

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess

**Zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung
kraft Sonderverbindung**

Björn Arndt

Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess

– zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung –

von Björn Arndt

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kindl

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dörner

Dekan: Prof. Dr. Saenger

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 2014

D 6

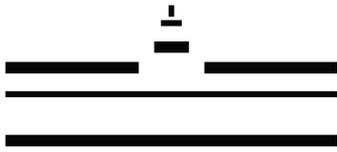
Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät, 2014

Björn Arndt

Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess



MV WISSENSCHAFT



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 13

Björn Arndt

Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess

Zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Björn Arndt

„Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess : zugleich ein Beitrag zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 13

© 2015 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-ND 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/de/>



ISBN 978-3-8405-0118-0

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-91319475479

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2015 Björn Arndt

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Björn Arndt

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Februar 2014 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich allen voran Herrn Prof. Dr. Johann Kindl, dessen zuvorkommende Betreuung und konstruktive fachliche Anregungen für mich äußerst wertvoll waren. Für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens gebührt Herrn Prof. Dr. Heinrich Dörner Dank.

Besonderer Dank gilt Steven Kensy, der mir während der gesamten Zeit mit unermüdlichem Einsatz in intensiven Gesprächen und mit vielen nützlichen Hinweisen sehr geholfen hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei Dr. Björn Krumrey und Johann Quatmann für den hilfreichen Gedankenaustausch, der ebenfalls zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat.

Sehr dankbar bin ich meiner Frau Anne, die mir jederzeit nach Kräften geholfen und mich immer wieder motiviert hat. Besonders herzlicher Dank gebührt meinen Eltern, Anneliese und Dr. Detlef Lothar Arndt, die mich stets bedingungslos unterstützt und gefördert haben.

Essen, im Dezember 2014

Björn Arndt

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
I. Einleitung	1
II. Der Fremdbesitzerexzess	3
1. Meinungsstand zum Fremdbesitzerexzess	3
a) Teleologische Reduktion	3
b) Alternative, im Schrifttum entwickelte Ansätze	6
2. Analyse und Kritik des Meinungsstandes	13
a) Exklusivität des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses	13
b) Schutz des Gutgläubigen	18
c) Teleologische Reduktion	23
d) Alternative Ansätze	25
3. Zwischenergebnis / Zusammenfassung.....	31
III. Die außervertragliche Sonderverbindung	35
1. Begründungsansätze einer außervertraglichen Haftung kraft Sonderverbindung	36
a) Entstehung außervertraglicher, nichtdeliktischer Schadensersatzhaftung.....	36
b) Existierende Begründungskonzepte	39
(1) Vertragsbasierter Ansatz	39
(2) Haftungsbegründung durch verschiedene Formen von Kontakt	44
(a) Sozialer Kontakt	45
(b) Weitere Formen des Kontakts.....	46
(c) Geschäftlicher Kontakt	47

(3) Vertrauen als Haftungsgrundlage.....	50
(4) Rechtskreisüberschneidung	54
(5) Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit	55
(6) „Selbstbindung ohne Vertrag“	56
(7) Funktionaler Lösungsansatz	58
(8) Neminem laedere-Prinzip.....	59
(9) Exklusivität deliktsrechtlicher Pflichten?.....	60
c) Stellungnahme	62
(1) Vertragsbasierte Ansätze	62
(2) Verschiedene Formen des Kontakts	64
(a) Sozialer Kontakt	65
(b) Weitere Formen des Kontakts.....	65
(c) Geschäftlicher Kontakt	68
(3) Vertrauen als Haftungsgrundlage.....	73
(4) Rechtskreisüberschneidung	79
(5) Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit	80
(6) „Selbstbindung ohne Vertrag“	83
(7) Funktionaler Lösungsansatz	87
(8) Neminem laedere-Prinzip.....	88
(9) Deliktsrechtliche Pflichten	92
d) Eigener Standpunkt	98
(1) Zweiseitiger Haftungstatbestand.....	98
(a) Objektive Komponente	98
(b) Subjektive Komponente: Gemeinsamer Zweck	99
(2) Bedeutung und Inhalt des gemeinsamen Zwecks	100
(a) Teilidentität mit Grund vertraglicher Bindung	100
(b) Funktion des gemeinsamen Zwecks	101
(c) Begriffsinhaltliche Eingrenzung	101
(d) Parallele zur c.i.c.-Haftung	105
(e) Anforderungsniveau	106
(f) Vergleich mit Elementen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der GoA	108
(3) Bewertung des Vertrauenskriteriums	111

2. Charakteristika und gesetzliche Verankerung des außervertraglichen Schuldverhältnisses	112
a) Rechtsnatur.....	112
(1) Systematik.....	113
(2) Orientierung an jeweiligen Rechtsfolgen	113
(a) Illustration am Gewährleistungsrecht	116
(b) Übertragung auf Sonderverbindung.....	118
b) Dogmatische Einordnung des Schutzpflichtverhältnisses....	120
(1) Nachvertragliche Pflichten und nichtiger Vertrag	121
(a) Trennung von Vertrags- und Schutzpflichten.....	122
(b) Abgrenzung von Nebenleistungs- und Schutzpflichten .	124
(c) Beendigung des Schutzpflichtverhältnisses.....	126
(d) Stütze in den Motiven.....	126
(2) Gefälligkeitsverhältnisse	127
c) Gesetzliche Stütze?	130
(1) Die Vorschrift des § 311 Abs. 2 BGB	130
(a) Regelung der c.i.c.	130
(b) Pflichtverletzung nach Anbahnungsphase	131
(2) § 311 Abs. 2 BGB für Gefälligkeitsverhältnisse?	135
3. Zwischenergebnis.....	138
4. Einordnung des allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestandes in die Systematik des BGB.....	141
a) Verhältnis zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	141
(1) Lex posterior derogat legi priori	141
(2) Lex specialis derogat legi generali	142
(a) Formelles Verständnis von Spezialität.....	143
(b) Inhaltliche Spezialität: ratio legis	143
b) Verhältnis zum Deliktsrecht.....	153
c) Verhältnis zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung.	156

5. Anwendung des allgemeinen Haftungstatbestandes kraft Sonderverbindung	158
a) Fälle unwirksamer / nicht zustande gekommener Verträge ..	158
b) Gefälligkeitsverhältnisse	164
IV. Konsequenzen	177
1. Zurechnung (§ 278 BGB)	177
2. Verschulden	179
a) Die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.....	180
(1) Darstellung und Kritik der im Rahmen der Schuldrechts- modernisierung gegebenen Begründung	181
(2) Geltungsgrund der Vermutung und Differenzierung nach dem Charakter der jeweils verletzten Pflicht	184
(3) Regelungsgehalt der Verschuldensvermutung	188
(4) Haftungsunterschiede	191
(5) Zwischenergebnis	195
b) Haftungsmaßstab im Schutzpflichtverhältnis.....	195
(1) Gesetzliche Haftungsprivilegierungen.....	196
(2) Vereinbarte Haftungserleichterungen	201
(3) Zwischenergebnis	203
V. Thesenartige Zusammenfassung / Ergebnis	205
1. Thesen	205
2. Ergebnis.....	207
Literaturverzeichnis	209

Abkürzungsverzeichnis

Aufgeführt sind Abkürzungen, die weder enthalten sind im

Kirchner, Hildebert (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Verlag Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 7. Auflage 2013

noch im

Duden, Konrad (Begr.): Die deutsche Rechtschreibung, Duden Band 1, Dudenverlag, Bibliographisches Institut, Berlin, 26. Auflage 2013

bzgl.	bezüglich
ders./dies./	derselbe/dieselbe/denselben/demselben
dens./dems.	
Dig.	Digesten
E I	Erster Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs
E II	Zweiter Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs
Einf	Einführung
Einl.	Einleitung
i.E.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der
insb.	insbesondere
Vorb./Vorbem./	Vorbemerkung
Vorbem	

I. Einleitung

Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (im Folgenden: EBV) enthält mit den §§ 987 ff. BGB im Hinblick auf Nutzungs-, Schadens- sowie Verwendungsersatz nahezu umfassende Regelungen für Fälle, in denen Eigentum und Besitz an Sachen oder Grundstücken nicht bei derselben Person liegen. So trifft grundsätzlich den Besitzer, der etwa wegen Unwirksamkeit des zu Grunde liegenden Vertrages nicht zum Besitz berechtigt ist, im Falle der Beschädigung der im Eigentum des Anderen stehenden Sache eine Pflicht zum Ersatz des hierin liegenden Schadens, wenn er im Zeitpunkt des Schadenseintritts verklagt oder hinsichtlich seines vermeintlichen Besitzrechts nicht in gutem Glauben war. Dies bringt nach h.M. eine Privilegierung des zwar unberechtigten, aber unverklagten bzw. gutgläubigen Besitzers zum Ausdruck.¹

Problematisch ist die Konstellation, in der der Besitzer zwar von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses ausgeht, das ihn zum Besitz berechtigt, jedoch ein Verhalten zeigt, das ihm auch im Fall eines wirklichen Besitzrechtsverhältnisses nicht erlaubt wäre. Eine Schadensersatzhaftung für diesen Fall des die Grenzen des angenommenen Besitzrechts überschreitenden Besitzers ist bei unbefangenen Verständnis im EBV nicht ausdrücklich geregelt. Da der Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB abgesehen von der Pflicht zur Herausgabe von gezogenen Früchten, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, jegliche Haftung ausschließt, stellt sich die Frage nach der sachgemäßen und in dogmatischer Hinsicht korrekten schadensersatzrechtlichen Behandlung solcher Fälle des zwar unberechtigten, jedoch gutgläubigen Fremdbesitzers im Exzess.

Die Beantwortung muss damit beginnen, die bisher vorgebrachten Lösungsansätze aufzuzeigen und diese kritisch zu würdigen (II.). Nach Darstellung der jeweiligen Schwächen in der Begründung der einzelnen Lösungsvorschläge oder der in deren Konsequenz liegender Ungereimtheiten soll die Möglichkeit eines alternativen Vorgehens überprüft werden. Hierfür wird an den Besonderheiten der zwischen Eigentümer

¹ S. nur *Westermann*, SachenR, S. 135 Rn 300; *Schulte-Nölke* in: Hk-BGB, Vor §§ 987–1003 Rn 2; *Roth*, JuS 1997, 518, f.; a.A. *Pinger*, JR 1973, 268, 270.

und Fremdbesitzer bestehenden Beziehung angesetzt. Den Ausgangspunkt bildet also die Frage, ob diese Beziehung eine als Schuldverhältnis zu bewertende Sonderverbindung darstellt, die als Anknüpfungspunkt für eine allgemeine schuldrechtliche Schadensersatzhaftung dienen könnte. Daher sollen im nächsten Abschnitt in einem ersten Teil (III. 1.) – unter Auswertung vor allem des Schrifttums – zunächst Überlegungen dazu angestellt werden, welche Merkmale generell die Annahme von Pflichten rechtfertigen können, die ein Schuldverhältnis konstituieren. Vor diesem Hintergrund wird anschließend ein eigener Standpunkt entwickelt, der als Vorschlag *de lege ferenda* zu verstehen ist und im Rahmen dessen die Voraussetzungen eines außervertraglichen Schutzpflichtverhältnisses und damit die Grundlage für einen allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand aufgestellt sowie begründet werden.

In einem zweiten Teil (III. 2.) soll zunächst die Rechtsnatur des genannten Schutzpflichtverhältnisses bestimmt werden, um letzteres danach unter Beleuchtung der Situation nach Abwicklung und bei Unwirksamkeit eines Vertrages sowie im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen oder anderen Beziehungen, in denen kein Vertragsschluss angestrebt wird, dogmatisch einzuordnen. Schließlich wird der Frage nachgegangen, ob und, wenn ja, inwieweit eine gesetzliche Stütze für den zuvor induktiv entwickelten Haftungstatbestand zur Lösung von Fällen des Fremdbesitzerexzesses besteht. Ein weiterer Teil (III. 4.) widmet sich der Einordnung des allgemein-schuldrechtlichen Haftungstatbestandes in die Systematik der Schadensersatzhaftungsregime des BGB, insbesondere dem Verhältnis zum EBV, zum Delikts- und zum Bereicherungsrecht; eine Abgrenzung zum Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag (im Folgenden GoA) erfolgt aus Gründen der thematischen Sachnähe bereits zuvor (unter III. 1. d) (2) (f), III. 3.). Im letzten Teil dieses Abschnitts (III. 5.) wird die Eignung des zuvor entwickelten Haftungstatbestandes zur Anwendung auf unterschiedliche Konstellationen, in denen es zu einem Fremdbesitzerexzess kommen kann, überprüft.

Im letzten Abschnitt (IV.) sollen die Konsequenzen des hier entwickelten Ansatzes in Gegenüberstellung zu bislang in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Lösungswegen erarbeitet werden, bevor die Untersuchung mit einer Zusammenfassung und der Formulierung eines Ergebnisses abschließt.

II. Der Fremdbesitzerexzess

1. Meinungsstand zum Fremdbesitzerexzess

In der Vergangenheit sind bereits verschiedene Ansichten dazu vorgebracht worden, wie die Fälle des Fremdbesitzerexzesses zu lösen seien. Sie unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer Begründungen als auch in Bezug auf die aus der Wahl der anzuwendenden Vorschriften resultierenden Rechtsfolgen: So ergibt sich aus dem mit divergierender Argumentation befürworteten Rekurs auf wiederum unterschiedliche Vorschriften aus dem EBV, dass man zwar wegen Annahme eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zur Anwendbarkeit des § 278 BGB gelangt,² jedoch den Umfang der Schadensersatzhaftung insoweit beschränkt, als ein Vorenthaltungsschaden nicht ersatzfähig ist;³ hingegen folgt aus der demgegenüber vertretenen Anwendbarkeit des Deliktsrechts einerseits eine wegen der in § 831 BGB dem Geschäftsherrn eingeräumten Exkulpationsmöglichkeit weniger strenge Gehilfenhaftung, andererseits eine – mangels Ausklammerung des Vorenthaltungsschadens – inhaltlich weitergehende Haftung.⁴

a) Teleologische Reduktion

Die Rechtsprechung, der sich Teile des Schrifttums angeschlossen haben, geht bereits seit einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 17.01.1921 davon aus, der zwar redliche, aber unberechtigte Besitzer dürfe im Ergebnis nicht besser gestellt werden als der berechtigte, der neben der Haftung aus dem jeweils die Besitzberechtigung begründenden Vertrag derjenigen nach Deliktsrecht ausgesetzt sei.⁵ Zwar ergebe

² S. nur *Grüneberg* in: Palandt, § 278 Rn 3; *Prütting*, SachenR, S. 231 Rn 543.

³ Ein solcher ist nur unter den weiteren Voraussetzungen von § 990 Abs. 2 BGB (Bösgläubigkeit und Verzug) bzw. §§ 992, 823 BGB (deliktische Besitz-erlangung) zu ersetzen, vgl. *Baldus* in: MüKo, § 989 Rn 19; *Fritzsche* in: Bam-berger/Roth, § 989 Rn 15.

⁴ Zu weiteren Haftungsunterschieden zwischen EBV-Regeln und Deliktsrecht vgl. unten S. 12 sowie S. 16 unter Fn 63.

⁵ RGZ 101, 307, 309 ff., insb. 311; vgl. für nachfolgende Rechtsprechungsnachweise RGZ 106, 149, 152 f.; 157, 132, 135; BGH, NJW 1951, 643; 1967, 42 f.

sich aus einem Rückschluss aus §§ 992, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, dass es sich bei den Regelungen hinsichtlich des EBV um einen grundsätzlich abschließenden Normenkomplex handele,⁶ da ansonsten dessen Wertungen unterlaufen würden.⁷ Allerdings habe der in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB geregelte Ausschluss eines weitergehenden Anspruches gegen einen zwar unberechtigten, aber in Ansehung seines vermeintlichen Besitzrechts gutgläubigen Besitzer nicht auch den Fremdbesitzer im Exzess erfassen sollen, so dass die genannte Norm entsprechend teleologisch zu reduzieren sei.⁸ Neben dem Vergleich mit der Haftung eines berechtigten Besitzers werden vor allem zwei weitere Argumente vorgebracht:

Das erste stützt sich auf die Entstehungsgeschichte des BGB. Während der Beratungen der 2. Kommission wurde der Antrag gestellt, eine Vorschrift aufzunehmen, die vorsehen sollte, dass die Haftung des Fremdbesitzers wegen verschuldeter Beschädigung der Sache unberührt bleibe.⁹ Die Tatsache, dass eine solche Regelung keinen Eingang ins BGB gefunden hat, wurde unterschiedlich zu erklären versucht. So ist man teilweise von einem redaktionellen Versehen ausgegangen.¹⁰ Daneben wurde angenommen, man sei anscheinend bei der Schlussredaktion des Gesetzestextes von deren Entbehrlichkeit überzeugt gewesen, da

unter II. 5.; WM 1976, 350 f. unter II. 2. d); OLG Saarbrücken, NJW 1997, 1242 f. unter II. 4; ebenso *Weber*, SachenR I, S. 318 Rn 33; *Roth*, JuS 2003, 937, 942; vgl. auch die in Fn 8 Genannten.

⁶ Ausführlicher zu dieser Ausschließlichkeitsthese unten unter II. 2. a) und b) (S. 13–22).

⁷ Insbesondere die Privilegierung des gutgläubigen Besitzers, s.o. S. 1 (bei Fn 1).

⁸ *Schreiber*, Jura 1992, 356, 361; *Kindl*, JA 1996, 115, 117 f.; *Ebbing* in: Erman, Vor §§ 987–993 Rn 47; *Schellhammer*, SachenR, S. 84 Rn 157; *Gerhardt*, MobiliarsachenR, S. 81 f.; *Stadler* in: Soergel, Vor § 987 Rn 22, der jedoch eine Ausstrahlungswirkung des § 991 Abs. 2 BGB dergestalt annimmt, dass der vereinbarte bzw. gesetzliche Haftungsmaßstab des vermeintlichen Besitzrechts auch für die Haftung nach §§ 823 ff. BGB gelte; ähnlich *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, S. 230 (Rn 16).

⁹ S. Prot. III, 346: Antrag 8. b) Satz 2.

¹⁰ *Johannsen* in: RGRK (11. Aufl.), § 992 Anm. 14; *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 171; *Dietz*, Anspruchskonkurrenz, S. 208; auch *Prym* nahm bereits an, „dass diese lex vergessen sei“, befürwortete jedoch nicht eine nachträgliche Hinzufügung des genannten Passus, sondern hielt die – auch von ihm als „unbilliges Resultat“ bewertete – Konsequenz der Haftungsfreiheit des Fremdbesitzers im Exzess „nach dem zweifelsfreien Wortlaute [...] [für] das einzig mögliche“, vgl. *Prym*, Konkurrenz, S. 81 f. mit Fn 2c).

sich der darin enthaltene Gedanke bei richtiger Auslegung der übrigen Vorschriften des Gesetzes schon aus diesem selbst ergebe.¹¹ *Wieling* verweist auf die Fassung des § 930 des ersten Entwurfs, der nur denjenigen (gutgläubigen) Fremdbesitzer (dort noch Inhaber genannt) von einer Haftung ausnahm, der den Besitz nicht vom Eigentümer, sondern von einem Dritten erworben hatte; man habe wohl bei der Schaffung des § 991 Abs. 2 BGB, der demgegenüber die Schadensersatzhaftung des einem Dritten den Besitz mittelnden, gutgläubigen Fremdbesitzers dem Grunde nach vorsieht,¹² den Fall übersehen, dass der (Fremd-)Besitzer auf Grund eines unwirksamen Vertrages für den Eigentümer selbst besitze, da man möglicherweise „bei der endgültigen Redaktion dieses Paragraphen noch in den Vorstellungen des 1. Entwurfs gefangen war und nur an den Fremdbesitzer dachte, der für einen Dritten besitzt“.¹³

Abgesehen von diesem rechtshistorischen Aspekt, aus dem also mit leicht unterschiedlicher Erklärung gefolgert wird, dass bei Entstehung des BGB eine Exzesshaftung des Fremdbesitzers für eine Beschädigung der Sache intendiert gewesen sei, wird ein weiteres Argument für die teleologische Reduktion angeführt: Der Gedanke, dass der Gutgläubige im Vertrauen auf sein Besitzrecht mit der übergebenen Sache verfahren dürfe, wie er wolle (quasi *suam rem neglexit*),¹⁴ treffe nur auf den Eigen-, nicht jedoch auf den Fremdbesitzer zu,¹⁵ da Letzterer stets davon ausgehen musste, die Sache zurückgeben zu müssen, und ihn daher die Annahme eines ohnehin lediglich temporären Besitzrechts nicht schutzwürdig erscheinen lasse.¹⁶

Auf Grund dieser Erwägungen sei im Falle eines Exzesses des gutgläubigen Fremdbesitzers eine Anwendung der deliktsrechtlichen

¹¹ RGZ 101, 307, 311.

¹² Allerdings begrenzt diese Vorschrift die Haftung dem Inhalt nach darauf, wie der den Besitz mittelnde Fremdbesitzer dem Dritten gegenüber verantwortlich ist.

¹³ *Wieling*, MDR 1972, 645, 651; *Wieling* plädiert aaO jedoch für eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB.

¹⁴ Vgl. schon Dig. 5.3.31.3; Prot. III, 347: „Der redliche Besitzer dürfe allerdings für Beschädigungen der Sache, die er in der Meinung, Eigenthümer zu sein, vorgenommen habe, nicht verantwortlich gemacht werden“.

¹⁵ *Pikart* in: RGRK, § 987 Rn 17.

¹⁶ *Wolf/Wellenhofer*, SachenR, S. 342 Rn 42; *Gursky* in: Staudinger, Vorb. zu §§ 987–993 Rn 32 a.E.

Regeln ausnahmsweise nicht durch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB versperrt; der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Beschädigung der Sache richte sich nach § 823 BGB, eine eventuelle Gehilfenhaftung somit nach § 831 BGB.

b) Alternative, im Schrifttum entwickelte Ansätze

Trotz überwiegender Zustimmung zu dem Anliegen, den unberechtigten Besitzer nicht besser zu behandeln als den berechtigten, finden sich in der Literatur mehrere, vor allem hinsichtlich der dogmatischen Begründung einer Haftung des gutgläubigen Fremdbesitzers im Exzess abweichende Ansätze.

(1) Der Argumentation, den Fremdbesitzer kennzeichne gerade sein Wissen um die Rückgabepflicht der Sache, weshalb er bei schuldhafter Beschädigung derselben auch im Falle guten Glaubens hinsichtlich seiner Besitzberechtigung dem Eigentümer gegenüber zu Schadensersatz verpflichtet sein solle,¹⁷ bedienen sich Vertreter mehrerer Lösungswege, wenn auch mit unterschiedlichen Folgerungen. So wird teilweise mit dem Vergleich der Lage des unrechtmäßigen Fremdbesitzers und der des unrechtmäßigen Eigenbesitzers nach Rechtshängigkeit die analoge Anwendung der §§ 990 Abs. 1, 989 BGB für richtig gehalten: Der ursprünglich gutgläubige Eigenbesitzer dürfe sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit wegen des dadurch geschaffenen Bewusstseins für eventuell ihm gegenüber bestehende Herausgabeansprüche nunmehr lediglich als einen reinen Verwalter einer fremden Sache betrachten; daraus begründe sich dessen Haftung für eine nach diesem Zeitpunkt begangene schuldhafte Beschädigung der Sache. Ebenso verhalte es sich mit dem Fremdbesitzer, der schließlich ohnehin wisse, dass er die Sache zurückzugeben verpflichtet sein werde, weshalb es – ungeachtet dessen Gutgläubigkeit – diesem gegenüber gleichermaßen gerechtfertigt sei, die auch den unrechtmäßigen und verklagten Eigenbesitzer treffende Haftung zur Anwendung gelangen zu lassen.¹⁸ Der Fremdbesitzer, der sein vermeintliches Besitzrecht über-

¹⁷ Vgl. dazu auch bereits *Bolze*, AcP 74 (1889), 97, 107.

¹⁸ *Schneider*, MDR 1955, 718 f.; *Imlau*, MDR 1957, 263 f.

schreitet, sei in diesem Augenblick schon nicht mehr gutgläubig;¹⁹ er stelle sich im Gegensatz zum Eigenbesitzer gerade nicht vor, hierbei rechtmäßig zu handeln. Er sei daher trotz eventueller Gutgläubigkeit als bösgläubig anzusehen, so dass er analog §§ 990 Abs. 1, 989 BGB hafte.²⁰

(2) Die Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB ist in systematischem Zusammenhang mit dessen erstem Absatz zu lesen und regelt vor diesem Hintergrund ihrem Wortlaut nach die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht des gutgläubigen Fremdbesitzers nur für den Fall eines Drei-Personen-Verhältnisses.²¹ Teilweise wird in dieser Regelung jedoch die Lösung auch für das Zwei-Personen-Verhältnis²² gesehen, sei es in direkter oder analoger Anwendung dieser Norm.²³

Auch insoweit wird als verbindendes Element zwischen den beiden Konstellationen die Kenntnis des Fremdbesitzers von der Fremdheit der von ihm besessenen Sache angeführt, weshalb dieser bei deren Beschädigung auch um den damit einhergehenden rechtswidrigen Übergriff in fremdes Eigentum wisse; dass § 991 Abs. 2 BGB ein Drei-

¹⁹ Heck, Grundriß, § 69 Nr. 2 (S. 289); Wolff/Raiser, SachenR, S. 336 a.E.; ähnlich Krause, Haftung des Besitzers, S. 114, der zwar § 990 Abs. 1 S. 1 BGB als Analogievorschrift für unbrauchbar hält, da hierin „auf die subjektive Einstellung bei Besitzerwerb abgestellt [werde], die gerade die Haftungsbefreiung des Besitzers der Exzeßhandlung bewirkt“; allerdings zieht er (aaO) §§ 990 Abs. 1 S. 2, 989 BGB in analoger Anwendung heran; vgl. auch Hefermehl in: Erman (10. Aufl.), Vor § 987 Rn 24 (Haftung gemäß §§ 990, 989 BGB, daneben jedoch direkt nach §§ 823 ff. BGB).

²⁰ Vgl. Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, S. 130.

²¹ Geregelt ist also die Konstellation, dass ein unmittelbarer Fremdbesitzer den Besitz an einer Sache für einen vom Eigentümer verschiedenen, mittelbaren Besitzer ausübt.

²² D.h. die Konstellation, in der der Fremdbesitzer den Besitz unmittelbar vom Eigentümer ableitet, wobei das zu Grunde liegende rechtsgeschäftliche Besitzrechtsverhältnis jedoch unwirksam ist.

²³ Wieling, SachenR, S. 175; ders., SachenR I, S. 573; Wilhelm, SachenR, Rn 1302; Hiness, Problem der Konkurrenz, S. 23 f.; Schreiber, SachenR, S. 130 Rn 215, der auch in diesem Zusammenhang den Gedanken fruchtbar macht, der zwar redliche, aber unrechtmäßige Fremdbesitzer dürfe gegenüber dem rechtmäßigen nicht privilegiert werden, vgl. oben unter II. 1. a) (S. 3); Baur/Stürner, SachenR, § 11 Rn 32 (S. 122), die jedoch daneben auch eine Stütze auf § 823 BGB zulassen; ebenso Rosenlöcher, Entwicklung des EBV, S. 134 f.

Personen-Verhältnis und damit mehrere Rechtsverhältnisse voraussetzt, sei zu vernachlässigen, da hierauf die Haftungsanordnung für den an sich (gemäß § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB) geschützten gutgläubigen Besitzer nicht beruhe.²⁴ Jene Vorschrift enthalte mit der Vorgabe, dass für die Haftung des Besitzmittlers gegenüber dem Eigentümer die Beziehung desselben zu dem Dritten (dem mittelbaren Besitzer) und somit der Grad der Verantwortlichkeit diesem gegenüber maßgeblich sei, den von der Anzahl der Beteiligten unabhängigen, allgemeinen Gedanken, dass jeder unrechtmäßige Fremdbesitzer dem Eigentümer für eine schuldhafte Beschädigung von dessen Sache einzustehen hat, soweit ihn die gleiche Haftung auch im Falle des Bestehens des angenommenen Besitzrechtsverhältnisses getroffen hätte;²⁵ dass ein solches entgegen seiner Vorstellung nicht bestand, solle also nicht zu einer Besserstellung des unrechtmäßigen Fremdbesitzers führen, da er in dem Fall, dass seine Vorstellung zutreffend gewesen wäre, ebenfalls nach Maßgabe des das vermeintliche Besitzrecht begründenden Vertrages auf Schadensersatz gehaftet hätte.²⁶

Neben diesen auf der Kenntnis des Fremdbesitzers um sein nur zeitlich beschränktes Besitzrecht beruhenden Erwägungen wird auch rechts-historisch argumentiert,²⁷ und zwar unter Bezugnahme auf den bereits angesprochenen, von der zweiten Kommission beschlossenen Antrag 8. b) Satz 2²⁸ und der dazu angeführten Begründung:²⁹ Hieraus ergebe sich, dass man den Fremdbesitzer, der sich nicht im Rahmen seines (eventuell auch nur angenommenen) Besitzrechts hält, dem Eigentümer für eine Beschädigung von dessen Sache haften lassen wollte, ungeachtet der Frage, ob der Fremdbesitzer seinen Besitz von einem Dritten ableitet oder ihn direkt dem Eigentümer mittelt. Zwar seien sowohl die

²⁴ Köbl, Das EBV, S. 179.

²⁵ Weber, SachenR I, S. 318 f. Rn 33 f.; Michalski in: FS Gitter, 677, 608.

²⁶ Vgl. Wilhelm, JZ 2004, 650, 652.

²⁷ Katzenstein, AcP 204 (2004), 1, 8 ff.

²⁸ S.o. S. 4 mit Fn 9.

²⁹ Vgl. Prot. III, 347: „Gehe die Beschädigung [...] von einem Besitzer aus, der die Sache nicht als Eigenbesitzer besitze, so müsse er, wenn er die Beschädigung verschuldet habe, dem Eigenthümer als solchem haften und könne sich nicht darauf berufen, dass er redlicher Weise einen Anderen für den Eigenthümer gehalten habe. Denn die schuldhafte Beschädigung einer Sache enthalte ein Delikt gegen das Eigenthum als solches, für das der Thäter Jedem haften müsse, der durch das Delikt betroffen werde.“

von der zweiten Kommission genannte Begründung³⁰ als auch der Wortlaut des letztlich Gesetz gewordenen § 991 Abs. 2 BGB auf Drei-Personen-Verhältnisse zugeschnitten, jedoch ändere dies nichts an der Intention, eine Haftung des exzedierenden Fremdbesitzers im Zwei- und Drei-Personen-Verhältnis gleichermaßen zu etablieren; es sei wohl vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Redaktionskommission zwei vormals einzelne Vorschriften in den heutigen Absätzen 1 und 2 des § 991 BGB zusammengefasst habe, um den Wortlaut dieser Vorschrift redaktionell an die von der zweiten Kommission gegebene Begründung anzupassen.³¹ Ungeachtet der Tatsache, dass die Haftung des exzedierenden Fremdbesitzers im Zwei-Personen-Verhältnis also nicht in den Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften des EBV aufgenommen worden ist, wird somit aus dem Umstand, dass die Rückausnahme von der Haftungsbeschränkung des gutgläubigen Fremdbesitzers (Antrag 8. b) Satz 2)³² von der zweiten Kommission beschlossen worden war, der Schluss gezogen, dies sei auch Gesetz geworden; § 991 Abs. 2 BGB lasse sich im Sinne der Absicht der zweiten Kommission interpretieren, weswegen sich die Schadensersatzhaftung des Fremdbesitzers im Exzess auch im Zwei-Personen-Verhältnis aus dieser Norm ergebe.³³

(3) Einige stellen die Hypothese auf, die Vorschriften über das EBV gälten nur im Hinblick auf den Eigenbesitzer;³⁴ die Regelung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB privilegieren daher nicht auch den Fremdbesitzer, weshalb die Anwendung des Deliktsrechts für diesen nicht ausgeschlossen sei.³⁵ Als Argument wird wiederum der bereits angesprochene quasi-suam-rem-neglexit-Gedanke³⁶ fruchtbar gemacht, der

³⁰ Vgl. vorige Fn.

³¹ *Katzenstein*, AcP 204 (2004), 1, 9 f.; zu letzterem auch *Dimopoulos-Vosikis*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, S. 172 f. i.V.m. Fn 563.

³² S.o. S. 4 mit Fn 9.

³³ *Schanbacher* in: NK-BGB, § 993 Rn 11; in diesem Sinne auch *Katzenstein*, AcP 204 (2004), 1, 9: Die von der zweiten Kommission zunächst angenommene Vorschrift (Antrag 8. b) Satz 2, s.o. S. 4 mit Fn 9) sei in der „heute aus § 991 Abs. 2 BGB ersichtlichen“ Fassung Gesetz geworden, vgl. auch *Katzenstein*, aaO, Fn 36.

³⁴ Vgl. u.a. *Blanke*, JuS 1968, 263, 266.

³⁵ *Eckert* in: Hk-BGB (5. Aufl.), Vor §§ 987–1003 Rn 2 f.; *Johannsen* in: RGRK (11. Aufl.), § 992 Anm. 13 f.; *Dietz*, Anspruchskonkurrenz, S. 213; *Harder* in: FS Mühl, 267, 273 f.

³⁶ S.o. S. 5 i.V.m. Fn 14.

generell nicht auf einen Fremdbesitzer zutreffe;³⁷ nach Sinn und Zweck des Haftungssystems des EBV solle nur der zwar unrechtmäßige, aber gutgläubige Eigenbesitzer bevorzugt werden, da er nach § 985 BGB zur Herausgabe der fremden Sache verpflichtet sei, obwohl er sich für deren Eigentümer und damit für berechtigt halten dürfe, mit ihr nach Belieben zu verfahren. Dementsprechend sei auch nur für den gutgläubigen Eigenbesitzer die „Opfergrenze“ in der Weise gezogen, dass er zwar die Sache herausgeben muss, aber keiner weiteren Schadensersatzpflicht ausgesetzt sein solle.³⁸

Selbst eine Besserstellung eines gutgläubigen Fremdbesitzers, der sich im Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts bewegt, insoweit, als er nur dann und in dem Umfang hafte, als er über die ihm in dem angenommenen Besitzrechtsverhältnis eingeräumte Nutzungsmöglichkeit der Sache hinausgeht,³⁹ sei sachlich nicht gerechtfertigt: Der Fremdbesitzer sei insoweit nicht schutzwürdig, da er um sein nur abgeleitetes, beschränktes Recht wisse und es daher „ganz in Ordnung“ sei, von ihm zu verlangen, sich sorgfältig zu vergewissern, wie weit dieses gehe und ob es überhaupt vorhanden sei.⁴⁰

Zur weiteren Stütze dieser Ansicht wird auch die Entstehungsgeschichte des EBV bemüht und geltend gemacht, dass nach § 931 des ersten Entwurfs die Vorschriften des EBV nur zwischen Eigentümer und Eigenbesitzer hätten eingreifen sollen. Die Begründung der zweiten Kommission für ihre Absicht, auch den Fremdbesitzer in diese Regelungen einzubeziehen,⁴¹ sei fragwürdig: Schließlich gehe es bei der

³⁷ *Johannsen* in: RGRK (11. Aufl.), § 992 Anm. 13 f.

³⁸ *Eckert*, SachenR, S. 75 f. Rn 191b f.; *ders.* in: Hk-BGB (5. Aufl.), Vor §§ 987–1003 Rn 3: Beschränkung der §§ 987–1003 auf den Eigenbesitzer im Wege teleologischer Reduktion; ebenso *Harder* in: FS Mühl, 267, 274.

³⁹ Wie es sich etwa im Falle der analogen Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB auf den Fremdbesitzer ergäbe.

⁴⁰ *Dietz*, Anspruchskonkurrenz, S. 211.

⁴¹ S. Prot. III, 341: „Es sei nicht abzusehen, weshalb der Eigenthümer nicht gegen den Besitzer, welcher weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen muß, daß sein von dem Eigenthümer abgeleitetes Nießbrauchs-, Mieth- oder Pachtrecht wegen Nichtigkeit des Vertrags nicht besteht, die gleichen Ansprüche haben soll, wie gegen den unredlichen Besitzer, welcher sein angebliches Besitzrecht von einem Dritten ableitet [vgl. § 991 BGB]. Das Bedürfniß einer selbständigen gesetzlichen Regelung der Haftung des unredlichen Besitzers bestehe für alle diese Fälle gleichmäßig; es sei nicht gerechtfertigt, den Eigenthümer in einem

Schadensersatzhaftung des Besitzers nach den Regeln des EBV nicht darum, den Eigentümer zu schützen, zumal die §§ 823 ff. BGB diesem zumindest den gleichen Schutz gewährten; vielmehr bestehe der Sinn der §§ 989 ff. BGB allein in der Privilegierung des redlichen Besitzers, und diese Privilegierung verdiene eben nur der redliche Eigenbesitzer.⁴² Der Umstand, dass mit § 991 Abs. 2 BGB ein Fall des Exzesses eines gutgläubigen Fremdbesitzers geregelt sei, gebiete keine abweichende Einschätzung; die genannte Regelung stelle eine singuläre Ausnahmegvorschrift dar, die keine Verallgemeinerung des Inhalts zulasse, dass die übrigen Normen des EBV ebenfalls für einen Fremdbesitzer gälten.⁴³

(4) Schließlich wenden sich einige Autoren gegen das Ausschließlichkeitspostulat⁴⁴ und vertreten die Ansicht, das EBV enthalte keine abschließende Regelung der Schadensersatzansprüche gegen den unrechtmäßigen Besitzer; die Vorschriften der §§ 989 ff. BGB und des Deliktsrechts stünden nebeneinander und ergänzten sich, wenn deren Voraussetzungen vorlägen.⁴⁵

Zwar sei ein entgegenstehender Wille des historischen Gesetzgebers erkennbar,⁴⁶ jedoch stelle dieser keine unabänderliche Richtschnur für die Auslegung des Gesetzes dar; vielmehr rufe die angestrebte Gesetzeskonkurrenz im Verhältnis des EBV zum Deliktsrecht Wertungswidersprüche hervor, weshalb man sich insoweit von der Bindung an den Willen des historischen Gesetzgebers freimachen könne. *Pinger* entnimmt den beiden genannten Haftungsregimen eine gleichgerichtete Tendenz und gelangt damit zur Annahme von Anspruchskonkurrenz. Dieses Ergebnis wird ihm durch seine Grundannahme ermöglicht, das

dieser Fälle auf seine aus den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen usw. sich ergebenden Ansprüche zu verweisen“.

⁴² *Harder* in: FS Mühl, 267, 275 f.; zusätzlich verweist auch *Harder* (aaO, 276 f.) zur Untermauerung seiner These auf den seiner Ansicht nach versehentlich im Gesetz nicht aufgenommenen, von der zweiten Kommission einstimmig angenommenen Antrag 8. b) Satz 2 (Prot. III, 346); zu dessen Inhalt vgl. bereits oben S. 4 bei Fn 9.

⁴³ *Eckert* in: Hk-BGB (5. Aufl.), Vor §§ 987–1003 Rn 3 a.E.; *Harder* in: FS Mühl, 267, 277.

⁴⁴ Ausführlicher dazu unten unter II. 2. a) und b) (S. 13–22).

⁴⁵ *Berg*, JR 1974, 64; *Peters*, AcP 153 (1954), 454, 465; *Pinger*, JR 1973, 268 ff.; *ders.*, Funktion, S. 86.

⁴⁶ Vgl. Mot. III, 401 f.

EBV privilegiere mit seinen §§ 987–993 BGB nicht den Besitzer, sondern den Eigentümer.⁴⁷

Dies zeige sich daran, dass die genannten Normen des EBV zu Gunsten des Eigentümers eine gegenüber dem Deliktsrecht verschärfte Haftung des Besitzers statuierten:⁴⁸ Neben einem Verweis auf im Rahmen von § 989 BGB heranzuziehende Ergänzungsnormen – v. a. die Haftung für Hilfspersonen gemäß § 278 BGB statt § 831 BGB – hebt *Pinger* hervor, dass es für eine Haftung gemäß § 989 BGB nur darauf ankomme, dass dem Besitzer die Herausgabe der Sache unmöglich sei, wovon auch der Fall erfasst sei, dass er hierzu auf Grund zwischenzeitiger Weitergabe der Sache an einen Dritten (nicht im Wege wirksamer Veräußerung oder andersartiger wirksamer Verfügung) außerstande sei; hingegen greife § 823 BGB in einem solchen Fall nicht ein. Außerdem setze § 989 BGB eine generelle Rechtspflicht des Besitzers zum Handeln voraus, wohingegen ein Unterlassen den Tatbestand der deliktsrechtlichen Haftung nur dann erfülle, wenn ausnahmsweise eine besondere Rechtspflicht zum Handeln bestehe. Weiterhin bewirkten der Anspruch aus § 990 Abs. 2 BGB sowie die Zufallshaftung gemäß §§ 989, 990 Abs. 2, 287 S. 2 BGB im Vergleich zu den Vorschriften der §§ 823 ff. BGB eine beachtliche Besserstellung des Eigentümers.

Schließlich verweist *Pinger* zur Bekräftigung seiner Ansicht, die §§ 989–993 BGB privilegierten den Eigentümer, darauf, dass die abweichende Einschätzung der h.M., die Privilegierung gelte dem Besitzer,⁴⁹ notwendigerweise zu Lasten des Eigentümers gehe. Dieser habe jedoch regelmäßig sein Eigentum nur deswegen behalten, weil er in der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsmacht beschränkt oder weil ihm die Sache abhanden gekommen war. Dass ihm die in solchen Situationen vom BGB an sich zuerkannte erhöhte Schutzwürdigkeit gerade im Falle schuldhafter Beschädigung seiner Sache durch den Besitzer nicht zuteil werden sollte, bedeute ein „systemwidriges Umschlagen“ der gesetzlichen Wertung und sei daher nicht einsichtig.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. zum Vorstehenden *Pinger*, JR 1973, 268, 270 f.

⁴⁸ Vgl. zu Nachstehendem *Pinger*, Funktion, S. 58 ff.

⁴⁹ S.o. S. 1 Fn 1.

⁵⁰ *Pinger*, JR 1973, 268, 272.

2. Analyse und Kritik des Meinungsstandes

Zwar enthalten die aufgezeigten Lösungswege jeweils nachvollziehbare Begründungsansätze, jedoch weisen die meisten auch Schwachstellen auf, die im Folgenden herausgearbeitet werden sollen.

a) Exklusivität des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses

Ausgangspunkt der Auseinandersetzung mit der Ansicht, in Fällen des Fremdbesitzerexzesses sei infolge teleologischer Reduktion von Normen des EBV auf das Deliktsrecht zurückzugreifen, muss die von der h.M. vertretene Ausschließlichkeitstheorie sein, derzufolge grundsätzlich alle Konstellationen, in denen eine Vindikationslage besteht, von den Vorschriften des EBV abschließend geregelt seien.⁵¹ Neben einem Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien⁵² wird dies vor allem auf § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB sowie § 992 BGB e contrario gestützt:⁵³ Wenn durch letztgenannte Vorschrift in den Fällen der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder Straftat eine Haftung nach Deliktsrecht angeordnet werde, so sei daraus der Rückschluss zu ziehen, dass diese Rechtsfolge auch *nur* in den genannten Fällen eintreten solle und insbesondere eine Beschädigung oder Zerstörung der Sache durch den Besitzer keine Schadensersatzpflicht nach § 823 BGB auslöse, sondern ausschließlich nach den Schadensersatzregeln des EBV zu beurteilen sei. Dafür spreche darüber hinaus § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, der vorsehe, dass der Besitzer keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein solle, wenn die Voraussetzungen der §§ 987–992 BGB nicht vorliegen.

Einige wenden sich gegen den dargestellten Rückschluss aus § 992 BGB, indem sie darauf verweisen, diese Norm enthalte gerade nicht

⁵¹ RGZ 101, 307, 309 f.; 163, 348, 352; BGH, NJW 1952, 257; 1990, 242, 244; *Stadler* in: Soergel, Vor § 987 Rn 2; *Schulte-Nölke* in: Hk-BGB, Vor §§ 987–1003 Rn 2; *Berger* in: Jauernig, Vor §§ 987–993 Rn 10; *Wolf/Wellenhofer*, SachenR, S. 341 Rn 41.

⁵² Vgl. Mot. III, 402 f., 410.

⁵³ *Ebbing* in: Erman, Vor §§ 987–993 Rn 71; *Stadler* in: Soergel, Vor § 987 Rn 22; *Gursky*, Jura 2004, 433, 437; *Büdenbender*, JuS 1998, 325, 328; *Singer/Große-Klußmann*, JuS 2000, 562, 566.

das ihr im Rahmen des Rückschlusses eingefügte „nur“. ⁵⁴ Dieser Aspekt ist zwar nicht von der Hand zu weisen; indes ergibt sich der ihr von der h.M. zugesprochene Sinn unter Berücksichtigung der übrigen Regeln des EBV zum Schadensersatz. Da §§ 989, 990 BGB die Fälle des Schadensersatzes wegen Unmöglichkeit der Herausgabe etwa auf Grund Verschlechterung oder Untergang regeln, verbleibt der Vorschrift des § 992 BGB, der sich ausschließlich über die Begründung des EBV im Wege unrechtmäßiger Besitzerlangung verhält, sinnvollerweise einzig der Aussagegehalt, dass sich die Haftung auf Schadensersatz wegen schädigender Einwirkung auf die Sache *nach* Entstehung des EBV ausschließlich nach dessen Regelungen richten soll. Ansonsten erwiese sie sich als überflüssige Norm, weil die Haftung für deliktisch begründeten Besitz nach Deliktsrecht selbstverständlich ist, wenn noch gar keine das Deliktsrecht etwaig ausschließende Vindikationslage bestand, sondern durch die Besitzerlangung erst hervorgebracht wurde. Diese Zusammenhänge verkennen auch die Vertreter der abweichenden Ansicht im Grundsatz nicht. Dennoch ist deren Argumentation, § 992 BGB enthalte statt einer Aussage über die Exklusivität des EBV die Bedeutung einer reinen Klarstellung, ⁵⁵ nicht überzeugend. So scheint der Gedanke, der Gesetzgeber habe bei Schaffung des BGB eine Vorschrift einfügen wollen, deren alleinige Bedeutung darin bestünde, auf die Existenz des Deliktsrechts hinzuweisen, recht fernliegend. ⁵⁶ Hieran können auch Formulierungen nichts ändern, mit denen versucht wird, der angeblichen Klarstellungsfunktion eine darüber hinausgehende Bedeutung zuzuschreiben: § 992 BGB regle den Fall, dass schon die Besitzerlangung selbst ein Delikt darstelle. ⁵⁷ Darin liegt keine eigenständige Regelung, weil vollumfänglich, also hinsichtlich der Voraussetzungen sowie der Rechtsfolgen auf das Deliktsrecht verwiesen wird. Da auch im Falle der Besitzerlangung durch

⁵⁴ *Emmerich*, Nebenfolgen der Vindikation, S. 55; *Michalski* in: FS Gitter, 577, 605.

