Kfz - Halters gegenüber seinem Partner und seinem Kind als Insassen, in: NJW 2003, S. 950-951
- Lange, Hermann [Schadensersatz, 1990]: Schadensersatz, 2. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1990
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried [Schadensersatz, 2003]: Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2003
- Larenz, Karl [Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 1987]: Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil, Erster Band, 14. Auflage, München: C. H. Beck, 1987
- Larenz, Karl [Schuldrecht Besonderer Teil II/1, 1986]: Lehrbuch des Schuldrechts: Besonderer Teil, Zweiter Band, 1. Halbband, 13. Auflage, München: C. H. Beck, 1986

Larenz, Karl/Canaris, Claus - Wilhelm [Schuldrecht Besonderer Teil II/2, 1994]: Lehrbuch des Schuldrechts: Besonderer Teil, Zweiter Band, 2. Halbband, 13. Auflage, München: C. H. Beck, 1994

Larenz, Karl [Methodenlehre, 1991]: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1991

Larenz, Karl/Wolf, Manfred [Allgemeiner Teil, 2004]: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München: C. H. Beck, 2004

Lauterbach, Herbert (Begr.) [Unfallversicherung I, (2007)]: Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII, Band 1, 4. Auflage, 33. Lieferung, Stand: April 2007, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1997

Lauterbach, Herbert (Begr.) [Unfallversicherung II, (2007)]: Unfallversicherung Sozialgesetzbuch VII, Band 2, 4. Auflage, 33. Lieferung, Stand: April 2007, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1997

Lenel, Otto [AcP 129 (1928)]: Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, in: AcP 129. Band, 1928, S. 1-15

Liebisch, Arnold [Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen, 1927]: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig: Theodor Weicher, 1927

Littbarski, Sigurd [VersR 2004]: Interdependenz zwischen Gefälligkeit, Haftung und Haftpflichtversicherung?, in: VersR 2004, S. 950-958

Litten, Fritz [DJZ 1905]: Zur Abänderung des § 833 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: DJZ 1905, S. 339-343

Lübbe - Wolff, Gertrude [Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981]: Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg, München: Karl Alber, 1981 (zugleich Dissertation)

Maier, Dieter J. [JuS 2001]: Gefälligkeit und Haftung - LG Kiel, NJW 1998, 2539, in: JuS 2001, S. 746-751

Martel, Willy [Der sog. „Gefälligkeitsvertrag“, 1933]: Der sogenannte „Gefälligkeitsvertrag“ in der Rechtsprechung, Köln: Druck Max Welzel, 1933 (zugleich Dissertation)

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.) [Bearbeiter, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 17-27 (2007)]: Grundgesetz, Band III, Art. 17-27, 50. Lieferung, Stand: Juni 2007, München: C. H. Beck, 2007

Medicus, Dieter [Allgemeiner Teil, 2006]: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2006

Medicus, Dieter [Bürgerliches Recht, 2007]: Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 21. Auflage, Köln, Berlin, München: Carl Heymanns, 2007