⁵⁵ *Pinger*, Funktion, S. 85; *Köbl*, Das EBV, S. 167; *Hefermehl* in: Erman (10. Aufl.), Vor § 987 Rn 20.

⁵⁶ So jedoch anscheinend *Pinger*, aaO (s. vorige Fn).

⁵⁷ *Emmerich*, Nebenfolgen der Vindikation, S. 55; ähnlich *Lent*, Gesetzeskonkurrenz, S. 264: „§ 992 [...] stempelt die Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung sozusagen zu einer unerlaubten Handlung“.

verbotene Eigenmacht nur Schadensersatz geschuldet werden soll, wenn der den Besitz Begründende dabei zumindest fahrlässig und damit schuldhaft gehandelt hat,⁵⁸ geht die in § 992 BGB angesprochene Situation vollständig in § 823 BGB auf. Ebenso wenig kann davon gesprochen werden, die Vorschrift des § 992 BGB erweitere die Haftung des Besitzers auf Zufall.⁵⁹ Zwar trifft es zu, dass nach § 848 BGB bereits ab dem Zeitpunkt der deliktischen Besitzerlangung eine Haftung für Zufall greift, wohingegen eine Zufallshaftung nach den Regeln des EBV erst unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzuges eintreten soll (§§ 990 Abs. 2, 286, 287 S. 2 BGB); jedoch ergibt sich dies nicht etwa erst aus dem Verweis des § 992 BGB. Es stellt sich vielmehr als unabhängig von einem solchen Verweis eintretende Folge des Umstandes dar, dass die Voraussetzungen von § 823 BGB erfüllt sind. Es bleibt also dabei, dass § 992 BGB nach zuletzt erörterter Auffassung nur als rein deklaratorische Vorschrift angesehen werden könnte. Als solche wäre sie jedoch streng genommen überflüssig. Es kann allerdings nicht ohne weitere Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprach, eine überflüssige Vorschrift zu erlassen.

Enthält somit schon § 992 BGB richtigerweise eine Aussage über den abschließenden Charakter des EBV, folgt dieses – jedoch nur im Hinblick auf den gutgläubigen Besitzer geltende –⁶⁰ Ergebnis zusätzlich aus § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Wenn dort bestimmt ist, dass der Besitzer nicht zu Schadensersatz verpflichtet ist, falls die in den §§ 987 bis 992 BGB bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen, so lässt dies die Intention erkennen, den redlichen Besitzer wegen dessen guten Glaubens an sein Besitzrecht zu privilegieren, weil nach den in Bezug genommenen Normen sowohl für den verklagten bzw. bösgläubigen als auch für den pönalen Besitzer eine Schadensersatzhaftung vorgesehen ist. Da nach den dem EBV zu Grunde liegenden Differenzierungsmaßstäben somit der gutgläubige Besitzer „übrig bleibt“, ist anzunehmen, dass der in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB für diesen ausgesprochene Ausschluss einer Schadensersatzverpflichtung grundsätzlich hinsichtlich

⁵⁸ Vgl. schon Prot. III, 348.

⁵⁹ So jedoch *Lent*, Gesetzeskonkurrenz, S. 265.

⁶⁰ S. zu dieser Einschränkung näher unten unter II. 2. b) (S. 18–22).

jeglichen Schadensersatzanspruchs gelten soll und das EBV mithin für den unrechtmäßigen, aber gutgläubigen Besitzer als eine abschließende Sonderregel anzusehen ist. Andernfalls wiese § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB keinen eigenen Regelungsgehalt auf, sondern stelle sich als eine überflüssige, weil die aus §§ 989–992 BGB ersichtliche Rechtslage lediglich wiederholende Bestimmung dar. Dieses Ergebnis findet Bestätigung in der Überlegung, dass der intendierte Schutz des Gutgläubigen völlig untergraben würde, wollte man daneben Deliktsrecht zur Anwendung bringen, das eine Differenzierung nach Gut- und Bösgläubigkeit gerade nicht kennt; der im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB als gutgläubig geltende leicht fahrlässig Handelnde müsste also trotzdem nach § 823 BGB haften.

Diese Konzeption hält *Pinger* für „ganz allgemein nicht systemgerecht“: Wenn in den §§ 989 ff. BGB zwischen Gut- und Bösgläubigkeit unterschieden werde, so habe die damit bewirkte Privilegierung des gutgläubigen Besitzers im Vergleich zum bösgläubigen Besitzer den Zweck, den gutgläubigen Besitzer von der *verschärften* Haftung des EBV grundsätzlich freizustellen; diese Privilegierung dürfe nicht ohne weiteres auf die §§ 823 ff. BGB übertragen werden.⁶¹ Dem ist jedoch zweierlei entgegenzuhalten. Zunächst ist als Ergebnis einer Gesamtbetrachtung festzuhalten, dass die §§ 989 ff. BGB keineswegs eine gegenüber dem Deliktsrecht verschärfte Haftung statuieren. Dies verkennt auch *Pinger* nicht, der die haftungsverschärfenden Merkmale des EBV⁶² sowie diejenigen des Deliktsrechts⁶³ selbst auflistet. Entscheidend gegen seine Deutung spricht die Erwägung, dass die von ihm befürwortete

⁶¹ *Pinger*, Funktion, S. 78 f. (Hervorhebung im Original).

⁶² Vor allem die oben (S. 12) dargestellten; vgl. dazu *Pinger*, Funktion, S. 58–64.

⁶³ Das Aufrechnungsverbot gemäß § 393 BGB gegenüber einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, die auf die Schuldfähigkeit des Täters verzichtende Billigkeitshaftung aus § 829 BGB, die im Hinblick auf die Kausalität vereinfachte Haftung nach § 830 BGB im Falle gemeinschaftlicher Beschädigung einer in ihrem Besitz befindlichen Sache durch mehrere Mitbesitzer oder der Beteiligung an einem gefährlichen Verhalten (§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB), die Zinspflicht aus § 849 BGB ohne das Erfordernis einer Mahnung sowie die Haftung gemäß § 831 BGB, die kein Verschulden des Gehilfen voraussetzt; vgl. hierzu *Pinger*, Funktion, S. 65 f.; daneben kennen die §§ 989 ff. BGB im Gegensatz zum Deliktsrecht keine dem § 840 Abs. 1 BGB entsprechende Vorschrift, die die Haftung für Gesamtschuldner bestimmt, vgl. *Krause*, Haftung des Besitzers, S. 105.

Anwendbarkeit von Deliktsrecht auf den gutgläubigen Besitzer zu einer Wertungsdisharmonie im Verhältnis zu § 932 BGB führte: Denn aus der hierin zugelassenen Möglichkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten folgt, dass zum Zwecke der Steigerung der Warenverkehrsfähigkeit insoweit ein Vertrauensschutz gewährleistet werden soll, als eine beim Erwerber vorhandene leichte Fahrlässigkeit die Wirksamkeit des Erwerbsvorgangs grundsätzlich (Ausnahme: abhanden gekommene Sache, § 935 BGB) nicht hindern soll (vgl. § 932 Abs. 2 BGB). Es erschiene jedoch widersprüchlich, wenn ein leichtfahrlässiger, also nach § 932 Abs. 2 BGB gutgläubiger Besitzer in dem Fall, dass er, weil die Sache dem wahren Eigentümer zuvor abhanden gekommen war, gemäß § 935 BGB kein Eigentum an der Sache erwerben konnte, diesem nach § 823 BGB haftete.⁶⁴ Vielmehr ist die Verkettung der §§ 932 Abs. 2, 935, 990, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nur stimmig damit zu erklären, dass darin eine Balance von dem der Warenverkehrsfähigkeit dienenden Gutglaubensschutz einerseits und Eigentumsschutz andererseits zu Grunde gelegt worden ist: Der Eigentümer, der seine Sache nicht willentlich aus der Hand gegeben hat, wird gemäß § 935 BGB geschützt; andernfalls wurde bis zur Grenze der leichten Fahrlässigkeit das Vertrauensschutzinteresse als vorrangig eingestuft.⁶⁵ Dieser mittels der genannten Normenkette gespannte „rote Faden“ würde systemwidrig durchtrennt, wenn man § 823 BGB auf den gutgläubigen Besitzer anwenden wollte.⁶⁶ Dass diese Privilegierung „notwendigerweise zu

⁶⁴ So auch *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, S. 225 f. (Rn 8); vgl. auch Mot. III, 394: „Würde eine Deliktserwerbshandlung als Delikt behandelt, durch welche in fahrlässiger Unkenntnis des fremden Eigentumes dieses verletzt wird, so würde sich ein innerer Widerspruch mit den Vorschriften über den vertragsmäßigen Erwerb von Rechten [...] an beweglichen Sachen [...] des redlichen Besitzers ergeben; denn diese Vorschriften würden alsdann den Erwerb eines Delinquenten begünstigen“.

⁶⁵ Vgl. Mot. III, 394: „Aus dem Inhalte des Eigentumes ist nicht das an alle anderen Personen sich richtende Gebot zu entnehmen, bei einer jeden Besitzergreifung [...] stets [...] zu prüfen, ob ein absolutes Recht auf den Besitz der Sache entgegenstehe“; vgl. auch *Wieling*, MDR 1972, 645 f.: „Grund für den Schutz des Besitzers ist also sein guter Glaube, daß sein Vertragspartner auch Berechtigter sei“.

⁶⁶ Vgl. auch insoweit Mot. III, 394 f.: Da „eine Nachforschungspflicht des Besitzenerwerbers, ob seine Handlung nicht etwa ein bestehendes fremdes Eigentum beeinträchtigt, in der Regel nicht bestehe, [könne] die Verabsäumung der

Lasten des Eigentumsschutzes geht“,⁶⁷ ist zwar zutreffend, allerdings kein stichhaltiges Gegenargument, sondern die logische sowie – angesichts der aufgezeigten Systematik – gesetzlich intendierte und damit hinzunehmende Folge.

b) Schutz des Gutgläubigen

Der somit grundsätzlich abschließende Charakter der Regelungen des EBV gilt jedoch entgegen wohl (noch) h.M.⁶⁸ richtigerweise nur hinsichtlich des gutgläubigen Besitzers.⁶⁹ Diese Ansicht findet zunächst im Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB eine Stütze. Daraus ergibt sich lediglich ein Ausschluss weiterer Schadensersatzansprüche, wenn die Voraussetzungen der dort genannten Normen, also insbesondere § 990 BGB, nicht vorliegen. Neben der daraus unmittelbar zu folgernden Privilegierung des gutgläubigen Besitzers ist jedoch keine Aussage dazu getroffen, ob weitere (nicht im EBV geregelte) Schadensersatzansprüche zur Anwendung kommen sollen, wenn die Voraussetzungen der in Bezug genommenen Normen gegeben sind, also u.a. im Falle der Bösgläubigkeit des Besitzers.⁷⁰

Außerdem ist wenig eingängig, warum zwar (nach allen Ansichten im Ergebnis gleichermaßen) der gutgläubige Fremdbesitzer der Haftung nach Deliktsrecht unterliegen soll, der weniger schutzwürdige bösgläubige jedoch gerade nicht.⁷¹ Dafür lassen sich entgegen der Ansicht von

Nachforschung mithin nicht die Besitzerwerbhandlung zu einem Delikte machen“.

⁶⁷ Vgl. *Pinger*, Funktion, S. 79.

⁶⁸ S. nur die m.w.N. versehenen Ausführungen von *Gursky* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 66 f.

⁶⁹ So i.E. auch *Löwisch*, Zufallshaftung, S. 151, 155 f.

⁷⁰ So auch schon *Lent*, Gesetzeskonkurrenz, S. 274 f. (der jedoch im Ergebnis dazu gelangt, dass die §§ 823 ff. BGB von den §§ 989 ff. BGB konsumiert werden); *Krause*, Haftung des Besitzers, S. 104, 102; *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz, S. 215 f.; *Schmidt*, Gesetzeskonkurrenz, S. 177 f.; *Breuer*, Verhältnis, S. 69; *Michalski* in: FS Gitter, 577, 603.

⁷¹ *Berg*, JuS 1972, 73 f.; *Müller*, JuS 1983, 516, 519; *Emmerich*, Nebenfolgen der Vindikation, S. 60 f.; ähnlich *Krause*, Haftung des Besitzers, S. 105, der darauf hinweist, dass der bösgläubige Besitzer nicht durch Ausnahme von der Delikts haftung besser gestellt werden dürfe als der nicht besitzende Deliktstäter; so

Wieling auch nicht die einschlägigen Erwägungen der Motive anführen:⁷² Hier findet sich die Überlegung, „im Falle der mala fides superveniens [scil. nachträglich eingetretene Bösgläubigkeit] [sei] der Deliktscharakter zu bezweifeln, weil das Beharren in dem bisherigen Zustande, *abgesehen von den einzelnen an der Sache Schaden stiftenden Handlungen*, keine positive That ist und nicht leicht als fortgesetztes Delikt aufgefaßt werden kann“.⁷³ Wie schon an dieser Passage der Motive erkennbar ist, nehmen diese selbst eine Differenzierung (vgl. Hervorhebung) nach dem reinen Zustand des Besitzens und der schädigenden Einwirkung auf die Sache vor. Soweit nur ersteres in Frage steht, lässt sich unmittelbar nachvollziehen, dass auch derjenige Besitzer, der erst nach Besitzerlangung von seinem mangelnden Besitzrecht erfährt, deswegen schutzwürdig ist, weil er den schließlich bereits begründeten Besitz nicht einfach aufgeben kann, sondern auch in dem Fall, dass er den Berechtigten zu kennen glaubt, vorsichtig sein muss, da er dem Eigentümer dafür haftet, wenn er die Sache an einen falschen herausgibt.⁷⁴ Allerdings ist der Fall der schuldhaften Beschädigung hiervon zu trennen; unabhängig davon, ob Bösgläubigkeit im Zeitpunkt der Besitzerlangung oder später eintritt, weiß der Besitzer, dass er nicht mehr „suam rem neglegit“, weshalb insoweit eine Anwendung von Deliktsrecht neben §§ 990, 989 BGB sinnvollerweise nicht ausgeschlossen sein kann. Daneben ist ein bereits von *Brox* unter Bezugnahme auf die Motive⁷⁵ aufgezeigter Zusammenhang relevant. Er leitet hieraus zutreffend ab, dass „die Bestimmung über die Haftung des unredlichen Besitzers [...] also nicht deshalb getroffen [worden ist], um diesen vor

auch *Schreiber*, Jura 1992, 356, 362 f. und *Hefermehl* in: Erman (10. Aufl.), Vor § 987 Rn 22.

⁷² *Wieling*, MDR 1972, 645, 649, sieht zwar keinen stichhaltigen sachlichen Grund für die seiner Ansicht nach aus Mot. III, 395 folgende gesetzgeberische Entscheidung, den nachträglich bösgläubigen Besitzer vor der Deliktshaftung zu schützen, hält diese jedoch de lege lata für bindend.

⁷³ Mot. III, 395 (Hervorhebung nicht im Original).

⁷⁴ Vgl. hierzu *Wieling*, MDR 1972, 645, 647.

⁷⁵ Mot. III, 395: Hier gelangt man zu dem Ergebnis, „daß, wenn das Gesetz schwiege, der unredliche Besitzer [...] weder als Delinquent noch aus einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Obligation dem Eigenthümer haftbar sein würde. [...] Es ist mithin das Schuldverhältnis zwischen dem *malae fidei* possessor und dem Eigenthümer als ein besonderes Legalschuldverhältnis selbständig zu ordnen.“ (Hervorhebung im Original).

Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung zu bewahren, sondern um eine Schadensersatzverpflichtung auch für solche Fälle festzulegen, in denen eine unerlaubte Handlung nicht vorliegt. [...] Ein Ausschluss der §§ 823 ff. BGB durch den jetzigen § 990 BGB war von der Kommission nicht gewollt.“⁷⁶

Dieser Erkenntnis widerspricht bei genauer Betrachtung ebenso wenig eine andere Passage der Motive, obwohl sie zunächst – für sich genommen – ein solches Verständnis nahe zu legen scheint: „Handlungen des Besitzers oder Inhabers, durch welche die Sache geschädigt wird, machen mithin nach den Vorschriften der §§ 931–933 [also des EBV]⁷⁷ haftbar, führen aber die eigentliche Deliktshaftung nicht mit sich.“⁷⁸ Aus der separaten Lektüre dieses Satzes könnte man folgern, dass auch hinsichtlich des Bösgläubigen die Haftung auf Schadensersatz abschließend im EBV geregelt wurde. Indes ist die zitierte Stelle in dem Gesamtkontext, in den sie eingebettet ist, zu betrachten, um ihren wahren Sinn erfassen zu können. Die beiden unmittelbar vorangehenden Sätze lauten: „Der § 935 [entspricht dem heutigen § 992 BGB] begrenzt die deliktmäßige Haftung. Nur die Handlungen, durch welche Besitz oder Inhabung erlangt ist, nicht aber die Handlungen, welche *weiterhin* an der Sache vorgenommen werden, sollen zu einer solchen Haftung führen.“⁷⁹ Hieraus ergibt sich, dass nicht schlechthin alle Beschädigungshandlungen des bösgläubigen Besitzers der Deliktshaftung entzogen werden sollten, sondern nur diejenigen, die der zuvor erfolgten Besitzentziehung im Sinne des § 992 BGB nachfolgen. Hier wurde den Erläuterungen also die tatsächliche Konstellation zu Grunde gelegt, dass jemand zunächst eine Sache dem Eigentümer in einer im § 992 BGB beschriebenen Weise entzieht und diese danach zusätzlich beschädigt; in diesem Falle sollte mithin die nachfolgende Beschädigung nicht auch noch ein Delikt darstellen. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die sich der ersten zitierten Passage unmittelbar anschließenden Sätze: „Ist dem Eigenthümer die Inhabung der Sache entzogen und damit der Besitz desselben aufgehoben, so ist das Eigenthum total ver-

⁷⁶ Brox, JZ 1965, 516, 519.

⁷⁷ Es handelt sich dabei um Normen des ersten Entwurfs, die inhaltlich den heutigen §§ 989, 990 BGB entsprechen.

⁷⁸ Mot. III, 410.

⁷⁹ Mot. III, 410 (Hervorhebung nicht im Original).

letzt. In den *thatsächlichen Verfügungen* über die Sache, welche während des Besitzes des Nichteigenthümers vorkommen, können nicht *weitere* Delikte gegen das Eigenthum, sondern kann nur eine Verab-säumung der Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten gefunden werden, welche das Gesetz in Ansehung der Behandlung fremder Sachen aufer-legt.“⁸⁰ Somit ist der Ansicht, dass der bösgläubige, jedoch nicht zu-gleich pönale Besitzer, dessen Haftung sich also nach § 989, 990 BGB beurteilt, vom Deliktsrecht freigestellt sei, der Boden entzogen.

Darüber hinaus ergibt sich sogar aus den Motiven, dass hinsichtlich schädigender Handlungen der Ausschluss der Deliktshaftung nur zu Gunsten des Gutgläubigen eingreifen solle.⁸¹ Die entscheidende Pas-sage ist folgendermaßen unterteilt: Zunächst findet sich eine Grundan-nahme, auf die die in §§ 930 ff. des ersten Entwurfs enthaltenen Regeln treffen. Sodann wird die Systematik dieser Regeln dargelegt, worauf die Darstellung der sich daraus ergebenden Rechtslage folgt. Entscheiden-der letzter Punkt ist die Erläuterung, inwiefern sich dies auf die delikti-sche Haftung des unrechtmäßigen schädigenden Besitzers auswirkt.

Die Grundannahme besteht darin, dass „in dem Zustande des Besitzers oder Inhabers niemals ein Delikt gefunden werden kann“, jedoch an sich während dieses Zustandes vorsätzlich oder fahrlässig begangene, das Recht des Eigentümers beeinträchtigende Handlungen „dem Begrif-fe des Deliktes unterstellt“ werden müssten. Der Systematik nach wird die deliktmäßige Haftung für solche Handlungen jedoch durch § 930 des ersten Entwurfes verneint. Dies allein hätte die Rechtsfolge, dass „der schädigende Besitzer oder Inhaber [...] nur auf Grund der in §§ 931–933 bestimmten Legalhaftung, also nicht als Delinquent im eigentlichen Sinne, in Anspruch genommen werden“ könnte. Schließlich erfolgt die darauf aufbauende Erläuterung, inwieweit nach der Intention der Verfasser eine Beschränkung des Deliktsrechts vorzunehmen sei: „Eine positive Beschränkung der deliktmäßigen Haftung liegt insofern vor, als der in verschuldetem Irrthume über den Mangel des Rechtes zum Besitze handelnde Besitzer oder Inhaber haftfrei gestellt wird.“

In einem Irrtum hinsichtlich des angenommenen Rechts zum Besitz kann sich jedoch nur befinden, wer die Umstände, die ein solches

⁸⁰ Mot. III, 410 (Hervorhebungen nicht im Original).

⁸¹ Vgl. (auch für alle unmittelbar nachfolgenden Zitate) Mot. III, 402.

begründen könnten, fahrlässig verkennt, da Vorsatz die Kenntnis vom Mangel des Rechts zum Besitz bedeutete; man kann sich jedoch nicht vorsätzlich irren. Allerdings ist nach der Wertung sowohl des § 931 Abs. 1 E I als auch des § 990 Abs. 2 BGB nur derjenige als bösgläubig anzusehen, der Kenntnis vom Mangel des Besitzrechts hat. Somit folgt aus der richtig verstandenen, soeben zitierten Passage der Motive, dass nur gegenüber einem gutgläubigen, die Sache schuldhaft beschädigenden Besitzer die Anwendung des Deliktsrechts ausgeschlossen sein soll. Eine andere Deutung könnte nur unter Vernachlässigung des entscheidenden letzten Teils der zitierten Passage erfolgen, der jedoch gerade die Intention preisgibt, nur den Gutgläubigen von der Deliktshaftung auszunehmen.

Kein starkes Gegenargument ist der Hinweis auf ein zwischen den Vindikationsfolgeansprüchen und dem Deliktsrecht im Ergebnis nicht stark unterschiedliches Haftungs niveau,⁸² da die Anwendung des Deliktsrechts auf den Bösgläubigen dessen Haftung auf den Vorenthaltungsschaden ermöglicht und nicht einzusehen ist, warum auch kleinere Wertungswidersprüche nicht ausgeräumt werden sollten, wenn dies mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht unvereinbar ist.⁸³ Demnach steht fest, dass der Regelungskomplex des EBV nur in Bezug auf den gutgläubigen Besitzer (von den expliziten Ausnahmen der §§ 991 Abs. 2 und 992 BGB abgesehen) eine abschließende Sonderregelung darstellt.⁸⁴

⁸² Gursky, Jura 2004, 433, 438.

⁸³ So zutreffend Kindl, JA 1996, 115, 118.

⁸⁴ Ebenso Krause, Haftung des Besitzers, S. 105; zur Klarstellung sei angefügt, dass diese Ansicht nicht etwa die Redundanz von § 990 BGB zur Konsequenz hat; dieser Vorschrift verbleibt wegen der in ihren Absätzen 1 und 2 getroffenen Differenzierung die Bedeutung festzulegen, zu welchem Zeitpunkt welcher Maßstab bei der Bestimmung des guten Glaubens anzulegen ist: Während im Zeitpunkt des Besitzererwerbs „schon“ grobe Fahrlässigkeit schädlich ist (§ 932 Abs. 2 BGB), schadet später nur noch positive Kenntnis vom Mangel des Besitzrechts. Damit regelt sie, in welchen Fällen zum Schutz des anhand dieses Maßstabs ermittelten Gutgläubigen die Bestimmungen des EBV abschließende Wirkung haben.

c) Teleologische Reduktion

Ausgehend von der Exklusivität des EBV lässt die h.M. jedoch einige Durchbrechungen dieses Grundsatzes zu, unter anderem in dem Fall des Fremdbesitzerexzesses.⁸⁵ Methodologisch wird diese Vorgehensweise gestützt auf eine teleologische Reduktion der Normen, die zur Begründung der Ausschließlichkeitsthese herangezogen werden, also insbesondere § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Nachdem zuvor die ausschließliche Anwendbarkeit des EBV auf den (gutgläubigen) unrechtmäßigen Besitzer befürwortet worden ist, muss folglich im Rahmen der weiteren Auseinandersetzung mit dieser Ansicht auf die Voraussetzungen der teleologischen Reduktion eingegangen werden.

Hierbei handelt es sich um eine Methode der Rechtsfortbildung, die der Vervollständigung des Gesetzes dient.⁸⁶ Voraussetzung ist demnach, dass ein Normenkomplex in seinem Regelungszusammenhang eine Lücke aufweist, die der Ausfüllung bedarf. Ob eine solche vorliegt, beurteilt sich nach der dem Gesetz insoweit zu Grunde liegenden Regelungsabsicht, also dem damit verfolgten Zweck. Die Frage nach der Existenz einer am Maßstab einer vollständigen, sachgerechten Regelung ausgerichteten „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes ist folglich mittels historischer und teleologischer Auslegung des Gesetzes selbst in seinem Regelungszusammenhang zu ermitteln.⁸⁷ Eine solche Lücke kann auch in dem Fehlen einer Einschränkung bestehen, die deswegen geboten ist, weil nach wörtlicher Auslegung bestimmte Fälle von einer Norm erfasst sein können, die jedoch nach Sinn und Zweck dieser Norm die darin angeordnete Rechtsfolge nicht auslösen sollen, weil die Rechtsnorm die für die Bewertung dieser Fälle relevanten Besonderheiten außer Acht lässt. Weist eine Regelung also eine solche „verdeckte“ Lücke auf, ist diese durch Hinzufügung der fehlenden, aber

⁸⁵ Weitere Ausnahmen sind die Zulassung der Leistungskondition, die freie Konkurrenz der §§ 987 ff. BGB mit den Regeln des jeweiligen Abwicklungsverhältnisses bzw. dem dieses ergänzenden Bereicherungs- und Deliktsrecht bei nicht mehr berechtigtem Besitz sowie die Anwendung der §§ 826 und 687 Abs. 2 BGB neben dem EBV, vgl. nur *Gursky* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 40.

⁸⁶ Vgl. hierzu sowie dem Folgenden *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191 ff.

⁸⁷ Zu dem Begriff der anhand des Beispiels einer Lücke in einem Zaun abgeleiteten „planwidrigen Unvollständigkeit“ vgl. *Elze*, Lücken im Gesetz, S. 3, 6, 12; s. auch *Müller/Christensen*, Methodik, S. 389.

der ratio legis nach erforderlichen Einschränkung auszufüllen.⁸⁸ Damit ist diese Vorgehensweise letztlich Ausfluss des Gleichheitsgrundsatzes, demzufolge vorbehaltlich sachlicher Rechtfertigung wesentlich Gleiches rechtlich gleich und wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend rechtlich ungleich zu behandeln ist.⁸⁹

Da den gutgläubigen Fremdbesitzer das Wissen um die Fremdheit der Sache von dem gutgläubigen Eigenbesitzer unterscheidet, sind die Sachverhalte insoweit wesentlich ungleich und bedürfen daher auch einer ungleichen Behandlung. Dies steht auch mit dem Zweck der Regelungen des EBV in Einklang: Darauf, dass aus den Protokollen ersichtlich ist, dass die Haftung des Fremdbesitzers von der für den gutgläubigen Besitzer im Allgemeinen getroffenen Haftungsbeschränkung (des heutigen § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB) unberührt bleiben sollte, wurde bereits eingegangen.⁹⁰ Dass man hiervon wieder abrücken wollte, ist nicht ersichtlich. Es besteht auch kein sachlicher Grund dafür: Zunächst wäre es in der Tat widersprüchlich, den unrechtmäßigen Besitzer gegenüber dem rechtmäßigen zu privilegieren.⁹¹ Daneben ist der die Besserstellung des gutgläubigen Eigenbesitzers tragende Gedanke „quasi suam rem neglexit“ auf den Fremdbesitzer nicht übertragbar; sein guter Glaube an das Bestehen eines Besitzrechts, von dem er weiß, dass es nur ein beschränktes ist und er die Sache also ohnehin werde zurückgeben müssen, kann ihn insoweit, als er über das angenommene Besitzrecht hinausgeht, nicht schützen.

Die Auslassung der beschlossenen, auf den Fremdbesitzer bezogenen Rückausnahme von der grundsätzlichen Haftungsbefreiung des gutgläubigen Besitzers lässt sich wohl am plausibelsten damit erklären, dass man die Haftung des Fremdbesitzers im Exzess nach den allgemeinen Vorschriften für selbstverständlich und eine ausdrückliche Normierung dementsprechend für entbehrlichen Ballast hielt.⁹²

⁸⁸ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198, 210 f.; vgl. auch *Pawlowski*, Methodenlehre, S. 104 Rn 198; *Schmalz*, Methodenlehre, S. 131 Rn 402; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 259 ff.

⁸⁹ *Zippelius*, Methodenlehre, S. 53; vgl. zum Ganzen auch *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 474, 480.

⁹⁰ S.o. S. 4 mit Fn 9.

⁹¹ Vgl. hierzu bereits oben unter II. 1. a) (S. 3).

⁹² *Rosenlöcher*, Entwicklung des EBV, S. 125.

Dass § 991 Abs. 2 BGB eine Haftung des Fremdbesitzers ausdrücklich bestimmt, zwingt nicht zu einem von dieser Wertung abweichenden Schluss. Diese Vorschrift regelt den Sonderfall, dass der unmittelbare Fremdbesitzer seinen Besitz auf Grund schuldrechtlicher Vereinbarung von einem mittelbaren, vom Eigentümer verschiedenen Besitzer ableitet. Ihr kommt somit nur die vertrauensschützende Bedeutung zu, die Haftung auf den Umfang zu begrenzen, in dem der unmittelbare Besitzer unter Berücksichtigung der zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer getroffenen Absprache haftete, wenn er nicht vom Eigentümer, sondern von seinem Vertragspartner in Anspruch genommen würde. Da somit sowohl Aspekte der Entwicklungsgeschichte des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB als auch an Sinn und Zweck der Vorschrift ausgerichtete Erwägungen dafür sprechen, dass die im Hinblick auf die Eigenschaft als Eigen- oder Fremdbesitzer undifferenzierte generelle Haftungsprivilegierung des gutgläubigen Besitzers zu weit gefasst wurde, und systematische Gründe nicht entgegenstehen, erscheint es angezeigt, diese planwidrige Unvollständigkeit auszufüllen, indem im Wege teleologischer Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB die dort fehlende, für den Fremdbesitzer im Exzess geltende Einschränkung hinzugefügt wird.⁹³ Entscheidend ist allerdings die Beantwortung der sich im Anschluss stellenden Frage, welche Normen statt der für den Fall des Fremdbesitzerexzesses nicht exklusiv geltenden Regeln des EBV zur Anwendung zu bringen sind. Hierauf wird im weiteren Verlauf dieser Untersuchung zurückzukommen sein.⁹⁴

d) Alternative Ansätze

Trotz der soeben als zulässig anerkannten Möglichkeit der teleologischen Reduktion, ist eine Auseinandersetzung mit den übrigen Ansätzen notwendig, um beurteilen zu können, ob diese eventuell einen vorzugswürdigen Lösungsweg vorsehen.

⁹³ So auch *Brandenburg*, Reduktion, S. 47.

⁹⁴ S.u. unter III.

(1) Der Ansicht, die §§ 989, 990 BGB seien in analoger Anwendung heranzuziehen, ist in mehrfacher Hinsicht entgegenzutreten: Zunächst ist anzumerken, dass das Argument, der Fremdbesitzer gehe nicht davon aus, bei Überschreitung seines vermeintlichen Besitzrechts rechtmäßig zu handeln, nur den Fall vorsätzlichen Verstoßes gegen das Besitzrecht erfassen kann. In der Konstellation, in der er sich im Zeitpunkt der Schädigung gar keine Gedanken über die Reichweite seines (vermeintlichen) Besitzrechts macht, ist rein logisch kein Raum für die Erwägung, er gehe von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung aus; vielmehr hat er diese Möglichkeit dann überhaupt nicht in sein Bewusstsein aufgenommen. Man könnte also höchstens davon sprechen, der Fremdbesitzer hätte sich bewusst machen müssen, dass er nicht rechtmäßig handele. Ihm ließe sich daher nur der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit hinsichtlich der Verkennung des Besitzrechts machen, was mit den Maßstäben der §§ 990 i.V.m. 932 Abs. 2 BGB, denen zufolge nur positive Kenntnis (§ 990 Abs. 1 S. 2 BGB) bzw. grob fahrlässige Unkenntnis (§ 990 Abs. 1 S. 1 BGB) vom Mangel des Besitzrechts schadet, nicht übereinstimmt;⁹⁵ und Bezugspunkt der Bösgläubigkeit ist nach dieser Norm schließlich das Recht zum Besitz und nicht das Fehlen der entsprechenden Einwirkungsbefugnis.⁹⁶

Daneben hinkt der Vergleich des gutgläubigen Fremdbesitzers mit dem verklagten Besitzer zu sehr, um den Gedanken des § 989 BGB übertragen zu können. Denn hiermit wird der Umstand der im Gegensatz zum verklagten Besitzer bestehenden Gutgläubigkeit völlig ignoriert. Wer nämlich davon ausgeht, zur Zeit zum Besitz berechtigt zu sein, stellt sich nicht nur als beliebiger Verwalter der Sache dar, sondern darf sie nach Maßgabe des das Besitzrecht vermeintlich begründenden Vertrags verwenden.⁹⁷ Die Anwendung der §§ 989, 990 BGB müsste jedoch konsequenterweise zu einer nach objektiven Maßstäben zu beurteilenden und daher mitunter strengeren Haftung führen. Denn diese Vorschriften ermöglichen nicht die Berücksichtigung eines eventuell bestehenden Vertrauens auf ein in einer Parteiabsprache vereinbartes

⁹⁵ Ähnlich *Weber*, SachenR I, S. 319 Rn 34.

⁹⁶ Dies hebt auch *Köbl* hervor, vgl. *dies.*, Das EBV, S. 180.

⁹⁷ Vgl. insoweit auch *Schapp/Schur*, SachenR, S. 54 Rn 116.

umfangreicheres Nutzungsrecht, das etwa eine sorglosere Behandlung der Sache erlaubt.

(2) Wie gesehen, regelt die Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB ihrem Wortlaut nach den Fremdbesitzerexzess im Drei-Personen-Verhältnis.⁹⁸ Zwar bestimmt sich diese Haftung sowohl hinsichtlich des Grundes als auch des Umfangs danach, inwieweit der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren verantwortlich ist. Dennoch greift der Einwand nicht durch, diese gerade auf das beschriebene Drei-Personen-Verhältnis zugeschnittene Norm eigne sich deshalb nicht für die Übertragung auf ein solches, in dem der Besitzer die Sache unmittelbar vom Eigentümer erhalten hat.⁹⁹ § 991 Abs. 2 BGB hat die Funktion, den gutgläubigen Fremdbesitzer in seinem Vertrauen auf den Bestand der das Besitzrecht konstituierenden und dessen Reichweite bestimmenden Absprache mit dem mittelbaren Besitzer zu schützen. Er soll zwar ausnahmsweise ungeachtet seiner Gutgläubigkeit haften, jedoch nur insoweit, als er die bekanntermaßen fremde Sache gemessen an dem Maßstab, der durch die mit dem mittelbaren Besitzer getroffenen Absprache aufgestellt wird, exzessiv nutzt und dabei beschädigt. Dieses Vertrauen kann auch im Falle der Nichtigkeit der vertraglichen Einigung des unmittelbaren mit dem mittelbaren Besitzer Bedeutung behalten; auf deren Wirksamkeit kann es daher für die in § 991 Abs. 2 BGB vorgesehene Haftungsbegrenzung nicht ankommen. Demnach ist auch der Einwand unbegründet, eine analoge Anwendung des § 991 Abs. 2 BGB auf das Zwei-Personen-Verhältnis scheide aus, da dieser die Haftung an einen wirksamen Vertrag knüpfe.¹⁰⁰ Vielmehr ist der im Vertrauensschutz des Gutgläubigen wurzelnde Grundgedanke der Haftungsbegrenzung auf den Exzess sowohl von der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung als auch von der Anzahl der beteiligten Personen unabhängig.¹⁰¹

Jedoch krankt die Konstruktion einer Haftungsbegründung des Fremdbesitzers im Zwei-Personen-Verhältnis mittels analoger Anwendung des

⁹⁸ S.o. unter II. 1. b) (2) (S. 7 i.V.m. Fn 21).

⁹⁹ *Gursky* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 32.

¹⁰⁰ So jedoch wiederum *Gursky* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 32; dagegen zu Recht *Michalski* in: FS Gitter, 577, 608.

¹⁰¹ So auch *Prütting*, SachenR, S. 230 Rn 539 sowie *Weber*, SachenR I, S. 319 Rn 34.

§ 991 Abs. 2 BGB an einer anderen Schwäche. Die Bemühung einer Analogie setzt – gemessen am Zweck der einschlägigen Rechtsnorm(en) – eine planwidrige Regelungslücke voraus, die mittels entsprechender Anwendung einer vorhandenen, eine vergleichbare Interessenlage widerspiegelnden Vorschrift zu schließen ist.¹⁰² Zwar könnte man vor dem Hintergrund der aus den Materialien erkennbaren Intention, für den Fremdbesitzer im Exzess eine Haftung vorsehen zu wollen,¹⁰³ in dem Umstand, dass eine solche für das Zwei-Personen-Verhältnis nicht ausdrücklich aufgenommen worden ist, eine Lücke erkennen. Allerdings ist bei der Erforschung des gesetzgeberischen Willens auch die in dem Zusammenhang dem Gesetz zu Grunde gelegte Systematik zu berücksichtigen: Die Regelung, die die Haftung im Falle des Fremdbesitzerexzesses ermöglichen sollte, war gerade als Rückausnahme von der grundsätzlichen Freistellung des gutgläubigen Besitzers von einer über die übermäßige Fruchtziehung hinausgehenden Haftung konzipiert worden. Daraus ergibt sich, dass die Haftung des Fremdbesitzers im Exzess schon allgemeinen Haftungsnormen zu entnehmen ist, da die Exklusivität der Regeln des EBV insoweit nicht gelten sollte. Hinsichtlich der Planwidrigkeit der erkannten Lücke sowie für die Frage, wie diese ausgefüllt werden sollte, ist auch die sich aus der Gesamtschau der übrigen relevanten Normen ergebende Systematik von Bedeutung. Demnach ist die Unvollkommenheit der Vorschriften des EBV dadurch zu beseitigen, dass die fehlende Einschränkung, die ursprünglich angestrebt war, wieder hinzugefügt wird. Vor dem Hintergrund der Annahme, dass der exzedierende Fremdbesitzer ohnehin nach allgemeinen Vorschriften haften würde, wird die einen Sonderfall ausdrücklich regelnde Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB auch nicht überflüssig, da sie die Wertung der oben bereits aufgezeigten vertrauensschützenden Haftungsbegrenzung zum Ausdruck bringt.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass unter Berücksichtigung der im Verlaufe der Entwicklung des BGB gewählten Systematik die Vornahme einer oben bereits dargestellten teleologischen Reduktion der Exklusivität dem Grundsatz nach vorsehenden § 993 Abs. 1 Hs. 2

¹⁰² Vgl. *Schmalz*, Methodenlehre, S. 127 Rn 385-389; *Hager*, Rechtsmethoden, S. 50 Rn 100.

¹⁰³ Prot. III, 346, dort Antrag 8. b) Satz 2, s. hierzu bereits oben S. 4 bei Fn 9.

BGB deutlich naheliegender ist, als die Haftungsbegründung unter analoger Anwendung einer Ausnahmegvorschrift des EBV, das nach erkennbarem Willen des historischen Gesetzgebers den hier interessierenden Fall gerade nicht regeln sollte.

(3) Die Behauptung, das EBV gelte generell nur für Eigen- und nicht auch für Fremdbesitzer, ist schon angesichts des Gesetzgebungsprozesses nicht nachvollziehbar.¹⁰⁴ Bereits im ersten Entwurf finden sich fast in sämtlichen Vorschriften, die sich über Schadensersatz im EBV verhalten (vgl. §§ 930, 932, 933, 934, 935 E I), Regelungen, die ausdrücklich auch den Inhaber (Fremdbesitzer) betreffen. Dass im zweiten Entwurf (vgl. §§ 903 bis 907 E II) sowie im BGB eine einheitliche Terminologie, die nur noch übergreifend den „Besitzer“ nennt, gewählt worden ist, spricht eher für die Einbeziehung auch des Fremdbesitzers in die Regelungen des EBV als dafür, dass dieser nun nicht mehr erfasst sein sollte. Außerdem ergibt sich aus den Protokollen, dass man insoweit keinen Unterschied zwischen Eigen- und Fremdbesitzer machen wollte.¹⁰⁵

Zwar trifft es zu, dass nach § 931 E I nur der Eigenbesitzer und gemäß § 932 E I nur derjenige Fremdbesitzer, der den Besitz von dem vom Eigentümer verschiedenen, mittelbaren Besitzer ableitet, der Schadensersatzhaftung unterlag; jedoch ist an den von der zweiten Kommission angestellten Erwägungen, warum auch der Fremdbesitzer in einem Zwei-Personen-Verhältnis von der im Falle von Bösgläubigkeit vorge-

¹⁰⁴ Dagegen auch *Gerhardt*, *MobiliarsachenR*, S. 81; *Westermann*, *SachenR*, S. 135 Rn 301; *Westermann/Gursky/Eickmann*, *SachenR*, S. 229 (Rn 15); *Schapp/Schur*, *SachenR*, S. 54 Rn 115; *Helm*, *Haftung*, S. 215; *Eichler*, *Institutionen II/1*, S. 204; *Heck*, *Grundriß*, § 69, 2. (S. 288).

¹⁰⁵ Vgl. Prot. III, 341: Für die Schadensersatzhaftung des bösgläubigen Besitzers „mache es [...] keinen Unterschied, ob der Eigenbesitzer seinen Besitz in unredlicher Weise von einem Dritten oder auf Grund eines nichtigen Kaufes und eines nichtigen Eigentumsübertragungsvertrags von dem Eigenthümer erlangt habe. Es sei nicht abzusehen, weshalb der Eigenthümer nicht gegen den Besitzer, welcher weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen muß, daß sein von dem Eigenthümer abgeleitetes Nießbrauchs-, Mieth- oder Pachtrecht wegen Nichtigkeit des Vertrags nicht besteht, die gleichen Ansprüche haben soll, wie gegen den unredlichen Besitzer, welcher sein angebliches Besitzrecht von einem Dritten ableitet“.

sehenen Schadensersatzhaftung betroffen sein soll,¹⁰⁶ nichts auszusetzen. In der Absicht, sowohl Eigen- als auch Fremdbesitzer unterschiedslos der Bösgläubigkeits- und Prozessbesitzhaftung gemäß EBV zu unterwerfen, liegt gleichzeitig die Entscheidung, auch alle damit verbundenen Normen zur Anwendung gelangen zu lassen; dies schließt insbesondere § 278 BGB für den Bereich der Gehilfenhaftung im Gegensatz zum weniger strengen § 831 BGB ein. Diese Wertentscheidung kann nicht schlechthin mit der (ihrerseits fragwürdigen) Aussage hinweggewischt werden, die §§ 823 ff. BGB gewährten dem Eigentümer zumindest den gleichen Schutz wie die Vorschriften des EBV.¹⁰⁷ Vor dem Hintergrund der erwähnten Begründung der zweiten Kommission kann man auch nicht davon sprechen, das EBV habe zum einzigen Zweck die Privilegierung des gutgläubigen Besitzers; vielmehr ergibt sich – ohne, dass diesem Zweck die Bedeutung abgesprochen werden soll – aus der Unterstellung jeglichen bösgläubigen Besitzers unter die Schadensersatzhaftung des EBV (zumindest) die (Neben-)Absicht, etwa im Hinblick auf die Gehilfenhaftung, die Position des Eigentümers gegenüber derjenigen zu stärken, in der er sich im Falle der Behandlung nur nach Deliktsrecht befände.¹⁰⁸

Schließlich überdehnt den Aussageinhalt des „quasi suam rem neglexit“-Gedankens, wer es für „ganz in Ordnung“ hält, von dem Fremdbesitzer zu verlangen, sich sorgfältig zu vergewissern, ob sein von ihm angenommenes Besitzrecht überhaupt vorhanden sei.¹⁰⁹ Schon den Motiven zufolge sollte gerade nicht bei jedem Besitzerwerb „mit aller Sorgfalt zu prüfen [sein], ob ein durch [die] Besitzergreifung zu verletzendes Eigentum bestehe. [...] Aus dem Inhalt des Eigenthumes [sei] nicht das an alle anderen Personen sich richtende Gebot zu entnehmen, bei einer jeden Besitzergreifung vorher und noch weniger bei Fortsetzung des Besitzes stets von Neuem zu prüfen, ob ein absolutes Recht auf den

¹⁰⁶ Vgl. hierzu Prot. III, 341: „es sei nicht gerechtfertigt, den Eigenthümer in einem dieser Fälle auf seine aus den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen usw. sich ergebenden Ansprüche zu verweisen“.

¹⁰⁷ Vgl. oben unter II. 1. b) (3) (S. 11 bei Fn 42).

¹⁰⁸ Von einer „Komplettierung des Eigentümerschutzes“ sprechen *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, S. 226 (Rn 8); ebenso *Michalski* in: FS Gitter, 577, 605.

¹⁰⁹ So jedoch *Dietz*, Anspruchskonkurrenz, S. 211.

Besitz der Sache entgegenstehe“.¹¹⁰ Warum also gerade der grundsätzlich schutzwürdige gutgläubige Besitzer insoweit¹¹¹ einer Prüfungspflicht unterliegen soll, ist unerklärlich. Damit wird schlicht der mit der Gutgläubigkeit zusammenhängende Vertrauensschutz negiert.¹¹² Sinnvoll ist jedoch allein, nicht jeglichen Fremdbesitzer vom EBV auszunehmen, sondern auch insofern eine Differenzierung nach Gut- und Bösgläubigkeit beizubehalten und lediglich eine Haftung des gutgläubigen Fremdbesitzers insoweit zu begründen, als er über die ihm Vertrauensschutz gewährenden Grenzen der das Besitzrecht begründenden (wirksamen oder unwirksamen) Vertragsabsprache hinausgeht.¹¹³

(4) Die Ansicht, zwischen EBV- und deliktsrechtlichen Ansprüchen sei uneingeschränkte Anspruchsgrundlagenkonkurrenz anzunehmen, vernachlässigt die dem EBV zu Grunde liegende wesentliche Wertung, dass der Gutgläubige grundsätzlich schutzbedürftig ist. So gelingt es denn auch argumentativ nicht, den grundsätzlich abschließenden Charakter der Regelungen des EBV zu negieren, was bereits dargelegt worden ist.¹¹⁴ Demnach ist dieser Lösungsweg abzulehnen.

3. Zwischenergebnis / Zusammenfassung

Die Regelungen des EBV weisen in Bezug auf den gutgläubigen, unrechtmäßigen Besitzer im Grundsatz abschließenden Charakter auf. Auf ein solches Exklusivitätsverhältnis deutet schon die Auslegung von

¹¹⁰ Mot. III, 394; weiter wird ausgeführt, es bleibe dem Eigentümer überlassen, für die Publizität seines Rechts (durch Besitz oder Eintragung) Sorge zu tragen. Etwas anderes gelte nur in Fällen, in denen „die besonderen Umstände bei der Erwerbung des Besitzes dem Erwerber einen so dringenden Anlaß zur näheren Nachforschung bieten [...], dass eine besondere Rechtsnorm eine solche Nachforschung auferlegt, wie denn eine Anwendung der Vorschrift des § 259 StGB in diesem Sinne nicht ausgeschlossen ist“; vgl. Mot. III, 395.

¹¹¹ Von dieser Frage des „Ob“ zu trennen ist naturgemäß diejenige nach dem „Wie“: Sich hinsichtlich der Grenzen des Besitzrechts zu vergewissern, kann sehr wohl vom Fremdbesitzer verlangt werden.

¹¹² In diesem Sinne ausdrücklich auch *Krause*, Haftung des Besitzers, S. 103 und insb. 104 sowie *Emmerich*, Nebenfolgen der Vindikation, S. 63.

¹¹³ So auch *Schapp/Schur*, SachenR, S. 54 Rn 116; *Wieling*, SachenR I, S. 572 [unter 4. a)], der insoweit – aus seiner Sicht konsequent – auf den Sinn des § 991 Abs. 2 BGB verweist.

¹¹⁴ S.o. unter II. 2. a) (S. 13–18).

§ 992 BGB hin. Weiterhin folgt dieses Ergebnis aus einer historischen und das entscheidende Differenzierungskriterium der Gutgläubigkeit berücksichtigenden Auslegung des im Gesamtzusammenhang mit den übrigen Vorschriften des EBV zu betrachtenden § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Damit ist zugleich der Ansicht eine Absage erteilt, die uneingeschränkte Anspruchsgrundlagenkonkurrenz zwischen den Vorschriften des EBV und allgemeinen Haftungsnormen annimmt.

Indes hat die Analyse verschiedener Gesichtspunkte ergeben, dass diese Haftungsprivilegierung des gutgläubigen Besitzers planwidrig zu weit gefasst worden ist, weshalb eine Korrektur im Wege teleologischer Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB zu erfolgen hat, um zu einer für den Fremdbesitzer im Exzess sinnvollerweise vorzusehenden Rücknahme von der grundsätzlichen Haftungsbegünstigung des Gutgläubigen zu gelangen.

Eine analoge Anwendung der §§ 989, 990 BGB scheitert daran, dass diese Vorschriften einen Verschuldensmaßstab vorsehen, der im Hinblick auf die Erfordernisse einer Haftungs begründung für die exzessive Einwirkung auf eine fremde Sache nicht konsistent ist, da sie zumindest grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unkenntnis vom Recht zum Besitz verlangen. Konsequenterweise müsste man also unter deren Geltung im Falle (leicht) fahrlässiger Überschreitung der Grenzen des vermeintlichen Besitzrechts durch den Fremdbesitzer eine im Grundsatz nicht zu rechtfertigende Haftungslücke in Kauf nehmen. Außerdem ist es angesichts der im Hinblick auf sein vermeintliches Besitzrecht bestehenden Gutgläubigkeit des Fremdbesitzers nicht einsichtig, warum er schlechthin wie ein Bösgläubiger behandelt werden sollte.

Die Regelung des § 991 Abs. 2 BGB enthält zwar den auf dem Vertrauensschutz des Gutgläubigen basierenden, allgemeinen Gedanken der Haftungsbegrenzung auf den Exzess; allerdings ist angesichts der an der Entwicklung des BGB ersichtlichen Systematisierungsentention die Methode einer teleologischen Reduktion gegenüber der analogen Anwendung einer Einzelvorschrift des EBV eindeutig vorzugswürdig.

Auch der Fremdbesitzer wird grundsätzlich von den Regeln des EBV erfasst. Dass diese ausschließlich für den Eigenbesitzer Geltung erlangen sollten, lässt sich weder der Gesetzgebungshistorie noch dem Zweck der Vorschriften entnehmen.

Mit der hier befürworteten Öffnung des Regelungskomplexes des EBV im Falle des Fremdbesitzerexzesses und der daraus folgenden Möglichkeit der Anwendung allgemeiner Haftungsnormen stellt sich die Frage, ob daraus zwingend die Anwendung von Deliktsrecht resultiert.

III. Die außervertragliche Sonderverbindung

Zu untersuchen ist, ob die mit deliktsrechtlichen Haftungsfolgen eventuell einhergehenden Ungereimtheiten vermieden werden können, indem eine Lösung über ein etwaiges vor- bzw. außervertragliches Schuldverhältnis gesucht wird. Durch die Annäherung zweier Parteien und die Aufnahme einer Beziehung, in deren Verlauf die eine der anderen eine sich in ihrem Eigentum befindliche Sache zeitweise überlässt, könnte zwischen ihnen eine Sonderverbindung mit Schadensersatzbewehrten Pflichten entstanden sein, ohne dass es zum Abschluss eines rechtswirksamen Vertrages gekommen sein müsste.

Damit sich die konkrete Beziehung von der Masse der nur gesellschaftlichen und somit nicht rechtlich relevanten Verbindungen abhebt, müsste sie als Schuldverhältnis zu qualifizieren sein. Das Bestehen eines Schuldverhältnisses setzt voraus, dass in dem betreffenden rechtlichen Verhältnis Pflichten existieren.¹¹⁵ Als solche kommen Leistungs- und Schutzpflichten in Betracht.¹¹⁶ Primärleistungspflichten sind auf die Erbringung sowie Absicherung der Hauptleistung gerichtet und bestehen nur, wenn sie im Rahmen eines wirksamen Vertrages vereinbart worden oder gesetzlich angeordnet sind. Schutzpflichten hingegen zeichnen sich dadurch aus, dass sie in der Regel nicht das Äquivalenz-, sondern das Integritätsinteresse schützen, also der Erhaltung des Status Quo der Rechte und Rechtsgüter des jeweiligen Gegenübers dienen, und gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB auch außerhalb eines wirksamen Vertrages entstehen können, da sie von den Leistungspflichten unabhängig sind.¹¹⁷ Es ist also der Frage nachzugehen, ob das in der

¹¹⁵ Vgl. *Larenz*, MDR 1954, 515 f. (I. Sp.).

¹¹⁶ Begrifflich davon getrennte Nebenleistungspflichten dienen unmittelbar der Verwirklichung der vertraglich verankerten Zwecke des Schuldverhältnisses und sind daher uneingeschränkt als Leistungspflichten zu qualifizieren, vgl. *Grigoleit* in: FS Canaris, 275, 278 f.; dies wird auch in der Gesetzesbegründung zu § 282 BGB deutlich, wo den Haupt- und Nebenleistungspflichten die „nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten“, also insbesondere Schutzpflichten, gegenübergestellt werden, vgl. BTDrucks 14/6040, S. 141 r. Sp.

¹¹⁷ *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 66; vgl. auch bereits *Köpcke*, Vertragsverletzung, S. 79 f. sowie *Heinrich Stoll*, Leistungsstörungen, S. 26 f., 29; zwar hatte zuvor bereits *Kreß*, SchuldR, S. 579 ff., den den Schutzpflichten schon stark ähnelnden Ausdruck der „Schutzverpflichtungen“ geprägt; jedoch hatte er mit der Annahme, dass es im Rahmen eines Vertrages auch zu den Schutz-

Konstellation des gutgläubigen Fremdbesitzers im Exzess von den Parteien gezeigte Verhalten sowie die übrigen Begleitumstände (oder sonstige Faktoren) die Annahme von Schutzpflichten rechtfertigen, und ob dies im Falle von deren Verletzung zu einer Haftung kraft Sonderverbindung führen kann.

1. Begründungsansätze einer außervertraglichen Haftung kraft Sonderverbindung

Bevor die verschiedenen, bisher geäußerten Legitimationsansätze aufgegriffen, einander gegenübergestellt und bewertet werden, soll zum besseren Verständnis auf die Entstehungsgeschichte der Haftung im Rahmen außervertraglicher Schuldverhältnisse eingegangen werden.

a) Entstehung außervertraglicher, nichtdeliktischer Schadensersatzhaftung

Im Zentrum der deutschen Diskussion um eine außervertragliche Haftung kraft Sonderverbindung stand zunächst die vorvertragliche. Zwar enthielt bereits das allgemeine preußische Landrecht von 1794 eine Regelung zur Haftung im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss (ALR I 5 § 284): „Was wegen des bey Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Contrahenten bey Abschließung des Vertrags die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.“ Jedoch hat diese Norm – soweit ersichtlich – in der unmittelbaren Folge wenig Beachtung gefunden, so dass gemeinhin *Rudolf von Ihering* als Begründer der Haftung wegen vorvertraglichen Verschuldens (*culpa in contrahendo* – *c.i.c.*) gilt.¹¹⁸ Allerdings ist diese Annahme zumindest im Hinblick auf das heutige

pflichten beider Parteien gehört, den Vertragszweck nicht zu gefährden (vgl. S. 582), noch keine strikte Trennung zwischen leistungsbezogenen (Neben-)pflichten und reinen (leistungspflichtunabhängigen) Schutzpflichten vorgenommen, wie dies *Heinrich Stoll* tat, vgl. AcP 136 (1932), 257, 288 f.

¹¹⁸ Vgl. *Dölle*, Jur. Entdeckungen, S. 7 f.; *Wieacker*, v. Ihering. Eine Erinnerung, S. 20.

Verständnis der c.i.c. als zum Ersatz verpflichtendes Fehlverhalten in der reinen Anbahnungsphase eines Vertrages nicht ganz zutreffend, da *v. Ihering* hauptsächlich die Situation eines zwar tatsächlich, aber nicht wirksam abgeschlossenen Vertrages vor Augen hatte. Er ging davon aus, dass der vermeintlich geschlossene Vertrag trotz seiner Nichtigkeit Wirkungen in Bezug auf die Ersatzpflichtigkeit hinsichtlich des negativen Interesses haben müsse.¹¹⁹ Dieser Ansatz enthielt also keine Aussage über die haftungsrechtliche Situation im Falle eines Schadenseintritts in der Zeit vor dem Abschluss des vermeintlichen Vertrages.

Zwar ist in der Folge keine allgemeine Regel in das BGB aufgenommen worden,¹²⁰ jedoch sind die noch immer geltenden §§ 122 und 179 BGB¹²¹ Ausfluss eines von *v. Ihering* verfolgten bestimmenden Gedankens.¹²² Dieser besteht darin, dass eine Ersatzpflicht anzunehmen ist, wenn einem am vermeintlichen Vertragsschluss Beteiligten dadurch ein Schaden entsteht, dass der andere durch sein Verhalten die Unwirksamkeit des Vertrages bewirkt und diesem daher die Folgen eher zurechenbar sind. Dies trifft auf die Fälle der Scherzerklärung nach § 118 BGB und des Irrtums im Sinne des § 119 BGB genauso zu wie auf die den falsus procurator betreffenden: Im Falle des § 118 BGB hätte der Erklärende sicherstellen können, dass der Mangel der Ernstlichkeit erkannt wird. Der Irrende hätte sich entweder vergewissern müssen, dass er tatsächlich das erklärt, was er auch erklären wollte, oder sich erkundigen, ob seine Erklärung eventuell einen anderen Inhalt aufweist, als er ihr geben wollte. Auch dem Vertreter ohne Vertretungsmacht hätte es obliegen, Erkundigungen darüber einzuholen, ob er über eine Vertretungsmacht für den Abschluss eines bestimmten Geschäfts verfügte. Zumindest aber ist es dem Erklärenden in allen Fällen eher

¹¹⁹ IherJb. 1861, 1, 5, 7.

¹²⁰ Obwohl (im Rahmen der „Feststellung des Betrugsbegriffes“ = arglistige Täuschung i.S.d. § 123 BGB) eine Generalklausel hinsichtlich vorvertraglicher Aufklärungspflichten von der 1. Kommission angedacht war, vgl. Mot. I, 208.

¹²¹ § 306 a.F. BGB, der die Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit vorsah, ist entfallen, stattdessen steht gemäß § 311a Abs. 1 BGB die anfängliche Unmöglichkeit der Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr entgegen. § 307 a.F. BGB, der einen Schadensersatzanspruch für den genannten Fall der Nichtigkeit bereithielt, wurde aufgehoben und durch § 311a Abs. 2 BGB ersetzt. Auch § 663 BGB geht auf *v. Iherings* Ausführungen zurück, vgl. *Medicus/Lorenz*, SchuldR I, S. 51, Rn 3.

¹²² Vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, S. 20 f., Rn 30.

zumutbar, für einen daraus resultierenden Schaden des anderen Teils aufzukommen, da die maßgebliche Handlung seinem Machtbereich entspringt und der Vertragspartner keinerlei Einflussnahmemöglichkeit hatte. So lässt sich auch der in § 120 BGB genannte Fehler in der Übermittlung einer Erklärung einordnen, da sich der Geschäftsherr den Boten ausgesucht und somit wie in den anderen Situationen den Schaden veranlasst hat.¹²³

Darüber hinaus sollte die nähere Auseinandersetzung mit der Frage, welche Fälle nach den Grundsätzen der c.i.c. zu lösen seien bzw. ob dies eine Haftung aus Delikt oder aus der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten darstelle, Wissenschaft und Praxis überlassen werden.¹²⁴ Diesem Auftrag nachkommend wurden in der Folgezeit mehrere Fallgruppen herausgebildet, so dass das Rechtsinstitut der c.i.c. bereits seit einiger Zeit als umfassendes Schuldverhältnis angesehen werden kann.¹²⁵

Dem Schutz unterliegen zunächst bereits deliktsrechtlich erfasste Rechte und Rechtsgüter wie Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum,¹²⁶ also auch die Sachen, die der eine Teil dem anderen bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen anvertraut hat.¹²⁷ Diese Fallgruppe stellt im Rahmen dieser Untersuchung die relevante dar, da es hierauf in der Situation des gutgläubigen Fremdbesitzers im Exzess ankommt.

Daneben besteht eine Ersatzpflicht für Fälle, in denen der Schaden darauf beruht, dass Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen wurden,¹²⁸ die Unwirksamkeit des Vertrages schuldhaft herbeigeführt worden ist,¹²⁹ oder die eine Partei die andere fahrlässig getäuscht hat.¹³⁰ Auch können noch nach erfolgter Abwicklung eines

¹²³ Es gilt daher für § 122 BGB das Veranlassungs- bzw. das Risikoprinzip, vgl. *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 93; *Armbrüster* in: MüKo, § 122 Rn 2; *Singer* in: Staudinger, § 122 Rn 2.

¹²⁴ Mot. II, 179.

¹²⁵ Vgl. *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 629.

¹²⁶ RGZ 78, 239; BGH, NJW 1962, 31 f.; BGH, NJW 1976, 712.

¹²⁷ BGH, NJW 1977, 376; BGH, NJW 1983, 113; OLG Karlsruhe, VersR 1986, 708; BGH, MDR 1964, 750; *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 85.

¹²⁸ BGH, NJW 1978, 1802, 1804; 1980, 1683, 1684; 1985, 1778, 1781.

¹²⁹ RGZ 104, 265.

¹³⁰ BGH, NJW 2001, 2163, 2164 f.

Vertrages entstandene Schäden nach c.i.c. ersatzfähig sein,¹³¹ sofern man nicht den Grund der Haftung für die sog. culpa post contractum finitum im Vertrag sieht.¹³²

b) Existierende Begründungskonzepte

Hinsichtlich der Frage, was den inneren Grund für die vorvertragliche Haftung darstellt, findet sich keine einheitliche Antwort. Es sind bereits mehrere unterschiedliche Aspekte benannt worden, die eine Haftung für c.i.c. legitimieren sollen. Diese gilt es zu analysieren, zu bewerten und daraufhin zu untersuchen, ob mit oder ausgehend von ihnen eine generelle außervertragliche Haftung begründet werden kann, die auch die hier interessierende Konstellation trägt.

(1) Vertragsbasierter Ansatz

Wie bereits angesprochen, hatte schon *v. Ihering* – ungeachtet der rechtlichen Unwirksamkeit des beabsichtigten Vertrages – auf den Umstand des tatsächlichen Austausches sich deckender Willenserklärungen als entscheidendes Kriterium für die Entstehung einer Schadensersatzpflicht abgestellt: Eine Haftung sei dann gerechtfertigt, wenn „die culpa begangen [wird] bei Gelegenheit eines intendirten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, daß er einen ihm von andern proponirten und dem äußern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte.“¹³³

Die These, dass allein äußere Umstände trotz mangelnder rechtlicher Wirksamkeit in der Weise Wirkungen zeitigen sollten, dass schadensersatzbewehrte Verhaltenspflichten entstünden, wurde jedoch zunächst nicht einhellig übernommen. So wandte sich *Leonhard* scharf gegen eine Haftung für c.i.c. aus ungültigen Verträgen: Die von ihm zwar anerkannte und von der Leistungspflicht unterschiedene Sorgfaltspflicht

¹³¹ RGZ 161, 330, 338.

¹³² Vgl. hierzu näher unten unter III. 2. b) (1), S. 121–127.

¹³³ IherJb. 1861, 1, 7.

gründe sich jedoch wie jene auf den Vertrag und erfordere einen gültigen Abschluss. Erst hieraus erwüchse eine Verpflichtung, für eigenes Verhalten der anderen Partei gegenüber einzustehen. Komme keine rechtsgültige Einigung zustande, fehle es an dem Moment, das die Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit veranlasse und verpflichte.¹³⁴ Zwar gestand er der Lehre *v. Iherings*, die u.a. in §§ 122 und 307 a.F. BGB Eingang in das geschriebene Recht gefunden hatte, erhebliche Fortschritte für das Recht zu, allerdings wollte er aus den genannten Vorschriften keine allgemeine Regel der Haftung für Verschulden beim Abschluss nichtiger Verträge ableiten.¹³⁵

Da jedoch auch *v. Iherings* Ansatz die Vornahme der für den Abschluss eines vermeintlichen Vertrages erforderlichen Handlungen voraussetzt, ist hiermit noch nicht erklärt, weshalb es in dem der vermeintlichen Einigung unmittelbar vorangehenden Zeitraum bereits zur Entstehung von Schutzpflichten kommen soll.

Ein Fall, in dem ein „vorvertraglicher“ Zeitraum relevant wurde, lag dem Reichsgericht im Jahr 1911 zur Beurteilung vor.¹³⁶ Noch bevor es zu einem Vertragsschluss hatte kommen können, sollten nach Ansicht des Reichsgerichts Pflichten entstanden sein, deren Verletzung Schadensersatz nach vertraglichen Grundsätzen zur Folge habe: In seiner Begründung erkannte es ein „vorbereitendes Rechtsverhältnis [...], das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat“. Während die in dieser Entscheidung als Stütze herangezogenen, früheren Urteile des Reichsgerichts recht eindeutig den Verpflichtungsgrund in einem Vertrag sahen,¹³⁷

¹³⁴ *Leonhard*, Verschulden, S. 58; vgl. auch RG, JW 1912, 743: „Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Vertragsschluss bilden ein Ganzes, dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu Vertragspflichten zu machen“.

¹³⁵ Vgl. *Leonhard*, Verschulden, S. 59.

¹³⁶ RGZ 78, 239, 240 – „Linoleumrollenfall“.

¹³⁷ In RGZ 65, 17, 19 etwa in dem „Abschluss eines den eventuell in Aussicht genommenen Kaufvertrag vorbereitenden Vertrages“; in RGZ 66, 402, 405 und 55, 335 f. soll der wirksame Hauptvertragsschluss Schutzpflichtpflichten generieren; in RGZ 73, 148, 150 ist wohl fälschlicherweise (evtl. wegen des Bezuges auf §§ 66, 68 EisenbVerlO) von einem Schuldverhältnis kraft Gesetzes die Rede, denn argumentativer Anknüpfungspunkt ist die in dem zu Grunde liegenden Frachtvertrag enthaltene Hauptleistungspflicht der Aushändigung des transportierten Gutes.

bleiben die genaue Herleitung und rechtliche Qualität des in der „Linoleumrollen“-Entscheidung genannten Rechtsverhältnisses unklar. Hierin geht das Reichsgericht davon aus, „daß sich aus einem Vertrags- oder Schuldverhältnis Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum des Gegners ergeben können, die mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses im engeren Sinne nichts zu tun haben, jedoch aus seiner tatsächlichen Gestaltung notwendig folgen“. Es scheint somit ein Rechtsverhältnis im weiteren Sinne zu erblicken, das es wohl aus den tatsächlichen Gegebenheiten und der Motivation, „einen Kauf zustande zu bringen“, ableitet. Daneben wird der genaue Verpflichtungsgrund dadurch verschleiert, dass das Reichsgericht einerseits zwar scheinbar vertragstheoretisch auf den „Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags“ durch den Versuch des Verkäufers, diesem Ersuchen nachzukommen, abstellt, andererseits jedoch von einem lediglich *vertragsähnlichen* Rechtsverhältnis spricht.¹³⁸

Dies hat *Siber* angesprochen im Zusammenhang mit seinem Ansatz, in den dem Vertragsschluss vorausgehenden Verhandlungen „einen namenlosen, nur auf Begründung von Erhaltungspflichten gerichteten Vertrag“ zu sehen.¹³⁹ Erhöhte Sorgfaltspflichten entstünden schon gegenüber jedem, der den Laden als „Kauflustiger“ betritt und beruhten nicht nur auf einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis, sondern auf dem durch „die Einladung [zum Eintreten in das Kaufhaus] und den Besuch [des Kaufhauses durch potentielle Kunden] zustande kommenden,

¹³⁸ Aus späteren einschlägigen Entscheidungen (etwa dem „Ständerfall“, JW 1913, 23 Nr. 10, und dem „Attrappenfall“, JW 1914, 758, Nr. 6) folgt lediglich, dass das Reichsgericht einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und tatsächlichen Vertragsverhandlungen (wie die Vorlegung von Waren) verlangte, um zur Annahme eines vertragsähnlichen Verhältnisses und damit zur Anwendbarkeit von für Rechtsgeschäfte geltenden Normen wie § 278 BGB zu gelangen; was jedoch die Frage nach der rechtlichen Begründung der *vertragsähnlichen* Haftung im „Linoleumrollen-Fall“ (s.o.) anbelangt, ist damit keine Klärung verbunden. In nachfolgenden Entscheidungen (RGZ 104, 265, 267; 107, 357, 362; 120, 249, 251) wurde eine außervertragliche Haftung unter Rekurs auf Kriterien der Billigkeit, des Vertrauens und der Verkehrssicherheit auf eine analoge Anwendung gesetzlicher Vorschriften gestützt (insb. §§ 122, 179, 307 a.F., 309 a.F. BGB).

¹³⁹ *Siber* in: Planck's Kommentar zum BGB, Vorbm. 4c zu §§ 275 – 292, S. 193.

von einem späteren Kaufabschluß verschiedenen Verträge“,¹⁴⁰ der auch stillschweigend abgeschlossen werden könne.¹⁴¹

Auch *Heinrich Stoll* hat sich mit dem Grund der Haftung für das Verhalten vor Vertragsschluss auseinandergesetzt.¹⁴² Er bezeichnete das bei Verhandlungen bestehende Rechtsverhältnis als ein Schuldverhältnis, das durch einseitiges Rechtsgeschäft zustande komme; dieses werde begründet durch das Vertragsangebot oder durch die Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsverhandlungen.¹⁴³ Seinem Verständnis nach erfordert ein Schuldverhältnis somit nicht den Abschluss eines Vertrages. Ein Vertrag sei lediglich eine bestimmte Erscheinungsform eines Schuldverhältnisses, die es wegen seiner Eigenschaft als Organismus beliebig ändern könne. Bereits mit der Offerte entstünden Handlungs- und Unterlassungspflichten, die somit ein Schuldverhältnis begründeten, das zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise – nämlich im Falle eines Vertragsschlusses – unter Änderung seiner Erscheinungsform fortbestehe.¹⁴⁴

Die Legitimierung von Schutzpflichten auf der Grundlage einer Vereinbarung wurde nie aufgegeben, sondern immer wieder aufgegriffen. Auch noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde in Bezug auf einige Fallgestaltungen der Grund für die Pflichtenbegründung in dem Abschluss eines (wegen Genehmigungsbedürfnisses schwebend) unwirksamen Vertrages gesehen. *Hans Stoll* meinte, eine Handlungspflicht¹⁴⁵ als eine „aktuelle Wirkung“ aus einem schwebend unwirksamen Vertrag ableiten zu können.¹⁴⁶

Sogar in der jüngeren Vergangenheit ist wieder ein vertragslegitimierter Ansatz vorgebracht worden. Auch wenn bei Unterredungen oder Verhandlungen im Zusammenhang mit einem wirksamen oder – wegen Nichtigkeit – vermeintlich wirksamen Vertragsschluss nicht ausdrücklich über die Übernahme von Schutzpflichten gesprochen werde oder eine

¹⁴⁰ *Siber*, aaO (s. vorige Fn), S. 194.

¹⁴¹ *Siber*, IherJb. 1921, 223, 258 f.

¹⁴² LZ 1923, 532 f., 543 f.

¹⁴³ *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 532, 544.

¹⁴⁴ *Heinrich Stoll*, aaO (s. vorige Fn).

¹⁴⁵ Nämlich die Pflicht, aktiv darauf hinzuwirken, dass eine wegen Vereinbarung einer genehmigungsbedürftigen Wertsicherungsklausel erforderliche Genehmigung erteilt werde.

¹⁴⁶ *Hans Stoll* in: FS v. Caemmerer, 435, 443 f.

solche Möglichkeit der Pflichtenbegründung gar nicht in das Bewusstsein der Beteiligten aufgenommen worden sei, komme das Entstehen von Schutzpflichten kraft konkludenter Vereinbarung in Betracht.¹⁴⁷ Dass vertragsvorbereitende Gespräche lediglich den Leistungsaustausch zum Gegenstand gehabt und die Parteien auch an nichts darüber Hinausgehendes gedacht haben, stehe der Annahme einer konkludenten Einigung über Schutzpflichten grundsätzlich nicht im Wege. Dies ergebe sich aus der verkehrsschützenden Wirkung des objektiven Empfängerhorizontes, auf den es allein ankomme. Vielmehr könne einer nur auf die Leistung gerichteten Erklärung ein darüber hinausgehender Erklärungswert beigemessen werden.¹⁴⁸ Jedoch nimmt *Paßmann* eine Einschränkung vor, um nach eigenem Bekunden die Grenze zur Fiktion nicht zu überschreiten: So müsse der Umstand, dass sich der tatsächliche Wille der Parteien nur auf den Leistungsaustausch beziehe, bei der Bestimmung, welchen objektiven Erklärungswert deren jeweiliges Verhalten darüber hinaus zum Ausdruck bringe, Berücksichtigung finden; maßgeblich sei insofern die Nähe der potentiellen Integritätsschädigung zur (evtl. nur vermeintlich wirksam) vereinbarten Leistung. Schutzpflichten könnten daher objektiv nur insoweit als konkludent mit vereinbart angesehen werden, als sie mit den (evtl. nur vermeintlichen) Hauptleistungspflichten spezifisch zusammenhängen.¹⁴⁹

Den Vertretern der verschiedenen vertragstheoretischen Ansätze ist das Anliegen gemein, die Legitimationsaspekte der Parteiendisposition und Freiwilligkeit in den Vordergrund zu rücken. Zugleich bieten sie mit der rechtsgeschäftlichen Bindung eine dogmatische Lösung dafür an, was als Geltungsgrund für die Entstehung von Schutzpflichten anzusehen sei.

Während die Parteien vor der rechtsgeschäftlichen Bindung zwei rechtlich nur locker, nämlich allein durch das Deliktsrecht verbundene Rechtssubjekte waren, haben sie sich hiernach durch den freiwilligen Entschluss, zu kontrahieren, aufeinander zu bewegt und eingelassen. Zwar ist dies zunächst nur auf den Fall bezogen worden, in dem es tat-

¹⁴⁷ So *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 31 f.

¹⁴⁸ Vgl. *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 34, 31.

¹⁴⁹ *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 35.

sächlich zu einem Vertragsschluss gekommen ist, der sich nachträglich als von Beginn an nichtig herausgestellt hat, jedoch ist die Freiwilligkeit nachfolgend – wie dargelegt – auch als rechtfertigendes Kriterium für das Stadium der vorvertraglichen Beziehungsaufnahme und –intensivierung fruchtbar gemacht worden.

(2) Haftungsbegründung durch verschiedene Formen von Kontakt

In Abkehr von der Vorstellung, dass es eines vertraglichen Verhältnisses bedürfe, wurden nachfolgend vornehmlich tatsächliche Elemente als maßgeblich für das Entstehen von Schutzpflichten benannt. Für die außervertragliche Haftung müsse man auf das Verhalten der Beteiligten abstellen.¹⁵⁰ Teilweise wurde allerdings das Kriterium der Zweiseitigkeit eingeschränkt und kein tatsächlicher Kontakt verlangt, sondern postuliert, dass die Haftung dort beginne, „wo, dem Verhandlungspartner erkennbar, Handlungen vorgenommen [...] werden, die die Einleitung von Vertragsverhandlungen mit einer bestimmten Person [...] darstellen“.¹⁵¹ Überwiegend ist jedoch das Erfordernis eines Kontakts aufgestellt und verschiedentlich konkretisiert bzw. fortentwickelt worden. Es wurde insoweit insbesondere nach Art und Intensität differenziert.

¹⁵⁰ *Raiser*, AcP 127 (1927), 1, 18, 26.

¹⁵¹ *Steinberg*, Haftung für c.i.c., S. 93; aaO, S. 94 lässt *Steinberg* sogar die theoretische Möglichkeit der Wahrnehmung der Handlungen des Verhandlungspartners ausreichen: „auch ist nicht die tatsächliche Wahrnehmung [der Handlung] erforderlich; es genügt vielmehr, daß eine Wahrnehmung nach den Maßnahmen des Handelnden zu erwarten ist, daß sie entweder nach dem normalen Verlauf der Dinge oder nach den besonderen Kenntnissen des Handelnden vorausgesehen werden konnte“; ähnlich *Hildebrandt*, Erklärungs haftung, S. 92 f., demzufolge Schutzpflichten schon in dem Zeitpunkt entstehen, in dem „objektiv nach den [...] erkenn- oder voraussehbaren Umständen mit der Möglichkeit einer (wenn auch individuell noch nicht bestimmten) Verhandlungsbeziehung zu rechnen war“.

(a) Sozialer Kontakt

„Nun wirklich Fiktionen“ nannte *Haupt* die Konstruktion eines Vertrages, um zu der Möglichkeit zu gelangen, Schutzpflichten anzunehmen.¹⁵² Er befand insoweit nur objektive, den Vorgang der zwischenmenschlichen Annäherung reflektierende Umstände als geeignete Anknüpfungspunkte: Wenn zwei Personen eine besondere soziale Beziehung eingingen, die sie heraushebe aus dem neutralen Nebeneinander von lediglich „Dritten“ und zwischen ihnen ein Zueinander von „Partnern“ schaffe, sei es nicht eine rechtsgeschäftliche Einigung, die die Beziehung zu einer vertraglichen erhebe, sondern die objektiv verwirklichte Tatsache des besonderen sozialen Kontakts.¹⁵³

Dölle sah als Ausgangspunkt ebenfalls die Aufnahme eines nur sozialen Kontakts als ausreichend an, um zur Annahme von ihm so genannter Erhaltungspflichten zu gelangen.¹⁵⁴ Damit meinte er jedoch nicht jede beliebige Form sozialen Kontakts, sondern verlangte, dass die betreffenden Subjekte durch die Art ihres Zusammentreffens in einen „intimeren Nexus“ geraten seien; allerdings wollte er die Entstehung von Schutzpflichten nicht ausschließlich auf den von Vertragsverhandlungen geprägten Kontakt beschränkt wissen. Vielmehr entstünden Schutzpflichten auch in dem Falle, dass die Parteien andere – eben auch soziale – Zwecke verfolgten, sofern der eingetretene Schaden gerade im spezifischen Zusammenhang mit ebendiesem sozialen Zweck stehe.¹⁵⁵ Darüber hinaus stellte *Dölle* weitere legitimierende Voraussetzungen auf. So sei es erforderlich, dass ein Beteiligter die Rechtsgüter aus der eigenen Rechtssphäre in die des anderen verbringe und sie so dessen Einfluss sowie Obhut anvertraue. Der – von dem Willen getragene oder von der Rechtsordnung gebilligte – Eintritt einer Person in die von einem anderen beherrschte Rechtssphäre und das damit zusammenhängende schützenswerte Vertrauen, dass der andere mit den eigenen Rechtsgütern so verfare, dass es zu keinem Schaden komme, müsse

¹⁵² *Haupt*, faktische Vertragsverhältnisse, S. 10; so auch *Larenz*, Vertrag und Unrecht, S. 82.

¹⁵³ *Haupt*, faktische Vertragsverhältnisse, S. 11; gleicher Ansicht ist *Stürner*, JZ 1976, 384 f.

¹⁵⁴ ZgS 103 (1943), 67 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *Dölle*, ZgS 103 (1943), 67, 73.

nicht zwingend auf Vertragsverhandlungen beruhen, sondern könne seine Motivation auch in einem im Rahmen eines sozialen Kontakts verfolgten Zweck haben.¹⁵⁶

Teilweise werden jedoch deutlich geringere Anforderungen für ausreichend gehalten. So soll insbesondere die reine Herbeiführung des Rechtsgüterkontakts zu sozial adäquaten Zwecken für das Entstehen einer gesetzlichen Obhutspflicht in Bezug auf fremde Rechtsgüter genügen, ohne dass es auf ein etwaiges schutzwürdiges Vertrauen ankomme.¹⁵⁷ Dies ergebe sich vor allem aus der Haftung des Geschäftsführers ohne Auftrag gemäß §§ 677, 678 BGB.¹⁵⁸

(b) Weitere Formen des Kontakts

Dieser Ansatz ist jedoch recht bald auf Grund seiner angeblichen Weite und Unbestimmtheit kritisiert worden. So waren sich viele Autoren darin einig, dass es im alltäglichen Leben zu sehr vielen sozialen Kontakten kommen könne, ohne dass daraus jeweils Schutzpflichten resultieren sollten.¹⁵⁹ Auch der Vorschlag, einen gesteigerten¹⁶⁰ oder engen¹⁶¹ sozialen Kontakt zu verlangen, stieß teilweise auf Ablehnung, da dies zu ohne Willkür nicht überwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führe.¹⁶² Daher wurde in der Folge vorgebracht, ein organisierter sozialer¹⁶³ oder

¹⁵⁶ Dölle, ZgS 103 (1943), 67, 74 f.

¹⁵⁷ So *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, S. 58 f., Rn 87: es reiche die rein faktische Schaffung einer Einwirkungsmöglichkeit; einen reinen sozialen Kontakt mit verstärkten Einwirkungsmöglichkeiten lässt auch *Westermann* genügen, s. *dens.* in: Erman, Einl § 241 Rn 14 und § 241 Rn 11; vgl. auch *Müller*, JuS 1998, 894, 898.

¹⁵⁸ *Blomeyer*, Allg. SchuldR, S. 72 f.; *Baumert*, Tatbestand, S. 36 f.; dieser sieht als haftungsbegründenden Tatbestand für die Entstehung der Schutzpflichten bereits das gewollte, einseitige Herstellen des Rechtsgüterkontaktes an, aaO, S. 30 f.

¹⁵⁹ Vgl. *Wiedemann* in: Soergel (12. Aufl.), Vor § 275, Rn 122.

¹⁶⁰ *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, S. 137 sprechen zwar von einem gesteigerten Kontakt, offenbaren jedoch ein dem Konzept *Dölles* vergleichbares Verständnis.

¹⁶¹ *Wolf* in: Grundlagen, 59, 140.

¹⁶² Vgl. *Picker*, JZ 1987, 1041, 1058.

¹⁶³ *Teubner* in: AK, § 242 Rn 58 f. will dem Phänomen der „organisierten Verantwortungslosigkeit“ mit der Haftung aus organisiertem sozialen Kontakt begegnen, was notwendig sei, da die verschiedenen Formen arbeitsteiliger Organisation marktformige Austauschrelationen überlagerten; hingegen sieht er aaO

personaler und finaler¹⁶⁴ Kontakt rechtfertige die Annahme von Schutzpflichten. Trotz der dargestellten Abweichungen und Nuancierungen fand der Ansatz, auf den Kontakt abzustellen, deswegen im Grundsatz relativ breite Zustimmung, weil daraus der Haftungsgrund deutlich hervorgehe: im Rahmen eines näheren zwischenmenschlichen Kontakts komme es zu gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte und Rechtsgüter des jeweils anderen Teils; hieraus erwachse eine erhöhte Schutzbedürftigkeit dessen, der dem anderen Teil die Einwirkung auf seine Rechte und Rechtsgüter gewährt. Auch dass letzterer deswegen schutzwürdiges Vertrauen entwickle, wurde bereits genannt.¹⁶⁵

(c) Geschäftlicher Kontakt

Jedoch bildete sich eine größere Strömung, die postulierte, nur ein geschäftlicher Kontakt könne über den Schutzzumfang des Deliktsrechts hinausgehende Pflichten entstehen lassen, da deren rechtslogischer Grund darin liege, dass jemand in seinem eigenen Interesse andere zu einem bestimmten Verhalten veranlasst, um daraus geschäftlichen Nutzen zu ziehen.¹⁶⁶

Auch *Herholz* ging schon von einem geschäftlichen Kontakt aus.¹⁶⁷ Er entnahm den §§ 149, 122 (118), 307 a.F., 309 a.F., 663 BGB den gemeinsamen Rechtsgedanken, dass die darin enthaltenen „Anzeige- oder Kundmachungspflichten“ geschaffen worden seien, um Gefahren zu begegnen, die mit der einseitigen Aufnahme der jeweiligen Bezie-

Rn 64 in einfachen Vertragsbeziehungen klassisches Deliktsrecht zur Sanktionierung von Rechtsgütergefährdungen als ausreichend an.

¹⁶⁴ *Picker* in: FS Medicus, 397, 437, 439: Die Voraussetzung der Finalität scheidet unfreiwillige und zufällige Kontakte aus. Durch die personale Begrenzung auf die den Kontakt pflegenden Beteiligten sei von vornherein klar umrissen, wer im Falle der Verletzung einer Schutzpflicht als Haftungsschuldner in Betracht komme. Allerdings rekurriert *Picker* auf diese Kriterien nicht zur Rechtfertigung des Entstehens, sondern vielmehr zur Begrenzung einer Haftung kraft Sonderverbindung, s.u. unter III. 1. b) (8) (S. 59 f.) und III. 1. c) (8) (S. 91); vgl. hingegen *Thiele*, JZ 1967, 649, 651, der den Umstand, dass ein Kontakt gewollt und gezielt erfolge, als *konstitutiv* für besondere Pflichten erachtet.

¹⁶⁵ Vgl. *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, S. 137.

¹⁶⁶ So *Daum*, NJW 1968, 372, 376; vgl. auch *Schleeh*, vorvertragl. Fehlverhalten, S. 76 ff.; *Sack*, WRP 1974, 445, 454; *Gastroph*, JA 2000, 803, 805.

¹⁶⁷ AcP 130 (1929), 257 ff.

hung einhergingen. Demnach entstünde auf Grund der Eröffnung der Beziehung, wodurch ein „Gefahrenkreis“ mit sich gebracht werde, zunächst die einseitige Verpflichtung, den avisierten Geschäftspartner nicht zu schädigen bzw. ihn rechtzeitig über relevante Umstände aufzuklären, damit er nicht auf Grund spezifischer, mit der jeweiligen Beziehung in Zusammenhang stehender Gefahren Schaden erleide.¹⁶⁸ Diese von ihm als „Rahmen“ bezeichnete Situation wandle sich in ein von ihm „Rahmenbeziehung“ genanntes Schuldverhältnis mit beiderseitigen Rechten und Pflichten, sobald „die andere Partei eine Handlung vornimmt, die irgendwie eine Einlassung auf die Beziehung bedeutet“; „das Handeln einer jeden Partei, in der Absicht, ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag zum Abschluss zu bringen,“ werde somit gleichsam zu einem rechtlich erheblichen und „damit zum Tatbestandsmerkmal der Entstehung eines Schuldverhältnisses“.¹⁶⁹ An seinen Ausführungen wird also ersichtlich, dass *Herholz* sowohl die tatsächlichen Umstände der Beziehungseröffnung wie auch den angestrebten Zweck des Geschäftsabschlusses als entscheidend für das Entstehen eines Schutzpflichten generierenden Schuldverhältnisses ansah.

Deutlicher im Sinne einer Abgrenzung gegenüber dem Erfordernis eines rein sozialen Kontakts wurde *Larenz*.¹⁷⁰ Ihm kam es vor allem auf eine schärfere Trennung der Schutzpflichten aus einem Sonderschuldverhältnis von den grundsätzlich gegenüber jedermann bestehenden deliktischen Verkehrssicherungspflichten an.¹⁷¹ Da der praktisch wichtigste Unterschied hinsichtlich der Rechtsfolge in der Anwendbarkeit des § 278 BGB liege, sei von dessen tragendem Rechtsgedanken auszugehen.¹⁷² Dieser Vorschrift liege die Erwägung zu Grunde, dass derjenige, der sich aus geschäftlich motivierten Gründen zur Erfüllung

¹⁶⁸ Neben der Legitimierung von besonderen Schutzpflichten durch den tatsächlichen Umstand des Eröffnens eines Gefahrenkreises nennt *Herholz* (AcP 130 (1929), 257, 295) auch als weiteren Aspekt das schützenswerte Vertrauen des anderen Beteiligten, hierdurch nicht gefährdet zu werden.

¹⁶⁹ *Herholz*, AcP 130 (1929), 257, 294–296.

¹⁷⁰ MDR 1954, 515 ff.; vgl. auch schon seine Ausführungen in *Vertrag und Unrecht*, S. 83.

¹⁷¹ So auch *Gastroph*, JA 2000, 803, 805: Auf Grund seiner von rechtsgeschäftlichen Absichten geprägten Nähebeziehung könne nur der am Rechtsverkehr Teilnehmende ein schutzwürdiges Vertrauen in seine künftigen Vertragspartner entwickeln.

¹⁷² *Larenz*, MDR 1954, 515, 517.

seiner eigenen schuldrechtlichen Pflichten der Mithilfe eines Gehilfen bediene, für dessen Fehlverhalten einzustehen habe, da ihm auch die Vorteile der vom Gehilfen in seinem Interesse verrichteten Tätigkeit in Form eines Teils der von dem Vertragspartner entrichteten Vergütung zu Gute komme. Diese finanziellen Vorteile aus der Einschaltung eines Gehilfen in seinem Geschäftsbetrieb rechtfertigten also die vollumfängliche Haftung des Geschäftsherrn für Pflichtwidrigkeit und Verschulden des Gehilfen. Demnach sei im außervertraglichen Bereich die Auferlegung von über die allgemeine deliktische Verantwortlichkeit hinausgehenden Pflichten gegenüber möglichen Vertragspartnern allein unter dem Gesichtspunkt des *geschäftlichen* Interesses des Geschäftsherrn berechtigt.¹⁷³

Daneben wird das Erfordernis eines geschäftlichen Kontakts für die Annahme von Sorgfalts- und Rücksichtspflichten mit der allgemeinen Erwägung der Förderung eines reibungslosen Geschäftsverkehrs gerechtfertigt.¹⁷⁴ „Andernfalls würde die Funktionstüchtigkeit (Effektivität) des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch unnötig hohe Aufwendungen für die Schadensvermeidung, die der ‚entfernere‘ Partner oder gar beide auf sich nehmen müssten, ohne abwägende Rechtfertigung beeinträchtigt.“¹⁷⁵

Den hinter einer Begegnung mit jeweils gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten stehenden Zweck stellt *Evans-von Krbek* heraus, die hervorhebt, die geschäftliche Kontaktmöglichkeit stelle einen bestimmten Typus eines „Rechtsgeschäftskreises“ dar, „der *seiner* Eigenart nach gerade auf eine bewusste Rechtsgüterbegegnung der Parteien angelegt“ sei.¹⁷⁶ Zwar sieht sie das dogmatische Fundament in einer Analogie zu den §§ 104 ff., 145 ff. BGB. Entscheidend ist an dieser Stelle

¹⁷³ *Larenz*, MDR 1954, 515, 518.

¹⁷⁴ *Koziol/Welser*, Grundriß, S. 165; *Larenz*, SchuldR AT, S. 106.

¹⁷⁵ *Bydinski*, System und Prinzipien, S. 210; ähnlich, jedoch ausdrücklicher volkswirtschaftlich argumentiert *Lehmann*, NJW 1981, 1233, 1239: Da jeder Tauschvorgang notwendigerweise mit Misstrauen, also aus ökonomischer Sicht mit unnötigen Kosten, belastet sei, finde sich ökonomisch gesprochen der Rechtsgrund für eine außer- bzw. vorvertragliche Haftung in dem Bemühen um Transaktionskostensenkung und die Zuweisung der Kostentragung an den zur Kostenminimierung am besten geeigneten Transaktionspartner, den „cheapest cost avoider“.

¹⁷⁶ Vgl. AcP 179 (1979), 85, 99 (Hervorhebung im Original).

jedoch, dass sie auch den gerade zu geschäftlichen Zwecken tatsächlich stattfindenden Kontakt als Rechtfertigung für die Anerkennung eines vom entsprechenden Willen des Schuldners abstrakten schuldrechtlichen Haftungstatbestandes heranzieht: Es komme darauf an, ob letzterem (sinngemäß ergänzt: auf Grund seines äußerlich wahrnehmbaren Verhaltens) „ein objektiver, *rechtsgeschäftsanaloger Erklärungstatbestand* zugerechnet“ werden dürfe.¹⁷⁷

(3) Vertrauen als Haftungsgrundlage

Neben den Vertretern objektiver Theorien, die hauptsächlich¹⁷⁸ auf tatsächliche Umstände abstellen,¹⁷⁹ findet sich eine starke Strömung, die in der „Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens“ die Rechtfertigung für die Auferlegung besonderer Rücksichtnahmepflichten erblickt.¹⁸⁰ Anknüpfungspunkt für eine außervertragliche Haftung sei das besondere, gesteigerte Vertrauen, dass derjenige, der sich zwecks Aufnahme von Verhandlungen in den Einflussbereich eines anderen begeben, diesem regelmäßig entgegenbringe.¹⁸¹ Dieses Vertrauensverhältnis ersetze die im vorvertraglichen Stadium fehlende Vertragsbeziehung, um dem somit bestehenden Bedürfnis nach Rechtsschutz Rechnung zu

¹⁷⁷ *Evans-von Krbek*, AcP 179 (1979), 85, 100 (Hervorhebung im Original); nach ihrem eigenen Erklärungsansatz jedoch nicht logisch ist ihre an gleicher Stelle nachfolgend gegebene Begründung dafür, dass es sich somit nicht um ein gesetzliches Schuldverhältnis handle. Dass letzteres nämlich mithin analog den Rechtsgeschäfts-/Willenserklärungsregeln zustande komme, ist nicht zutreffend. Das Schuldverhältnis entsteht nach ihrem Ansatz auch auf Grund des vom Willen des jeweiligen Schuldners unabhängigen, objektiv erkennbaren Verhaltens gegenüber der anderen Partei. Hieran knüpft ihre rechtliche Wertung an, auf Grund des entsprechenden Verhaltens solle dem Schuldner ein gewisser Erklärungsgehalt zugerechnet werden, weshalb sie die analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften der §§ 104 ff., 145 ff. BGB vorschlägt. Damit bleibt die Haftung jedoch eine willensunabhängige und daher gesetzliche, sodass eine Bezeichnung des beschriebenen Schuldverhältnisses als eines rechtsgeschäftsähnlichen eher in die Irre führt.