- Medicus, Dieter* [Schuldrecht II, 2007]: Schuldrecht II: Besonderer Teil, 14. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Medicus, Dieter* [Reichweite, 1996]: Zur Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen, in: *Reinhard Böttcher/Götz Hueck/Burkhard Jähne* (Hrsg.): Festschrift Odersky, 1996, S. 589-604
- Meyer, Peter* [Fiktionen, 1975]: Fiktionen im Recht, (ohne Angabe von Erscheinungsort und Verlag), 1975 (zugleich Dissertation)
- Michaelis, Heinz* [Gefälligkeitsleistung und Vertrag, 1937]: Gefälligkeitsleistung und Vertrag: Grundsätze einer gegenseitigen Abgrenzung, Würzburg: Richard Mayr, 1937 (zugleich Dissertation)
- Michalski, Lutz* [NZG 1998]: Treuepflichten persönlich haftender Gesellschafter (OHG, KG), in: NZG 1998, S. 460-461
- Musielak, Hans - Joachim* [WM 1999]: Die „gefestigte Rechtsprechung“ des Bundesgerichtshofs zum Zustandekommen eines Auskunftsvertrages mit einer Bank, in: WM 1999, S. 1593-1596
- Musielak, Hans - Joachim* [Bearbeiter, in: Musielak, ZPO, (2007)]: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München: Franz Vahlen, 2007
- Neuner, Jörg* [Vertragsauslegung, 2007]: Vertragsauslegung - Vertragsergänzung - Vertragskorrektur, in: *Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller* (Hrsg.): Festschrift Canaris I, 2007, S. 901-924
- Oertmann, Paul* [DJZ 1904]: Zur Frage der Haftung für Tierschäden, in: DJZ 1904, S. 136-143
- Ohly, Ansgar* [AcP 201 (2001)]: Generalklausel und Richterrecht, in: AcP 201. Band, 2001, S. 1-47
- Palandt, Otto* [Bearbeiter, in: Palandt, (2008)]: Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Pallmann, Hans - Dietrich* [Gefälligkeitsverhältnisse, 1971]: Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen, Tübingen: (ohne Angabe des Verlages), 1971 (zugleich Dissertation)
- Ratajczak, Thomas* [Schweinezyklus, 2001]: Der Schweinezyklus in der Aufklärungsrechtsprechung, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.): Risiko Aufklärung, 2001, S. 1-30
- Rieble, Volker* [Kodifikation, 2003]: Die Kodifikation der culpa in contrahendo, in: *Barbara Dauner - Lieb/Horst Konzen/Karsten Schmidt* (Hrsg.): Das neue Schuldrecht, 2003, S. 137-157
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo §§ 611-704, (2005)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2005

- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo §§ 705-853, (2004)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2004
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo §§ 854-1296, (2004)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 4. Auflage, München: C. H. Beck, 2004
- Redeker, Konrad* (Hrsg.) [Recht - Gerechtigkeit - Rechtsstaat, 2006]: Recht - Gerechtigkeit - Rechtsstaat: Beiträge zwischen 1964 und 2005, Köln, Berlin, München: Carl Heymanns, 2006
- Rother, Werner* [Haftungsbeschränkung, 1965]: Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München, Berlin: C. H. Beck, 1965 (zugleich Habilitationsschrift)
- Rotter, Frank/Weinberger, Ota/Wieacker, Franz* (Hrsg.) [ARSP Beiheft 13, 1980]: ARSP Beiheft neue Folge Nr. 13, Wiesbaden: Franz Steiner, 1980
- Rottleuthner, Hubert* [ARSP Beiheft 13 (1980)]: Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: *Frank Rotter/Ota Weinberger/Franz Wieacker* (Hrsg.): ARSP Beiheft 13, 1980, S. 97-118
- Rüthers, Bernd* [Unbegrenzte Auslegung, 2005]: Die unbegrenzte Auslegung, 6. Auflage, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005
- Rumpf, M.* [JherJb 49 (1905)]: Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht, in: JherJb 49. Band, 1905, S. 333-406
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo, §§ 1-240, (2006)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Auflage, München: C. H. Beck, 2006
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo, §§ 241-432, (2007)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.) [Bearbeiter, in: MüKo, §§ 433-610, (2008)]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 5. Auflage, München: C. H. Beck, 2008
- Sandweg, H. - Eberhard* [BWNotZ 1990]: Grenzen der Vertragsgestaltung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: BWNotZ 1990, S. 49-57
- Schieferstein, Rudolf* [Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug, 1936]: Die Gefälligkeitsfahrt im Kraftfahrzeug im alten und im neuen Recht, Gelnhausen: F. W. Kalbfleisch, 1936 (zugleich Dissertation)
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan* [Bundesverfassungsgericht, 2007]: Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Auflage, München: C. H. Beck, 2007