¹⁷⁸ Anders etwa *Dölle*, s.o. S. 45.

¹⁷⁹ Vgl. bereits oben S. 44 ff.

¹⁸⁰ Ausdruck geprägt von *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501, 507.; vgl. auch *Deutsch*, Fahrlässigkeit, S. 321, dort unter VI.

¹⁸¹ *Larenz*, SchuldR AT, S. 106; *Looschelders*, SchuldR AT, S. 68 Rn 83; *Nirk* in: FS Möhring, 385, 392 f.

tragen.¹⁸² Darüber hinausgehend hat *Canaris* auf der Grundlage eines einheitlichen Tatbestandes der Schutzpflichtverletzung sogar eine eigenständige Vertrauenshaftung entwickelt.¹⁸³ Zwar geht auch er davon aus, dass sich dieses Vertrauensverhältnis aus der besonderen Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils ergibt und damit auf der tatsächlichen Beziehung der Parteien beruht, jedoch fänden die entsprechenden Schutzpflichten ihre Rechtsgrundlage letztlich im Vertrauensgedanken.¹⁸⁴

Gesetzliche Anknüpfungspunkte für eine Vertrauenshaftung sieht *Canaris* in erster Linie in Vorschriften wie §§ 122, 179 Abs. 2, 663 BGB sowie §§ 307, 309 a.F. BGB¹⁸⁵ und formuliert dafür folgende allgemeine Voraussetzungen: Zunächst erfordere sie einen „*Vertrauensstatbestand*“, der sich auf eine objektive Grundlage stützen können müsse; es handle sich um eine *rein tatsächliche Anspruchsvoraussetzung* der Vertrauenshaftung. Neben von ihm so genannten „künstlichen äußeren Tatbeständen“, für welche das Vereins-, das Güterrechts- und das Handelsregister als Träger in Betracht kämen, stünden als „natürliche äußere Tatbestände“ mündliche Erklärungen, Urkunden sowie sonstiges, auch konkludentes Verhalten, dessen Sinn gemäß den Grundsätzen über die „*objektive Auslegung*“ von Rechtsgeschäften zu ermitteln sei.¹⁸⁶

Des Weiteren müsse in einer anderen Person aktuell subjektiv Vertrauen hervorgerufen worden sein. Daneben müsse anhand von fünf Merkmalen überprüft werden, ob das entstandene Vertrauen als schutzwürdig anzuerkennen sei. Hierfür sei relevant, dass der Vertrauende eine „*Disposition*“ gerade auf Grund seines durch den eben genannten Tatbestand hervorgerufenen Vertrauens vorgenommen habe; dies bedeute, dass sich sein Vertrauen in einer bestimmten Maßnahme objektiviert haben muss, dass es zur Grundlage für sein Verhalten geworden ist. Neben den genannten Merkmalen der Vertrauensdisposition und der Kausalität seien wesentlich der gute Glaube, die Kenntnis des

¹⁸² *Eichler*, Vertrauen, S. 11.

¹⁸³ JZ 1965, 475, 479.

¹⁸⁴ *Canaris*, JZ 1965, 475 f.

¹⁸⁵ *Canaris* in: FS Schimansky, 43, 49; weiter geht *Canaris* in der Festgabe 50 Jahre BGH, 129, 193, wo er die Vertrauenshaftung als „überwölbendes Dach“ und „zusammenfassendes Rechtsinstitut“ der genannten Vorschriften bezeichnet.

¹⁸⁶ Vertrauenshaftung, S. 491 f., 494, 502 (Hervorhebungen im Original).

Vertrauenstatbestandes und das Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes. Im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens müsse dessen Prüfung jedoch nicht nur auf den Einzelfall bezogen erfolgen; vielmehr könne man auch typisierend verfahren.¹⁸⁷

Als letzter Schritt für eine Haftungsbegründung sei essentiell, dass derjenige, der das Vertrauen veranlasst hat, in irgendeiner Form für die entstandenen Folgen Verantwortung trage.¹⁸⁸ Insofern differenziert *Canaris* sehr genau zwischen einerseits Haftungs- und andererseits Zurechnungsgrund,¹⁸⁹ wobei der Vertrauensgedanke ersterem zuzuordnen sei.¹⁹⁰ Während der Haftungsgrund angebe, warum und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung die eine Partei *schützt*, entscheide das Zurechnungsprinzip darüber, warum und unter welchen Voraussetzungen sie die andere Partei *mit einer entsprechenden Pflicht belastet*.¹⁹¹ Dem in Anspruch Genommenen müssten die Folgen der Vertrauensdisposition des anderen Teils zurechenbar sein; insoweit seien das Verschuldens- und subsidiär das Risikoprinzip anzuerkennen.¹⁹²

¹⁸⁷ Zu diesen auf Seiten des Vertrauenden erforderlichen Anforderungen vgl. insbesondere *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 491, 504 ff., 510; für ein typisiertes Vertrauen sprechen sich auch aus *Eichler*, Vertrauen, S. 5, v. *Craushaar*, Einfluß, S. 20, *Frost*, Schutzpflichten, S. 92, 102 sowie der Sache nach auch *Frotz* in: GS Gschnitzer, 163, 169.

¹⁸⁸ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 491.

¹⁸⁹ Dies wird teilweise mit der Folge unzutreffender Kritik übersehen, vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, S. 27 Rn 37.

¹⁹⁰ Vertrauenshaftung, S. 470.

¹⁹¹ Hervorhebungen im Original; zur besseren Verständlichkeit sei angemerkt, dass *Canaris* mit dieser „entsprechenden Pflicht“ nicht die reine Schutzpflicht meinen kann, die ja gerade haftungsbegründend wirkt, sondern vielmehr die Schadensersatzpflicht als solche, zu deren Entstehen neben einer (Schutz-)pflichtverletzung grundsätzlich auch ein Verschulden als Zurechnungskriterium erforderlich ist. Dieses Verständnis wird gestützt durch seine Formulierung (Vertrauenshaftung, S. 471), es sei eine Frage der Zurechnung, warum es gerecht ist, für die Folgen des Vertrauens „einen anderen aufkommen zu lassen“.

¹⁹² Vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, insbesondere S. 481; abgesehen vom Verschuldensprinzip eigne sich neben dem Risikoprinzip, welches Aufschluss darüber gebe, wer ein erhöhtes Risiko geschaffen habe und die daraus folgenden Gefahren eher beherrsche, das Veranlassungsprinzip nur in dem wohlverstandenen Sinne, dass sich dahinter der Gedanke der Risikoverteilung, insbesondere der der Zurechnung eines „Mangels“ zu einer bestimmten „Sphäre“, verbirgt, zur Zuweisung einer die Haftung begründenden Verantwortlichkeit, vgl. S. 480, 482; fast das Gleiche und nur eine geringfügige Abweichung vom von *Canaris* entwickelten Konzept stellt es dar, wenn *Bohrer* als „Haftungsgrund [...] die

Das jeweils entgegengebrachte und an die äußeren, tatsächlichen Umstände anknüpfende Vertrauen rechtfertige nicht nur vor Vertragsschluss das Entstehen, sondern insbesondere auch danach das Fortbestehen von somit gesetzlichen und untereinander gänzlich gleichartigen Schutzpflichten; diese schlugen mit Vertragsschluss nicht auf einmal um in vertragliche, sondern bewahrten ihren gesetzlichen Charakter und bildeten so den „*einheitlichen Tatbestand der Schutzpflichtverletzung*“.¹⁹³

Auf diese Weise lasse sich auch der Fall des vermeintlich wirksam geschlossenen, jedoch nichtigen Vertrags lösen. Man begegne keinen Schwierigkeiten, vertragliche Pflichten trotz unwirksamen Vertrages annehmen zu müssen. Denn wegen der Grundlage des Vertrauens im tatsächlichen Umstand der besonderen Einwirkungsmöglichkeit bestehe ein gesetzliches Schutzpflichtverhältnis, was sogar umso mehr gelte, wenn sich wegen des vermeintlichen Vertragsschlusses die Einwirkungsmöglichkeit und damit die Vertrauensbeziehung noch verstärkten.¹⁹⁴

Die Fälle der Schadensersatzhaftung, die *Canaris* als Tatbestände des „negativen Vertrauensschutzes“ bezeichnet, unterteilt er in „Erklärungs-“ und „Anvertrauenshaftung“.¹⁹⁵ Während erstere dem Schutz der oben bereits genannten „*Disposition*“ diene, erfülle letztere die Aufgabe des „Eingriffs-“ oder „Verletzungsschutzes“; so knüpfe bei der Erklärungs haftung der Vertrauensschutz an die „*Disposition*“ des Vertrauenden an, also an von diesem selbst vorgenommene Maßnahmen, bei der Anvertrauenshaftung hingegen an diesem von dem anderen Teil zugefügte Verletzungen.¹⁹⁶ In den der letztgenannten Kategorie zuzuordnenden Fällen, also vor allem bei Erhaltungspflichten zum Schutze von Leben, Gesundheit und Eigentum, sei die Einordnung in die Vertrauenshaftung weniger überzeugend, jedoch bestehe insofern eine Verbindung, als der

tatsächliche Vertrauensbeziehung zwischen den Beteiligten, d.h. die dem Vertrauensadressaten nach dem Risikoprinzip zurechenbare Verhaltenserwartung der anderen Seite“, bezeichnet, vgl. *Bohrer*, Dispositionsgarant, S. 295.

¹⁹³ *Canaris*, JZ 1965, 475, 479 (mit Ablehnung der sog. „*Umschlagstheorie*“ und weiteren Nachweisen in Fn 35; Hervorhebungen im Original).

¹⁹⁴ *Canaris*, JZ 1965, 475, 477 f.

¹⁹⁵ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 532, 539 ff.

¹⁹⁶ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 540.

Geschädigte seine Rechtsgüter der Einwirkungsmöglichkeit des anderen Teils ausgesetzt und sie diesem gleichsam „anvertraut“ habe.¹⁹⁷

(4) Rechtskreisüberschneidung

Eine Verquickung von tatsächlichen Gegebenheiten und Vertrauensgesichtspunkten nimmt auch *Frost* vor. Mittels der Begriffe der Rechtskreisöffnung und -überschneidung stellt sie entscheidend auf objektive Kriterien ab, indem sie die tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten und daraus resultierende Schutzbedürftigkeit des jeweils anderen Teils als grundlegende Aspekte der Legitimation für das Entstehen von Schutzpflichten auffasst.¹⁹⁸

Dadurch, dass sich die Beteiligten einer Beziehung freiwillig¹⁹⁹ in gewisser Weise einander zuwenden, weiche die für das Deliktsrecht typische abwehrbereite Isolation, die sich in einem „Nebeneinander“ der Rechtskreise widerspiegeln, einem „Miteinander“, das durch eine verbindende Zuordnung der betreffenden Rechtskreise geprägt sei. Voraussetzung für das Entstehen einer solchen Sonderverbindung sei jedoch, dass die Rechtskreisöffnung zu einem gemeinsamen Zusammenwirken führe und einem gemeinsam verfolgten Ziel diene; zumindest gelte dies in Bezug auf Sonderverbindungen mit positiver Zielsetzung. Die hiervon zu unterscheidenden Sonderverbindungen mit negativer Zielsetzung seien zwar ebenfalls durch ein „Miteinander“ gekennzeichnet, jedoch bereits auf Grund der in diesen Fällen bestehenden intensiven tatsächlichen Berührung.²⁰⁰

Zusätzlich verlangt *Frost* die Erfüllung eines Vertrauenstatbestandes, wobei das Vertrauen kein subjektives sein dürfe, sondern sich „die das Vertrauen kennzeichnende Erwartung [...] der *Verhaltensweise* der Beteiligten entnehmen lassen“ müsse.²⁰¹ Erforderlich für den auf Grund

¹⁹⁷ *Canaris* in: FS Larenz II, 27, 107; *ders.*, Vertrauenshaftung, S. 540.

¹⁹⁸ Vgl. *Frost*, Schutzpflichten, S. 56 f.

¹⁹⁹ Die Aspekte der gegenseitigen Öffnung der Rechtskreise sowie der Freiwilligkeit hinsichtlich des Eingehens der Beziehung stellt auch *Weber* in: FS Giger, 735, 755 f. als entscheidend heraus.

²⁰⁰ *Frost*, Schutzpflichten, S. 64 f.

²⁰¹ *Frost*, Schutzpflichten, S. 92, 102 (Hervorhebung im Original).

von Tatsachen festzustellenden Vertrauenstatbestand seien außerdem eine Vertrauenswerbung und ein entsprechender -erweis.²⁰² Jedoch geht sie im Unterschied zu *Canaris* somit nicht von einer eigenständigen Vertrauenshaftung aus, sondern sieht das Entstehen von Schutzpflichten erst wegen des Zusammenspiels von tatsächlicher jeweiliger Rechtskreisöffnung und hierdurch bedingten, durch Wertung anhand objektiv feststellbaren Verhaltens zu ermittelnden Vertrauens als gerechtfertigt an.²⁰³

In ähnlicher Weise sieht *Hohloch* in der Übernahme einer Verantwortlichkeit den Grund für eine Haftung, wenn der eine Teil – ähnlich einem Leistungsversprechen – ein Verhalten zeigt, das den anderen Teil dazu veranlasst, eine dahingehende „Leistungserwartung“ zu entwickeln, dass der erste Teil für seine Äußerung einzustehen bereit sei. Ein solches „Haftungsversprechen“ entfalte eine einer rechtsgeschäftlich bindenden Verpflichtung vergleichbare „Vertrauenswirkung“, weshalb eine den Rechtsformen der Vertragsordnung folgende Haftung gerechtfertigt sei.²⁰⁴

(5) Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit

Frotz unternimmt einen abweichenden Versuch, die Entstehung von Schutzpflichten rechtsdogmatisch abzuleiten, indem er diese als Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit begreift.²⁰⁵ Er ist der Ansicht, die dem Einzelnen von der Rechtsordnung zugestandene Privatautonomie sei zwangsläufig mit sozialer Verantwortung verbunden. Diese bringe es zunächst mit sich, dass demjenigen, dem die Rechtsordnung die Fähigkeit zur Rechtsgestaltung einräumt, gleichsam auferlegt werde, diese seine Berechtigung zu privatautonomem Handeln in der Weise wahrzunehmen, dass die Ordnungsinteressen der Gemeinschaft Berücksichtigung fänden. Zur Untermauerung dieses Ansatzes stützt er sich auf die durch die §§ 134, 138 BGB gezogenen Grenzen.

²⁰² *Frost*, Schutzpflichten, S. 103.

²⁰³ Vgl. *Frost*, Schutzpflichten, S. 105.

²⁰⁴ *Hohloch*, NJW 1979, 2369, 2373.

²⁰⁵ In: GS Gschnitzer, 163, 172 ff.

Daneben beinhaltet die genannte soziale Verantwortung die Pflicht, Missverständnisse über die rechtliche Bedeutung und den „Erklärungswert“ eines Verhaltens zu vermeiden.²⁰⁶

Im Rahmen dieser Untersuchung ist jedoch insbesondere von Bedeutung, dass nach *Frotz*' Verständnis die sich als Kehrseite des privat-autonomen Handlungsspielraums darstellende Verantwortung auch den Schutz desjenigen einbezieht, der sich in einen fremden Einflussbereich oder eine fremde Rechtssphäre begibt und daher einem größeren Schadensrisiko ausgesetzt ist als dem ohnehin mit jedem menschlichen Zusammenleben verbundenen. Dass demjenigen, der sich gegenüber einem anderen seiner ihm von der Rechtsordnung eingeräumten privat-autonomen Gestaltungsmöglichkeit bedient, gegenüber diesem von der Gestaltung betroffenen Partner eine gesteigerte Verantwortung auferlegt werde, sieht *Frotz* letztlich deswegen als notwendig an, weil ansonsten der rechtsgeschäftliche Verkehr untragbar durch ängstliche Vorsicht und Misstrauen behindert werde.²⁰⁷

(6) „Selbstbindung ohne Vertrag“

Köndgen wendet sich gegen die Anerkennung des Vertrauenselementes als Rechtfertigung für die Entstehung von Schutzpflichten. Das Vertrauen sei ein ubiquitäres, soziales und juristisches Phänomen, so dass eine Haftung auf dessen Grundlage wegen der Konturenlosigkeit dieses Begriffs nicht in Betracht komme.²⁰⁸ Stattdessen entwickelt er ein einseitiges Rechtfertigungskonzept der „Selbstbindung ohne Vertrag“, das auf den im Rahmen der Vertragsverhandlungen von den Parteien an den Tag gelegten tatsächlichen Verhaltensweisen sowie den dabei jeweils entwickelten legitimen Erwartungen aufbaut.

Den Ansatzpunkt für *Köndgens* Darstellungen bildet die Kritik an dem von der klassischen Rechtsgeschäftslehre als Geltungsgrund für vertragliche Bindungen für entscheidend gehaltenen Konsensprinzip.²⁰⁹ Er

²⁰⁶ Vgl. zu Vorstehendem *Frotz* in: GS Gschnitzer, 163, 173.

²⁰⁷ *Frotz* in: GS Gschnitzer, 163, 173 und insb. 174.

²⁰⁸ *Köndgen*, Selbstbindung, S. 98.

²⁰⁹ Vgl. hierzu *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 609; auch *Schmidt-Rimpler*, der die Geltung des Rechtsgeschäfts unter Richtigkeitsgesichtspunkten beleuchtet, sieht in

bemängelt die Annahme, allein auf Grund des Konsenses gelange man zu im Wesentlichen ausgewogenen Ergebnissen. Hierdurch werde nämlich die Tatsache außer Acht gelassen, dass häufig unterschiedlich starke Marktmachtpositionen und daher auch faktische Abhängigkeiten bestünden. So könne die in einem bestimmten Markt mächtigere Partei Vertragsbedingungen tatsächlich oktroyieren, obwohl in diesem Falle formal immer noch das Konsensdogma gewahrt werde.²¹⁰

Weiter führt *Köndgen* aus, der Konsens sei nicht verpflichtungsspezifisch, was er an unentgeltlichen Verträgen verdeutlicht. In dem Fall nämlich, dass ein auf den Abschluss eines unentgeltlichen Vertrages gerichtetes Angebot bereits alle essentiellen Eckdaten des angestrebten Geschäfts enthalte, könne sich die Annahme inhaltlich auf die reine Äußerung des Einverständnisses beschränken, so dass sie sich lediglich als Ausdruck der Kenntnisnahme von dem Versprechen darstelle und neben der Kundgabe, die Versprechenserfüllung nunmehr normativ zu erwarten, in interaktionstheoretischer Hinsicht keine neuen Elemente hinzufüge. Hieraus sowie aus den – zuvor dargestellten – eventuell stark unterschiedlichen Marktmachtverhältnissen folgert *Köndgen*, dass im Konsens nicht zwingend eine Selbstbestimmung zum Ausdruck komme, weshalb er kein unentbehrliches Verpflichtungselement enthalte.²¹¹

Er sieht Vertragsverhandlungen als Prozess schrittweise sich verdichtender Selbst- und Fremdbindungen an, an deren Ende der Konsens als Formalakt lediglich den Schlusspunkt setze. Eine endgültige Bindung könne jedoch schon vorher auf Grund der jeweiligen „Festlegungen“ hinsichtlich einzelner vertragsrelevanter Punkte eingetreten sein, wodurch sich nämlich die Parteien jeweils Stück für Stück der Vertrags- und Verhandlungsfreiheit begeben und gleichzeitig der vollen Vertragsbindung angenähert hätten.²¹² Selbstbindungen, die *Köndgen* somit nicht als gesetzliche, sondern als Verpflichtungen quasi-vertraglicher Art ansieht, seien erst das Resultat mehrerer selbstdarstellender Verhaltensweisen. Diese wiesen zwar jeweils einen relativ geringen Verpflicht-

der Willenseinigung als „einzige sachliche Richtigkeitsgewähr“ den Vertragsgrund, vgl. AcP 147 (1941), 130 f., 157, 172.

²¹⁰ *Köndgen*, Selbstbindung, S. 157.

²¹¹ *Köndgen*, Selbstbindung, S. 158.

²¹² *Köndgen*, Selbstbindung, S. 160 f.

tungswert auf; entscheidend sei jedoch, dass sie im mosaikartigen Gesamtbild konkrete legitime Erwartungen des anderen Teils produzieren könnten.²¹³ Auf Grund der so entstehenden jeweiligen legitimen Erwartungen komme es im Verlauf von Verhandlungen zu den einzelnen reziproken Selbstbindungen, die somit in Wahrheit (im Gegensatz zum Konsens) obligierende Wirkung entfalteteten; würden diese legitimen Erwartungen enttäuscht, stelle sich die Rechtsfolge – Zuweisung des negativen Interesses an den Gläubiger – als „*Subsidiärsanktion* privat-autonomer Selbstbindung“ dar.²¹⁴

(7) Funktionaler Lösungsansatz

Krebs legitimiert die Annahme einer Schutzpflichten produzierenden Sonderverbindung unter Anwendung des von ihm so genannten „funktionalen Lösungsansatzes“. Er knüpft dabei an die Funktionen der besonderen Rechtsfolgen einer Sonderverbindung an, um deren Existenz zu rechtfertigen. Seiner Meinung nach wird also das Bestehen einer Sonderverbindung durch die von dieser selbst ausgehenden Rechtsfolgen legitimiert. Als solche führt er an die Existenz weit reichender Schutzpflichten, die auch den Schutz reinen Vermögens beinhalten, das Entstehen einer Treuepflicht, die zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gegenseite verpflichtet und die „Ausdifferenzierung“ der Schutzpflichthaftung nach der Art der jeweiligen Sonderverbindung.²¹⁵

Diese Rechtsfolgen einer Sonderverbindung rechtfertigten sich wiederum vornehmlich aus zwei Gesichtspunkten, nämlich der jeweiligen Schutzbedürftigkeit der Beteiligten und dem in jeder Sonderverbindung bestehenden Zweck. Die Schutzbedürftigkeit ergebe sich aus den spezifischen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter der Gegenseite und des damit einhergehenden Umstandes, dass diese in ihren Möglichkeiten, ihre eigenen Rechtspositionen zu schützen, eingeschränkt sei. Daneben würde die Erreichung des von den Parteien gemeinsam verfolgten oder von der Rechtsordnung vorgegebenen Zwecks durch

²¹³ *Köndgen*, Selbstbindung, S. 187, 118.

²¹⁴ *Köndgen*, Selbstbindung, S. 161, 189 f. (Hervorhebung im Original).

²¹⁵ *Krebs*, Sonderverbindung, S. 223.

die aus der Sonderverbindung resultierenden Schutz- und Treuepflichten gefördert, da durch letztere ein vertrauensvolles Miteinander gewährleistet werde.²¹⁶

(8) *neminem laedere*-Prinzip

Während die bisher genannten Autoren verschiedene Legitimationsaspekte für die Begründung einer Schutzpflichten enthaltenden Sonderverbindung angeführt haben, ist *Picker* der Ansicht, dass diese Betrachtungsweise direkt umgekehrt werden müsse. Es sei demnach nicht nach einer Rechtfertigung dafür zu suchen, Schutzpflichten statuieren zu können, sondern vielmehr eine Beschränkung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden vorzunehmen. Die Einstandspflicht des „fehlensam-vorwerfbar“ handelnden Schädigers stelle das Prinzip dar, wohingegen die Verneinung der Restitutionspflicht die begründungsbedürftige Ausnahme sei. Dies gelte für die deliktische sowie für die vertragliche Haftung bzw. eine solche aufgrund einer Sonderverbindung gleichermaßen. Der somit homogene Haftungsgrund beruhe auf einer Rückbesinnung auf den *neminem laedere*-Grundsatz.²¹⁷

Nach dieser „richtungsweisenden idealen Maxime“ sei ein Schaden, der durch ein sozial unerwünschtes bzw. zu missbilligendes Verhalten herbeigeführt worden ist, stets zu ersetzen. Demnach bestehe die Problematik des Haftungsrechts nicht darin, die Einstandspflicht anhand von „Pflichtverstärkungsfaktoren“ zu begründen, sondern sachliche Gründe aufzudecken, die die Haftung ausnahmsweise beschränken.²¹⁸

Da nämlich das Haftungsrecht zu einem angemessenen Verhältnis zwischen einerseits Güterschutz und andererseits Betätigungs- bzw. Bewegungsfreiheit gelangen müsse, habe im Interesse Letzterer eine Beschränkung der Haftung zu erfolgen; dies sei im Deliktsrecht durch die Benennung der dort genannten absoluten Rechte und Rechtsgüter geschehen. In dieser Beschränkungswirkung erschöpfe sich die Funktion und Legitimierung der genannten Gesetzesgestaltung im Delikts-

²¹⁶ *Krebs*, Sonderverbindung, S. 223, 633 f.

²¹⁷ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1048 f., 1054.

²¹⁸ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1052.

recht. Das Ziel, die Zahl der potentiellen Gläubiger zu beschränken, werde im Bereich der vertraglichen Haftung schon dadurch erreicht, dass der Kreis der möglichen Anspruchsberechtigten zumindest abstrakt schon ex ante ein für alle mal feststehe. Gleiches gelte für die außervertragliche Sonderverbindung. Denn infolge der Konzentration und „Verdichtung“ der Rechtsbeziehungen sei auch hier für alle Beteiligten von vornherein offenbar, wer als möglicher Gläubiger in Betracht komme.²¹⁹

(9) Exklusivität deliktsrechtlicher Pflichten?

Schließlich ist geltend gemacht worden, die hier interessierenden Verhältnisse ohne Leistungspflichten seien nicht den für Verträge geltenden Vorschriften zu unterwerfen, da es sich bei den Situationen, in denen eine Partei durch Vernachlässigung von Obhutspflichten das Eigentum des Verhandlungspartners verletzt, in Wahrheit um klare Deliktsfälle handle.²²⁰ Das allgemeine Erhaltungsinteresse werde funktionell in erster Linie durch das Deliktsrecht gewährleistet, welches in seiner fortgebildeten Fassung angemessene Konfliktlösungen biete.²²¹ Durch die Annahme von schuldrechtlichen Sonderverbindungen werde ein Teil der Deliktshaftung ins Vertragsrecht übertragen mit der Folge, dass das Vertragsrecht auf Gebiete ausgedehnt werde, in denen nach den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers nur deliktische Haftung habe gewährt werden sollen.²²² Nicht nur werde hierdurch die relativ klare Trennung des Schutzes von Erfüllungs-, Vertrauens- und Integritätsinteressen unnötigerweise verwischt,²²³ die Konstruktion einer schuldrechtlichen Sonderverbindung stelle auch nur eine ergebnisorientierte Verlegenheitslösung dar, die sich aus der anstelle des § 831 BGB gewünschten Rechtsfolge des § 278 BGB nähre.²²⁴

²¹⁹ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1053 f., 1056, 1058.

²²⁰ *Hans Stoll* in: FS v. Caemmerer, 435, 437, 452; v. *Bar* in: Gutachten, Bd. II, 1681, 1717: „genuines Deliktsrecht“; *Nirk*, RabelsZ 1953, 310, 352.

²²¹ *Kreuzer*, JZ 1976, 778, 780.

²²² *Wolf*, AcP 182 (1982), 80, 92.

²²³ *Mertens*, AcP 178 (1978), 227, 238.

²²⁴ Vgl. *Thiemann*, culpa in contrahendo, S. 24; v. *Caemmerer*, Wandlungen, S. 56; *Hans Stoll* in: FS v. Hippel, 517, 527, geht sogar so weit, zu behaupten, „der

Entscheidender Ansatzpunkt ist jedoch die Aussage, auf schuldrechtlicher Sonderverbindung beruhende Schutzpflichten seien sowohl genotypisch als auch phänotypisch bzw. strukturell identisch mit den deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten.²²⁵ In beiden Fällen ziele der Schutz auf Integritätssicherung ab, bestehe die jeweilige Pflicht auf Grund situationsabhängiger allgemeingültiger Gefahrzuweisungen und werde lediglich eine jedermann gegenüber gleichermaßen bestehende, allgemeine Redlichkeitserwartung im Sinne eines objektiven „Vertrauendürfens“ auf ordnungsgemäßes und regelkonformes Verhalten Dritter vorausgesetzt.²²⁶ Da in beiden Fällen gleichermaßen Erhaltungsinteressen in Frage stünden, sei kein qualitativer Unterschied zwischen deliktsrechtlicher und außervertraglicher Haftung nach Vertragsgrundsätzen erkennbar; es sei im Vergleich zu den dem Deliktsrecht unterfallenden Konstellationen keine die Anwendung von Vertragsregeln rechtfertigende Individualisierung feststellbar, die diese Fälle von jenen scheidet könnte, da gerade im Recht der Verkehrspflichten der Kontakt häufig über das vermeintlich zufällige Nebeneinander der deliktischen Begegnung hinausgehe.²²⁷

Sache nach [bedeute] die Anerkennung solcher schuldrechtlichen Pflichten eine Fortbildung des Deliktsrechts“; tatsächlich wird teilweise allein mit der gegenüber dem Vertragshaftungsregime begrenzten Schutzwirkung der Delikts haftung argumentiert, vgl. *Horn*, JuS 1995, 377, 386.

²²⁵ v. *Bar*, Verkehrspflichten, S. 312; *Huber* in: Gutachten, Bd. I, 647, 737; *Hans Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 151 Fn 21.

²²⁶ v. *Caemmerer*, Wandlungen, S. 57 f.; *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 69; *Westhelle*, Nichterfüllung, S. 121: „Bereichshaftung“. Nicht in der Allgemeinheit, sondern auf Fälle begrenzt, in denen Räumlichkeiten sowie Zugänge hierzu für den allgemeinen Verkehr geöffnet werden, plädieren auch *Huber* und *Larenz* für die Einordnung als deliktische Pflichten, vgl. *Huber*, AcP 177 (1977), 281, 319 f.; *Larenz* in: FS Ballerstedt, 397, 401-403; ähnlich *Kramer* in: MüKo (5. Aufl.) Bd. 2, Einl. Rn 91, der jedoch einschränkend trotz Bedenken eine Haftung kraft spezifischer Sonderverbindung zuzulassen scheint, allerdings eine „restriktive Handhabung“ der Art verlangt, dass ein spezifisch gesteigerter sozialer Kontakt vorliegen müsse.

²²⁷ v. *Bar*, Verkehrspflichten, S. 228.

c) Stellungnahme

(1) Vertragsbasierte Ansätze

Auf der Suche nach den Entstehungsgründen von Schutzpflichten, die eine schuldrechtliche Sonderbeziehung begründen, sind – wie gezeigt – zuerst vertragstheoretische Ansätze entwickelt worden.

Damit sollte vor allem der Gesichtspunkt der privatautonomen Selbstgestaltung aufgegriffen werden; maßgebend als Legitimationsaspekt für die Auferlegung von Pflichten ist demnach, dass die Parteien freiwillig eine vertragliche Beziehung zueinander aufgenommen haben. So wichtig diese Komponente auch erscheint, sie vermag allein nicht zu erklären, weshalb der freiwillige Austausch von Willenserklärungen, die die jeweils zu erbringende Hauptleistungspflicht zum Gegenstand haben, davon insofern unabhängige Pflichten generieren sollen, als diese sich nur auf das Integritätsinteresse an den dem jeweils anderen Teil ausgesetzten Sachen beziehen. Damit ist verkannt worden, dass von dem Entstehen von Schutzpflichten in der Regel im Vertrag selbst bzw. in den vorvertraglichen Verhandlungen keine Rede ist.²²⁸ Die eventuell zur Haftung führende konkrete Rücksichtnahmepflicht ist somit (vermutlich in der Regel) gerade nicht Gegenstand freiwilliger Selbstbindung.

Davon abgesehen setzt man sich dem Vorwurf der Fiktion aus, wenn man grundsätzlich in dem anlässlich von Vertragsverhandlungen gezeigten Verhalten den konkludenten Abschluss eines eigenen, „nur auf Begründung von Erhaltungspflichten gerichteten Vertrag[es]“ sieht.²²⁹ Zwar ist nicht schlechthin ausgeschlossen, dass bestimmte Umstände des Einzelfalls auf eine derartige Übereinkunft schließen lassen können, da jedes Verhalten der Wertung im Hinblick auf dessen jeweiligen Erklärungsgehalt aus der Sicht eines objektiven, verständigen Dritten zugänglich ist;²³⁰ allerdings dürfte dies realistischere Weise die Ausnahme darstellen, so dass daraus keine Regel abgeleitet werden kann. Um

²²⁸ *Diers*, Ersatzansprüche, S. 20 f.

²²⁹ Zitat von *Siber*, s. bereits oben S. 41 mit Fn 139; wie hier kritisch: *Erman*, AcP 139 (1934), 273, 323; *Knopp* in: *Soergel* (11. Aufl.), § 157 Rn 17 f.

²³⁰ Dies ist *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 31 f., 34, im Grundsatz zuzugestehen; vgl. nur *Schiemann* in: *Staudinger*, ECKPfeiler, C. Rn 52; *Singer* in: *Staudinger*, § 133 Rn 8; *Roth* in: *Staudinger*, § 157 Rn 3.

nicht auch insoweit wiederum einer Fiktion bedenklich nahe zu kommen, müssten nämlich an die sonstigen, neben der Vereinbarung der Hauptleistungspflichten bestehenden Umstände hohe Voraussetzungen gestellt werden, damit man aus der Perspektive eines objektiven Beobachters/Empfängers zweifelsfrei dazu gelangte, es seien (leistungsunabhängige) Schutzpflichten schlüssig mitvereinbart worden. Speziell bei *Paßmanns* Ansatz mit der Einschränkung, dass ein spezifischer Zusammenhang zwischen potentieller Integritätsschädigung und (Haupt-) Leistung bestehen müsse,²³¹ ist die Unbestimmtheit dieser Voraussetzung bedenklich: Nach welchen Kriterien und Maßstäben sollte ein solcher *spezifischer* Zusammenhang zu ermitteln sein? Im Ergebnis bedeutet dies weniger dogmatische Klarheit als es gesteigerte Rechtsunsicherheit mit sich bringt.

Interessant erscheint auf den ersten Blick *Heinrich Stolls* Ansatz²³², ein Schuldverhältnis bereits mit der Abgabe einer Offerte als entstanden anzusehen, schließlich basiert dieser auf einer gesetzlichen Regelung, nämlich der in §§ 145, 146 BGB vorgesehenen Bindungswirkung des Antrags. Jedoch stellt dieser Gedanke nur scheinbar einen Fortschritt bezüglich des Ansinnens dar, die Entstehung von Schutzpflichten vor Vertragsschluss zu plausibilisieren: Zunächst ist wieder zu bedenken, dass sich ein Vertragsangebot in aller Regel nur über den Inhalt der Hauptleistungspflichten verhält; dem lässt sich somit keine Pflicht zur Wahrung der Integrität fremden Eigentums entnehmen, so dass die oben an *Sibers* Ansatz geäußerte Kritik auch hier greift. Daneben bestehen auf Grund der Einseitigkeit der Offerte Zweifel daran, dass diese Pflichten hervorbringen kann, die beiden Parteien einander gegenüber gleichermaßen obliegen.²³³

Wenig überzeugend ist es auch, einen Vertrag in seiner Bedeutung und Wirkung zu überhöhen, indem man ihn „als Institut“ und „als vom Recht anerkanntes Wertprinzip“ ansieht, das eine Verhaltensordnung begründet, „deren Ausgestaltung für den vom Willen der Parteien ausgesparten Raum nach §§ 157, 242 BGB anhand der Maßstäbe von Treu und

²³¹ *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 35 (vgl. dazu bereits oben S. 43 bei Fn 149).

²³² S.o. S. 42.

²³³ Ebenso *Pouliadis*, culpa in contrahendo, S. 55: „von einer vertragsmäßigen Verantwortung kann keine Rede sein“.

Glauben“ erfolge.²³⁴ Diese Begründung ist in doppelter Hinsicht problematisch. Erstens ist nicht recht ersichtlich, worauf die Verwendung solch aufgeladener und zugleich konturenarmer Begriffe abzielt oder was damit genau gemeint ist; sollte damit das Schuldverhältnis im weiteren Sinne angesprochen sein, so ist anzumerken, dass sich dieses als Zusammenfassung der zwischen mehreren Personen bestehenden Rechtsbeziehungen darstellt,²³⁵ selbst also keine einzelnen Pflichten begründen kann.²³⁶ Vielmehr verhindert diese Sichtweise, die an das Verständnis eines Schuldverhältnisses als „Organismus“ erinnert,²³⁷ eine analytisch differenzierte Betrachtung von (Haupt- oder Neben-) Leistungspflichten einerseits sowie Schutzpflichten andererseits und trübt den Blick dafür, dass diese sich hinsichtlich ihres Geltungs- und Entstehungsgrundes voneinander unterscheiden.²³⁸ Zweitens widerspricht es geradezu dem Gedanken der Privatautonomie, den „vom Willen der Parteien ausgesparten Raum“ mittels Rekurses auf die äußerst vagen, weil im höchsten Grade normativen „Maßstäbe von Treu und Glauben“ zu füllen.²³⁹

(2) Verschiedene Formen des Kontakts

Mit dem Erfordernis eines – wenn auch unterschiedlichen Anforderungen unterliegenden – Kontakts sind wichtige Legitimationsaspekte angesprochen worden. Dies sind vor allem die intensive Berührung der jeweils in Frage stehenden Rechte und Rechtsgüter sowie die daraus resultierende erhöhte Schutzbedürftigkeit des anderen Teils. Wegen der ebenso als maßgeblich angesehenen gesteigerten jeweiligen Einwirkungsmöglichkeit weist zum Teil²⁴⁰ in die gleiche Richtung der Ansatz

²³⁴ So jedoch *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 235 bzw. 266.

²³⁵ *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 36; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, SchuldR AT, S. 2, Rn 3; *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 266.

²³⁶ *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 9 f.; *Larenz*, JZ 1962, 105, 108 (dort Fn 17, r. Sp.); *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, S. 21.

²³⁷ Vgl. *Siber* in: Planck's Kommentar zum BGB, Vorbm. I 1 a) zu § 241, S. 3.

²³⁸ Vgl. hierzu auch unten III. 2. b) (1) (a) (S. 122 f.).

²³⁹ Vgl. hierzu noch unten III. 2. a) (2) (S. 113 ff.) und III. 2. b) (2) (S. 127–129).

²⁴⁰ Hinzu kommen nämlich nach *Frost* noch die weiteren rechtfertigenden Aspekte der Vertrauenswerbung und des entsprechenden –erweises, s.o. S. 54 f. (bei Fn 202).

der Rechtskreisüberschneidung von *Frost*. Gleichzeitig ist mit den tatsächlichen Elementen, dem äußerlich erkennbaren Verhalten als Anknüpfungspunkt, der entscheidende Schritt weg von der häufig mit dem Stigma der Fiktion belasteten Konstruktion einer rechtsgeschäftlichen Bindung im klassischen Sinne gelungen.²⁴¹

(a) Sozialer Kontakt

An dem Ansatz, einen rein sozialen Kontakt ausreichen zu lassen, ist jedoch kritikwürdig, dass er keine klar umrissenen Grenzen aufweist. Es ist äußerst schwierig und – soweit ersichtlich – auch noch nicht gelungen, allgemeine Grundsätze zu formulieren, anhand derer eine zuverlässige und somit rechtssichere Bestimmung im Einzelfall vorgenommen werden könnte, ab welcher Berührungsintensität eine gesellschaftliche Begegnung als ein tatbestandlicher sozialer Kontakt einzuordnen wäre. Ähnlich verhält es sich bei anderen an den Kontakt gestellten Anforderungen. So lässt sich im Einzelfall nicht mit ausreichender Sicherheit einheitlich feststellen, wann die Schwelle überschritten sein soll, ab der ein derart gesteigerter, enger Kontakt vorliegt, dass die Annahme eines haftungsbegründenden Sonderverhältnisses gerechtfertigt erschiene.

(b) Weitere Formen des Kontakts

(aa) Der Vorschlag der Haftung aus organisiertem sozialen Kontakt als eigenständiger Haftungsform neben Vertrag und Delikt deckt erklärtermaßen nur einen Teilbereich ab, nämlich die Gefährdungen, die von arbeitsteilig kooperierenden sozialen Einheiten ausgehen,²⁴² und eignet

²⁴¹ In Wahrheit waren auch für *v. Ihering* die tatsächlichen Umstände wesentlich (vgl. schon oben S. 36 f. und 39); so ist seine Aussage zu verstehen, der Vertrag müsse „dem äußern Hergang nach“ (vgl. *IherJb.* 1861, 1, 7), also tatsächlich, jedoch nicht notwendig rechtswirksam, geschlossen worden sein.

²⁴² *Teubner* in: *AK*, § 242 Rn 59; im Rahmen einfacher Austauschverhältnisse sieht *Teubner* (aaO, Rn 64) jedoch die Sanktionierung von Rechtsgütergefährdungen mittels des Deliktsrechts als ausreichend an.

sich daher nicht als genereller Lösungsansatz bzw. für die hier interessierenden Konstellationen.

(bb) Ungeachtet der am Erfordernis des gesteigerten Kontakts bemängelten Abgrenzungsschwierigkeiten²⁴³ sieht *Immenhauser* in dessen Intensität das Kriterium, das bei einer Neuordnung des Haftungsrechts als verbindendes Element geeignet wäre, die Trennung der Haftung aus Vertrag und Delikt zu überwinden: Die im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu verzeichnende stetige Erhöhung des Risikopotentials sowie immer filigranere Arbeitsaufteilung lasse die ursprünglich angemessene zweigeteilte Struktur der Haftungsordnung unter normativen Gesichtspunkten nicht mehr sinnvoll erscheinen, sondern führe zu einer Transformation des Schadensersatzrechts zu einer einheitlichen Risikozuweisungsordnung. Vertrag und Delikt bezeichneten nichts anderes als Beziehungsformen von unterschiedlicher Intensität, zwischen denen zahlreiche weitere Beziehungsformen lägen, die als Sonderverbindungen mit außerdeliktschen Schutzpflichten beschrieben werden könnten.²⁴⁴ Zwar erscheint die Idee der Vereinheitlichung der Haftungsordnung reizvoll, allerdings bestehen Zweifel, ob dies allein auf der Grundlage der unterschiedlichen Intensität des Kontakts erreicht werden kann. Tatsächlich ist bislang unklar, wie damit eine genaue und somit praktikable Bewertung der Tatsachen im Einzelfall gelingen soll, die rechtssichere Schlüsse darauf zulässt, ab welchem „Messpunkt“ auf der Skala der Intensität einer Beziehung Rechtsfolgen zum Tragen kommen sollen, die die heutigen vertragsrechtlichen Regelungen vorsehen, oder wann es bei den derzeit im Deliktsrecht angeordneten Rechtsfolgen verbleiben soll.²⁴⁵

²⁴³ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1058.

²⁴⁴ *Immenhauser*, Dogma, S. 450 f.: Eine neue Haftungsordnung müsse die unterschiedliche Intensität der einzelnen Beziehungsformen mit einer Skala erfassen.

²⁴⁵ Zwar gibt *Immenhauser* selbst an, aus einem neuen System müsse „hervorgehen, welche Wertungen welchen Einfluss auf die Begründung, den Umfang und die Modalitäten des Schadensersatzanspruchs haben“ (Dogma, S. 451), jedoch ist unklar, wie gesetzlich (und damit allgemein) ein so fein gefächertes und allein an der Intensität der Beziehung orientiertes Normengebilde entworfen werden kann, dass die aufgezeigten Abgrenzungsschwierigkeiten verschwinden; dass *Immenhauser* offenbar selbst den Grad der Intensität des Kontakts nicht als allein ausschlaggebend ansieht, zeigt sich daran, dass er dem klassischerweise zur Abgrenzung von Delikt und außerdeliktscher Sonderverbindung

(cc) Die Forderung eines personalen finalen Kontakts hingegen beinhaltet in ihrer Kombination zwei richtige Legitimationsaspekte. Mit dem ersten Element wird die Individualisierung der in der betreffenden Beziehung vorhandenen Parteien in den Blick genommen. Zwar wird hiermit gewährleistet, dass für die Beteiligten Klarheit über den Kreis ihrer potentiellen Gläubiger und Schuldner entsteht, allerdings entfaltet dieses Merkmal allein selbstverständlich keine ausreichend rechtfertigende Kraft für die Annahme eines nichtdeliktischen Sonderverhältnisses, da auch im Deliktsrecht Schädiger und Geschädigter individualisiert sind; nur angereichert mit dem zusätzlichen Erfordernis der Freiwilligkeit und Zweiseitig- bzw. Gegenseitigkeit der Beziehungsaufnahme erscheint es sinnvoll. Denn damit wird der insofern wesentliche Unterschied zum Deliktsrecht deutlich, nämlich der Zeitpunkt, in welchem in Bezug auf einen Schadensersatzanspruch die Person des jeweiligen (zumindest potentiellen) Gläubigers oder Schuldners für die Beteiligten feststeht: Während diese Individualisierung im Deliktsrecht erst im Moment der Rechtsgutbeeinträchtigung zu Tage tritt, wird sie im außerdeliktischen Bereich bereits mit der Entscheidung zur Anbahnung der Beziehung, also bevor es überhaupt zu einer Schädigung kommen kann, vollzogen. Soweit dies freiwillig geschieht und die nachfolgende Beziehungsausweitung auf beidseitig getragenen Willen beruht, liegt in dieser (vom Zeitpunkt der Schädigung aus betrachtet) früheren Individualisierung ein entscheidendes Legitimationsmerkmal, da die Beteiligten sich in ihrem Verhalten gerade auf Grund der Kenntnis um die Person des jeweils anderen aufeinander einstellen können.

Eng mit der so konkretisierten Personalität des Kontakts verknüpft ist dessen Finalität, da hiermit der Zweck des jeweiligen Verhältnisses als wesentliches Kriterium angesprochen wird. Ein gemeinsam verfolgter Zweck, auch wenn die Parteien in dessen Vollzug jeweils eigene Vorteile anstreben, verbindet sie in einer Weise, die sie aus dem Kreis unbeteiligter Dritter heraushebt. So verstanden bringt die Voraussetzung eines personalen und finalen Kontakts richtigerweise zum Ausdruck, dass u.a. die mit einer Beziehungsaufnahme und –fortführung einhergehende Rechtsgutberührung individualisierter Beteiligten in dem Falle,

herangezogenen Kriterium des Zufalls Bedeutung einräumt (aaO, S. 450) und damit doch zusätzlich die Zweckrichtung der Beteiligten berücksichtigt.

dass sie sich auf Grund jeweiliger Freiwilligkeit und eines gemeinsam verfolgten Zwecks vollzieht, die Annahme von haftungsbegründenden Schutzpflichten rechtfertigen kann.

(c) Geschäftlicher Kontakt

Wie beschrieben,²⁴⁶ hat *Herholz* unter Rekurs auf §§ 122, 149, 307 und 309 a.F., 663 BGB die Geschäftlichkeit eines Kontakts zum pflichtenbegründenden Element erhoben, indem er das Handeln einer jeden Partei in der Absicht, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, als Tatbestandsmerkmal der Entstehung von Schuldverhältnissen bezeichnete. Die Anlehnung an die genannten gesetzlichen Regelungen erscheint zunächst billigenwert, da aus diesen tatsächlich hervorgeht, dass in den dort bestimmten Fällen die einseitige Beziehungseröffnung in dem Moment, in dem der andere Teil darauf reagiert, Pflichten des Initiators entstehen lässt. Jedoch ist fraglich, ob die daraus abgeleitete Folgerung zutreffend ist, die Absicht, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, sei für die Pflichtenentstehung ausschlaggebend. Denn zwar sind in den genannten Normen Fälle geregelt, in denen ein Vertragsschluss avisiert wird (vgl. §§ 149, 663 BGB) oder stattgefunden hat (s. § 122 sowie §§ 307, 309 a.F. BGB), allerdings ist dies wohl nicht das entscheidende Moment, das zur Pflichtenentstehung führt; vielmehr liegt den einzelnen, die genannten Konstellationen betreffenden Regelungen gleichermaßen die Erwägung zu Grunde, dass der andere Teil auf ein gewisses Verhalten des Initiators vertraut hat. Dies zeigt sich darin, dass er auf Grund der Handlung des Initiators bestimmte Dispositionen getroffen hat oder berechtigterweise hätte treffen dürfen,²⁴⁷ die er ansonsten (wenn ihn die

²⁴⁶ S.o. S. 47 f.

²⁴⁷ Im Falle des § 149 BGB könnte der andere Teil etwa nach einer gewissen Zeit im Vertrauen auf den zustande gekommenen Vertrag Aufwendungen getätigt haben. Dieses Vertrauen ist nach Wertung des Gesetzes in dem Fall der rechtzeitigen Absendung der Annahmeerklärung berechtigt (wenn der Antragende letzteres hätte erkennen müssen); ähnlich ist die in § 663 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtslage im Falle des Erbietens zur Besorgung gewisser Geschäfte. In §§ 122 BGB und 307 a.F. BGB ist sogar der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, dass der andere Teil auf die wegen Bewirkens durch den Initiator bzw. wegen dessen Verschuldens nicht bestehende Gültigkeit der Erklärung bzw. des Vertrages vertraut hat, ausdrücklich genannt.

Initiative nicht erreicht oder er kein Vertrauen in sie gesetzt hätte) nicht vorgenommen hätte. Dieses Vertrauen hat sich also in der jeweiligen Reaktion des anderen Teils manifestiert und ist vom Gesetz als schutzwürdig anerkannt worden. Demnach ist es nicht der Zweck des Geschäftsabschlusses, der zur jeweiligen Pflichtenbegründung führt. Da somit hinter den von *Herholz* bemühten Vorschriften ein von dessen Verständnis abweichender Gedanke steht, handelt es sich bei der Absicht zum Rechtsgeschäftsabschluss nicht um ein Kriterium, das erklären könnte, weshalb nicht auch in Fällen, in denen sich nur eine soziale (nicht-rechtsgeschäftliche), jedoch Vertrauen stiftende Annäherung vollzieht, spezielle schadensersatzbewehrte Handlungs- oder Unterlassungspflichten entstehen können sollten. Ein avisierter Geschäftsabschluss bildet damit nur *eine* (wenn auch sicherlich häufig vorkommende) denkbare Motivationslage dafür ab, sich anzunähern und die eigenen Rechtsgüter der Einwirkungsmöglichkeit des anderen auszusetzen.

Larenz' Ansatz, in § 278 BGB eine Stütze für die angeblich pflichtenlegitimierende Eigenschaft eines geschäftlichen Kontakts zu sehen,²⁴⁸ begegnet Bedenken in mehrfacher Hinsicht.

Zunächst könnte verwundern, dass Sinn und Zweck der in der Regelung vorgesehenen Einstandspflicht für fremde Pflichtwidrigkeit und fremdes Verschulden der Ausgleich des dem Geschäftsherrn aus der Verrichtung des Gehilfen zufließenden Vorteils sein soll, wenn § 278 BGB doch auch bei unentgeltlichen Verträgen anwendbar ist.²⁴⁹ Jedoch ist die Darstellung zutreffend, dass diese Vorschrift von dem Gedanken getragen ist, die Ziehung eigenen Nutzens von entsprechender Risiko-

²⁴⁸ S.o. S. 48 f.

²⁴⁹ Vgl. *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507 Fn 19; *Medicus*, Probleme, S. 23; *Baumert*, Tatbestand, S. 22 f.; *Diers*, Ersatzansprüche, S. 46; allerdings ist *Diers'* (aaO, S. 47 f.) Kritikpunkt verfehlt, dem § 278 BGB könne kein Hinweis für die Entstehung von Schuldverhältnissen entnommen werden, da diese Vorschrift nur auf bereits bestehende Schuldverhältnisse Anwendung finde. Denn entgegen seinen Ausführungen lässt der Rechtsgedanke einer Norm Rückschlüsse darauf zu, wie das Schuldverhältnis beschaffen sein muss, auf das sie ihrem Sinn und Zweck nach Anwendung finden soll, so dass sich daraus sehr wohl Elemente herausarbeiten lassen, die für die Entstehung von Schuldverhältnissen von Bedeutung sind; vgl. auch *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 219.

tragung abhängig zu machen,²⁵⁰ da in dem Versprechen einer Leistung auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten von Hilfspersonen zu erblicken ist.²⁵¹ Auch lässt sich der scheinbare Widerspruch aufheben, wenn der aus der Delegation einer Pflichtwahrnehmung auf einen Gehilfen resultierende Nutzen für den Geschäftsherrn in einem weiten Sinne, also hinsichtlich unentgeltlicher Verträge dahingehend verstanden wird, dass die Übertragung der Aufgabe an sich als vorteilhaft anzusehen ist, weil sie dann nicht vom Schuldner selbst erfüllt werden muss. Diese Aufwandsersparnis stellt bereits einen von der Ratio des § 278 BGB erfassten Vorteil dar, der in Verbindung mit der erwähnten Garantiefunktion dieser Vorschrift dazu führt, dass die Einstandspflicht auch bei unentgeltlichen Verträgen ohne Widerspruch zum dargestellten Geltungsgrund des § 278 BGB begründet werden kann.

Allerdings ist entscheidender Kritikpunkt an *Larenz'* Argumentation, dass der gerade beschriebene, hinter § 278 BGB stehende Erwägungsgrund der „Vorteilsausgleichung“ nicht dazu geeignet ist, als maßgeblich für die Auferlegung von über allgemeine deliktsrechtliche Pflichten hinausgehenden Schutzpflichten angeführt zu werden, weil insofern kein Unterschied zum Deliktsrecht aufgezeigt werden kann. Denn – ungeachtet der strukturellen Unterschiede in Bezug auf Haftung für fremdes (§ 278 BGB) bzw. eigenes (§ 831 BGB) Verschulden – ist Grund für die in § 831 BGB in Form der Verschuldensvermutung vorgesehene Haftungserleichterung ebenfalls die Tatsache, dass der Geschäftsherr andere für sich arbeiten lässt,²⁵² was für ihn (wie im Falle des § 278 BGB) einen Vorteil bedeutet.

²⁵⁰ Vgl. schon Mot. II 30 = Mugdan II 16: „Mit Recht lässt sich [...] sagen, dass der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Verwirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt“.

²⁵¹ S. auch *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 278 Rn 1.

²⁵² Ebenso *Weitnauer*, VersR 1970, 585, 593: „man schafft durch den Einsatz von Verrichtungsgehilfen eine zusätzliche Gefahr, jedenfalls verlagert man das Handlungsrisiko von sich auf andere; es darf so aber billigerweise nicht verlagert werden.“; a.A. ist *Belling* (in: Staudinger, § 831 Rn 5): Zweck der Bestimmung sei nicht die Zuordnung der Wagnisse, die mit der Arbeitsteilung verbunden sein mögen; dies erscheint jedoch zu kurz gegriffen: Zwar ordnet die Vorschrift eine Haftung für (vermutetes) eigenes Verschulden des Geschäftsherrn an, jedoch kann der Umstand, dass somit Letzterem gegenüber dem

Somit ist jedoch sowohl im allgemeinen Schuldrecht als auch im Deliktsrecht eine Haftung für Gehilfen vorgesehen, die angesichts der vergleichbaren hinter der jeweiligen Haftung stehenden Motive keinen zwingenden Rückschluss der Art zulässt, das beiden Haftungstypen zu Grunde liegende geschäftliche Interesse rechtfertigt bei einem Kontakt – gerade in Abgrenzung zum Deliktsrecht – die Auferlegung von besonderen, ein Sonderrechtsverhältnis begründenden Pflichten. Denn die genannten strukturellen Unterschiede zwischen § 278 BGB und § 831 BGB betreffen nur die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Haftung, sind jedoch mit Blick auf den in beiden Fällen gleichermaßen bestehenden Haftungsgrund, nämlich den Ausgleich des Vorteils desjenigen, der sich zur Erledigung eigener Aufgaben eines Gehilfen bedient, ohne Belang.

Als wesentlicher Unterschied zwischen beiden Haftungsregimen kommt vielmehr ein anderer in Betracht: Die zielgerichtete Individualisierung durch Auswahl des Vertragspartners führt in Fällen, in denen § 278 BGB Anwendung findet, dazu, dass diesen die Rechtsfolge der garantieähnlichen Eigenhaftung für fremdes Verschulden treffen soll.²⁵³ Dies ist im Deliktsrecht nach § 831 BGB gerade anders; hier zielt die Schadensersatzhaftung auf Kompensation des Schadens ab, der auf gegenüber der Allgemeinheit eröffneten Gefahren beruht.²⁵⁴ Demnach bleibt festzuhalten, dass weniger der dem § 278 BGB zu Grunde liegende Gedanke der Nutzbarmachung von Arbeitsteilung, als vielmehr die Aspekte der Freiwilligkeit und der in personaler Hinsicht gezielten Kontaktaufnahme den Unterschied zur deliktsrechtlichen Haftung darstellen und

Dritten die Haftung für das Betriebsrisiko auferlegt wird (insoweit auch *Belling*, aaO) und gerade nicht (zumindest nicht in der durch eine Verschuldensvermutung verschärften Form) dem deliktisch handelnden Gehilfen, letztlich nur mit dem Nutzen erklärt werden, der dem Geschäftsherrn auf Grund des Einsatzes des Verrichtungsgehilfen zuteil wird; vgl. insoweit Prot. II, 603: Berechtigt sei der Gedanke, „daß derjenige, der die Vortheile eines Unternehmens genieße, auch für die Schäden aufzukommen habe, die für Dritte daraus entstehen“.

²⁵³ Vgl. *Grundmann* in: MüKo, § 278 Rn 44: „[...] wichtiger Unterschied zwischen beiden Regelungen: Soll der Vertragspartner optimal gewählt werden können, muss ihm grundsätzlich die Verlagerung der Erfüllung auf andere zugerechnet werden [...]“.

²⁵⁴ Wobei diese Gefahren wiederum daraus erwachsen, dass der Geschäftsherr andere für sich arbeiten lässt, ohne diese sorgfältig ausgewählt, angeleitet oder ausgerüstet zu haben, vgl. zum Ganzen *Belling* in: Staudinger, § 831 Rn 5.

somit als Legitimation für die Auferlegung von über die gegenüber jedermann bestehenden Pflichten hinausgehenden Schutzpflichten herangezogen werden können. Gleichzeitig ist damit aber auch der Argumentation der Boden entzogen, aus dem Rechtsgedanken des § 278 BGB sei abzuleiten, dass sich bei einem Kontakt solche besonderen Pflichten allein aus dem geschäftlichen Interesse des Geschäftsherrn rechtfertigten.

Hingegen trägt das Argument, bei einem geschäftlichen Kontakt seien Schutzpflichten anzunehmen, da ansonsten die Effektivität des Geschäftsverkehrs gehemmt werde.²⁵⁵ Müsste im Rahmen von – mitunter umfangreichen – Vertragsverhandlungen allzu große Sorgfalt auf die Bewahrung der eigenen Rechte und Rechtsgüter verwandt werden, setzte dies auf beiden Seiten einen Aufwand voraus, der die Durchführung des Geschäfts deutlich weniger attraktiv oder eventuell sogar unwirtschaftlich erscheinen lassen könnte. Da es in volkswirtschaftlicher Hinsicht erstrebenswert erscheint, einen solchen Zustand zu verhindern, kann somit die Annahme gegenseitiger Schutzpflichten in Fällen geschäftlichen Kontakts legitimiert werden.²⁵⁶

Es handelt sich auch nicht etwa nur um einen Unteraspekt des Vertrauensgedankens.²⁵⁷ Dass es im Interesse der Förderung des Geschäftsverkehrs sinnvoll ist, den zur Sicherung der Integrität der eigenen Rechte und Rechtsgüter zu betreibenden Aufwand, also die dabei entstehenden Kosten, zu reduzieren, bringt zwar den ökonomischen

²⁵⁵ S.o. S. 49 mit Fn 174 f.; diesen Gedanken äußert auch *Frotz* in: GS Gschnitzer, 163, 174.

²⁵⁶ Allerdings ist andererseits zu bedenken, dass das gegenteilige Extrem, nämlich die Überlastung der Parteien mit Schadensersatzrisiken aus eventueller Schutzpflichtverletzung, ebenfalls eine abschreckende und damit geschäftshindernde Wirkung erzeugen kann; eine allgemeine Freiheitseinschränkung bedeutet die Annahme von schadensersatzbewehrten Schutzpflichten jedoch nicht: „Denn daß einer der an einem Schadensfall Beteiligten die Schadenslast zu tragen und insoweit eine Beschränkung seiner Tätigkeit hinzunehmen hat, läßt sich nicht vermeiden. In diesem schwachen Sinne wirkt der schadensersatzrechtliche Bestandsschutz dementsprechend gleichermaßen freiheits-sichernd und freiheitsbeschränkend“, s. *Jansen*, Struktur, S. 69.

²⁵⁷ Diesen Schluss legt *Canaris'* Ausführung nahe, die Anerkennung außervertraglicher Pflichten zur Vermeidung untragbarer Behinderung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch ängstliche Vorsicht und Misstrauen stelle „nichts anderes [dar] als eine negativ gefasste Formulierung für die Notwendigkeit eines Vertrauensschutzes“, vgl. Vertrauenshaftung, S. 442 Fn 16 a.E.

Aspekt des Gedankens zum Ausdruck, dass man dem Gegenüber als potentielltem Geschäftspartner vertrauen können muss. Jedoch geht dieser Ansatz über die reine Nähe zum Vertrauensgedanken insofern hinaus, als damit nicht allein das Vertrauen als Wert an sich geschützt, sondern durch Aufzeigen eines weiteren Fernziels gerade begründet wird, warum es als schützenswert erachtet werden sollte.²⁵⁸

Jedoch kann auch mit dem Gesichtspunkt der Effektivität des Geschäftsverkehrs nicht begründet werden, dass allein ein geschäftlicher Kontakt schutzpflichtlegitimierende Wirkung erzeugen könne; denn die Argumentation zwingt nicht zu der Annahme, dass in Fällen, in denen kein geschäftlicher Kontakt besteht, nicht auch (auf Grund anderer Erwägungen) Schutzpflichten entstehen könnten.

(3) Vertrauen als Haftungsgrundlage

Die Ansicht, die Haftung wegen Schutzpflichtverletzung sei mit enttäuschem Vertrauen zu erklären, ist auf vielfältige Kritik gestoßen. So wird eingewandt, dieses Merkmal vermöge nicht aus sich selbst heraus die Entscheidung anzuleiten, welches Vertrauen „berechtigt“ sei.²⁵⁹ Jedoch kann diese Unklarheit unschwer dahingehend präzisiert werden, dass zusätzlich zum subjektiven ein objektives, typisiertes Vertrauen verlangt wird.²⁶⁰ Neben dem Einwand, das bloße Vertrauen sei ein so allgemeiner und deshalb so wenig greifbarer Umstand, dass sich mit ihm allein (nahezu) nichts erklären lasse,²⁶¹ wird kritisiert, es handele sich um ein ubiquitäres psychologisches, soziales und juristisches Phänomen;²⁶² es sei ein Faktor, der in gewisser Weise der gesamten Rechtsordnung zugrunde liege.²⁶³ Das Element des Vertrauens spiele in allen Haftungstatbeständen die gleiche Rolle, so dass nicht einleuchte,

²⁵⁸ Vgl. hierzu auch die zutreffenden Ausführungen von *Loges*, Erklärungshaftung, S. 131.

²⁵⁹ *Assmann*, NJW 1982, 1083, 1085.

²⁶⁰ S. dazu sogleich.

²⁶¹ So *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 75 f.: Enttäushtes Vertrauen sei nur „ein wichtiger Topos zur Erklärung [einer] Haftung“ (Hervorhebung im Original).

²⁶² *Köndgen*, Selbstbindung, S. 98.

²⁶³ *Schmitz*, Dritthaftung, S. 41.

warum es ausschließlich zur Begründung der Vertrauenshaftung herangezogen werden können sollte.²⁶⁴

In diesem Zusammenhang wird gern auf den Kraftfahrer im Straßenverkehr verwiesen, der ebenso darauf vertraue, dass andere Verkehrsteilnehmer sich regelkonform verhielten und ihn nicht gefährdeten.²⁶⁵

Dieses Vertrauen könne auch ein sehr konkretes sein, etwa wenn es sich darauf beziehe, dass ein *bestimmter*, erkennbarer Kraftfahrer die Vorfahrt der anderen beachtet.²⁶⁶ Hier wird jedoch der entscheidende Unterschied übersehen: Der im Deliktsrecht und insbesondere im Straßenverkehrsrecht geltende Vertrauensgrundsatz²⁶⁷ ist viel zu allgemeiner Natur, um eine besondere Haftung zu konstituieren; maßgeblicher Anknüpfungspunkt hierfür ist allein die Rechtsgutverletzung. Denn auch wenn das stets vorausgesetzte regelkonforme Verhalten Dritter sich in einer bestimmten Einzelsituation kurzfristig auf das Vertrauen verichten kann, ein konkreter Verkehrsteilnehmer werde nicht etwa im falschen Moment unter Missachtung der Vorfahrtsregeln anfahren und so einen Unfall verursachen, entsteht eine solche Lage doch nur im Moment oder in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtsgutverletzung. Nur Sekundenbruchteile zuvor hatte sich die allgemeine Erwartungshaltung noch auf keine bestimmte andere Person bezogen, sie war nicht individualisiert. Bei einer allgemein-schuldrechtlichen Sonderbeziehung besteht jedoch schon zuvor eine auf anderen Verhaltensweisen als der Schädigungshandlung selbst beruhende personalisierte und somit individualisierte Sonderverbindung.²⁶⁸

Auch wird der Auffassung ein Logikbruch attestiert. So sei es bei einer falschen Auskunftserteilung nicht überzeugend, im vor- bzw. außerver-

²⁶⁴ So *Loges*, Erklärungshaftung, S. 81; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 179; *Lüsing*, Pflichten aus c.i.c., S. 106.

²⁶⁵ Vgl. schon *Larenz*, MDR 1954, 515, 517; ebenso *Medicus*, Probleme, S. 21, der für viele Fälle im Vertrauen nicht mehr als ein notwendiges Element des haftungsbegründenden Kausalzusammenhangs sieht und eingesteht, in „dogmatische Verlegenheit“ zu geraten, da er keine passende Formel für die Voraussetzung einer Sonderverbindung finde, sondern sich – scheinbar resignierend – mit Treu und Glauben als Anhaltspunkt für die Auferlegung von von ihm für unverzichtbar gehaltenen Schutzpflichten begnügen müsse, aaO, S. 23 f.

²⁶⁶ *Loges*, Erklärungshaftung, S. 81.

²⁶⁷ Vgl. zu diesem Begriff näher *Heß* in: *Burmann/Heß/Jahnke/Janker*, StVR, § 1 StVO Rn 24 ff.

²⁶⁸ S. zur Verdeutlichung dieses Unterschieds auch unter III. 1. c) (9), S. 94–97.

traglichen Bereich das Vertrauen als Haftungsgrund anzusehen, obwohl dessen Vorliegen in diesem Stadium zweifelhaft sein könne, während es im Falle eines Auskunftsvertragsschlusses als Haftungsgrund nicht relevant werde, obwohl doch dann gerade ein manifester Grund zum Vertrauen bestehe.²⁶⁹ Dieser Einwand krankt bereits an der eigenen Behauptung, nach Vertragsschluss komme das Vertrauen nicht mehr als Haftungsgrund in Betracht. Denn es wird nicht etwa – und insoweit ist *Köndgen* beizupflichten –²⁷⁰ dadurch verdrängt, dass ein wirksamer Vertrag abgeschlossen wird; der Vertragsschluss stellt sich insoweit lediglich als formaler Schlusspunkt einer Anbahnung dar. Er hat nur hinsichtlich der Entstehung der Hauptleistungspflichten Bedeutung.²⁷¹ Eventuell bereits zuvor auf Grund der Entwicklung des Verhältnisses zwischen den Parteien entstandene Schutzpflichten werden durch den Vertragsschluss nicht negativ tangiert. In der darin liegenden Dokumentation der Willensübereinstimmung kann höchstens eine Intensivierung des Vertrauens erblickt werden. Demnach verfängt dieser Einwand der angeblichen Inkonsequenz nicht.

Indes ist an der von *Canaris* dezidiert beschriebenen Vertrauenshaftung vieles überzeugend: Zunächst ist unbestreitbar, dass der Umstand des Vertrauens als haftungsbegründend in Betracht kommt; Kritik besteht – wie gesehen – nur insoweit, als dieses Moment nicht als allein für die Haftungsentstehung maßgeblich anzusehen ist.

Auch hat *Canaris* richtige Kriterien zur Bestimmung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens aufgestellt, die sinnvollerweise nur im Zusammenhang mit einer auch von ihm verlangten „Disposition“ beurteilt werden kann.²⁷² Auf diese Weise soll ausgeschlossen werden, dass „blindes Vertrauen“ geschützt wird.²⁷³ Daher ist über das Erfordernis des aktuellen subjektiven Vertrauens hinaus ein objektiver Maßstab anzulegen

²⁶⁹ So *Kuhlmann*, Leistungspflichten und Schutzpflichten, S. 89.

²⁷⁰ S.o. S. 57.

²⁷¹ Er ist hinsichtlich der Bindung der Parteien an den somit vertraglich vereinbarten Austausch der Leistungen konstitutiv; gleichzeitig markiert er auch den Zeitpunkt, ab welchem diese Bindung an die Hauptleistungspflichten gilt.

²⁷² S.o. S. 51 (nach Fn 186).

²⁷³ Denn dass jemand „Vertrauen bloß geschenkt hat, genügt nicht“, so zutreffend *Medicus/Lorenz*, SchuldR I AT, S. 59 Rn 112 (Hervorhebung im Original).

und ein typisiertes Vertrauen zu verlangen,²⁷⁴ also danach zu fragen, wann jemand berechtigterweise vertrauen durfte. Dies muss sich in Anlehnung an die Grundsätze objektiver, am Empfängerhorizont ausgerichteter Auslegung danach richten, ob ein neutraler, vernünftiger Dritter in der Situation desjenigen, der auf Grund einer gewissen Tatsache Lage Vertrauen entwickelt hat, dies ebenso getan hätte.²⁷⁵ Auch ist *Canaris* darin zuzustimmen, dass in einigen Fällen zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen allein das typisierte Vertrauen als entscheidend anzusehen ist, so etwa, wenn jemand tatsächlich misstrauisch war, obwohl er nach den zuvor aufgezeigten, wertenden Maßstäben hätte vertrauen dürfen.²⁷⁶

Zwar sind auch die Ausführungen zum vom Haftungsgrund zu unterscheidenden Zurechnungsgrund zutreffend, jedoch sind sie für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht von besonderer Bedeutung, da hier der Fokus auf der Bestimmung der tragenden Erwägungen für die Entstehung von Schutzpflichten liegt, die somit – in der Diktion von *Canaris* – den Haftungsgrund darstellen.

Neben den zuvor kommentierten allgemeinen Voraussetzungen der von *Canaris* formulierten Vertrauenshaftung ist im Rahmen der Untersuchung, ob den exzedierenden Fremdbesitzer Schadensersatzpflichten treffen, insbesondere die von ihm so genannte Kategorie der Anvertrauenshaftung von Bedeutung. Diesbezüglich ist er der Ansicht,

²⁷⁴ *Gottwald*, JuS 1982, 877 f.: generelles Vertrauen, das unter redlichen und loyalen Partnern üblich ist; *W. Lorenz* in: FS Larenz I, 575, 619: immanente Grenze des Vertrauens; ähnlich *Eichler*, v. *Craushaar*, *Frost* und *Frotz*, s.o. S. 52 Fn 187.

²⁷⁵ Ebenso v. *Craushaar*, Einfluß, S. 23, 40 f.; in der Sache das Gleiche meint *Gernhuber*, wenn er die Sonderverbindung (aus Vertragsanbahnung) als „Geschäftsmoral“ bezeichnet, also „das, was loyale und redliche Geschäftspartner [...] zu erfüllen bereit sind“, auch wenn er sich wegen der angeblichen Ubiquität des Vertrauens von diesem Begriff distanziert, vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 179 f.

²⁷⁶ S. *Canaris* in: FS Schimansky, 43, 57; vgl. auch *Wiedemann* in: Soergel (12. Aufl.), Vor § 275 Rn 105, 123, der vorvertragliche Pflichten auch zu Gunsten des bis zuletzt misstrauisch gebliebenen Kunden annimmt, den inneren Grund hierfür jedoch nicht in einem (seiner Meinung nach häufig nicht feststellbaren) konkreten Vertrauen oder dem abstrakt-objektiven „Vertrauendürfen“ sieht, sondern sich auf das Interesse des geordneten Geschäftsverkehrs stützt und den Rückgriff auf Schutzpflichten – recht pragmatisch – zur Vermeidung willkürlicher Ergebnisse schlicht als unverzichtbar bezeichnet.

in den Fällen, in denen es nur um Schutz- und Erhaltungspflichten für Rechtsgüter wie Gesundheit und Eigentum gehe, wirke die Einordnung als Vertrauenshaftung weniger einleuchtend.²⁷⁷ Diese Wertung begründet er vornehmlich damit, ein äußerer Tatbestand, auf den sich das Vertrauen stützen könnte, sei regelmäßig nicht erkennbar und eine „Disposition“ in dem Sinne, dass der Vertrauende bestimmte Maßnahmen vorgenommen oder unterlassen hat, nicht gegeben.²⁷⁸

Dem ist einerseits mit gewissen Einschränkungen zuzustimmen, andererseits jedoch auch eine differenzierte Betrachtung angezeigt: Zuzugestehen ist, dass derjenige, dessen Gesundheit oder Eigentum durch einen anderen geschädigt wurde, in den Situationen, die *Canaris* vor Augen hatte,²⁷⁹ tatsächlich keine Disposition im genannten Sinne tätigt. Denn eine solche setzt voraus, dass sie nur aus dem Grund vorgenommen wurde, dass zuvor ein bestimmtes Verhalten des anderen Teils dazu Anlass gegeben hatte, berechtigterweise Vertrauen zu entwickeln. Daher kann insoweit auch nicht die an *Canaris*' Konzept angebrachte Kritik nachvollzogen werden, es sei kaum eine stärkere Disposition denkbar als die, dass jemand seinen eigenen Rechtskreis öffnet und seine Rechtsgüter unter Inkaufnahme des Umstandes, sich möglicher Selbstschutzmöglichkeiten zu begeben, in einen fremden Rechtskreis einbringe.²⁸⁰ Denn dies stellt in den von *Canaris* angesprochenen Situationen keine Disposition im vorgenannten Sinne dar; allein die tatsächliche Einbringung von Rechtsgütern in eine fremde Rechtssphäre, ohne dass dieses Verhalten auf einem zuvor von dem anderen Teil hervorgerufenen Vertrauen beruhte, sollte nicht unter die Vertrauens-

²⁷⁷ S. bereits oben S. 53 f. (nach Fn 194) und *Canaris* in: FS Schimansky, 43, 52, wo er davon spricht, man könne diese Fälle „immerhin noch einigermaßen sinnvoll“ mittels der Kategorie der Anvertrauenshaftung einbeziehen.

²⁷⁸ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 540.

²⁷⁹ Er spricht in Vertrauenshaftung, S. 540, mit dem „Bananenschalenfall“ typische Kaufhausfälle an, in denen jemand nach Betreten eines Kaufhauses etwa auf Grund eines auf dem Boden liegenden Gegenstandes (hier eine Bananenschale) stürzt und sich dabei verletzt oder mitgeführtes Eigentum (vorstellbar etwa ein in der Tasche befindliches Mobiltelefon o.Ä.) beschädigt. Diese Konstellationen sind naturgemäß nicht auf Kaufhäuser begrenzt, sondern können jegliche Räumlichkeit umfassen, die unterschiedslos einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden und mit dem Ziel betrieben werden, irgendeine Art von Geschäftsschluss zu fördern oder anzubahnen.

²⁸⁰ So *Frost*, Schutzpflichten, S. 88.

haftung fallen. Vielmehr handelt es sich bei der beschriebenen Rechtskreisüberschneidung, die *Canaris* mit „anvertrauen“ beschreibt, um einen eigenständigen Legitimationsaspekt für eine Schutzpflichthaftung. Die Rechtsgütereinbringung in den fremden Rechtskreis ist demnach in diesen Fällen nicht nur eine weitere Haftungsvoraussetzung in einer bereits zuvor auf Grund Vertrauens entstandenen Sonderverbindung, sondern macht gerade selbst ein pflichtenbegründendes Moment aus.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn zunächst von dem einen Teil Vertrauen erweckt wird, etwa dahingehend, dass er mit einem zeitweilig übergebenen, fremden Gegenstand sorgsam verfahren werde, und dieser daraufhin tatsächlich übergeben wird. Dann liegt in der Besitzübergabe eine Disposition über ein eigenes Rechtsgut. In einem solchen Fall können auch Erhaltungspflichten hinsichtlich Eigentums in die Vertrauenshaftung einbezogen werden.

Auch in Bezug auf das Bedenken, ein äußerer, objektiv Vertrauen erweckender Tatbestand sei nicht erkennbar, ist zu differenzieren. Soweit man mit *Canaris* nur typische Kaufhausfälle²⁸¹ in den Blick nimmt, in denen gerade jedermann grundsätzlich unterschiedslos von anderen eröffnete Räumlichkeiten betreten kann, ist zuzugeben, dass wenige Umstände zu erkennen sind, die ein Vertrauen rechtfertigen könnten, das über die allgemeine Erwartungshaltung, durch Dritte nicht geschädigt zu werden, hinausgeht. Eine abweichende Einschätzung ließe unberücksichtigt, dass Betreiber und Besucher (also potentielle Kunden) hinsichtlich der Person des jeweils anderen in der Regel wohl nahezu indifferent sind und kein näheres Verhältnis zueinander anstreben, sondern lediglich daran interessiert sind, Gelegenheit zur Ermöglichung eines Geschäftsabschlusses zu schaffen. Dieser gemeinsam verfolgte Zweck stellt zwar ein verbindendes Element dar, das als eigenständiger Legitimationsaspekt für die Entstehung von Schutzpflichten in Betracht kommt und im Hinblick auf eventuelle deliktische Pflichten ein Abgrenzungskriterium darstellen kann,²⁸² ändert jedoch nichts an den man-

²⁸¹ Vgl. zu diesem Begriff oben Fn 279.

²⁸² S. hierzu unten S. 96 f.

gelanden äußerlich erkennbaren Umständen, die einen besonderen Vertrauenstatbestand begründen könnten.²⁸³

In solchen Kaufhausfällen oder Situationen, in denen eine Person eine ihrer Sachen in den Einwirkungsbereich einer anderen Person einbringt, gelingt es daher nicht, allein mittels des Vertrauensgedankens eine schadensersatzbewehrte Pflicht zu begründen. Anders verhält es sich jedoch in den bereits angesprochenen Fällen, in denen die Besitzeinräumung von im eigenen Eigentum befindlichen Gegenständen oder die sonstige Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit durch einen anderen selbst eine Disposition darstellt, da sie auf einem zuvor auf Grund äußerlich wahrnehmbaren Verhaltens entstandenen Vertrauenstatbestand beruht. Insofern ist – wie gezeigt – Raum für die Begründung von auf den Schutz von Rechtsgütern wie Gesundheit und Eigentum zielenden Pflichten mittels Vertrauensgesichtspunkten.

Eine andere Frage hingegen ist, ob nicht trotz der insoweit an *Canaris'* Vertrauensbegründung geübter Kritik ein von diesem postulierter „einheitlicher Tatbestand der Schutzpflichtverletzung“ anzuerkennen ist.²⁸⁴

(4) Rechtskreisüberschneidung

Gegenstand von Kritik ist auch der Gedanke geworden, die mit einer Rechtskreisöffnung einhergehende Einwirkungsmöglichkeit eines Anderen auf eigene Rechtsgüter legitimiere die Annahme von Schutzpflichten.²⁸⁵ Dass einem anderen bewusst und gewollt eigene Rechtsgüter ausgesetzt würden, könne nicht zu dessen Haftung führen; schließlich verfolge man, indem man freiwillig den rechtsgeschäftlichen Kontakt zu einem anderen aufnehme, in der Regel eigene (zumeist wirtschaftliche) Vorteile. Demnach erfolge der Ausgleich des mit dieser selbst geschaf-

²⁸³ In solchen Fällen mit *Canaris* (Vertrauenshaftung, S. 540) von einer Anvertrauenshaftung zu sprechen, ist also bereits recht weitgehend, da neben der bestimmungsgemäßen Kreuzung von Rechtskreisen keine weitere Intensivierung der Beziehung der Beteiligten intendiert ist, die es rechtfertigt, davon zu sprechen, dass diese sich einander anvertrauten.

²⁸⁴ Hiermit könnte überzeugend die abstrakte Haftung trotz Unwirksamkeit des Vertrages erklärt werden, s. dazu unten III. 2. b) (insb. S. 120 f.).

²⁸⁵ Vgl. hierzu oben S. 54 f.

fenen Einwirkungsmöglichkeit verbundenen Risikos ausschließlich in der Weise, dass man die jeweils angestrebten Vorteile erlange.²⁸⁶ Dieser allein auf die jeweilige Eigenverantwortlichkeit abstellende Ansatz scheint zunächst von schlagender Überzeugungskraft zu sein, erweist sich jedoch als einseitig und nicht konsequent zu Ende gedacht. Denn diese Sichtweise lässt außer Betracht, dass die Motivationslage des anderen Teils, der ja schließlich auch freiwillig auf die Beziehungsbegründung durch den ersten eingeht und sich auf diesen einlässt, identisch ist; auch er handelt in der Erwartung eigener, zumeist wirtschaftlicher Vorteile. Eine etwaige gegenseitige Beeinträchtigung von Integritätsinteressen nunmehr mit dem Hinweis darauf, dass das jeweils mit der Beziehungsbegründung ins Auge gefasste Endziel erreicht worden sei, auf sich beruhen zu lassen, hieße, die Existenz von aus schuldrechtlichen Sonderverbindungen resultierenden Schutzpflichten überhaupt zu negieren. Dass dies nicht richtig ist, ergibt sich schon aus der Regelung des § 241 Abs. 2 BGB, der gerade die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die gegenseitigen Rechte, Rechtsgüter und Interessen statuiert. Demnach wird nicht das Risiko der Verletzung des Integritätsinteresses mit dem das Äquivalenzinteresse währenden Erhalt des jeweils mit der Verbindungsaufnahme erstrebten Vorteils ausgeglichen.

(5) Korrelat privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit

Erwägenswert ist die Auffassung von *Frotz*, Schutzpflichten korrelierten mit der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit,²⁸⁷ da in der Annahme, die vom Gesetz vorausgesetzte Privatautonomie sei zwangsläufig mit sozialer Verantwortung verbunden,²⁸⁸ ein starkes legitimierendes Moment für das Entstehen von solchen Pflichten in contrahendo läge. Allerdings ist an diesem Begründungsansatz auszusetzen, dass damit lediglich eine persönliche Anschauung im Sinne einer Wunschvorstellung vorgetragen wird, die jedoch im Gesetz keinen annähernd kon-

²⁸⁶ *Loges*, Erklärungs haftung, S. 97.

²⁸⁷ S.o. S. 55 f.

²⁸⁸ So *Frotz* in: GS Gschnitzer, 163, 173.

kreten Ausdruck gefunden hat.²⁸⁹ Die Aussage, einer den privaten Willen respektierenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit seien entsprechende Pflichten immanent, stellt sich nämlich ohne ausdrückliche gesetzliche Stütze zunächst einmal nur als reine Behauptung dar. Dass sich die Sozialbindung in Form von konkreten, schadensersatzbewehrten Schutzpflichten unmittelbar ohne weiteres aus der Freiheit, eigene rechtliche Angelegenheiten privatautonom zu regeln, ergebe, folgt entgegen der Annahme von *Frotz* auch nicht aus der Existenz der §§ 134, 138 BGB. Zwar ist zutreffend, dass aus diesen das Bestreben des Gesetzgebers hervorgeht, die Privatautonomie nicht schrankenlos zu gewährleisten. Jedoch ist zu bedenken, dass die genannten Vorschriften als Rechtsfolge nur die Nichtigkeit vorsehen. Daraus ergibt sich also gerade nur, dass privatautonome Erklärungen in den dort geregelten Fällen *keine* Wirkung zeitigen sollen. Somit ließe sich aus ihnen höchstens folgern, dass die Auferlegung von Schutzpflichten gerade nicht dem Grundsatz der Privatautonomie immanent ist, sich also nicht ohne weiteres aus diesem selbst ergibt.²⁹⁰ Vielmehr erfordert diese Frage eine über die Anordnung der Nichtigkeit hinausgehende Wertung;²⁹¹ eine Pflicht erwächst nicht zwingend aus einem „korrespondierenden“ Recht, sondern bedarf einer eigenen, originären Begründung.²⁹² Eine parallele Aussage allgemeiner Art lässt sich Art. 2 Abs. 1 GG entnehmen, wonach jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. In gleicher Weise geben §§ 134, 138 BGB lediglich vor, an welcher

²⁸⁹ Sie erinnert stark an die von *von Gierke* geäußerte Mahnung, es dürfe (auch) im Privatrecht „kein Recht ohne Pflicht“ geben, vgl. *dens.*, soziale Aufgabe, S. 14; es bildete jedoch gerade einen seiner Kritikpunkte an dem Entwurf des BGB, dass ein solcher Gemeinschaftsgedanke darin nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden habe.

²⁹⁰ Ähnlich *Westhelle*, Nichterfüllung, S. 116, der hervorhebt, dass die §§ 134, 138 BGB „weniger Ausdruck der sozialen Verantwortung des einzelnen als vielmehr Ausdruck des Mißtrauens ihm gegenüber [seien], indem [... die] Privatautonomie von vornherein nur *beschränkt* zugestanden wird, eine Verantwortung in dieser Hinsicht also gar nicht zum Tragen kommen kann“ (Hervorhebung im Original).

²⁹¹ Hierdurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass u.a. Aspekte der vom Gesetz vorausgesetzten Privatautonomie im Rahmen dieser Wertung Berücksichtigung finden können.

²⁹² Ebenso *Loges*, Erklärungshaftung, S. 99.

Grenze das Recht privatautonomer Gestaltung endet. Die darüber hinausgehende Auferlegung von bestimmten Pflichten lässt sich dieser Begrenzung nicht entnehmen.

Letztlich lässt sich *Frotz'* Ansatz auf den Appell reduzieren, auf Grund seiner allgemeinen Erwägung, dass es notwendig sei, die Privatautonomie zu beschränken, solle vom Gesetzgeber ein Haftungstatbestand für bestimmtes Verhalten im Rahmen eines außervertraglichen Näheverhältnisses geschaffen werden. Jedoch ist nicht die *Freiheit*, sich auf Grund eigener Willensbetätigung und somit ohne Zwang von außen in irgendeiner Weise zu äußern oder zu verhalten, das die Begründung von Schutzpflichten rechtfertigende Moment, sondern stellt *die Äußerung oder das Verhalten selbst* den dafür in Betracht kommenden Anknüpfungspunkt dar. Dass *Frotz* selbst diesen Aspekt vorausgesetzt zu haben scheint, zeigt sich daran, dass er stets von Konstellationen „in contrahendo“ ausgeht.²⁹³

Ähnliche Erwägungen gelten hinsichtlich der Ansicht *Canaris'*, die Vertrauenshaftung stelle sich als Korrelat der Privatautonomie dar: Der auf Grund der Beeinflussung eines fremden Rechtskreises entstandenen erhöhten Gefahrenlage für Interessen des anderen Teils entspreche grundsätzlich eine gesteigerte Verantwortlichkeit.²⁹⁴ Zwar kommt darin ein nachvollziehbares Gerechtigkeitsempfinden zum Ausdruck, jedoch ist diese Aussage bei weitem zu allgemein, um daraus für eine konkrete Haftungsart Rechtfertigungswirkung abzuleiten; man könnte sie vielmehr jeglicher Ausgleichsregelung zu Grunde legen, da ein solcher Grundsatz an Universalität nicht zu überbieten ist. Denn in konsequenter Fortführung dieses Gedankens ließe er sich darauf reduzieren, dass jede Form der Ausübung der Handlungsfreiheit – wie die privatautonome und somit selbstbestimmte Regelung eigener Verhältnisse – gleich-

²⁹³ Vgl. GS Gschnitzer, 163, 174, wo er auch dafür plädiert, eine „mit dem rechtsgeschäftlichen Kontakt entstehende Schutzpflicht“ anzuerkennen. Kritikwürdig ist jedoch, dass er die Annahme von Schutzpflichten auch damit begründet, nur diese erlaubten die Anwendung des § 278 BGB, auf die zum Schutz des Partners nicht verzichtet werden könne, und somit stark ergebnisorientiert argumentiert, was er selbst jedoch Vertretern anderer Begründungsansätze gerade vorhält, vgl. GS Gschnitzer, 163, 170.

²⁹⁴ Vertrauenshaftung, S. 439 f.

zeitig eine Rechtspflicht, für die Konsequenzen der eigenen Handlung die (zivilrechtliche) Verantwortung tragen zu müssen, als immanente Schranke in sich trägt. Da letztlich jede Betätigung eine potentielle Gefährdung Dritter bedeutet, käme ein solcher Haftungsautomatismus dem vollständigen Verzicht auf eigenständige, eine Haftung rechtfertigende Elemente gleich.²⁹⁵ Im Bestreben, innere Geltungsgründe für die Auferlegung von Schutzpflichten zu identifizieren, bedeutet er daher gegenüber der von *Canaris* zum Ausgangspunkt genommenen Erwägung der Beeinflussungsmöglichkeit eines fremden Rechtskreises (etwa durch schädigende Einwirkung auf im eigenen Besitz befindliches Eigentum eines anderen) keinen Fort-, sondern wegen dessen umfassenden Charakters einen Rückschritt und ist somit im Rahmen dieser Untersuchung wertlos.

(6) „Selbstbindung ohne Vertrag“

Die Kritik an *Köndgens* Erklärungsansatz muss zunächst dessen Auseinandersetzung mit dem Konsensprinzip zum Gegenstand haben. So schlägt sein Versuch der Argumentation mit Hilfe des auf den Abschluss eines unentgeltlichen Vertrages gerichteten Angebotes²⁹⁶ fehl. Zwar fügt in dem von ihm gebildeten Fall die Annahme des inhaltlich umfassenden Angebots diesem nichts Neues hinzu, jedoch kann vor dem Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung keine Bindung erzeugt worden sein, da die Formulierung eines Angebotes einen rein einseitigen Vorgang darstellt. Das Entstehen einer Bindung hat auch nicht zur Voraussetzung, dass der jeweils andere Teil etwas inhaltlich Neues beisteuert, sondern es reicht vielmehr bereits die reine Bekundung des Einverständnisses, wie Köndgen mit seinem Beispielfall selbst vor Augen führt. Dennoch ist das schiere, akzeptierende „Ja“ für die Begründung einer vertraglichen Bindung erforderlich, da ansonsten etwa der Schenker seine unentgeltliche Leistung gar nicht erbringen darf

²⁹⁵ Dass und warum dies nicht befürwortet werden kann, ist im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem von *Picker* vorgetragenen Haftungskonzept näher dargelegt, s.u. S. 89–91.

²⁹⁶ S.o. S. 57.

bzw. der Bedachte nicht verpflichtet ist, die Leistung anzunehmen. Dass sich in dem Fall die Annahme interaktionstheoretisch auf eine reine Einverständnis- und Kenntnisnahmeerklärung beschränkt, ändert nichts daran, dass erst deren Erklärung (und Zugang beim anderen Teil) und damit der so hergestellte Konsens eine Bindung begründet. Auch nach *Köndgens* eigenem Konzept der schrittweisen Selbstfestlegung wäre es in dem Fall des alle wesentlichen Kerndaten enthaltenden Angebots, das in dieser Fassung für den anderen Teil „annahmereif“ ist, mangels von Letzterem vorgenommener (selbst-)verpflichtender Handlungen nicht zu einer Bindung gekommen: Es fehlte an der auch von Köndgen aufgestellten Voraussetzung der Reziprozität. Es zeigt sich somit an dem Beispiel nicht mehr, als dass ein Konsens durch reine Mitteilung des Einverständnisses hergestellt werden kann, wenn das Angebot dazu aus Sicht des Gegenübers geeignet ist. Das verpflichtende Element des Konsenses vermag damit jedoch nicht überzeugend in Abrede gestellt zu werden.