- Schlechtriem, Peter* [Gutachten, 1981]: Vertragliche und außervertragliche Haftung. Empfiehlt es sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre Ausgestaltung aneinander anzugleichen? in: *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge, 1981, S. 1591-1679
- Schmidt, Jürgen* [Präzisierung, 1990]: Präzisierung des § 242 BGB - eine Daueraufgabe?, in: *Okko Behrends/Malte Dießelhorst/Ralf Dreier* (Hrsg.): Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, S. 231-257
- Schünemann, Hermann* [Entscheidungskonflikt, 2001]: Die Bedeutung des plausiblen Entscheidungskonfliktes des Patienten für den haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Gesundheitsschaden, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.): Risiko Aufklärung, 2001, S. 71-81
- Schubert, Werner/Glöckner, Hans Peter* (Hrsg.) [Nachschlagewerk Band 7, 2, 1999]: Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Bürgerliches Gesetzbuch Band 7, 2, Goldbach: Keip, 1999
- Schulze, Reiner* (Schriftleitung) [Bearbeiter, in: BGB Handkommentar, (2007)]: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage, Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007
- Schumacher, Maria* [Gefälligkeitsfahrten, 1932]: Die rechtliche Beurteilung von Gefälligkeitsfahrten nach Kraftfahrzeugrecht, Sendenhorst (Westf.): F. Pöttken, 1932 (zugleich Dissertation)
- Schwerdtner, Peter* [NJW 1971]: Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabatts in der Haftpflichtversicherung, in: NJW 1971, S. 1673-1678
- Sendler, Horst* [Folgenberücksichtigung, 2006]: Zur richterlichen Folgenberücksichtigung und -verantwortung, in: *Konrad Redeker* (Hrsg.): Recht - Gerechtigkeit - Rechtsstaat, 2006, S. 205-240
- Sendler, Horst* [Richterrecht, 2006]: Überlegungen zu Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung, in: *Konrad Redeker* (Hrsg.): Recht - Gerechtigkeit - Rechtsstaat, 2006, S. 179-204
- Siber* (ohne Angabe des Vornamens) [DJZ 1905]: Zur Haftpflicht für Tiere und Automobile, in: DJZ 1905, S. 138-141
- Singer, Reinhard* [JZ 1995]: Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, in: JZ 1995, S. 1133-1141
- Soergel, Th.* (Begr.) [Bearbeiter, in: Soergel, §§ 104-240, (1999)]: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln: W. Kohlhammer, 1999
- Spickhoff, Andreas* [NJW 2006]: Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe, in: NJW 2006, S. 2075-2076
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [Bearbeiter, in: Staudinger, §§ 90-133, (2004)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren, Bearbeitung 2004, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2004

- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 134-163, (2003)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 4, Neubearbeitung 2003, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2003
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 241, 242, (1983)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einleitung zu §§ 241ff; §§ 241, 242; Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 12. Auflage, Berlin: J. Schweitzer/De Gruyter, 1983
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 241-243, (2005)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum Schuldrecht, Treu und Glauben, Neubearbeitung 2005, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2005
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 255-304, (2004)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Leistungsstörungen I, Neubearbeitung 2004, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2004
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 311, 311 a, 312, 312 a-f, (2005)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Vertragsschluss, Neubearbeitung 2005, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2005
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 516-534, (2005)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Schenkungsrecht, Neubearbeitung 2005, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2005
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 581-606, (2005)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Pacht, Landpacht, Leihe, Neubearbeitung 2005, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2005
- Von Staudinger, J.* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Staudinger, §§ 657-704, (2006)]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Geschäftsbesorgung, Neubearbeitung 2006, Berlin: Sellier/De Gruyter, 2006
- Stoll, Hans* [JZ 1964]: Anmerkung zu BGH, U. v. 05.03.1963, Az.: VI ZR 123/62, in: JZ 1964, S. 61-63
- Stoll, Hans* [JZ 1988]: Anmerkung zu BGH, U. v. 30.06.1987, Az.: VI ZR 257/86, in: JZ 1964, S. 153-155
- Thiele, Wolfgang* [JZ 1967]: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, in: JZ 1967, S. 649-657
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans* (Begr.) [*Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo, ZPO, (2007)]: Zivilprozessordnung, 28. Auflage, München: C. H. Beck, 2007
- Warneyer, Otto* (Hrsg.) [Warneyers Jahrbuch, 1909]: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen: Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, 2. Jahrgang, Leipzig: Arthur Roßberg, 1909
- Westermann, Harm Peter* (Hrsg.) [*Bearbeiter*, in: Erman, §§ 1-811, (2004)]: Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 11. Auflage, Köln: Aschendorff Rechtsverlag, 2004

Willoweit, Dietmar [Abgrenzung und Relevanz, 1969]: Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, Berlin: Duncker & Humblot, 1969

Zweigert, Konrad [JZ 1964]: Seriösitätsindizien, in: JZ 1964, S. 349-354