Daneben ist zwar die Feststellung richtig, dass unter Zugrundelegung des Konsensprinzips eine Bindung herbeigeführt werden kann, die eventuell auf Grund unterschiedlicher Markt- und Verhandlungsmachtverhältnisse wegen des daraus für eine der beiden Parteien resultierenden faktischen Zwanges im Ergebnis tatsächlich keine objektiv gerechte Lösung beinhaltet. Indes kann deswegen dem herbeigeführten Konsens nicht mit dem Argument die Bindungswirkung abgesprochen werden, eine solche habe sich bereits zuvor schrittweise durch jeweilige Selbstverpflichtungen vollzogen. Es werden sich nämlich dann bereits in jedem einzelnen verpflichtenden Teilschritt auch die – schließlich bestehenden – unterschiedlichen Marktmachtstellungen manifestiert haben. Zwar ist der Ansatz, Bindungen entstünden schrittweise in Bezug auf den konkreten, gerade zwischen den Parteien ausgehandelten Punkt, tatsächlich besser geeignet, die Wirklichkeit einzufangen. Denn bei ausgiebigen Vertragsverhandlungen vollziehen sich in der Tat im Laufe des Verhandlungsprozesses bereits einzelne Festlegungen, die am Ende des Prozesses, also im Zeitpunkt des tatsächlichen Vertragsabschlusses nicht alle noch einmal gänzlich in Frage gestellt und neu verhandelt werden sollen; vielmehr wird in aller Regel an den bisherigen Übereinkünften festgehalten werden. Alles andere wäre auch als

äußerst kosten- und zeitineffektiv anzusehen. Allerdings löst sich ein etwaig vorhandener Unterschied in Bezug auf bestehende Marktmachtpositionen im Zeitpunkt der Verhandlungen über einen einzelnen Teilaspekt des Gesamtvertrages nicht einfach auf oder entsteht erst an deren Ende in dem Zeitpunkt, in dem der eventuell über einen längeren Zeitraum „gewachsene“ Vertrag jeweils unterzeichnet wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein solcher Unterschied hinsichtlich der jeweiligen Marktstellung die ganze Zeit über bestand und sich demnach in den einzelnen Teilregelungen entsprechend niedergeschlagen hat. Letztlich wird ein wirtschaftlich begründetes Machtgefälle somit nicht ausgeschaltet und kann folglich nicht gegen das Konsensprinzip an sich ins Feld geführt werden.

Auch *Köndgens* Annahme, es könnten zu einem früheren Zeitpunkt Bindungen entstehen, nämlich nicht zwingend erst am Schluss eines längeren Verhandlungsprozesses, sondern bereits währenddessen, bereitet Schwierigkeiten, und zwar in zweierlei Hinsicht. Zunächst ist schon der Versuch, in etwaigen schrittweisen Selbstbindungsakten der Beteiligten, die sich somit in Wahrheit als nach und nach erzielte „Teilkonsense“ darstellten, einzelne rechtlich relevante Teilbindungen zu sehen *de lege lata* nicht erfolgreich, da doch zumindest die Rechtsfolgen im Hinblick auf die *essentialia negotii* festgelegt worden oder durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ermittelbar sein müssen. Ansonsten mangelt es an der für eine vertragliche Bindung erforderlichen Bestimmtheit der Willenserklärungen.²⁹⁷ Zweitens ist anzumerken, dass einer ansonsten eventuell vorliegenden Punktation, also einer nur einzelne Teilaspekte eines Vertrages betreffenden Parteiübereinkunft, gemäß § 154 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich keine Bindungswirkung zukommt.²⁹⁸ Sollte ausnahmsweise ein ausreichend umfangreicher Rechtsbindungswille zum Ausdruck gekommen,²⁹⁹ oder wegen bereits erfolgter Einigung über die *essentialia negotii* ein Vertragsschluss erfolgt sein, so bliebe das Problem, dass sich dieser in aller Regel nur über die Hauptleistungspflichten verhält.³⁰⁰ Zwar ist es vorstellbar und

²⁹⁷ Vgl. zum Erfordernis der Bestimmtheit des Antrags *Busche* in: MüKo, § 145 Rn 6.

²⁹⁸ *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn 47.

²⁹⁹ Vgl. *Bork* in: Staudinger, § 154 Rn 11, 9.

³⁰⁰ S. dazu auch bereits oben S. 62 f.

wegen des Prinzips der Privatautonomie selbstverständlich rechtlich möglich, sich (auch schon vor Vertragsschluss) explizit über das Entstehen bestimmter Schutzpflichten zu einigen und sich auf diese Weise selbst stückweise der eigenen Vertrags- und Verhandlungsfreiheit zu begeben (Selbstbindung), jedoch rechtfertigt diese Erkenntnis weder die Abkehr vom Konsensprinzip, noch sind so die sicherlich weitaus häufiger vorkommenden Fälle gelöst, in denen eine solche Absprache gerade nicht stattgefunden hat. Ein theoretischer Mittelweg, der eine auf dem Gedanken der Privatautonomie beruhende Bindung erzeugen soll, ohne den Anforderungen an einen Vertragsschluss zu genügen, ist dem geltenden Recht fremd.³⁰¹ Es hat vielmehr eine gesetzlich vorgesehene Wertung des Verhaltens der Beteiligten zu erfolgen, auf Grund derer Schutzpflichten entstehen können,³⁰² wobei im Rahmen dieser Wertung die sich durch etwaige Teilübereinkünfte der Parteien manifestierte Annäherung Berücksichtigung findet.

Nicht ganz verständlich ist schließlich *Köndgens* Kritik an dem Merkmal des Vertrauens, da er selbst davon spricht, dass die einzelnen Selbstverpflichtungen im Gesamtbild bei dem anderen Teil konkrete legitime Erwartungen wecken könnten. Wenn er des Weiteren – insoweit zutreffend – ausführt, auf Grund der so entstandenen jeweiligen legitimen Erwartungen komme es im Verlauf von Verhandlungen zu den weitergehenden reziproken Selbstbindungen, die obligierende Wirkung entfalten,³⁰³ so greift er damit bedeutende Elemente von *Canaris'* Vertrauenshaftung auf, die er lediglich teilweise anders bezeichnet. So sind (von *Köndgen* als Selbstverpflichtungen bezeichnete) erste im Verhandlungsprozess vorgenommene Handlungen der Parteien, mittels derer sie sich schrittweise in Bezug auf einzelne Vertragspunkte festlegen, mit dem von *Canaris* vorausgesetzten „Vertrauenstatbestand“ vergleichbar.

³⁰¹ Ebenso *Müller*, JuS 1998, 894, 896: „Entweder gibt die Rechtsordnung den Parteien ein Instrument zur Selbstbindung an die Hand – dann handelt es sich um eine Bindung vertraglicher bzw. rechtsgeschäftlicher Natur –, oder die Rechtsordnung bindet kraft Gesetzes“. Daher kann man entgegen *Lang*, AcP 201 (2001), 451, 477, auch nicht davon sprechen, der Lehre von der Selbstbindung ohne Vertrag gelinge es, die strenge Dichotomie von Vertrag und Delikt weit hinter sich zu lassen.

³⁰² Vgl. die ausführlicheren Erörterungen zur Rechtsnatur des Schutzpflichtverhältnisses unten unter III. 2. a) (S. 112–119).

³⁰³ S.o. S. 58.

Wenn diese „legitime Erwartungen“ hervorbringen können, ist der Unterschied zu dem von *Canaris* gewählten Terminus des „schutzwürdigen Vertrauens“ nicht ersichtlich. Die auf ein gewisses vorangegangenes Verhalten der anderen Partei gestützte und daher berechtigte Erwartung, diese werde sich auch zukünftig in einer bestimmten Weise verhalten,³⁰⁴ ist in Wahrheit nichts anderes als ein eben darauf gerichtetes schutzwürdiges Vertrauen. Schließlich beschreibt Köndgen mit den auf Grund der legitimen Erwartungen im weiteren Verlauf von den Parteien jeweils vorgenommenen reziproken Selbstbindungen der Sache nach nichts anderes als die von *Canaris* im Rahmen seiner Vertrauenshaftung ebenfalls geforderte „Disposition“ und kausale Verknüpfung zwischen dieser und dem zuvor gebildeten Vertrauen.³⁰⁵

(7) Funktionaler Lösungsansatz

Der Ansatz von *Krebs* stellt sich auf den ersten Blick, insbesondere wegen seiner Bezeichnung als funktionalen Ansatz, insofern als Zirkelschluss dar, als er für die Rechtfertigung der Annahme einer Sonderverbindung auf die Rechtsfolgen einer solchen und somit anscheinend bereits vorausgesetzten Sonderverbindung rekurriert. Indes erweist sich bei genauerer Betrachtung lediglich die von ihm gewählte Bezeichnung seines Ansatzes als leicht missverständlich. Denn tatsächlich begnügt er sich nicht mit dem Aufzeigen der Rechtsfolgen einer Sonderverbindung als Legitimationsansatz, sondern führt vielmehr zur Rechtfertigung gerade dieser Rechtsfolgen wiederum legitimierende Gesichtspunkte an. Sein Ansatz ließe sich treffender etwa als Kombinationsmethode beschreiben, da er mehrere, bereits zuvor von verschiedenen Vertretern der oben genannten anderen Begründungsansätze geäußerte Legitimierungsaspekte als valide anerkennt und selbst begründet. Als solche

³⁰⁴ Beispielhaft genannt werden könnte, die Vertragsverhandlungen weiter zu be-/ voranzutreiben, in Vorbereitung des angestrebten Geschäfts eventuelle Teilleistungen zu erbringen oder sich potentiell schädigender Handlungen zu enthalten.

³⁰⁵ Von der insoweit bestehenden Vergleichbarkeit der Vertrauenshaftung einerseits und der Selbstbindung ohne Vertrag andererseits scheint auch *Damm* auszugehen, der beide Konzepte in inhaltlichem Zusammenhang darstellt und an beiden gleichermaßen Kritik übt, vgl. JZ 1991, 373, 381 r. Sp.

nennt er insbesondere die bereits angesprochenen spezifischen Einwirkungsmöglichkeiten auf Rechtsgüter der Gegenseite sowie deren damit in Zusammenhang stehende erhöhte Schutzbedürftigkeit. Daneben führt er den von den Parteien selbst gesetzten bzw. von der Rechtsordnung aufgestellten positiven Zweck an, dessen Erreichung die Parteien anstreben. Auch bezieht er Aspekte des vertrauensbasierten Ansatzes ein, indem er davon spricht, dass aus der Sonderverbindung resultierende Schutzpflichten ein vertrauensvolles Miteinander ermöglichen.³⁰⁶

(8) *neminem laedere*-Prinzip

Picker ist unter allen Autoren, die sich mit den Geltungsgründen der unterschiedlichen Haftungssysteme auseinandergesetzt haben, der einzige, der nicht etwa Wertungsgesichtspunkte heranzieht, um die Auferlegung von Schutzpflichten zu legitimieren, sondern im Gegenteil die integritätssichernde Einstandspflicht als Grundsatz ansieht. Sicherlich ist bei seinem Konzept die Grundannahme zutreffend, die Beschränkung auf die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter diene der Haftungsbegrenzung im Interesse der Betätigungsfreiheit. Allerdings begegnet sein Ansatz, eine im Grundsatz stets bestehende Haftung für eingetretene Schäden bedürfe lediglich der Begrenzung, einer Reihe von Bedenken.

Zunächst ist einzuwenden, dass sich an der *neminem laedere*-Formel auf Grund deren sehr generellen Charakters keine konkrete Entscheidung festmachen lässt. Zwar betont *Picker* deren Eigenschaft als „allgemeines, ideales Prinzip“ bzw. als „eine erste, richtungsweisende ideale Maxime“, das der näheren Präzisierung bedürfe.³⁰⁷ Indes ist nicht ersichtlich, worin eine solche Präzisierung zum Ausdruck kommen sollte. Zwar führt *Picker* insoweit aus, das *neminem laedere*-Prinzip sei mit der Wertidee der Betätigungsfreiheit in Einklang zu bringen;³⁰⁸

³⁰⁶ S.o. unter III. 1. b) (7) (S. 58 f.).

³⁰⁷ Vgl. nur *Picker*, JZ 1987, 1041, 1049 und 1052.

³⁰⁸ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1049; auch erkennt er, dass nicht nur die Betätigungsfreiheit Dritter, sondern im Falle der übermäßigen Erweiterung der Ersatzpflicht letztlich auch die eigene derart beeinträchtigt wird, dass die Möglichkeit einer „vernünftigen“ Entfaltung des Einzelnen auf Grund des dann einer jeden Betäti-

jedoch ist damit keine ausreichende, weil praktikable Präzisierung verbunden, da auf diese Weise lediglich der Rahmen für eine noch vorzunehmende Abwägung vorgezeichnet ist. Er setzt sich also der gleichen Kritik aus, die er u.a. an der „Vertrauenslehre“ übt, nämlich, dass es mangels Konkretisierung problematisch sei, das haftungsbegründende Verhalten von dem unbeachtlichen abzugrenzen.³⁰⁹

Daneben spricht der dem § 823 Abs. 1 BGB zu entnehmende Wortsinn gegen das Verständnis *Pickers*. Als Anspruchsgrundlage ist diese Norm nämlich positiv formuliert: Wer ein dort genanntes Recht bzw. Rechtsgut eines anderen verletzt, ist diesem zum entsprechenden Schadensersatz verpflichtet. Wenn darin tatsächlich nur eine der Reduzierung der potentiellen Gläubigeranzahl dienende Beschränkung der ohnehin bereits bestehenden Haftung hätte festgelegt werden sollen, wäre es naheliegender gewesen, negativ etwa in der Weise zu formulieren, dass Schadensersatz *nur* in den Fällen geschuldet werde, in denen jemand die dort genannten Rechte bzw. Rechtsgüter eines anderen verletzt. Denn so hätte, wenn es denn gewollt gewesen wäre, genau das von *Picker* postulierte umgekehrte Verständnis schon anhand des Wortlauts zum Ausdruck gebracht werden können. Dies ist jedoch gerade nicht geschehen.

Entscheidend ist jedoch, dass er in seinem Konzept nicht stimmig zu erläutern vermag, mit Hilfe welcher Kriterien und Maßstäbe die Rechtswidrigkeit des jeweils in Frage stehenden schädigenden Verhaltens zu beurteilen ist. Denn dass auch er eine solche voraussetzt, ergibt sich daraus, dass er eine in seinem Ansatz etwaig erkennbare Gleichschaltung von Schadensverursachung und Schadenshaftung in Abrede stellt.³¹⁰ Jedoch ist bedenklich, dass *Picker* die Rechtswidrigkeits- als eine „Folgeproblematik“ begreift.³¹¹ Denn er „unterstellt“ im Rahmen seiner Überlegungen stets ein Verhalten, das „vorpositiv“ als „*prinzipiell widerrechtlich qualifizierbar*“ erscheint“. Die entscheidende Schwachstelle in seinen Erörterungen ist folglich, dass er ein Verhalten voraussetzt, das „sozial unerwünscht“ und „an sich“ unerlaubt ist bzw. aus der

gung innewohnenden unüberschaubaren Risikos verhindert wird, vgl. JZ 1987, 1041, 1052.

³⁰⁹ *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 420.

³¹⁰ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1049 f.

³¹¹ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1051 (Hervorhebung im Original).

allgemeinen Handlungsfreiheit ausgegrenzt werden könnte.³¹² Dabei bleibt jedoch unausgesprochen, welches konkrete Verhalten als sozial unerwünscht bzw. an sich unerlaubt anzusehen ist, oder wer angesichts der angeblichen vorpositiven Wertung darüber zu entscheiden berufen sein soll. *Pickers* vernunftrechtlicher Ansatz³¹³ stellt sich als ein Vorschlag *de lege ferenda* dar.

Es ist zwar – von seinem Standpunkt aus betrachtet – konsequent, jedoch nicht zutreffend, die Existenz einer Vertragsbeziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem als eine Zufälligkeit zu betrachten.³¹⁴ Denn es ist gerade die im Rahmen einer Vertragsbeziehung in Selbstbestimmung getroffene Abrede, die allein den Maßstab dafür bilden kann, welche Pflichten die Parteien konkret eingegangen sind und worin somit ein Verstoß gegen diese überhaupt bestehen könnte. Genau hieran, und nicht an der Bezeichnung als ein sozial unerwünschtes Verhalten, lässt sich präzise festmachen, welche Art von Verhalten eine Pflichtverletzung darstellen soll und somit zur Schadensersatzpflicht führen kann. Demnach ist ein Vertragsverhältnis keine reine Zufälligkeit, sondern ein freiwillig getroffenes Übereinkommen, das, zumindest zwischen den Parteien, überhaupt erst den Rahmen dafür vorgibt, welches schädigende Verhalten ersatzpflichtig macht. Dass *Picker* diesen Aspekt außer Acht lässt, überrascht umso mehr, als er selbst anerkennt, dass der Vertrag eine nur für die Parteien gültige zusätzliche Sachen- und Vermögensrechtsordnung schafft.³¹⁵ Dies umfasst selbstverständlich auch die Möglichkeit, von der jeweiligen, für einen bestimmten Bereich etwaig gesetzlich geregelten Pflichtenlage innerhalb der die Privatautonomie begrenzenden Regeln wie §§ 134, 138, 305 ff. BGB etc. abzuweichen. Denn die Bestimmung der Rechte- und Pflichtenlage ist Teil des Vermögens, das die Parteien ja gerade im Rahmen der ihnen eingeräumten Selbstbestimmung festlegen dürfen.

³¹² Vgl. zu den zitierten Rechtswidrigkeitsbeschreibungen *Picker*, JZ 1987, 1041, 1050.

³¹³ Vgl. *Pickers* Ausführungen auf S. 1048 in JZ 1987, 1041 ff.

³¹⁴ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1051; dies trifft auch auf die von ihm (aaO, S. 1042) gebildeten Erläuterungsbeispiele zu, in denen – entgegen *Picker* und dem von ihm ohne nähere Begründung unterstellten juristischen Laien – der jeweilige Abschluss eines Vertrages einen bedeutenden Unterschied hinsichtlich der dadurch geänderten Pflichtenlage gemacht hätte.

³¹⁵ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1044.

Wenn nun jedoch entweder noch keine oder keine wirksame vertragliche Regelung getroffen worden ist und daher keine ausdrücklich vereinbarte Pflichtenlage besteht, liegt es zumindest deutlich näher, an das von den Beteiligten gezeigte Verhalten und deren Motivationslage sowie andere oben ausgeführte Kriterien anzuknüpfen, um eine Begründung von Schutzpflichten zu plausibilisieren, die als Maßstab für eine tatbestandsmäßige Pflichtverletzung herangezogen werden können, als gänzlich auf eine an der konkreten Situation ausgerichtete Maßstabbildung zu verzichten, indem generell derjenige Schaden als ersatzfähig dargestellt wird, der auf einem angeblich unstreitig sozial unerwünschten Verhalten beruht.³¹⁶ In Wahrheit wird somit das Merkmal der Rechtswidrigkeit eliminiert und durch einen abstrakten sowie völlig konturenlosen Begriff der sozialen Missbilligung ersetzt. Es zeigt sich also, dass *Picker* auf diese Weise das eigentliche Problem nur umgangen hat, um daraufhin annehmen zu können, bereits und ausschließlich mittels der Beschränkung des potentiellen Kreises der Gläubiger sei die Lösung gefunden.³¹⁷

Hinsichtlich der *Art und Weise*, wie der Haftungsschuldner im vertraglichen bzw. außervertraglichen Bereich festgelegt werde, rekurriert *Picker* jedoch auf tatsächliche Elemente, die denen der bereits dargestellten Ansätze gleichkommen bzw. stark ähneln, insbesondere die Konzentration und „Verdichtung“ der Rechtsbeziehungen, eine Annäherung durch bewusstes und gewolltes Eintreten in eine faktische Leistungsbeziehung und die sachliche Finalität des Kontakts.³¹⁸ Insoweit ist also eine Übereinstimmung festzustellen, nur schreibt *Picker* den genannten Merkmalen ausschließlich Beschränkungsfunktion zu und sieht sie nicht als „Pflichtverstärkungsfaktoren“. Dies ist in der Logik seines Konzeptes auch möglich, weil er es – wie ausgeführt – vermeidet, das Verpflichtungselement benennen zu müssen, da er auf die Präzisierung

³¹⁶ Vgl. auch die Anmerkung *Medicus'* (Probleme, S. 24), *Picker* gebe „keinen Anhalt für die praktisch überaus wichtige Feststellung des Inhalts der Pflichten aus einer Sonderverbindung“; ähnlich *Unberath*, Vertragsverletzung, S. 188: „Der Inhalt der Ansprüche [...] ist durch das Prinzip ‚tue niemandem unrecht‘ nicht vorgegeben“.

³¹⁷ Vgl. auch die ähnliche Kritik von *Möschel*, AcP 1986, 187, 225: „Die entscheidende Frage, von welchem Punkt an grundsätzlich freies Verhalten in rechtswidriges umschlägt, läßt sich von daher nicht erhellen“.

³¹⁸ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1058.

des zu sanktionierenden Verhaltens verzichtet, indem er mit einem „unstreitig sozial unerwünschten“ kurzerhand ein tatbestandsmäßiges Verhalten unterstellt. Demnach erweist sich *Pickers* Vorschlag als schlicht nicht praktikabel.

Davon abgesehen verlagert er ein von ihm selbst benanntes Problem, ohne es zu lösen: Die „Verdichtung“ und Intensivierung der außervertraglichen Beziehung ist auch seinem Ansatz zu Folge Voraussetzung, nämlich für die Beschränkung der ansonsten prinzipiell stets gegebenen Haftung. Ab welchem Grad der Intensität jedoch im Falle einer Vertragsanbahnung der potentielle Schädiger bereits ausreichend feststeht, um berechtigterweise einer Schadensersatzhaftung ausgesetzt werden zu können, beantwortet er nicht. Dabei ist genau dies Gegenstand seiner Kritik an dem Ansatz, durch vermehrten Kontakt entstünden Schutzpflichten; es stelle nämlich eine unlösbare Schwierigkeit dar, ein praktikables Kriterium aufzutreiben, das die klare Zäsur zwischen haftungsbegründenden und haftungsirrelevanten Kontakten erlaubt.³¹⁹

Daher sieht *Picker* sich entweder selbst diesen Schwierigkeiten ausgesetzt oder aber lässt den kleinstmöglichen Grad an Individualisierung in rechtlichen Beziehungen für eine Personalisierung und damit Beschränkung der Schadensersatzhaftung auf einen bestimmten Schuldner ausreichen. Dies hätte jedoch für Letzteren eine unübersehbare Haftungsausweitung zur Folge, die in krassem Konflikt mit der Betätigungsfreiheit stünde und die *Picker* selbst sicher auch nicht als erstrebenswert ansähe.

Demnach bleibt zu resümieren, dass *Pickers* Ansatz weder praktisch umsetzbar erscheint, noch die von ihm selbst abverlangte Klärung bzw. Abgrenzung ermöglicht.

(9) Deliktsrechtliche Pflichten

Schließlich ist eine Auseinandersetzung mit der oben³²⁰ näher dargestellten Ansicht erforderlich, im außervertraglichen Bereich sei die Annahme von schuldrechtlichen Sonderverbindungen bei Verletzung

³¹⁹ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1045.

³²⁰ Unter III. 1. b) (9) (S. 60 f.).

von Obhutspflichten abzulehnen, da diese das Erhaltungsinteresse betreffenden Fälle strukturell vom Deliktsrecht erfasst würden. Letztlich geht es bei allen in diesem Zusammenhang angesprochenen Kritikpunkten um die Kernfrage, ob sich die einer schuldrechtlichen Sonderverbindung entspringenden Obhutspflichten von allgemeinen deliktsrechtlichen Verkehrs(sicherungs-)pflichten unterscheiden.³²¹ Dies ist trotz teilweiser Überschneidungen hinsichtlich der Schutzrichtung der Fall.

Zunächst hat sich diese Frage an der mit § 241 Abs. 2 BGB intendierten Wertung zu orientieren; denn mit dieser Regelung ist die Existenz von Schutzpflichten, obwohl diese nicht ausdrücklich benannt werden, allgemein gesetzlich anerkannt worden.³²² Zu Recht weist *Kuhlmann* darauf hin, dass allein durch die Entscheidung zur Anfügung des zweiten Absatzes der zuvor teilweise befürworteten Tendenz zum Deliktsrecht eine deutliche Absage erteilt wird.³²³ Wenn dort von der Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils die Rede ist, so wird damit klargestellt, dass diese auch außerhalb des Deliktsrechts dem Schutz unterliegen, und zwar ausweislich der Begründung des Reformentwurfes sogar in gesteigerter Form.³²⁴ Zwar war in der genannten Gesetzesbegründung im Gegensatz zur schließlich Gesetz gewordenen Endfassung noch die Formulierung enthalten, dass das Schuldverhältnis zu „besonderer“ Rücksicht verpflichten kann, wodurch gerade zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass „die gemeinten Schutzpflichten nicht dem entsprechen, was schon nach allgemeinem Deliktsrecht geboten ist“.³²⁵ Die Streichung des Wortes „besonderer“ sollte jedoch insoweit nicht zu einem abweichenden Verständnis Anlass

³²¹ Denn nur wenn diese Pflichten als identisch zu bezeichnen wären, bestünde überhaupt die Möglichkeit, dass eine unter Anwendung von allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen begründete Haftung zu Unrecht auf gesetzessystematisch deliktsrechtliche Gebiete ausgeweitet würde.

³²² Vgl. hierzu BTDrucks 14/6040, S. 125.

³²³ *Kuhlmann*, Leistungspflichten und Schutzpflichten, S. 155.

³²⁴ S. BTDrucks 14/6040, S. 125 I. Sp.: „Hinsichtlich der Intensität gehen diese Schutzpflichten über die allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten hinaus. Sie verpflichten die Beteiligten zu einem gesteigerten Schutz der Rechtsgüter des jeweils anderen“.

³²⁵ BTDrucks 14/6040, S. 125 r. Sp.

geben.³²⁶ Vielmehr ist diese Änderung auf die von der Frage der Abgrenzung zu reinen deliktischen Pflichten unabhängige Befürchtung des Gesetzgebers zurückzuführen, andernfalls könne das Gesetz dahin missverstanden werden, dass „innerhalb der sich aus einem Schuldverhältnis ergebenden Pflichten zu unterscheiden [sei] zwischen einigen, die zu ‚besonderer‘ Rücksicht verpflichten und deren Verletzung deshalb eine Haftung etwa aus culpa in contrahendo auslösen kann, und anderen, deren Verletzung schlicht unbeachtlich ist, weil sie eben nur zu ‚einfacher‘ Rücksicht verpflichten“.³²⁷

Dass Schutzpflichten aus einer Sonderverbindung von deliktischen Verhaltenspflichten separat zu betrachten sind,³²⁸ wird durch folgende Parallelerwägung gestützt: Wäre es zu einem wirksamen Vertragsschluss gekommen, stünde in dem Fall, dass der eine Teil durch die Beschädigung des Eigentums des anderen eine diesem gegenüber bestehende, aus dem zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis resultierende Schutzpflicht verletzt hätte, ein allgemeiner schuldrechtlicher Schadensersatzanspruch (gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) außer Frage.³²⁹ Ein gegebenenfalls zusätzlich bestehender Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB stünde hierzu in Anspruchskonkurrenz.³³⁰ Nun wird von § 280 Abs. 1 BGB jedoch kein Vertrag, sondern lediglich ein Schuldverhältnis vorausgesetzt. Ein solches kann sich allerdings schon nach dem Wortlaut des § 311 Abs. 2 BGB, der mit der Vertragsanbahnung einen Sonderfall der isolierten Schutzpflichten erwähnt,³³¹ aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben. Dem ist somit die gesetzgeberische Intention zu entnehmen, den Schutz des Erhaltungsinteresses nicht nur dem Deliktsrecht zuzuweisen.

³²⁶ Ebenso *Bachmann/Roth* in: MüKo, § 241 Rn 47: „Im Gesetzgebungsverfahren ist der Text redaktionell entschlackt, inhaltlich aber praktisch unverändert übernommen worden.“; vgl. auch *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, S. 69.

³²⁷ BTDrucks 14/7052, S. 182 r. Sp.; dennoch wurden aaO die von § 241 Abs. 2 BGB erfassten Rücksichtnahmepflichten als „besondere Pflichtenkategorie“ bezeichnet.

³²⁸ Ebenso *Otto/Schwarze* in: Staudinger, § 324 Rn 34; *Kuhlmann*, Leistungspflichten und Schutzpflichten, S. 156; *Canaris*, Festvortrag FS Lorenz, 17, 33.

³²⁹ Vgl. nur *Dorn* in: HKK, § 241 Rn 94.

³³⁰ *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, S. 27, Rn 38.

³³¹ Vgl. BTDrucks 14/6040, S. 125 r. Sp.

Des Weiteren werden Unterschiede zwischen den beiden Pflichtentypen deutlich, nimmt man deren Natur und Entstehung in den Blick:

Zwar bestehen Gemeinsamkeiten, insbesondere bezüglich der Schutzrichtung, die sowohl bei allgemeinen deliktischen Verkehrspflichten als auch bei im Zusammenhang mit einer Sonderverbindung bestehenden Schutzpflichten gleichermaßen auf das Erhaltungsinteresse gerichtet ist. Auch ähneln Letztere den allgemeinen Verkehrspflichten insoweit, als diese eine Zustands- und Verhaltenshaftung für die eigene Sphäre etablieren.³³² Jedoch ist der entscheidende Unterschied, dass allgemeine deliktische Pflichten, da sie gegenüber jedermann – also einem von vornherein nicht überschaubaren Personenkreis – bestehen, im Gegensatz zu Schutzpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB an diesem Punkt starr verharren. Sie sind also stets auf eine Vielzahl von theoretisch unterschiedslos durchschnittlichen potentiellen Geschädigten gerichtet.³³³ Daher konkretisieren sie sich auch erst in dem Moment, in dem auf Grund tatsächlicher Geschehnisse jemand zu Schaden kommt, auf ebendiese, bestimmte Person, und nicht bereits im Zeitpunkt ihres Entstehens, also als die Gefahrenquelle eröffnet wurde.³³⁴

Schutzpflichten hingegen gehen über die beschriebene starre Sphärenhaftung hinaus, da sie *von Beginn an* nur gegenüber einer bestimmten Person oder einem bestimmten, abgrenzbaren Personenkreis bestehen.³³⁵ Diesen Unterschied verkennt, wer vorbringt, „auch die Verkehrs-

³³² Vgl. zur zuletzt getroffenen Aussage *Wagner* in: MüKo, § 823 Rn 320 f.

³³³ Diesen Punkt hebt auch *Thiele* hervor, indem er in Abgrenzung zur abstrakten, generell gefahrenträchtigen deliktsrechtlichen Lage die gewollte und gezielte Sonderverbindung zwischen bestimmten Personen als Grund für die „Pflicht zu erhöhter Rücksichtnahme auf den anderen und seine Güter“ ansieht (Hervorhebung im Original), vgl. JZ 1967, 649, 651; anschaulich auch *Frost*, Schutzpflichten, S. 57: Das Deliktsrecht setze die Neutralität aller Menschen voraus, deren Beziehung daher nur durch ein „Nebeneinander“ gekennzeichnet sei, während eine Sonderverbindung eine Zuwendung der Beteiligten zueinander beinhalte.

³³⁴ S. auch *Otto/Schwarze* in: Staudinger, § 324 Rn 34.

³³⁵ Vgl. *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 218; *Dölle*, Jur. Entdeckungen, S. 9; eine solche Individualisierung und Personalisierung beschreibt auch *Flume* (Rechtsgeschäft, S. 85), indem er hervorhebt, „der unerlaubten Handlung [müsse] die Verletzung einer konkreten Verpflichtung gegenüber ‚einem anderen‘ gegenübergestellt werden“; vgl. auch schon *Raape*, AcP 147 (1941), 217, 242, dessen Ausführungen zur Beweislastverteilung eine Parallele zu der hier getroffenen Feststellung aufweisen, dass der Zeitpunkt der Entstehung der jeweiligen Pflicht einen Unterschied ausmacht: Dass ein Verschulden bei Verletzung einer Pflicht

pflichten [erhielten] eine konkrete Ausrichtung auf bestimmte Personen, sobald der soziale Kontakt hergestellt ist, den die Pflichten regeln sollen“.³³⁶ Auf Grund der Umstände, die überhaupt erst zum Entstehen von Schutzpflichten führen,³³⁷ ist der jeweilige Schutzpflichtgläubiger bereits individualisiert, was Auswirkungen auf Inhalt und Reichweite der Schutzpflichten in der konkreten Situation hat.³³⁸ Hat beispielsweise die eine Partei Kenntnis von bestimmten Schwächen der anderen, können Inhalt und Umfang der zu deren Schutz zu treffenden Vorkehrungen weiter reichen als dies allgemeine deliktsrechtliche Pflichten vorsehen. Umgekehrt kann der Umfang des zu verlangenden Pflichtenprogramms sinken, wenn der andere Teil weniger schutzwürdig erscheint, etwa weil er in für das angestrebte Geschäft wesentlicher Hinsicht über überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt oder bereits selbst z.B. durch Abschluss gewisser Versicherungen in Bezug auf geschäftsgegenständliche eigene Rechtsgüter vorgesorgt hat.³³⁹ Ebenso verhält es sich mit Blick auf die angebliche Gemeinsamkeit, dass bei beiden Pflichtentypen gleichermaßen eine „allgemeine Redlichkeitserwartung im Sinne eines objektiven Vertrauendürfens“ auf ordnungsgemäßes Verhalten Dritter bestünde.³⁴⁰ Auch hier kann sich im fortgeschrittenen Stadium von Geschäftsverhandlungen ein berechtigterweise gesteigertes Vertrauen gebildet haben. Höchstens hinsichtlich der Fälle der Sicherung von einer großen Anzahl von Personen zugänglichen Geschäfts- bzw. Verkaufsräumen könnte noch mit einiger Berechtigung von einem Gleichlauf von Delikts- und Schutzpflicht gesprochen werden.³⁴¹ Jedoch unterscheidet die genannten Fälle die jeweilige

aus dem Schuldverhältnis – wie heute in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB geregelt – vermutet werde, begründet er u.a. damit, dass diese „einer bestimmten Person gegenüber, also nicht als eine allgemeine, vorhanden ist“.

³³⁶ So *Hans Stoll* in: FS v. Hippel, 517, 528.

³³⁷ Genannt sei die freiwillige Aufnahme und Intensivierung eines Kontakts mit einer bestimmten Person, die Schaffung von Möglichkeiten für diese, auf eigene Rechtsgüter einzuwirken, kurz: sich auf Grund eines gemeinsam verfolgten Zwecks in vielfältiger Hinsicht aufeinander einzulassen.

³³⁸ *Bachmann/Roth* in: MüKo, § 241 Rn 125.

³³⁹ Vgl. auch *Krebs* in: NK-BGB, § 241 Rn 31, der die Ausdifferenzierung der Pflichten nach der Art der vor der Schädigung bestehenden Beziehung als zentralen Gegensatz zur deliktischen Jedermannshaftung hervorhebt.

³⁴⁰ S.o. S. 61 i.V.m. Fn 226.

³⁴¹ Vgl. *Larenz* in: FS Ballerstedt, 397, 401–403 sowie *Medicus* in: FS Keller, 205, 211.

Zweckrichtung der Beteiligten.³⁴² Während sich einander lediglich kraft Deliktsrechts Verpflichtete in subjektiver Hinsicht völlig unverbunden gegenüberstehen, qualifiziert der Umstand eines von mehreren Beteiligten gemeinsam verfolgten Zwecks deren Beziehung deutlich gegenüber einer rein zufälligen³⁴³, deliktisch geprägten Begegnung.³⁴⁴ Insofern muss also dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die entsprechenden Räumlichkeiten gerade zu dem Zweck der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden, dass diese eintrete und es zur Anbahnung eines Rechtsgeschäfts, etwa eines Kaufvertrags, komme.³⁴⁵

Somit zeigt sich, dass sich der Unterschied im Grad der Individualisierung in beträchtlichem Maße auf den Pflichteninhalt auswirken kann. Daraus folgt, dass die im Gegensatz zu deliktischen Pflichten individualisierten und personalisierten Schutzpflichten mit jenen nicht identisch sind.³⁴⁶

³⁴² In diesem Sinne auch *Diers*, Ersatzansprüche, S. 56, der die „beiderseitige Absicht“ und „Zweiseitigkeit des die Haftung begründenden Tatbestandes“ hervorhebt.

³⁴³ „Zufällig“ ist in diesem Zusammenhang in Übereinstimmung mit obigen Ausführungen so zu verstehen, dass im Moment der Entstehung der deliktsrechtlichen Pflicht durch Gefahrquelleneröffnung noch keine bestimmte Person in Betracht kam, der gegenüber sich die Pflicht hätte konkretisieren können. Der Geschädigte war aus Sicht desjenigen, der die Gefahr eröffnet hat, austauschbar, da die (abstrakte) Pflicht zur Vermeidung eines aus der selbst geschaffenen Gefahr resultierenden Schadens ohne Ansehung einer bestimmten Person gegenüber jedem Menschen gleichermaßen bestand; in diesem Sinne ist die Begegnung zufällig.

³⁴⁴ Ebenso *Krebs*, Sonderverbindung, S. 264; s. auch *Stringari*, Haftung, S. 124.

³⁴⁵ Insofern übereinstimmend *Emmerich* in: *MüKo*, § 311 Rn 47, der jedoch inkonsequenterweise einerseits die subjektive Einstellung dessen, der das jeweilige Geschäft betritt, insoweit berücksichtigen möchte, als im Falle, dass dieser kriminelle Absichten (Diebstahl) hegt, ihm gegenüber keine Schutzpflicht bestehen soll, andererseits jedoch ansonsten keinen gleichgerichteten Zweck (Kaufabsicht) verlangt, (s. auch unten III. 1. d) 2. (c) (aa), S. 102 f. i.V.m Fn 357).

³⁴⁶ Vgl. auch *Müller*, *JuS* 1998, 894, 896 r. Sp., 897 l. Sp., der unter Verweis auf § 618 BGB, der vertragliche Schutzpflichten des Dienstberechtigten hinsichtlich Leben und Gesundheit des Dienstverpflichteten statuiert, die Intention des Gesetzgebers verdeutlicht, auch nichtdeliktische Pflichten zum Erhalt fremder Rechtsgüter aufzustellen, was ebenfalls darauf hindeutet, dass kein völliger Gleichlauf mit deliktischen Pflichten besteht.

d) Eigener Standpunkt

Wie gesehen, ist eine Vielzahl von Gesichtspunkten vorgebracht worden, die eine schuldrechtliche Sonderverbindung begründen können sollen. Nach eingehender Auseinandersetzung hat sich gezeigt, dass mehrere Gedankenführungen begründeter Kritik ausgesetzt und nur einige andere geeignet sind, die Auferlegung von Schutzpflichten zu rechtfertigen. Zugleich lässt sich festhalten, dass nicht ein Konzept für sich genommen überzeugen kann, sondern dass eine Verbindung mehrerer gedanklicher Ansätze angezeigt ist.³⁴⁷ Zur Erleichterung des Verständnisses sei vorausgeschickt, dass – wie in der Einleitung angemerkt – der nachfolgend entwickelte Tatbestand der Schutzpflichtenentstehung sich bislang nicht vollständig aus einer gesetzlich verankerten Anspruchsgrundlage ergibt; vielmehr sollen an dieser Stelle zunächst dessen (somit teilweise als *de lege ferenda* zu verstehende) Voraussetzungen aufgezeigt sowie anhand verschiedener allgemeiner und aus gesetzlichen Regelungen folgender Wertungen begründet werden. Ob und inwieweit der nachfolgend vorgeschlagene Ansatz bereits eine Stütze im Gesetz findet, wird im Fortgang der Untersuchung (unter III. 2. c)) erörtert.

(1) Zweiseitiger Haftungstatbestand

Die Legitimationsaspekte lassen sich darauf reduzieren und gleichzeitig in der Weise kombinieren, dass ein zweiseitiger Tatbestand vorauszusetzen ist, der eine objektive und eine subjektive Komponente enthält.

(a) Objektive Komponente

Objektiv muss es zu einer Berührung von Rechtskreisen zweier oder mehrerer Personen kommen, die eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreitet, so dass eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf

³⁴⁷ So auch *Kindl* in: Erman, § 311 Rn 15 a.E.; *Grigoleit* in: FS Canaris, 275, 283; *Lüsing*, Pflichten aus c.i.c., S. 90 f.

fremde Rechtsgüter besteht. In einer solchen Situation ergibt sich schon tatsächlich, dass der Eine dem jeweils Anderen hinsichtlich der eigenen Rechte und Rechtsgüter, auf die dieser einwirken kann, in gewissem Maße ausgeliefert ist, woraus die entsprechende Schutzbedürftigkeit folgt. Auf wessen Initiative dieser tatsächliche Kontakt beruht, ist dabei ohne Belang.

(b) Subjektive Komponente: Gemeinsamer Zweck

Entscheidend ist, dass als subjektiv verbindendes Element der mit der von beiden Parteien freiwillig aufgenommenen Beziehung übereinstimmend verfolgte Zweck hinzutritt. In dem Erfordernis der Freiwilligkeit spiegelt sich das Zurechnungskriterium des Veranlassungsprinzips, wie es auch § 122 BGB zu Grunde liegt.³⁴⁸ Der gemeinsam verfolgte Zweck unterscheidet die im Rahmen eines schuldrechtlichen Sonderverhältnisses bestehenden von den deliktischen Pflichten. Im Deliktsrecht wird neben der rein tatsächlichen Berührung kein davon unabhängiger gemeinsamer Zweck für eine Haftung vorausgesetzt: Wenn der eine den im Eigentum des anderen stehenden Gegenstand schuldhaft beschädigt, reicht dies für eine Haftungsbegründung nach § 823 BGB aus. In dem Umstand, dass im Rahmen einer tatsächlichen Annäherung übereinstimmend ein bestimmter Zweck verfolgt wird, liegt daher ein diese Beziehung qualifizierendes Merkmal. Es reflektiert, dass sich die Beteiligten in gewisser Weise aufeinander eingelassen haben, was im Deliktsrecht nicht der Fall ist. Dort ist die konzeptionelle Ausrichtung geradezu konträr: Während im Rahmen einer schuldrechtlichen Sonderverbindung die Nähe zu einem anderen gesucht wird, um mit diesem ein über diesen Kontakt hinausgehendes, gemeinsam angestrebtes Fernziel zu erreichen, besteht der Sinn des Deliktsrechts allein darin, die Beschädigung fremder Rechte und Rechtsgüter bei einem sich zufällig ereignenden Kontakt zu vermeiden, m.a.W. die Rechtskreise der Verkehrsteilnehmer gerade voneinander fernzuhalten.³⁴⁹ Dies recht-

³⁴⁸ Vgl. oben S. 38 Fn 123.

³⁴⁹ Ebenso *Diers*, Ersatzansprüche, S. 39, der in diesem Zusammenhang recht treffend von einem „Voneinanderausweichen“ spricht.

fertigt die Annahme von gegenüber dem Deliktsrecht qualifizierten Pflichten mit der Folge eines strengeren Haftungsregimes.

Zur Klarstellung sei angefügt, dass sich der hier angesprochene gemeinsam verfolgte Zweck von demjenigen im Sinne des Gesellschaftsrechts insofern unterscheidet, als dessen Verfolgung – im Gegensatz zu der Verfolgung des in einem Gesellschaftsvertrag festgelegten Zwecks – nicht verbindlich ist und daher etwaige Förderpflichten gegenüber dem jeweils anderen Teil nicht bestehen.

(2) Bedeutung und Inhalt des gemeinsamen Zwecks

Der hier vertretene Standpunkt, dass in subjektiver Hinsicht das Erfordernis eines gemeinsam verfolgten Zwecks maßgeblich, allerdings auch ausreichend ist, soll in der Folge vor allem anhand von Vergleichserwägungen weiter begründet und es sollen die Konturen dieser Voraussetzung näher umrissen werden.

(a) Teilidentität mit Grund vertraglicher Bindung

Die Bedeutung des Merkmals der übereinstimmenden Zweckverfolgung wird deutlich, wenn man einen Vergleich zum Geltungsgrund der vertraglichen Bindung anstellt. Neben der Freiwilligkeit der Beziehungsaufnahme ist gerade der von den Parteien übereinstimmend verfolgte (und im Unterschied zur außervertraglichen Sonderverbindung durch wirksame Willenserklärungen nach außen manifestierte) Zweck, etwa bestimmte Leistungen auszutauschen, der Grund dafür, dass vom Gesetz diese Art der Beziehung aus der Masse der alltäglichen Begegnungen herausgehoben und daran das Entstehen besonderer Pflichten geknüpft wird.³⁵⁰ Damit wird der Bedeutung einer Willensüberein-

³⁵⁰ Vgl. *Peters*, AcP 153 (1954), 454, 459 f., der im Rahmen der Abgrenzung vertraglicher Ansprüche von gesetzlichen Ansprüchen aus dinglichen Rechten hervorhebt, dass „bei einem Vertrage die Beteiligten zu einem gemeinsamen Zweck [...] zusammenstreben, während die gesetzlichen Ansprüche aus der Abwehrstellung eines der Beteiligten und ihrer Verletzung durch einen anderen hervorgehen“.

stimmung Rechnung getragen, wie sie im Ergebnis auch bei der außervertraglichen Sonderverbindung besteht, wenn auch in gegenüber dem Vertragsschluss verkürzt ausgebildeter Form.³⁵¹

(b) Funktion des gemeinsamen Zwecks

Da Schutzpflichten außerdem angesichts der aus ihrer Verletzung resultierenden Rechtsfolgen unter Begünstigung eines vertrauensvollen Miteinanders die Erreichung des im Rahmen der Sonderverbindung von den Beteiligten gemeinsam verfolgten Zwecks fördern,³⁵² erscheint es nach wertender Betrachtung auch aus diesem Grund gerechtfertigt, die übereinstimmende Zweckverfolgung als ein konstitutives Element des Tatbestandes der Schutzpflichtenbegründung anzusehen.

(c) Begriffsinhaltliche Eingrenzung

Allerdings ist theoretisch – wie gezeigt –³⁵³ kein überzeugender Grund ersichtlich, den gemeinsam verfolgten Zweck grundsätzlich auf einen geschäftlichen zu beschränken. Einer eventuell befürchteten Ausuferung der Haftung ist dadurch zu begegnen, dass das Merkmal der beidseitigen Freiwilligkeit der Beziehungsbegründung betont und an den objektiven Tatbestand enge Anforderungen gestellt werden, die gewährleisten, dass nur Situationen erfasst werden, in denen eine derartige Rechtskreisüberschneidung vorliegt, die eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf fremde Rechtsgüter zulässt.³⁵⁴ Eine weitere Konkretisie-

³⁵¹ Für einen Vertragsschluss ist über den gemeinsamen Zweck hinaus erforderlich, dass die Parteien eine Willensübereinstimmung hinsichtlich der Rechtsfolgen erzielen, vgl. *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn 2; vgl. ferner unten unter III. 2. a) (2) (S. 113–116).

³⁵² *Krebs* in: NK-BGB, § 241 Rn 31; *ders.* in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § 3 Rn 18 (S. 120).

³⁵³ S.o. unter III. 1. c) (2) (c) (S. 68–73); vgl. auch unten III. 1. d) (2) (d) (S. 105).

³⁵⁴ Im Ansatz ähnlich *Sutschet* in: Bamberger/Roth, § 311 Rn 46, der dafür plädiert, den Begriff der Vertragsanbahnung in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB weit auszulegen und eine Einschränkung über das Erfordernis der Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter und Interessen der Gegenseite zu bewirken; allerdings sei eine

rung wird mittels Konturierung der Anforderungen an den im allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand erforderlichen Zweck erreicht.

(aa) Zunächst ist in Anlehnung an die die Rechtsgeschäfte betreffenden Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB zu erwägen, ob für den gemeinsam verfolgten Zweck ebenfalls gelten muss, dass er weder einem gesetzlichen Verbot noch den guten Sitten widersprechen darf, um als rechtsgültige Voraussetzung des Schutzpflichtentstehungstatbestandes angesehen werden zu können. Die genannten Normen enthalten den Grundgedanken, dass Vereinbarungen entgegen der grundsätzlich geltenden Privatautonomie ausnahmsweise die rechtliche Anerkennung zu versagen ist, wenn deren Inhalt nicht der Rechts- und Sittenordnung entspricht, was insbesondere den Fall betrifft, dass der bezweckte Erfolg verbots- oder sittenwidrig wäre.³⁵⁵ Die damit eröffnete Inhaltskontrolle soll die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit jedoch nur insoweit beeinträchtigen, als der Schutz der Allgemeinheit dies erfordert, und die Geltung nur solcher Rechtsgeschäfte verhindern, die für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind.³⁵⁶ Wegen dieser Erfolgsbezogenheit und des Schutzsubjekts der Allgemeinheit kann dem Umstand eventueller Verbots- und Sittenwidrigkeit hinsichtlich des übereinstimmend verfolgten Zwecks keine Relevanz zukommen. Dies ergibt sich aus den jeweiligen Rechtsfolgen: Während Rechtsgeschäfte die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Handlungen beinhalten, deren Erfüllung auf Grund des infolgedessen eintretenden Erfolges gemeinschädlich sein kann und damit der Wertung anhand der in §§ 134, 138 BGB aufgestellten Maßstäbe unterliegen, ist der gemeinsam verfolgte Zweck eine Tatbestandsvoraussetzung für das Entstehen von Schutzpflichten, deren Verletzung eine Schadensersatzpflicht begründen kann. Letztere betrifft aber lediglich das Verhältnis der beiden an der Sonderverbindung Beteiligten und kann als Sekundärpflicht mangels eingetretenen Erfolges keine über diese Beziehung hinausgehende, allgemeinschädliche Wirkung entfalten. Daher kommt es nicht auf Gesetzes- und Sittenkonfor-

allgemeine Vertrauenshaftung kraft einfachen sozialen Kontakts auf Grund angeblicher Konturenlosigkeit abzulehnen.

³⁵⁵ Vgl. *Sack/Seibl* in: Staudinger, § 134 Rn 1.

³⁵⁶ *Wendtland* in: Bamberger/Roth, § 134 Rn 2, § 138 Rn 2.

mität des Zwecks an; vielmehr ist entscheidend, dass dieser tatsächlich übereinstimmend verfolgt wird.³⁵⁷ Da es sich bei dem Zweck jedoch um ein rein subjektives Merkmal handelt, ist einschränkend klarzustellen, dass es nicht schadet, wenn die Beteiligten übereinstimmend annehmen, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, dies jedoch tatsächlich nicht der Fall ist.³⁵⁸ Es kann insoweit nur darauf ankommen, dass eine übereinstimmende Bewusstseinslage besteht. Allerdings ist noch weitergehend auch für den Fall das Zweckerfordernis als erfüllt anzusehen, wenn ein Beteiligter in dem anderen vorsätzlich einen Irrtum darüber hervorruft, dass ein übereinstimmender Zweck bestehe, den man gemeinsam verfolge; in Anlehnung an den Schutzgedanken aus § 116 S. 1 BGB kann eine solche – nur vorgespiegelte – Zweckübereinstimmung nicht zu Lasten des Getäuschten gehen, indem etwa deswegen das Entstehen einer Sonderverbindung und damit auch hierauf gestützte Schadensersatzansprüche gegen den Täuschenden verneint würden.

(bb) Da streng genommen jeder Handlung notwendigerweise eine dieser entsprechende Zwecksetzung vorausgeht,³⁵⁹ ist es im Interesse der Rechtssicherheit angezeigt, näher zu konkretisieren, welche Merkmale der hier vorausgesetzte Zweck aufweist, was er also inhaltlich erfassen soll. Wie gesehen, ist zunächst eine Übereinstimmung hinsichtlich des von den Beteiligten verfolgten Zwecks erforderlich. Ansatzpunkt der Überlegungen ist, dass über das Merkmal der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks eine Individualisierung der Beziehung erreicht wird, die kennzeichnend ist für schuldrechtliche Sonderverhältnisse.³⁶⁰ Diese eine Sonderverbindung somit prägende und gleichzeitig qualifizierende Vereinzelung ergibt sich aus deren zweckgerichteter Personalisierung,

³⁵⁷ So lässt sich denn auch die Situation eines nur scheinbar typischen Kaufhausfalls, in dem der die Geschäftsräume Aufsuchende Diebstahlsabsichten hegt, widerspruchsfrei dadurch lösen, dass zwischen dem vermeintlich potentiellen Kunden und dem Geschäftsinhaber keine Zweckübereinstimmung besteht, weshalb diesen in Bezug auf jenen keine über das Deliktsrecht hinausgehenden Schutzpflichten treffen; s. auch oben S. 97 Fn 345.

³⁵⁸ Dazu könnte es beispielsweise kommen, wenn die Beteiligten ein gewisses Verhalten des jeweils anderen in einer Weise deuten, die sie (jedoch tatsächlich fälschlicherweise) auf eine gemeinsame Zweckverfolgung schließen lässt.

³⁵⁹ Vgl. das von v. Ihering formulierte Zweckgesetz: „Keine Handlung ohne Zweck“, *ders.*, Zweck im Recht I, S. 5.

³⁶⁰ Vgl. dazu oben III. 1. c) (9), S. 95–97.

welche wiederum bestimmt wird von den Kenntnissen um die Eigenschaften oder Fähigkeiten des jeweils anderen potentiell Beteiligten und der entsprechenden jeweiligen Erwartungshaltung. Voraussetzung ist also zunächst, dass die Beteiligten nicht zufällig aufeinander getroffen sind, sondern dass sie freiwillig und gezielt die Nähe zu dem anderen gesucht haben.

Darauf aufbauend müssen sie mit der Beziehungsbegründung den übereinstimmenden Zweck verfolgen, voneinander zu profitieren, wofür auch immaterielle Werte ausreichen. Dies bedeutet, dass die Beteiligten den jeweils anderen gerade wegen der mit seiner Person verknüpften Eigenschaften und zu dem Zweck ausgesucht haben müssen, mit diesem gemeinsam ein Fernziel zu verfolgen, dessen Erreichen sich für jeden Beteiligten zumindest aus dessen jeweiliger Perspektive wegen des Zusammenwirkens mit dem bestimmten anderen als vorteilhaft darstellt. Aus dem angestrebten Nutzen, der gemäß dem übereinstimmenden Zweck der Beteiligten mit der Begründung und dem Betreiben der gemeinsamen Beziehung erzielt wird, rechtfertigt sich die Auferlegung von dem jeweils anderen gegenüber bestehenden Schutzpflichten. In welcher Weise der avisierte Nutzen realisiert werden soll, ist dabei ohne Relevanz; so kann ein Austausch jedweder Art von Leistung, also lediglich eine Koordination an sich gegenteiliger Interessen, oder ein Zusammenwirken auf Grund gleichgerichteter Interessenlage, also eine Kooperation, intendiert sein.³⁶¹ Kaum begründbar und daher zu kurz gegriffen ist somit eine Systematisierung, derzufolge nur „Schutzpflichten mit Regelungsfunktion für den sozialen Kontakt des Leistungsaustausches“ eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen begründen können.³⁶²

³⁶¹ Vgl. *Martinek* in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 662 ff. Rn 24–27 zu den Begriffen der Koordination und Kooperation, wobei *Martinek* letztere als Koalition bzw. Konföderation bezeichnet; daneben fasst er die verschiedenen Arten der Geschäftsbesorgung unter den Terminus der Subordination.

³⁶² *Lüsing*, Pflichten aus c.i.c., S. 163 ff.; während *Lüsing* im Rahmen der Abgrenzung der Schutz- von den Deliktspflichten noch allgemein auf den „bloße[n] Umstand“ abhebt, „dass das sich im Schaden realisierende konkrete Risiko durch die intensivierete zweckgerichtete Interaktion der Sonderbeziehung überhaupt erst induziert wurde“ (aaO, S. 109, 113), gibt er bezeichnenderweise keine Begründung für die von ihm vertretene Verengung der Schutzpflichthaftung nach vertragsrechtlichen Regeln auf Fälle, in denen „ein Bezug zu dem Regelungskreis des Leistungsaustausches besteht“ (aaO, S. 167: Eine Haftung nach

(d) Parallele zur c.i.c.-Haftung

Weiterhin kann dieser Ansatz anhand einer Vergleichsbetrachtung mit der allgemein und inzwischen auch gesetzlich anerkannten³⁶³ Figur der c.i.c. verifiziert werden. Bestehen gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf Rechte und Rechtsgüter eines Anderen innerhalb einer Nähebeziehung, deren Zweck in der (Auslotung der Möglichkeiten der) Anbahnung eines Vertrages besteht, so werden Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB begründet. Jedoch bleibt unerklärlich, warum allein dem Umstand, dass die Möglichkeit eines Vertragsschlusses besteht, in diesem Zusammenhang maßgebliche Bedeutung zukommen soll. Schließlich kann – wie gesehen – das vorvertragliche Schuldverhältnis nicht ohne Fiktionen vertraglich begründet werden und scheidet eine Vorwirkung des eventuell in der Folge zustande kommenden Vertrages mangels *aktueller* Verbindlichkeit desselben aus. Diese Erkenntnis gibt den Blick auf die dahinter stehenden, tragenden Erwägungen für die Entstehung von Schutzpflichten bei der c.i.c. frei: Mit der Voraussetzung der Anbahnung eines Vertrages wird die hierbei typischerweise bestehende Konstellation umrissen, in der sich die Beteiligten auf Grund der Kenntnisse um die Eigenschaften des jeweils Anderen aufeinander einlassen wollen und gemeinsam die Erreichung eines präsumtiv nutzbringenden Fernziels bezwecken. Anhand dieser „Skelettierung“ der c.i.c. erweist sich, dass die Begrenzung einer allgemeinen außervertraglichen Haftung kraft Sonderverbindung auf das Erfordernis eines geschäftlichen Zwecks³⁶⁴ weder stimmig noch wertungsmäßig zu rechtfertigen ist. Auf Grund der Indizwirkung der Vertragsanbahnung für die typischerweise dabei vorliegende, beschriebene Konstellation erweist sich die c.i.c. als ein (bedeutender) Unterfall eines allgemeinen außervertraglichen, auf einer Sonderverbindung beruhenden Haftungstatbestandes.

dem vertraglichen Haftungssystem „scheint“ ihm nur in den genannten Fällen „angebracht“).

³⁶³ Vgl. § 311 Abs. 2 BGB i.V.m. BTDrucks 14/6040, S. 162.

³⁶⁴ Zum Begriff der geschäftlichen Kontakte in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB s.u. unter III. 2. c) (2) (S. 135–138).

(e) Anforderungsniveau

An das zuvor geschilderte Zweckerfordernis sind wegen dessen Teilfunktion als Abgrenzungskriterium zu nach Deliktsrecht zu beurteilenden Haftungskonstellationen im Rahmen zufälliger Begegnungen und angesichts des weiteren, restriktiv zu verstehenden objektiven Merkmals der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. So müssen nicht etwa die Eigenschaften desjenigen, mit dem man Kontakt aufnehmen möchte, in einer bestimmten Weise herausragen; es genügt beispielsweise beim Aufsuchen eines bestimmten Geschäfts, dass man etwa dessen breite Produktpalette, Preisstrategie oder die Qualität der angebotenen Waren schätzt, ohne dass es schädlich wäre, dass sich dies bei einem anderen Geschäft ähnlich verhält. Auf diese Weise lässt sich auch widerspruchsfrei eine Sonderverbindung für die bereits angesprochenen typischen „Kaufhausfälle“ begründen.

Des Weiteren kann der in der Sonderverbindung gemeinsam angestrebte (evtl. jeweilige) Nutzen auch in nicht oder nicht unmittelbar in Geld messbaren Vorteilen bestehen; entscheidend ist allein, dass die Beteiligten bezwecken, im Zuge des Betreibens dieser Beziehung voneinander in spezifischer Weise zu profitieren, indem sie ein gemeinsam angestrebtes Ziel erreichen. So wäre etwa vorstellbar, dass ein Doktorand, der im Rahmen seines Promotionsprogramms die Ausrichtung eines wissenschaftlichen Kongresses organisiert, einen ganz bestimmten namhaften Schriftsteller einlädt, der vornehmlich zu einem auch vom Doktoranden bearbeiteten Themengebiet publiziert hat; dessen Teilnahme wäre also für Letzteren von großem Nutzen für seine Forschung, während für den Dozenten die ihm somit eröffnete Bühne zur Verbreitung und Erläuterung seiner Ansichten äußerst attraktiv erscheinen kann. Findet zur gemeinsamen Verfolgung dieses übereinstimmenden Zwecks eine Annäherung der beiden statt, in deren Verlauf der Eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf Rechte des Anderen erlangt, so ist nicht ersichtlich, warum im Falle von deren Beeinträchtigung³⁶⁵ in

³⁶⁵ Zu denken wäre etwa an Beschädigung oder Verlust von im Vorfeld der Veranstaltung an den Anderen zur Kenntnisnahme und Ermöglichung inhaltlicher Abstimmung übergebener Vortragsmaterialien; klarstellend sei hinzugefügt,

Bezug auf das Entstehen von Schutzpflichten etwas anderes gelten sollte, als wenn ein Vertrag angebahnt worden wäre. Schließlich sind beide freiwillig eine personalisierte Beziehung eingegangen, um gemeinsam ein für beide Beteiligte vorteilhaftes Ziel (Teilnahme an und erfolgreiche Durchführung des Beitrags auf dem Kongress) zu erreichen, und zusätzlich ist in Vollzug dieser Beziehung eine im Eigentum des Einen stehende Sache dem Anderen übergeben worden, woraus sich die entsprechende Schutzbedürftigkeit des Eigentümers ergibt.

Ausgehend von diesem Beispiel lässt sich näher bestimmen, wie der hier zur Entstehung einer Sonderverbindung als ausreichend angesehene Vorteil beschaffen sein soll. Maßgeblich ist die Bedeutung, die der mit Erreichen des in der Beziehung verfolgten Zwecks einhergehende Nutzen für die Beteiligten hat. Wie gezeigt, kann auch die Verfolgung und Befriedigung eines nicht oder nicht unmittelbar auf einen pekuniären Vorteil ausgerichteten Interesses in einer Weise, die nicht die Intention erkennen lässt, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, für die Beteiligten eine große Bedeutung haben. Da es jedoch in solchen Fällen, die von persönlicher Wertung beeinflusst sind, mitunter schwerfallen kann, den Grad der Bedeutung des erstrebten Vorteils für die Beteiligten festzustellen, ist im Interesse der Rechtssicherheit ein weitestgehend verobjektivierbarer Nutzen zu verlangen. Es muss also für einen hypothetischen objektiven Dritten aus der Sicht der Beteiligten äußerlich erkennbare und nachvollziehbare Anhaltspunkte geben, die diese Feststellung ermöglichen. Hierfür ist insbesondere erforderlich, dass sich der mit Vollzug der gemeinsamen Beziehung bezweckte Nutzen in irgendeiner Weise äußerlich substantiell niederschlagen kann. So führt der von dem bekannten Autoren im vorgenannten Beispiel gehaltene Vortrag nicht nur dazu, dass dieser sich eventuell besser fühlt; vielmehr erreicht er tatsächlich seine Zuhörerschaft, kann mittels dieses Beitrags zu einem wissenschaftlichen Diskurs seine Stellung festigen und somit potentiell eine Steigerung der Auflage seiner Publikation bewirken. Der im Beispielsfall genannte Doktorand profitiert von der Sonderverbindung in der Weise, dass er die Möglichkeit erhält, zu seinem Forschungs-

dass allgemein nur ein in Verfolgung bzw. in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks eingetretener Schaden ersatzfähig sein kann.

schwerpunkt gehörige Inhalte in seiner Arbeit zu verwerten, sich damit kritisch auseinanderzusetzen und eventuell fortzuentwickeln, was potentiell zur Steigerung der Qualität seines Werks führt.

Abzugrenzen ist der somit näher umrissene Begriff des hier vorausgesetzten Nutzens von rein inneren Vorgängen sowie von Ereignissen, die dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen sind. Gemeint ist etwa das Interesse an der Aufrechterhaltung oder Pflege familiärer oder freundschaftlicher Beziehungen. Es kann von einem hypothetischen objektiven Dritten i.d.R. nicht mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden, welche Bedeutung einer der Beteiligten der Pflege einer familiären oder freundschaftlichen Beziehung beimisst, also welcher spezifische, substantielle Nutzen sich für ihn daraus ergäbe. Hierunter fällt z.B. die Teilnahme als Gast an der Hochzeit eines Freundes, der zu diesem Anlass eingeladen hat. Hier erschöpft sich der mit Einladung und Teilnahme an der Veranstaltung übereinstimmend bezweckte Nutzen in der gemeinsamen Freizeitgestaltung, ohne dass ein objektiv einigermaßen sicher bestimmbarer Vorteil für die Beteiligten zu Tage träte. Anders kann die Beurteilung erst dann ausfallen, wenn die Teilnahme an einer Feierlichkeit zu einem darüber hinausgehenden Zweck erfolgt und von beiden verfolgt wird, so dass sich die Veranstaltung in Wahrheit lediglich als Rahmen darstellt, um z.B. eine gemeinsame, jeweils (gemäß oben genanntem Maßstab) nutzbringende Unternehmung zu besprechen; erst dann wäre eine (der objektiven Bemessung zugängliche und) ausreichende Rechtfertigungsgrundlage gegeben, um Schutzpflichten anzunehmen, die zu einer gegenüber dem Deliktsrecht qualifizierten Haftung führen können.

(f) Vergleich mit Elementen des gesetzlichen Schuldverhältnisses der GoA

Dass es stimmig ist, das Erfordernis eines übereinstimmend verfolgten Zwecks im genannten Sinne (neben weiteren oben beschriebenen objektiven Elementen) als Voraussetzung für das Entstehen eines Schutzpflichten enthaltenden Schuldverhältnisses aufzustellen, findet seine Bestätigung auch in einem Vergleich mit den Erwägungen, die der

Wertung zu Grunde liegen, dass bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) ein gesetzliches Schuldverhältnis mit ebensolchen Pflichten (§§ 677, 280 BGB)³⁶⁶ begründet wird. Dieses kommt allein dadurch zustande, dass tatsächlich ein Geschäft geführt wird (objektives Element), und zwar *für* einen anderen, d.h., mit der Absicht, im Interesse eines anderen zu handeln (subjektives Element);³⁶⁷ das Institut der GoA ist der Struktur nach von dieser Absicht der fremdnützigen Interessenvertretung wesentlich geprägt, die somit für die obligationsbegründende Wirkung maßgeblich ist.³⁶⁸

Man kann die Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses der GoA mit dem Leitbild der Menschenhilfe begründen,³⁶⁹ Quasi-Kontrakte, also einen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn übereinstim-

³⁶⁶ Über diese Normen wird das sog. Ausführungsver schulden, also die schuldhaftete Verletzung der Pflicht aus § 677 BGB zur am Interesse des Geschäftsherrn ausgerichteten Besorgung des Geschäfts, schadensersatzbewehrt, vgl. *Seiler* in: MüKo, § 677 Rn 56; *Grüneberg* sowie *Sprau* in: Palandt, § 280 Rn 9 bzw. § 677 Rn 13.

³⁶⁷ Sog. *echte* GoA; ebenso *Beuthien* in: FS Söllner, 125 ff., 136; *Gehrlein* in: Bamberger/Roth, § 677 Rn 1; *Fehrenbacher* in: PWW, § 677 Rn 1, 9, 20; *Seiler* in: MüKo, § 677 Rn 50; *Wollschläger*, GoA, S. 46 f.; *Brox/Walker*, Bes. SchuldR, § 37 Rn 2 (S. 431); *Pesch*, Jura 1995, 361, 363; *Hader*, GoA, S. 60; nach a.A. müssen darüber hinaus die Voraussetzungen des § 683 BGB vorliegen, sog. *berechtigte* GoA, vgl. hierzu *Enneccerus/Lehmann*, Schuldverhältnisse, § 165 II (S. 698); *Steffen* in: RGRK, § 677 Rn 1; *Esser/Weyers*, SchuldR, II/2, S. 4 f.; *Larenz*, SchuldR II/1, § 57 II a) (S. 451).

³⁶⁸ Vgl. BGH, NJW, 1976, 619: der Wille, für einen anderen zu handeln, gehöre „zum Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag“; s. auch *Schmidt*, JuS 2004, 862, 866; insb. *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 27: „der *animus pro domino gerendi* [bildet] eine essentielle und unverzichtbare Voraussetzung der echten Geschäftsführung ohne Auftrag“; in diesem Sinne auch bereits *Wittmann*, GoA, S. 21 f. sowie neuerlich *Bergmann* in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 677 ff., Rn 31; angemerkt sei jedoch, dass Letztere (*Wittmann*, aaO, S. 26, 76, 163; *Bergmann*, Subordinationsverhältnis, S. 49, 146 f. sowie in: Staudinger, aaO, Rn 31 f.) diese Absicht nicht als subjektives, sondern als normatives Tatbestandsmerkmal begreifen: Sie beurteile sich danach, ob der Geschäftsführer nach dem sozialen Sinn seiner Tätigkeit fremdnützig handele; dagegen zutreffend schon *Gursky*, aaO, 13, 28: der Sache nach werde somit eine bestimmte Richtung des Fremdgeschäftsführungswillens fingiert; **a.A.** ist *Wollschläger*, der die Fremdheit des Geschäfts objektiv-normativ nach der höherrangigen Zuständigkeit bestimmt, also danach, wer „näher daran“ sei, Nutzen und Kosten zu übernehmen (vgl. *Wollschläger*, GoA, S. 52 ff., insb. 57, 66).

³⁶⁹ Grundlegend *Kohler*, IherJb 25 (1887), 1, 42 ff.

menden Willen, als dessen Grundlage betrachten,³⁷⁰ oder – m.E. recht treffend – den Gedanken der Subordination der Interessen des Geschäftsführers unter diejenigen des Geschäftsherrn geltend machen;³⁷¹ in jedem Falle ist der echten GoA jedoch eine fremdnützige Zielsetzung inhärent. Indem der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit die Zwecke und Interessen des (fremden) Anderen verfolgt, wird somit notwendig eine Zweckübereinstimmung herbeigeführt. Diese Feststellung bedeutet keinen Rückfall in die erwähnte Quasikontrakts-Theorie, die ohne Not die Parallelität zweier Willen voraussetzt oder sogar fingiert und auf diese Weise verkennt, dass für das Entstehen des Schuldverhältnisses der GoA der Wille des Geschäftsherrn nebensächlich ist, da es darauf ankommt, dass der Geschäftsführer in der Absicht handelt, die – objektiv beurteilten – Interessen des Geschäftsherrn zu wahren.³⁷² Der Geschäftsführer führt mit seinem objektiv fremdnützigem Tun also *einseitig*, jedoch gleichsam automatisch eine Zweckübereinstimmung herbei, da er mit der Wahrnehmung der objektiv verstandenen Interessen des Geschäftsherrn gleichzeitig dessen Zwecke verfolgt.³⁷³ Im Ergebnis lässt sich demnach als das die allgemeine schuldrechtliche Sonderverbindung und das gesetzliche Schuldverhältnis der GoA verbindende Kriterium die Zweckübereinstimmung zwischen den Beteiligten erkennen, die maßgeblich die jeweilige Beziehung als Schutzpflichtverhältnis qualifiziert.³⁷⁴

³⁷⁰ *Ruhstrat*, AcP 32 (1849), 173, 184 ff., insb. 188 i.V.m. Fn 18; *Brinkmann*, Verhältniß, S. 15–17; *von Monroy*, vollmachtlose Ausübung, S. 34 f.

³⁷¹ *Bergmann*, Subordinationsverhältnis, S. 47 passim sowie in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 677 ff. Rn 28 ff., 171; vgl. auch schon *Hauß* in: FG Weitnauer, 333 f.

³⁷² Vgl. zu letzterem nur die Ausführungen von *Seiler* in: MüKo, § 677 Rn 51 f.

³⁷³ Dies bedeutet keine Fiktion der mutmaßlich vom Geschäftsherrn verfolgten Zwecke; es ergibt sich vielmehr aus dem in § 677 BGB vorgegebenen Vorrang des fremden Interesses vor dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Anderen und der somit im Gesetz angelegten Verobjektivierung des Zwecks.

³⁷⁴ Diesen Aspekt hat *Baumert* außer Acht gelassen, der zwar zutreffend unter Bezugnahme auf das durch die GoA entstehende Schuldverhältnis das Erfordernis der Geschäftlichkeit für das Entstehen von Schutzpflichten ausschloss (s. *dens.*, Tatbestand, S. 37), jedoch am Beispiel der unbestellten Zuwendung zu begründen versuchte, dass bereits das einseitige, gewollte Herstellen eines Rechtsgüterkontakts Schutzpflichten hervorbringe (aaO, S. 30 f.); indes macht die Voraussetzung der geschilderten Zweckübereinstimmung das Verhältnis zu einem zweiseitigen.

(3) Bewertung des Vertrauenskriteriums

Das Merkmal des in einem anderen hervorgerufenen Vertrauens auf einen gewissen Tatbestand oder ein bestimmtes Verhalten ist mit einigen Klarstellungen bereits oben³⁷⁵ als grundsätzlich geeignet anerkannt worden, die Auferlegung von Schutzpflichten zu legitimieren. Allerdings handelt es sich dabei unter Berücksichtigung der hier vertretenen Ansicht, dass zur Begründung einer Sonderverbindung in subjektiver Hinsicht ein übereinstimmender Zweck ausreichend ist, somit zwar um eine zur Rechtfertigung von Schutzpflichten hinreichende, aber nicht notwendige Voraussetzung.³⁷⁶ Dies lässt sich besonders gut an dem häufig gewählten Beispiel des typischen Kaufhausfalls verdeutlichen. So bemüht auch u.a. *Diers* diese Fallkonstellation, um seine Ansicht zu untermauern, erst das gewährte und in Anspruch genommene Vertrauen rechtfertige die Begründung von Schutzpflichten.³⁷⁷

Diese These krankt jedoch schon daran, in der Eröffnung der Verkaufsräume durch den Kaufhausinhaber und der darin zu erblickenden Einladung an das Publikum, die Räume zu betreten, um dort angebotene Gegenstände zu erwerben, eine Vertrauenserregung zu erblicken (wobei das Vertrauen durch Betreten des Warenhauses in entsprechender Absicht in Anspruch genommen werde)³⁷⁸. Denn es erscheint – zumal angesichts des in Kaufhäusern mitunter herrschenden Massengeschäfts – gekünstelt, anzunehmen, allein durch die Öffnung der Ladenfläche für ein breites Publikum erzeuge der Inhaber bei diesem in irgendeiner Weise ein begründetes Vertrauen darauf, in den Räumlichkeiten besonders davor geschützt zu werden, zu Schaden zu kommen. Es ist in diesen Konstellationen in der Tat kein Ansatzpunkt für die Annahme

³⁷⁵ S.o. unter III. 1. c) (3) (S. 73–79).

³⁷⁶ Diese Einschränkung ist in dem Sinne zu verstehen, dass in dem Fall, in dem sich eventuell praktisch Schwierigkeiten ergeben, einen übereinstimmend verfolgten Zweck zu ermitteln, ein jedenfalls bestehendes (typisiertes) Vertrauen zur Begründung einer Sonderverbindung herangezogen werden kann.

³⁷⁷ *Diers*, Ersatzansprüche, S. 53, 55.

³⁷⁸ Hinsichtlich der Begrifflichkeit ist anzumerken, dass *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/51), 501, 507, die Formel der „Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen“ so gemeint hatte, dass die die Verhandlung(smöglichkeit) eröffnende Partei Vertrauen (für sich) in Anspruch nimmt und die darauf eingehende damit ebensolches gewährt, vgl. auch *Bohrer*, Dispositionsgarant, S. 145; in der Sache ergibt sich dadurch jedoch kein Unterschied.

eines Vertrauens ersichtlich, das über die stets bei der Teilnahme am öffentlichen Verkehr vorausgesetzte Erwartung, nicht durch andere geschädigt zu werden, hinausginge.³⁷⁹ Es ist denn auch bezeichnend, dass *Diers* in der Folge ganz wesentlich darauf abstellt, dass die „beiderseitige Absicht, einen Vertrag zu schließen“, für die Entstehung eines außervertraglichen Schuldverhältnisses erforderlich sei.³⁸⁰ Daraus ergibt sich, dass er auch den gemeinsam verfolgten Zweck als entscheidend erachtet.³⁸¹

Schließlich ist in begrifflicher Hinsicht klarzustellen, dass angesichts des zweiseitigen Tatbestandes auch bei im Einzelfall bestehendem Vertrauen nicht von einer reinen, eigenständigen „Vertrauenshaftung“ gesprochen werden kann, da schließlich nicht allein das Vertrauen die Rechtsgrundlage der Schutzpflichten darstellt. Der Grund der Haftung kann nicht allein in dem entgegengebrachten Vertrauen bestehen, ohne dass der äußere Tatbestand, an den es anknüpft, mit einbezogen würde.³⁸²

2. Charakteristika und gesetzliche Verankerung des außervertraglichen Schuldverhältnisses

a) Rechtsnatur

Die Frage nach der Rechtsnatur der Sonderverbindung, also ob es sich um ein gesetzliches oder ein (quasi-)vertragliches Schuldverhältnis handelt, wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich offen gelassen und die systematische Einordnung des die Schutzpflichten erzeugenden Schuldverhältnisses der Rechtswissenschaft zugewiesen.³⁸³

³⁷⁹ Vgl. *Larenz* in: FS Ballerstedt, 397, 401 f.; s. hierzu auch schon oben S. 78 f.

³⁸⁰ *Diers*, Ersatzansprüche, S. 56 (Hervorhebung im Original).

³⁸¹ Dazu, dass allerdings kein einleuchtender Grund für eine Begrenzung auf einen rein (rechts-)geschäftlichen Zweck besteht, s. schon oben S. 101 mit Fn 353.

³⁸² Vgl. *Hohloch*, NJW 1979, 2369, 2372.

³⁸³ Vgl. BTDrucks 14/6040, S. 126.

(1) Systematik

Teilweise wird unter Verweis auf § 311 Abs. 1 BGB davon ausgegangen, Schutzpflichten entstammten rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen und seien deshalb vertragliche Pflichten.³⁸⁴ Da aber Abs. 1 dieser Vorschrift gerade nur die Begründung von Schuldverhältnissen *durch Rechtsgeschäft* regelt und demgegenüber ihr Abs. 2 bestimmt, unter welchen anderen Voraussetzungen auch ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht, ergibt sich aus dieser Systematik, dass mit zuletzt angesprochenem Schuldverhältnis gerade kein rechtsgeschäftlich begründetes gemeint sein kann. Aus der Formulierung in § 311 Abs. 2 BGB „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht auch durch...“ kann lediglich abgeleitet werden, dass man Rücksichtnahme- und Schutzpflichten selbstverständlich *auch* durch Rechtsgeschäft im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB, also durch Vertrag begründen kann. Gleichzeitig wird daraus aber auch deutlich, dass dies nicht die einzige Möglichkeit ist, sondern neben die mögliche Vereinbarung von Schutzpflichten deren Entstehung durch Verwirklichung einer der Tatbestände des § 311 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB tritt.

(2) Orientierung an jeweiligen Rechtsfolgen

Abgesehen von diesem systematischen Gesichtspunkt muss sich die Einordnung an dem Kernunterschied zwischen privatautonom gesetzter Regelung und gesetzlicher Anordnung orientieren. Dieser zeigt sich an dem Geltungsgrund der jeweiligen Rechtsfolgen: Während die Rechtsfolgen des Vertrages nur deshalb und nur dann eintreten, weil und wenn sie von den Parteien übereinstimmend gewollt sind,³⁸⁵ gelten gesetzliche Rechtsfolgen *nur* kraft Gesetzes, und zwar indem das Gesetz auf

³⁸⁴ *Ehmann/Sutschet*, Mod. SchuldR, S. 81.

³⁸⁵ Vgl. *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn 2; auch wenn privatautonomie Gestaltung des Rechtsverhältnisses und die Rechtsordnung als Rechtsgrund für die Geltung des privatautonomen Akts zusammengehören, kann man von Rechtsfolgen kraft privatautonomer Gestaltung sprechen, da sich die Rechtsordnung hinsichtlich von ihr anerkannter privatautonomer Gestaltungen darauf beschränkt, diesen rechtliche Geltung zu verleihen, vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 2 f.

Grund einer dort zum Ausdruck kommenden Wertung von Verhältnissen und Vorgängen, insbesondere von menschlichen Handlungen, die Rechtsfolge bestimmt.³⁸⁶ Daher überdehnt den Begriff der Privatautonomie, wer die den Schutzpflichten entsprechenden Ansprüche als *naturalia negotii* begreift, die deswegen gelten, weil sie bestimmen, „was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten“.³⁸⁷ Ebenso muss das Urteil hinsichtlich der Ausführungen von *Willoweit* ausfallen.³⁸⁸ Zwar geht er zutreffend davon aus, dass dem im Rahmen eines angebahnten Kontaktes vom jeweiligen Parteiwillen getragenen Zweck wesentliche Bedeutung für das Entstehen von Schutzpflichten zukommt. Allerdings sieht er diese in einer vertraglichen Vereinbarung begründet, auch wenn die Parteien „sich darüber [scil. über das Entstehen von Schutzpflichten] nicht ausdrücklich erklären“, sondern lediglich in Bezug auf die übereinstimmend zu verfolgenden Zwecke.³⁸⁹ Diese beiden Aspekte sind deshalb zu trennen, weil der alleinigen Äußerung darüber, dass man gemeinsam einen bestimmten Zweck verfolgen wolle, nicht auch der Wille entnommen werden kann, sich zur besonderen (schadensersatzbewehrten) Rücksicht auf Rechte und Rechtsgüter des anderen zu verpflichten. Vielmehr bedeutet es eine unzulässige Vermengung der Geltungsgründe von vertraglicher und gesetzlicher Verpflichtung, wenn man annimmt, dass der verfolgte Zweck „in seiner sozialen Typizität notwendig Willenselemente rechtlichen Inhalts einschließt“.³⁹⁰ Ob die Verfolgung übereinstimmender Zwecke dazu führt,

³⁸⁶ Insoweit zutreffend *Flume*, AcP 161 (1962), 52, 63, 74; *ders.*, Rechtsgeschäft, S. 3.

³⁸⁷ So jedoch *Ehmann/Sutschet*, Mod. SchuldR, S. 80; deren in diesem Zusammenhang vorgenommener Verweis auf *Windscheid* geht übrigens fehl: Selbst dieser als Anhänger der Willenstheorie (vgl. *dens.*, PandektenR I, § 75 (S. 163)) hebt die „Schiefheit“ der auf die Digesten (Dig. 19, 1, 11, 1: „quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate“) zurückgehenden Anerkennung von *naturalia negotii* hervor: „sie stellt zusammen Gewolltes und Nichtgewolltes“, vgl. *dens.*, aaO, § 85 Fn 1 (S. 191).

³⁸⁸ Vgl. *dens.*, Abgrenzung, S. 94 ff.

³⁸⁹ *Willoweit*, Abgrenzung, S. 96, in Fn 67.

³⁹⁰ So *Willoweit* aaO (s. vorige Fn); zwar verwahrt sich *ders.* hier gegen den Vorwurf einer Fiktion, setzt sich demselben jedoch dadurch aus, dass er die Entstehung von sekundären Vertragspflichten unter Teilnehmern einer Bergwanderung damit begründet, diese beabsichtigten „regelmäßig“, sich in Notfällen gegenseitig Hilfe zu leisten (aaO, S. 98).

dass die Beteiligten einander in besonderer Weise schuldrechtlich verpflichtet sind, kann sich – mangels entsprechender Parteierklärung – nur aus einer gesetzlich vorgesehenen Wertung ergeben.

Zwar ist nicht außer Acht zu lassen, dass Erklärungen im Hinblick auf die Erforschung des Willens, der mit ihnen zum Ausdruck gebracht werden sollte, gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen sind. Dies hat nach objektiven Maßstäben anhand der aus der Sicht des Empfängers wahrnehmbaren Begleitumstände, der bei den Parteien bestehenden Interessenlage und dem mit dem Geschäft verfolgten Zweck sowie unter Beachtung der Verkehrssitte zu erfolgen.³⁹¹ Daher ist zwar am Wortlaut anzusetzen, dieser jedoch nicht allein maßgeblich.

Indes ist er nur in dem Fall gänzlich ohne Bedeutung, in dem feststeht, dass die Beteiligten übereinstimmend etwas von dem objektiven Erklärungswert Abweichendes gewollt haben,³⁹² und davon abgesehen stellt die Auslegung lediglich ein Hilfsmittel dar, das nicht so extensiv verwendet werden darf, dass damit im Ergebnis ein gar nicht bestandener Wille fingiert wird. Mit anderen Worten sind Sinn und Zweck des mit §§ 133, 157 BGB vorgegebenen Auslegungsgebotes darin zu sehen, dass einerseits „ein sklavisches Festhalten am Wort nicht angebracht“ ist und es andererseits gilt, „gekünstelte Deuteleien und Advokatenrabulistik abzuwehren“; die Auslegung einer Erklärung findet also ihre Grenze darin, wie sie ein verständiger Dritter redlicherweise versteht.³⁹³ Ergibt sich hiernach, dass die Parteien beim Vertragsschluss eine gewisse Konstellation nicht bedacht haben, so kann dieser Missstand nicht schlicht vom Rechtsanwender dadurch behoben werden, dass er eine für ihn vernünftig erscheinende Regelung als vom Willen der Parteien erfasst bezeichnet, ohne gleichzeitig den Geltungsgrund der Privatautonomie abzuerkennen. Denn dieser besagt, dass eine Regelung *inter partes* deswegen gilt, weil sie die darin enthaltenen Rechtsfolgen wollten. Dieser Grundgedanke wird in sein Gegenteil verkehrt, wenn man an die Stelle eines von den Parteien nicht geregelten Punktes, der auch nicht ohne weiteres im Wege der oben skizzierten Auslegungsmethode ermittelbar ist, das vermeintlich Vernünftige treten lässt.

³⁹¹ Vgl. nur *Ellenberger* in: Palandt, § 133 Rn 1, 15–18, 20 f.

³⁹² „falsa demonstratio non nocet“, vgl. *Singer* in: Staudinger, § 133 Rn 13.

³⁹³ Vgl. *Honsell* in: FS Walter, 335, 344.

Dies ist letztlich eine Frage der Legitimation für die Geltung der jeweiligen Regelung. Wenn eine bestimmte Konstellation nicht von den Parteien bedacht wurde und sie mithin gar keinen entsprechenden Willen entwickelt haben, kann die Geltung eines diese Situation regelnden Rechts nicht durch eine Vernunftabwägung des Rechtsanwenders, sondern nur durch eine gesetzliche Bestimmung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers festgelegt werden.

(a) Illustration am Gewährleistungsrecht

Weiterhin muss der oben angesprochene Kernunterschied zwischen privatautonom gesetzter Regelung und gesetzlicher Anordnung auch konsequent durchgehalten werden. So kann man in Fällen, in denen das Gesetz – wie etwa beim Kaufgewährleistungsrecht – bei der Festlegung von Rechtsfolgen an den Umstand, dass überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist, anknüpft, nicht den Schluss ziehen, diese seien, obwohl sie gerade nicht von den Parteien vereinbart worden waren, solche des (Kauf-)vertrages, da sie von der Rechtsordnung *im Hinblick auf* die Vereinbarung gewährt würden.³⁹⁴ Denn wenn ein Aspekt in der rechtsgeschäftlichen Beziehung der Parteien (etwa Schadensersatzpflicht bei mangelhafter Leistung) nicht Gegenstand der von diesen getroffenen Vereinbarung (etwa ein Kaufvertrag) ist, greift auch der Geltungsgrund der privatautonomen Gestaltung, nämlich dass etwas gilt, weil es vereinbart ist, nicht. Vielmehr handelt es sich bei dem aus dem gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsrecht entspringenden Schadensersatzanspruch um einen gesetzlichen, der nur an die Grundkonstellation anknüpft, dass ein Vertrag geschlossen wurde.³⁹⁵ Dass ein solcher Anspruch somit anlässlich eines Vertragsschlusses entsteht, ändert nichts an der Tatsache, dass gerade nicht die Parteien diesen

³⁹⁴ So aber *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 3, 5.

³⁹⁵ Etwas anderes gilt etwa für § 433 BGB, der die Hauptpflichten der Parteien eines Kaufvertrages nennt. Da diese die Hauptpflichten selbst beim Kaufvertragschluss vereinbart haben, gelten sie kraft dieser Vereinbarung und handelt es sich um vertragliche Ansprüche; die Nennung in § 433 BGB hat nur die Funktion, zu kennzeichnen, auf welche Art schuldrechtlicher Vereinbarung die §§ 433 ff. BGB Anwendung finden sollen.

Punkt in Selbstbestimmung gestaltet haben, sondern das Gesetz auf Grund einer rechtlichen Wertung von Verhältnissen und Vorgängen, die es selbst im Tatbestand voraussetzt,³⁹⁶ die entsprechenden Rechtsfolgen vorsieht.³⁹⁷

Auch der von *Flume* vorgetragene Begründungsansatz, „der durch das Gesetz bestimmte ‚vertragliche‘ Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse [... erhalte] seinen Inhalt durch die privatautonome Regelung des Vertrages, indem der zum Schadensersatz Verpflichtete seinen Vertragspartner so stellen muss, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre“,³⁹⁸ stellt nur ein Scheinargument dar. Denn dass sich der Schadensersatz dem Umfang nach an dem von den Parteien vereinbarten Wert der Hauptleistung orientieren soll, ergibt sich nicht aus deren Vereinbarung, sondern aus der gesetzlichen Regelung der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB, die den Schadensersatz statt der Leistung, also den Ersatz des Erfüllungsinteresses anordnen.³⁹⁹ Die Entscheidung in der Sache, d.h. dass unter den dort genannten Voraussetzungen der Schadensersatz an die Stelle der ausgebliebenen oder mangelhaft erbrachten Leistung treten soll, ist somit gerade im Gesetz getroffen worden. Lediglich hinsichtlich des Umfangs soll sich der im Gesetz verankerte Anspruch darauf beziehen, was für eine Leistung die Parteien im konkreten Fall vereinbart haben. Allein durch diese inhaltliche Ausfüllung wird der Privatautonomie Geltung verliehen, jedoch ist dies angesichts der im Gesetz angeordneten Rechtsfolge für die Bestimmung des rechtlichen Geltungsgrundes ohne Belang.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Etwa die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, Aufforderung zur Nacherfüllung etc.

³⁹⁷ Wie sehr man sich verbiegen muss, um dennoch von einem „vertraglichen“ Anspruch sprechen zu können, verdeutlicht folgende Passage von *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 4: „Vielmehr ist er [scil. der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung] inhaltlich vertraglicher Natur, weil er vom Gesetz in Hinblick darauf gewährt wird, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Kaufsache durch den Kaufvertrag vereinbart ist. Der ‚vertragliche‘ Anspruch auf Schadensersatz tritt an die Stelle der vereinbarten Rechtsfolge, weil diese nicht eintritt.“ (Hervorhebung im Original) Hieran wird der falsche Fokus (nämlich auf den Hauptleistungsanspruch) offenbar; man gewinnt fast den Eindruck, die vom Gesetz statuierte Schadensersatzpflicht sei keine Rechtsfolge.

³⁹⁸ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 5 (Hervorhebung im Original).

³⁹⁹ Vgl. *Otto* in: Staudinger, § 280 Rn E 5.

⁴⁰⁰ Ebenso *Katzenstein*, Jura 2004, 800, 803 f.

(b) Übertragung auf Sonderverbindung

Diese zur Verdeutlichung anhand des Gewährleistungsrechts aufgezeigten Erwägungen können genauso für die Frage nach der Rechtsnatur der außerhalb eines Vertrages in einer Sonderverbindung bestehenden Schutzpflichten fruchtbar gemacht werden.⁴⁰¹ Auch für diese Frage gilt, dass sich die Entstehung einer Bindung sowie deren Weite, wenn sie (quasi-)vertraglich begründet wird, ausschließlich daran orientieren kann, wozu sich die Beteiligten in Ausübung ihrer Selbstbestimmung verpflichtet haben.⁴⁰² Das Verständnis als gesetzliches Schuldverhältnis hingegen bringt es mit sich, dass an einen bestimmten Tatbestand qua Gesetz Rechtsfolgen geknüpft werden, so dass ein bestimmtes Verhalten kraft gesetzlicher Wertung und damit unabhängig von einem konkret erklärten Verpflichtungswillen zu einer Schadensersatzpflicht führen kann. Im Rahmen vorvertraglicher Annäherung oder überhaupt außervertraglicher Rechtskreisberührung mit Zweckübereinstimmung bestehen keine (sich deckenden) Selbstverpflichtungserklärungen in Bezug auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils.⁴⁰³ Diese auf Grund des jeweiligen Verhaltens der Beteiligten als konkludent erklärt zu betrachten, kommt einer am gewünschten Ergebnis ausgerichteten Fiktion gleich und bedeutet einen Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie, deren wichtiger Bestandteil der Vertragsfreiheit gerade auch die negative Seite, sich nicht binden zu müssen, mit einschließt.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ Sogar einen Erst-Recht-Schluss zieht *Katzenstein*, Jura 2004, 800, 804, indem er hervorhebt, dass für die hier in Frage stehenden Erhaltungsinteressen die bei einem Vertragsschluss von den Parteien getroffene Rechtszuordnung noch nicht einmal mittelbar relevant werde; schließlich seien ihnen diese dem Erhaltungsinteresse unterfallenden Positionen schon vor und deshalb gerade unabhängig von einem Vertrag zugeordnet gewesen.

⁴⁰² Hierauf macht auch *Schwarze* aufmerksam, vgl. *dens.*, Verständigungspflichten, S. 35.

⁴⁰³ Daher sprechen *Ehmann/Sutschet*, die dem Gesetzgeber unterstellen, er habe in § 311 Abs. 2 BGB klargestellt, die dort mit dem Verweis auf § 241 Abs. 2 BGB in Bezug genommenen Schutzpflichten seien vertragliche, davon, eine „dogmatisch zufrieden stellende Lösung des Problems der Entstehung vorvertraglicher Pflichten [sei] bis heute nicht gelungen“, vgl. *Ehmann/Sutschet*, Mod. SchuldR, S. 81.

⁴⁰⁴ Vgl. zu Letzterem *Busche*, Privatautonomie, S. 65.

Dennoch ist nicht zu verkennen, dass Konstellationen, in denen unter gegenseitiger Annäherung ein Vertragsschluss angebahnt oder ein sonstiger gemeinsamer Zweck verfolgt wird, insofern eine gewisse Sonderrolle innerhalb der gesetzlichen Haftungssysteme⁴⁰⁵ einnehmen, als die in § 280 Abs. 1 (i.V.m. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2) BGB bestimmte Rechtsfolge an in § 311 Abs. 2 BGB selbst genannte Tatbestände⁴⁰⁶ und damit an tatsächliche Gegebenheiten anknüpft, die mehrere auch einen Vertragsschluss charakterisierende Elemente beinhalten.⁴⁰⁷ Allerdings setzt letzterer – wie gesehen – zusätzlich zur Kontaktbegründung und Zweckübereinstimmung eine Willensübereinstimmung in Bezug auf die von den Parteien angestrebte Rechtsfolge voraus. Insofern weist die außervertragliche Sonderverbindung also eine gewisse Verwandtschaft mit dem Vertrag auf. Trotz dieser insoweit bestehenden gedanklichen Nähe zum Vertrag ändert sich nichts an der Feststellung, dass die Rechtsfolge, nämlich die Entstehung eines Schuldverhältnisses mit gemäß § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzbewehrten Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, nicht auf der Selbstbestimmung der Beteiligten, sondern auf der Anordnung durch das Gesetz in § 311 Abs. 2 BGB beruht.⁴⁰⁸ Daher bleibt festzuhalten, dass es sich bei der außervertraglichen Sonderverbindung um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt,⁴⁰⁹ das somit nicht auf einer Selbstbindung durch die Beteiligten beruht.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ Etwa im Vergleich zu §§ 677 ff., 812 ff. BGB.

⁴⁰⁶ Zu der Frage, unter den Tatbestand welcher Nummer des § 311 Abs. 2 BGB die hier interessierenden Fälle zu fassen sind, s.u. unter III. 2. c) (S. 130–138).

⁴⁰⁷ Vgl. die von *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, S. 27, Rn 38, angeführten Elemente; sie rekurren jedoch zur Begründung der Haftungsverschärfung gegenüber dem Deliktsrecht neben dem näheren Kontakt und der Einwirkungsmöglichkeit nicht nur auf eine Zweckübereinstimmung, sondern – darüber hinausgehend – auf ein gesteigertes Vertrauen.

⁴⁰⁸ Dies scheint *Krebber* (VersR 2004, 150, 154) zu verkennen, wenn er § 311 Abs. 2 BGB als eine „dogmatische Zwitterkonstruktion“ bezeichnet, aus der i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB „vorvertragliche und nicht gesetzliche Pflichten“ resultierten; dies mutet zudem deswegen widersprüchlich an, weil er selbst zuvor davon ausgeht, dass die von ihm so benannte Zwitterkonstruktion die Haftung aus der Verletzung relativer Schutzpflichten in ein gesetzliches Schuldverhältnis einbette.

⁴⁰⁹ Dies entspricht auch der überwiegend vertretenen Ansicht, vgl. *Schulze* in: Hk-BGB (4. Aufl.), § 311 Rn 12; *Kindl* in: Erman, § 311 Rn 16; *Krebs* in: NK-BGB, § 241 Rn 20; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, S. 59, Rn 89; *Medicus* in: FG Kaser, 169, 177; für weitere Nachweise aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform vgl. *Bohrer*, Dispositionsgarant, S. 149 Fn 30.

b) Dogmatische Einordnung des Schutzpflichtverhältnisses

Diese Feststellung ist für die Frage von Bedeutung, wie sich dieses Sonderschuldverhältnis zu dem durch einen (eventuell nachfolgend geschlossenen) Vertrag begründetes verhält, mithin, ob es von diesem abgelöst wird, darin aufgeht oder abstrakt davon als ein eigenständiges, eventuell einheitliches Schutzpflichtverhältnis anzusehen ist. Diese Einordnung wiederum ist relevant für eine schlüssige Erklärung von Schutzpflichten in Fällen nichtiger Vertragsschlüsse, im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen oder im nachvertraglichen Stadium.

Für die Frage, ob ein eigenständiges einheitliches Schutzpflichtverhältnis anzuerkennen ist, erweist sich der Rückgriff auf die Analyse der Entstehungsgründe einer Sonderverbindung als zielführend. Entscheidende Kriterien sind die Entstehungstatbestände des Schutzpflichtverhältnisses einerseits und eines Vertrages andererseits: wie gesehen, ist das Entstehen einer Sonderverbindung auf tatsächliche, sich auf die Schutzbedürftigkeit des jeweils anderen Teils auswirkende Umstände sowie einen gemeinsam verfolgten Zweck im Sinne eines übereinstimmenden Fernziels zurückzuführen. Demgegenüber beruht die Geltung vertraglich vereinbarter Regelungen auf dem Gedanken der Privatautonomie, da die Parteien sich hinsichtlich des Eintritts bestimmter Rechtsfolgen geeinigt haben. Eine Sonderverbindung besteht also vor bzw. unabhängig von der Bekundung eines übereinstimmenden, auf bestimmte Rechtsfolgen gerichteten Willens.

Als Konsequenz dieser Erkenntnis ergibt sich, dass das somit entstandene Schutzpflichtverhältnis eigenständig ist und parallel zu einem eventuell nachfolgend geschlossenen Vertrag besteht.⁴¹¹ Es ist nicht ersichtlich, wie die Einigung hinsichtlich der Haupt- bzw. leistungsbezogenen Nebenpflichten im Rahmen des Vertragsschlusses Einfluss haben könnte auf die bereits zuvor und unabhängig von dem Willen der Parteien entstandenen Schutzpflichten. Angesichts der oben herausgearbeiteten Entstehungsgründe für Schutzpflichten erscheint es dogma-

⁴¹⁰ Vgl. zu diesem Einwand gegen das Konzept von *Köndgen* (s. hierzu oben S. 56–58) auch *Medicus/Lorenz*, SchuldR I, S. 59, Rn 112.

⁴¹¹ So auch *Gerhardt*, JZ 1970, 535 f.; im Ergebnis ebenso *Pick*, JuS 1981, 413, 415.

tisch unhaltbar, im Vertragsschluss selbst eine Quelle für ebendiese zu sehen, wenn man von dem Ausnahmefall absieht, dass die Parteien sich in dem Vertrag ausdrücklich über deren Bestehen geeinigt haben. Zwar kann es im Laufe der Durchführung des Vertrages zu einer Steigerung der Einwirkungsmöglichkeit auf Gegenstände des anderen Teils kommen – etwa im Falle eines Mietvertrages bei der Überlassung weiterer Mietgegenstände –, jedoch stellt der Vertrag lediglich die causa für die Übergabe der Sachen dar und nicht den Entstehungsgrund für etwaige weitere Schutzpflichten. Denn dieser liegt bei fortbestehender übereinstimmender Zweckrichtung der Beteiligten in dem Umstand der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit selbst.⁴¹² Da somit im Normalfall im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrages keine Schutzpflichten begründet werden,⁴¹³ ist auch die Annahme verfehlt, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses trete dieser an die Stelle des zuvor entstandenen Schutzpflichtverhältnisses;⁴¹⁴ der Vertrag löst letzteres demnach nicht etwa ab,⁴¹⁵ und es geht auch nicht in ihm auf,⁴¹⁶ sondern ist wegen des in Bezug auf wesentliche Elemente unterschiedlichen Geltungsgrundes⁴¹⁷ als vom Vertrag separat zu betrachten.

(1) Nachvertragliche Pflichten und nichtiger Vertrag

Diese Abstraktheit hat auch Auswirkungen auf die zwischen den Parteien bestehende Pflichtenlage nach Austausch der vertraglichen Haupt-

⁴¹² Ebenso *Müller*, JuS 1998, 894, 897.

⁴¹³ Ausnahmen stellen wie gesehen eine entsprechende ausdrückliche Einigung sowie für bestimmte Vertragstypen gesetzlich speziell geregelte Schutzpflichten, wie etwa die in §§ 536c Abs. 1, 618 BGB genannten sowie die in § 701 BGB vorausgesetzten, dar.

⁴¹⁴ So aber anscheinend der BGH, NJW 1964, 2009.

⁴¹⁵ So jedoch der BGH, NJW 1975, 642, 644, der davon ausgeht, der zunächst gegebene Haftungsgrund werde im Augenblick des Vertragsschlusses „von der stärkeren Haftung aus Vertrag“ gleichsam „überholt“.

⁴¹⁶ So aber wohl (unter Berufung auf die angebliche gegenseitige Beeinflussung vertraglicher und außervertraglicher Pflichten) *Larenz*, SchuldR AT, S. 119 f.

⁴¹⁷ Dieser besteht – wie gesehen – beim Vertrag in den von den Parteien privat-autonom übereinstimmend festgelegten Rechtsfolgen und beim Schutzpflichtverhältnis in dem tatsächlichen Umstand der Einwirkungsmöglichkeit sowie dem übereinstimmend verfolgten, jedoch nicht auf konkrete Rechtsfolgen bezogenen Zweck als Fernziel.

leistungen. Allerdings ist insoweit zu differenzieren: Geht es um eine Nebenleistungspflicht, die eine in Bezug auf die Hauptleistung dienende Funktion hat,⁴¹⁸ oder um eine von den Parteien eventuell nur vermeintlich als erbracht angesehene, tatsächlich aber noch nicht erfüllte oder in einer etwaigen Anschlussvereinbarung eingegangene Hauptleistungspflicht, führt dies schlicht dazu, dass die Leistungspflichten des Schuldverhältnisses noch nicht nach § 362 BGB erloschen sind, weshalb sie als Vertragspflichten einfach fortbestehen.⁴¹⁹

(a) Trennung von Vertrags- und Schutzpflichten

Eine vom Vertrag unabhängige, aus der außervertraglichen Sonderverbindung resultierende Schutzpflicht kann jedoch wegen des abweichenden Geltungsgrundes⁴²⁰ und der damit in Zusammenhang stehenden unterschiedlichen Schutzrichtung der Pflichten⁴²¹ nicht auf dem Vertrag beruhen. Dass zwischenzeitlich ein Leistungspflichtverhältnis bestand, rechtfertigt keine abweichende Einschätzung. Unklar bleibt insofern, was genau damit gemeint ist, auch nach Erfüllung der Hauptpflichten blieben „der Vertrag und die Geschichte seiner Erfüllung als Grundlage der Bindung [...] bestehen“.⁴²² Hier wird offenbar der Versuch unternommen, den Umstand einer sich anlässlich der Vertragsabwicklung eventuell vollzogenen Beziehungsintensivierung als Anhaltspunkt dafür heranzuziehen, dass die im nachvertraglichen Stadium bestehenden Pflichten vertraglicher Natur seien. Allerdings bedeutet dies eine Vermengung der für die jeweiligen Pflichten herausgearbeiteten Geltungsgründe. Denn sofern die Parteien nicht ausnahmsweise auch eine spezifische⁴²³ Schutzpflicht vereinbaren, erschöpft sich der Geltungsgrund

⁴¹⁸ Vgl. nur *Bachmann* in: MüKo, § 241 Rn 29.

⁴¹⁹ Diese Zusammenhänge verdeutlicht auch *v. Bar*, AcP 179 (1979), 452, 461 f. unter zutreffender Besprechung des vom BGH (LM § 362 BGB Nr. 2) entschiedenen Falles einer gemäß § 930 BGB übereigneten Fuhre Holz.

⁴²⁰ Vgl. Fn 417.

⁴²¹ Während Schutzpflichten auf die Bewahrung der bestehenden Güterlage, also den Schutz des Integritätsinteresses, abzielen, sind Leistungspflichten auf die Veränderung der Güterlage gerichtet, vgl. *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 160.

⁴²² Vgl. *Bodewig*, Jura 2005, 505, 508.

⁴²³ Schutzpflichten im Vertrag nur abstrakt im Sinne einer generalklauselartigen Rücksichtnahmepflicht zu umreißen, führt nicht zu deren Charakterisierung als

für die in freier Selbstbestimmung gesetzten Rechtsfolgen in der Wirkung in Bezug auf die tatsächlich einzig privatautonom geregelten Leistungspflichten. Etwaige im Zuge der Vertragsdurchführung hinzutretene äußere Umstände, wie eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit, die zu einer weiteren Annäherung der Parteien und einer vielfältigen Überschneidung ihrer Rechtskreise geführt haben, stellen sich gerade als Geltungsgrund für das Schutzpflichtverhältnis dar.⁴²⁴ Mithin überdauern etwaige vor Vertragsschluss entstandene und das Leistungsverhältnis konstant parallel begleitende Schutzpflichten das mit Erbringung der Leistung zum Erlöschen gebrachte Leistungsschuldverhältnis und stellen auch nach diesem Zeitpunkt unverändert den gleichen Typus an vom Vertrag abstrakten Schutzpflichten dar.⁴²⁵

Inkonsequent ist es jedoch, mit *Bodewig* davon zu sprechen, nach Erfüllungseintritt im Sinne des § 362 BGB könnten auf den Vertrag zurückgehende nachwirkende Nebenleistungspflichten fortbestehen, die sich dann auf die Sicherung des eingetretenen Leistungserfolgs bezögen; hier könnten Äquivalenz- und Integritätsinteresse zusammenfallen.⁴²⁶ Dieser Gedanke ist schon denklogisch nicht nachvollziehbar. Denn entweder richtet sich das Interesse auf Erfüllung der eingegangenen Leistungspflichten und damit auf Erweiterung der gegenwärtigen Güterlage (Äquivalenzinteresse) oder auf deren Bewahrung und Erhaltung (Integritätsinteresse). Ansonsten ließe man außer Acht, dass in dem Moment der Leistungserbringung der Vertragsgegenstand (wirtschaftlich betrachtet) in das Vermögen des Empfängers übergeht und von da an nur noch das Interesse bestehen kann, dieses zu erhalten; letzteres wird jedoch über eine entsprechende Schutzpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB abgedeckt. Dass *Bodewig* keine saubere Trennung

vertragliche Pflicht, da eine solche Regelung mangels Bestimmtheit nur als deklaratorisch verstanden werden kann, vgl. *Grigoleit* in: FS Canaris, 275, 298.

⁴²⁴ So wird auch treffender dem von *Bodewig* vorgebrachten Gedanken Rechnung getragen, „die Parteien [seien] keine Fremden, deren Beziehung ohne Berücksichtigung der gemeinsamen vertraglichen Geschichte definiert werden könnte“, vgl. *dens.*, Jura 2005, 505, 508.

⁴²⁵ Ebenso *Strätz* in: FS Bosch, 999, 1011 f.; s. zu dieser Unterscheidung auch v. *Bar*, AcP 179 (1979), 452, 459 f., der zutreffend hervorhebt, dass § 362 BGB auf das Schutzpflichtverhältnis keine Anwendung findet; so auch *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 266 f.

⁴²⁶ So *Bodewig*, Jura 2005, 505 f.

zwischen beiden Interessen gelingt, wird an seiner Formulierung deutlich, „die nachwirkende Nebenleistungspflicht [schütze ...] das Äquivalenzinteresse des Gläubigers, sein Interesse am ungestörten Genuss der *erlangten* Hauptleistung“. ⁴²⁷ Es ist nicht ersichtlich, wie eine Pflicht, bei der es sich um eine zur Hauptleistung akzessorische handelt, die sich auf deren Förderung bezieht und nicht das Integritätsinteresse des Betroffenen schützt, ⁴²⁸ noch fortbestehen können soll, nachdem die Hauptleistung bereits erlangt worden ist. ⁴²⁹

(b) Abgrenzung von Nebenleistungs- und Schutzpflichten

Im Grenzbereich von Nebenleistungs- und Schutzpflichten ist sinnvollerweise maßgeblich auf den oben genannten ⁴³⁰ unterschiedlichen Schutzzweck der jeweiligen Pflicht abzustellen. ⁴³¹ Hiernach richtet sich die Einordnung etwa auch in dem Beispielsfall, in dem der Vermieter von an einen Arzt vermieteten Räumlichkeiten nach Beendigung dieses Mietverhältnisses für eine angemessene Zeit die Aufstellung eines Umzugsschildes durch Letzteren dulden muss. ⁴³² Für die Annahme einer vertraglichen Pflicht dieses Inhalts hätte es einer entsprechenden Einigung zwischen den Parteien bedurft. Vorausgesetzt, dass dies bei Abschluss des Mietvertrages (wie sicherlich in aller Regel) nicht bedacht worden ist, hilft der Weg der zwar theoretisch zunächst angezeigten Auslegung der vertraglichen Regelung jedoch wohl nicht weiter, sondern liefe letztlich wieder auf die Fiktion eines entsprechenden

⁴²⁷ Jura 2005, 505 f. (Hervorhebung nicht im Original).

⁴²⁸ Vgl. *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 151.

⁴²⁹ Falls sich der Vertragsgegenstand nach Übergabe als schadhaft herausstellt, ohne dass dies auf eine Einwirkung durch den Lieferanten oder den Empfänger zurückzuführen wäre, steht ein Verstoß gegen die (Haupt-)pflicht zur *mangelfreien* Leistung in Frage; keinesfalls kann hier aber eine Nebenleistungspflicht als fortbestehend angenommen werden.

⁴³⁰ S. Fn 421.

⁴³¹ So auch *Madaus*, Jura 2004, 289, 291 sowie *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 161; *Medicus*, ZfBR 2001, 507, 511; *Dauner-Lieb* in: AnwKom, § 282 Rn 3; *Mattheus*, JuS 2002, 209, 211.

⁴³² RGZ 161, 330, 338; das Reichsgericht formulierte hier allerdings recht nebulös, dass „das durch vollständige Erfüllung herbeigeführte Ende eines Vertrages noch *gewisse Nachwirkungen* der vertraglichen Bindung [zulasse]“ (Hervorhebung nicht im Original).

übereinstimmenden Parteiwillens hinaus,⁴³³ wobei sehr fraglich ist, ob oder, wenn ja, unter welchen weiteren Voraussetzungen der Vermieter auf die Statuierung einer solchen Duldungspflicht eingegangen wäre. Hier ist vielmehr danach zu fragen, welcher Zweck mit der Pflicht, das Aufstellen eines Umzugsschildes nach Abwicklung des Vertrages (und somit Erlöschen der Hauptleistungspflichten gemäß § 362 BGB) zu dulden, verfolgt werden sollte. Es lässt sich schwerlich argumentieren, das Aufstellen eines Schildes, das auf den neuen Standort der Praxis des Mieters aufmerksam macht, weise einen spezifisch dienenden Bezug zu dem mit dem Mietverhältnis bezweckten Leistungsaustausch auf und stelle sich somit als Nebenleistungspflicht dar. Denn weder wird so die Zurverfügungstellung der Mieträumlichkeiten ermöglicht oder gefördert, noch die Entrichtung der Miete erleichtert bzw. sichergestellt. Vielmehr sind die davon unabhängigen, in die Zukunft gerichteten wirtschaftlichen Interessen des Arztes berührt, seine bisherigen Patienten weiterhin (gegen Entgelt) betreuen und behandeln zu können. Demnach stellt sich dieses Interesse eher als auf den Erhalt des Status Quo und damit als zu Gunsten des Arztes wirkende Schutzpflicht dar. Die Klagbarkeit des daraus resultierenden Anspruches auf Duldung gegen den Vermieter kann an dieser am Zweck der in Frage stehenden Pflichten ausgerichteten Einordnung nichts ändern,⁴³⁴ da die Festlegung, ob ein Anspruch klagbar ist,⁴³⁵ die Bestimmung der Rechtsnatur der jeweiligen Pflicht voraussetzt und es sich dabei somit nicht um eine taugliche Differenzierungsgrundlage handelt.⁴³⁶

⁴³³ In gleicher Weise kritisch *Grigoleit* in: FS Canaris, 275, 282.

⁴³⁴ So aber anscheinend v. *Bar*, AcP 179 (1979), 452, 454.

⁴³⁵ Hierbei ist anzumerken, dass schon die Frage, ob Schutzpflichten klagbar sind, unterschiedlich beantwortet wird; ablehnend etwa: *Ehmann/Sutschet*, Mod. SchuldR, S. 73; *Larenz*, SchuldR AT, S. 11 f.; hingegen bejahend: *Stürner*, JZ 1976, 384, 388; *Motzer*, JZ 1983, 884, 886 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerl. R., Rn 207.

⁴³⁶ So zu Recht *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 159; i.E. ebenso *Madaus*, Jura 2004, 289 f.

(c) Beendigung des Schutzpflichtverhältnisses

Wenn nun das vom Leistungsverhältnis zu trennende Schutzpflichtverhältnis nicht mit Erfüllung gemäß § 362 BGB erlischt, stellt sich die Frage nach der Bestimmung von dessen Ende. Ebenso wie das Leistungsverhältnis endet, wenn die vereinbarten Leistungen erbracht worden sind, muss auch der Zeitpunkt der Beendigung des Schutzpflichtverhältnisses aus dessen Entstehungsgrund abgeleitet werden: Der Beendigungsgrund eines Schuldverhältnisses muss seinem Entstehungsgrund entsprechen.⁴³⁷ Daher besteht ein Schutzpflichtverhältnis bis zu dem Zeitpunkt, in dem gemäß dem bei Beziehungsaufnahme übereinstimmend verfolgten Zweck die jeweilige Einwirkungsmöglichkeit endet.⁴³⁸ Demnach ist *Canaris* darin zuzustimmen, dass sowohl vor einem Vertragsschluss als auch während und nach dessen Abwicklung fortdauernd ein von diesem unabhängiges, einheitliches Schutzpflichtverhältnis besteht, das die schadensersatzbewehrte Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils gebietet.⁴³⁹

(d) Stütze in den Motiven

Somit ist der Ursprung eventueller nachvertraglicher Pflichten und auch die Konstellation geklärt, in der sich ein Vertragsschluss im Nachhinein als von Anfang an nichtig herausstellt: Unabhängig vom Stadium der Abwicklung oder der Nichtigkeit des Vertrages bestehen Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB in dem Fall, in dem der oben beschriebene⁴⁴⁰ Tatbestand einer außervertraglichen Haftung verwirklicht ist. Dass ein solches Verständnis dem Grunde nach auch schon bei Entstehung des BGB bestand, wird anhand der Ausführungen zur Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte in den Motiven deutlich: Anscheinend hielt man es für selbstverständlich und hat nur „zur Vermeidung jedes Mißverständnis-

⁴³⁷ So zutreffend v. *Bar*, AcP 179 (1979), 452, 460.

⁴³⁸ S. auch *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, S. 157.

⁴³⁹ Vgl. *Canaris*, JZ 1965, 475, 479; ebenso *Lorenz/Riehm*, neues SchuldR, S. 176 f. Rn 355; *Müller*, NJW 1969, 2169, 2173 f.

⁴⁴⁰ S.o. unter III. 1. d) (1) und (2) (S. 98–110).

ses [...] besonders betont, daß bezüglich der gewollten rechtlichen Wirkungen das [scil.: nichtige] Rechtsgeschäft als nicht vorgenommen gelte“ und „daß anderweitige unbeabsichtigte Wirkungen, welche an ein nichtiges Rechtsgeschäft sich knüpfen, nicht durch das Rechtsgeschäft, sondern durch einen in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Thatbestand – *culpa in contrahendo* [...] usw. – erzeugt werden“. ⁴⁴¹

(2) Gefälligkeitsverhältnisse

Unter den gleichen Voraussetzungen ⁴⁴² entstehen auch Schutzpflichten im Falle der Erbringung einer Gefälligkeit, so dass sich das Bestehen von Ansprüchen im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses ebenso nach vorgenannten Maßstäben richtet. ⁴⁴³ Allerdings wird von der (wohl) herrschenden Meinung ein abweichender, nämlich rechtsgeschäftlich geprägter Ansatz gewählt. Verlangt wird, dass sich ein durch am objektiven Empfängerhorizont ausgerichtete Auslegung zu ermittelnder Rechtsbindungswille manifestiert habe. ⁴⁴⁴ Als Kriterien für den Rückschluss auf einen solchen seien vor allem die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit und die Interessenlage der Parteien heranzuziehen. ⁴⁴⁵ Ein ohne Rechtsbindungswillen der Beteiligten eingegangenes Gefälligkeitsverhältnis könne eine an das Vertragsrecht angelehnte Haftung nicht begründen. ⁴⁴⁶ Zwar wird von Leistungspflichten abstrahiert, jedoch im Zusammenhang mit der Erbringung von Gefälligkeiten abermals darauf verfallen, die als von Leistungspflichten unabhängig erkannten Schutzpflichten mittels einer „objektivierte[n] Fixierung des Parteiwillens“ festzustellen, ⁴⁴⁷ also den nach außen in Erscheinung getretenen Willen des Gefälligen nach den allgemeinen

⁴⁴¹ Mot. I, 217 (Hervorhebung im Original).

⁴⁴² Vgl. den Verweis in Fn 440.

⁴⁴³ I.E. ebenso *Bork* in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn 85; *Windel* in: FS Schnapp, 859, 861; *Schmidt-Kessel* in: PWW, § 241 Rn 34.

⁴⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1956, 1313; NJW 1968, 1874; NJW 1971, 1404 f.; *Mansel* in: Jauernig, § 241 Rn 24.

⁴⁴⁵ BGH, NJW 1984, 1533, 1536; NJW 1985, 1778 f.

⁴⁴⁶ Vgl. BGH NJW 2010, 3087.

⁴⁴⁷ So *Willoweit*, JuS 1984, 909, 914.

Kriterien (§§ 133, 157 BGB) daraufhin zu erforschen, ob dieser sich bei Vornahme der Gefälligkeit im Hinblick auf die Beachtung von Sorgfaltspflichten rechtlich habe binden wollen.⁴⁴⁸

Zwar sind mit Schenkung, Leihe und (unentgeltlicher) Verwahrung Gefälligkeitsverträge gesetzlich vorgesehen und unterliegen diese den für Verträge geltenden Regeln. Allerdings ist es nicht angängig, wenn die Beteiligten gerade keinen solchen Vertrag abgeschlossen haben, das Mittel der Auslegung überzustrapazieren, indem man in Fällen, in denen kein Rechtsbindungswille erkennbar ist, unter Außerachtlassung dieses für eine rechtsgeschäftliche Bindung bestehenden Erfordernisses objektiv für vernünftig gehaltene Erwägungen an dessen Stelle setzt. Einen nach objektiven Maßstäben von einem Dritten für sinnvoll erachteten Willen zu unterstellen,⁴⁴⁹ kann zwar zu interessengerechten Ergebnissen führen, jedoch verdeckt es den Blick dafür, dass diesen in Wahrheit eine juristische Wertung zu Grunde liegt, die nur etwas vom Rechtsanwender für richtig Gehaltenes reflektieren kann. Daher kann deren Geltung auch dogmatisch nicht mit dem Gedanken der Privatautonomie begründet werden. An die Stelle der den Beteiligten möglichen, aber gerade nicht wahrgenommenen selbstbestimmten Regelung ihrer Angelegenheiten, also die Festlegung der für sie geltenden Rechtsfolgen, tritt schließlich eine vom etwaigen Willen der Beteiligten unabhängige, an dem von einem Dritten bestimmten Maßstab ausgerichtete juristische Wertung.⁴⁵⁰ Die somit gewonnene Erkenntnis, dass die Begründung von

⁴⁴⁸ *Schreiber*, Jura 2001, 810 f.

⁴⁴⁹ Vgl. *Willoweit*, JuS 1986, 96, 99, 104: Eine bestimmte Rechtsfolge entspreche „im Zweifel“ der Intention/dem Willen der Parteien; vgl. auch *dens.*, aaO, 100: „Wer sich [...] gewichtigen Vermögensinteressen gegenübersteht, will, wenn er ein Versprechen abgibt, *redlicherweise* dem anderen die Sicherheit gewähren, die Leistung fordern zu dürfen“ (Hervorhebung nicht im Original). Im Sinne der Methodenehrlichkeit entspräche es eher der Redlichkeit, einzugestehen, dass somit mittels juristischer Wertung ein entsprechender Wille fingiert wird.

⁴⁵⁰ Die gleichen Gründe sprechen gegen die Annahme eines angeblich „vollständig dem Willen der Beteiligten“ entsprechenden vertraglich begründeten Erwerbgrundverhältnisses, das nicht auf die Begründung von rechtlichen Hauptpflichten, sondern nur auf die Entstehung eines selbstständigen Erwerbgrundes gerichtet sei und damit als rechtlicher Grund i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB jegliche Kondiktion ausschließe, vgl. *Hammen* in: FS Uni Gießen, 435, 440; indem die Beteiligten Abreden über die Leistung der Gefälligkeit treffen, wird das Gefälligkeitsverhältnis nämlich in Wahrheit nicht „als Erwerbgrundverhältnis eingerichtet“ (aaO, S. 448); einer solchen Fiktion bedarf es auch gar nicht, da das offen-

Schutzpflichten jenseits der Privatautonomie stattfindet, erlaubt die Feststellung, dass insofern vielmehr auch für den Bereich der Gefälligkeitshandlungen der Umstand der vom übereinstimmenden Zweck getragenen gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit maßgeblich ist.⁴⁵¹

Die Kritik, das Gefälligkeitsverhältnis sei gerade durch die rechtliche Unverbindlichkeit des Handelns gekennzeichnet,⁴⁵² greift angesichts der Tatsache, dass es mittels der Willensunterstellung doch mit rechtlicher Verbindlichkeit versehen wird, insofern nicht. Falls damit jegliche (nicht-deliktische) Haftung außerhalb eines Vertragsschlusses für die Fälle der Erbringung einer Gefälligkeit ausgeschlossen werden soll, wird damit zunächst der unbestreitbar entstehenden Schutzbedürftigkeit desjenigen, auf dessen Rechte und Rechtsgüter ein anderer in gesteigerter Form einwirken kann, nicht ausreichend Rechnung getragen. Davon abgesehen erschiene es inkonsequent, eine maßgeblich an äußeren Umständen anknüpfende außervertragliche Haftung zu befürworten und nur den Bereich der Gefälligkeiten ausnehmen zu wollen; schließlich ist auch beim Gefälligkeitsvertrag eine Haftung des Gefälligen gesetzlich vorgesehen, wenn auch in (unterschiedlich) gemilderter Form.⁴⁵³

Bezeichnend ist, dass die dargestellte Begründung von Schutzpflichten auf Grund rechtsgeschäftlicher Übereinkunft von der Rechtsprechung denn auch vermengt wird mit dem Erwägungsgrund erkennbaren und somit schutzwürdigen Vertrauens auf ein gewisses erwartetes Verhalten des anderen Teils.⁴⁵⁴

bar angestrebte Ergebnis, dass der Gefällige seine Leistung nicht kondizieren darf, schon daraus folgt, dass mit dem Gefälligkeitsverweis kein bereicherungsrechtlich anerkannter Leistungszweck verfolgt wird, s. *Rötzer*, Uneigennützigkeit, S. 29; vgl. zu den relevanten Leistungszwecken *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, Rn 1132 ff.

⁴⁵¹ So auch *Schwerdtner*, NJW 1971, 1673, 1675.

⁴⁵² *Busche* in: Staudinger, Eckpfeiler, F. Rn 15.

⁴⁵³ Vgl. §§ 521, 599 (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit), 690 BGB (*diligentia quam in suis*).

⁴⁵⁴ BGH, NJW 1956, 1313 f.; vgl. auch BGH, NJW 1971, 1404 f.: Leistungsempfänger *verlässt* sich auf eine Zusage.

c) Gesetzliche Stütze?

Nachdem die tragenden Grundgedanken hinsichtlich der Frage behandelt worden sind, unter welchen Voraussetzungen die Wertung gerechtfertigt ist, dass eine schuldrechtliche Sonderverbindung entsteht, gilt es zu analysieren, ob und – wenn ja – wie diese gesetzlich fundiert ist. Ursprünglich wurde neben der Stütze auf den in §§ 122, 179 Abs. 2, 663 BGB sowie §§ 307, 309 a.F. BGB enthaltenen Gedanken häufig auf § 242 BGB als Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Verankerung rekurriert.⁴⁵⁵ *Krebs* hingegen postuliert eine Rechtsfortbildung extra legem wegen seit 1900 sukzessive planwidrig gewordener Unvollständigkeit des Gesetzes; diese Rechtsfortbildung legitimiere sich dadurch, dass „die bestehenden gesetzlichen und richterrechtlich entwickelten, vom Gesetzgeber akzeptierten Schutzpflichten ausschließlich durch Gründe gerechtfertigt werden [könnten], die für alle Sonderverbindungen gelten.“⁴⁵⁶

(1) Die Vorschrift des § 311 Abs. 2 BGB

Nach der Schuldrechtsreform stellt sich die Frage, ob der hier herausgearbeitete allgemeine schuldrechtliche Haftungstatbestand unter § 311 Abs. 2 BGB zu fassen ist.

(a) Regelung der c.i.c.

Aus der in der Begründung des Gesetzesentwurfs enthaltenen Formulierung, als zentrales Rechtsinstitut des deutschen Zivilrechts solle die c.i.c. im BGB auch ihren textlichen Ausdruck finden,⁴⁵⁷ könnte gefolgert

⁴⁵⁵ So etwa von *Canaris* in: FS Schimansky, 43, 49, 54 f.; *dems.* in JZ 1965, 475, 479, 482; nur auf § 242 BGB von *Müller*, NJW 1969, 2169, 2174; *Larenz*, SchuldR AT, S. 109, 119; *Geiß*, Grundlagen, S. 19 f.

⁴⁵⁶ Als solche nennt er vor allem die Schutzbedürftigkeit des Gefährdeten auf Grund erhöhter Einwirkungs- und Schädigungsmöglichkeiten der Gegenseite sowie die Förderung des in der Sonderverbindung verfolgten Zwecks, vgl. *Krebs*, Sonderverbindung, S. 264.

⁴⁵⁷ Vgl. BTDrucks 14/6040, S. 162 I. Sp.

werden, dass auch *ausschließlich* die Grundsätze dieses Instituts in § 311 Abs. 2 BGB geregelt werden sollten; zumal in der Folge hauptsächlich von der vorvertraglichen Situation die Rede ist.⁴⁵⁸ Dies stellte streng genommen eine Begrenzung auf Fälle dar, in denen eine auf Grund der Anbahnung des Vertragsschlusses entstandene Pflicht auch in dieser Anbahnungsphase (schuldhaft) verletzt wird, culpa *in contrahendo*. Zur Illustration kann als Beispiel eines in der Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen anerkannten Falls der c.i.c. die Herbeiführung der Unwirksamkeit des angestrebten und tatsächlich abgeschlossenen Vertrages angeführt werden: Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass hiernach Ansprüche aus c.i.c. begründet werden, wenn die zur Unwirksamkeit des Vertrags führenden Umstände aus der Sphäre einer Partei stammen, etwa weil diese trotz entsprechender Kenntnis, über die die andere Partei erkanntermaßen nicht verfügt, nicht über die Umstände aufklärt.⁴⁵⁹ Es besteht also eine Ersatzpflicht hinsichtlich des Schadens, der dadurch entsteht, dass die eine Partei im Vertrauen auf das Zustandekommen eines gültigen Vertrages (wegen dessen Nichtigkeit) zweckverfehlende Dispositionen getroffen hat.⁴⁶⁰ Die somit in solchen Fällen als ersatzfähiger Schaden angesehenen frustrierten Aufwendungen rühren folglich aus einem im Zeitraum der Anbahnungsphase stattgefundenen Verhalten bzw. Unterlassen der anderen Partei.

(b) Pflichtverletzung nach Anbahnungsphase

Fraglich ist jedoch, wie die Konstellation zu behandeln ist, in der eine im Stadium der Anbahnung entstandene Rücksichts- und Schutzpflicht erst verletzt wird, nachdem die Anbahnungsphase bereits verlassen worden ist, also etwa nach vermeintlichem Vertragsschluss oder nachdem sich herausgestellt hat, dass es zu einem solchen doch nicht mehr kommen

⁴⁵⁸ Z.B. BTDrucks 14/6040, S. 162 r. Sp.

⁴⁵⁹ Vgl. *Grüneberg* in: Palandt, § 311 Rn 38 f. mit entsprechenden Nachweisen aus der Rechtsprechung, etwa fehlender Hinweis auf mangelnde Genehmigung, Genehmigungsbedürftigkeit oder auf ein gesetzliches Formerfordernis.

⁴⁶⁰ Vgl. BGH, NJW 1999, 3335, 3338; 1992, 1037, 1039; 1987, 639 f.; 1965, 812, 814; OLG Hamm, NJW-RR 2002, 128 f.

werde.⁴⁶¹ Hierzu Stellung zu nehmen hätte der BGH in einem Fall⁴⁶² Gelegenheit gehabt, der ihm vor der Einführung der in § 311 Abs. 2 BGB geregelten Tatbestände zur Entscheidung vorlag und der zur Veranschaulichung kurz skizziert werden soll: Der Eigentümer einer Jacht (E) verbrachte diese auf dem Wasserwege zwecks eventueller Reparatur eines Lecks zum Betreiber einer Bootswerft (B). Da die Jacht zu sinken drohte, wurde sie auf einen auf dem Werftgelände des B befindlichen Wagen „aufgeslipt“, wo sie einige Tage verblieb, ohne dass (wegen bevorstehender Betriebsferien) ein Vertrag geschlossen worden wäre. Nachdem E nach einigen Tagen mitgeteilt hatte, dass er beabsichtige, die Jacht zu verkaufen, nahmen zwei Angestellte des B diese von dem Wagen und stellten sie auf dem Werftgelände durch seitliches Abstützen des Rumpfes auf. Die Jacht kippte jedoch einige Zeit später um und wurde dadurch erheblich beschädigt.

Die somit entstandene Gelegenheit nutzte der BGH jedoch nicht. Hinsichtlich der Annahme eines Obhuts-, und damit Schutzpflichten begründenden Schuldverhältnisses stellte er lediglich fest, es sei anerkannt, dass, wenn dem einen Teil vor dem Zustandekommen eines Vertrages eine Sache übergeben worden sei, für diesen dieselben Obhuts- und Fürsorgepflichten bestünden, wie sie sich ergäben, wenn der geplante Vertrag bereits abgeschlossen worden wäre.⁴⁶³ Dies folge aus dem durch den Eintritt in Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages begründeten vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis. In Bezug auf dessen Dauer unterlässt der BGH ausdrücklich nähere Ausführungen und begnügt sich mit der Aussage, *jedenfalls* bestehe die Obhutspflicht *mindestens* so lange, wie sich der Gegenstand noch im Gewahrsam desjenigen befindet, dem er übergeben worden ist, und

⁴⁶¹ Dies betrifft auch den hier hauptsächlich interessierenden Fall des Fremdbesitzers, der die ihm in dem sich im Nachhinein als nichtig herausstellenden (Überlassungs-)Vertrag eingeräumten Befugnisse überschreitet.

⁴⁶² Vgl. NJW 1977, 376 f.; s. auch OLG Karlsruhe, VersR 1986, 708.

⁴⁶³ In dem in diesem Zusammenhang vom BGH in Bezug genommenen Urteil (BGH, LM § 278 BGB Nr. 39) findet sich bezeichnenderweise ohne weitere Ausführungen oder einschlägige Belege (die beiden in der Folge genannten Urteile beziehen sich nur auf das Entstehenmüssen für Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB) auch nur die Behauptung, dass ebendies allgemein anerkannt sei.

noch in der Schwebe ist, ob es zum Abschluss eines Vertrages kommt.⁴⁶⁴

Zwar war mit der Einführung des § 311 Abs. 2 BGB keine grundlegende Änderung der bis dahin von der Rechtsprechung hinsichtlich des Rechtsinstituts der c.i.c. bereits ausgeformten Grundsätze beabsichtigt, andererseits ist zu berücksichtigen, dass ausdrücklich nur eine abstrakte Regelung vorgesehen worden ist, „die der Ausdifferenzierung und Fortentwicklung [...] zugänglich ist.“⁴⁶⁵ Dies lässt den Schluss zu, dass nicht ausschließlich die Regelung der c.i.c. intendiert war. Vielmehr sind Wortlaut und Schutzzweck der Norm daraufhin zu untersuchen, ob nicht auch andere Konstellationen erfasst sein können, die keinen direkten Bezug zu einem Verschulden beim Vertragsschluss aufweisen.

Nach der Vorschrift des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, im Verhältnis zu welcher die in Nr. 1 genannte Aufnahme von Vertragsverhandlungen nur einen Unterfall darstellt,⁴⁶⁶ entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB durch die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut. Damit bildet sie eine oben⁴⁶⁷ ebenfalls als für die Entstehung von Schutzpflichten maßgeblich bezeichnete, im Stadium der Aufnahme von Vertragsverhandlungen typische Gefährdungslage ab. Jedoch hat der Reformgesetzgeber entgegen den zuvor in dieser Untersuchung herausgearbeiteten, breiteren Legitimations Gesichtspunkten den Tatbestand der Entstehung von Schutzpflichten verengt, indem er die geschilderte Gefährdungslage nur in den Fällen als relevant bezeichnet, in denen eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung angestrebt wird. Es muss also „irgendein Zusammenhang mit einem eventuellen Ver-

⁴⁶⁴ NJW 1977, 376 f. (Hervorhebung nicht im Original); der Rückzug auf diese „jedenfalls–mindestens“ Argumentation war dem BGH deswegen möglich, weil er den Vortrag des E als richtig unterstellte, dass mit dessen Verkaufsabsicht noch nicht entschieden gewesen sei, ob das Boot nicht etwa doch noch hätte repariert werden sollen.

⁴⁶⁵ BTDrucks 14/6040, S. 162 r. Sp.

⁴⁶⁶ Fast einhellige Ansicht, vgl. nur *Kindl* in: Erman, § 311 Rn 19 m.w.N.; a.A. – soweit ersichtlich – nur *Stadler* in: Jauernig, § 311 Rn 43.

⁴⁶⁷ S. 98 f., dort unter (a).

tragsschluss bestehen“,⁴⁶⁸ damit hiernach eine schuldrechtliche Sonderbeziehung angenommen werden kann.

Dass auch der Fall der Beeinträchtigung der Integrität einer fremden Sache zum Schadensersatz aus Sonderverbindung verpflichten soll, obwohl kein wirksamer Vertrag besteht, ergibt sich aus dem unabhängig von der Frage nach einer wirksam vereinbarten Vertragspflicht vorliegenden Umstand, dass der eine Teil dem anderen die Möglichkeit der Einwirkung auf seine Rechte und Rechtsgüter gewährt, was nunmehr auch in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB geregelt ist – wenn auch auf das Stadium und den Zweck der Anbahnung eines Vertragsabschlusses beschränkt. Diese Einschränkung hindert jedoch nicht, zu einer Ersatzpflicht auch für den Fall der Beschädigung der Sache zu einem dem vermeintlichen Vertragsschluss nachfolgenden Zeitpunkt zu gelangen. Denn die vor diesem Zeitpunkt auf Grund der beschriebenen typischen Gefährdungslage entstandene Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils dauert – wie gesehen –⁴⁶⁹ unabhängig von sonstigen, zwischenzeitig ausgetauschten Erklärungen so lange fort, bis diese faktische Einwirkungsmöglichkeit wieder endet. Dies wird auch vom Wortlaut des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB gedeckt, der nur einen allgemeinen Tatbestand aufstellt, demgemäß das dort beschriebene Schuldverhältnis *entsteht*; keine Aussage enthält er zu dessen Dauer. Diese muss sich – wie ausgeführt – an den Entstehungsgründen der darin enthaltenen Schutzpflichten orientieren. Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus den Gesetzgebungsunterlagen; dem Reformgesetzgeber kam es nur darauf an, „dass das für diese Haftungskategorie vorausgesetzte gesetzliche Schuldverhältnis im Vorfeld eines Vertrags *entsteht*.“⁴⁷⁰ Daher muss die Beschädigung nicht in der Vertragsanbahnungsphase stattgefunden haben, sondern fällt auch der Fall einer nach deren Beendigung erfolgreicher Substanzbeeinträchtigung der übergebenen Sache unter § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Nicht überzeugend ist es hingegen, den Fall des nichtigen Vertrages als einen von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfassten anzusehen,⁴⁷¹ da bei einem

⁴⁶⁸ So treffend *Canaris*, JZ 2001, 499, 520.

⁴⁶⁹ S.o. unter III. 2. b) (1) (c) (S. 126).

⁴⁷⁰ Vgl. BTDrucks 14/6040, S. 162 r. Sp. (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁷¹ So aber wohl im Anschluss an *Reischl*, JuS 2003, 40, 43, etwa *Olzen* in: Staudinger, § 241 Rn 398; *Sutschet* in: Bamberger/Roth, § 311 Rn 50.

tatsächlich abgeschlossenen, sich jedoch als nichtig herausstellenden Vertrag unbestreitbar eine Vertragsanbahnung stattgefunden hat. Wenn nun zusätzlich die in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB geforderte Gefährdungslage besteht, entsteht ein Schutzpflichtverhältnis schon auf Grund dieser Norm, ohne dass es erforderlich erschiene, dies ohne Not nur als einen dieser Situation ähnlichen Fall anzusehen und der konturenlosen Nr. 3 dieser Vorschrift zuzuweisen. Schließlich kommt es entscheidend auf den objektiven Tatbestand der Einwirkungsmöglichkeit, wie sie in Nr. 2 explizit benannt ist, an und macht der Umstand des (rechtlich wirkungslosen) Austausches von Willenserklärungen die Tatsache der vorangegangenen Anbahnung nicht ungeschehen. Daher handelt es sich nicht lediglich um einen dem in Nr. 2 genannten ähnlichen Fall, sondern vielmehr um einen nach deren Wortlaut und Schutzzweck unmittelbar umfassten.

(2) § 311 Abs. 2 BGB für Gefälligkeitsverhältnisse?

Nachdem nun festgestellt worden ist, dass die im Rahmen dieser Untersuchung vorrangig interessierende Konstellation des Fremdbesitzers im Exzess für den Fall eines nichtigen Vertrages dem Anwendungsbereich des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB unterfällt, bleibt die Frage, ob die bereits angesprochenen Gefälligkeitsverhältnisse der Nr. 3 dieser Norm zugeordnet werden können.⁴⁷² Diese setzt nur den in den vorangegangenen Nummern umschriebenen Situationen „ähnliche geschäftliche Kontakte“ voraus.

Die diesbezüglichen Gesetzgebungsmaterialien tragen leider wenig zur Erhellung dieser recht vagen Vorschrift bei; dort heißt es nämlich lediglich, bei den ähnlichen geschäftlichen Kontakten im Sinne der Vorschrift handele es sich um solche, „bei denen noch kein Vertrag angebahnt, ein solcher aber vorbereitet werden soll.“⁴⁷³ Es ist aber nicht ersichtlich, worin genau der Unterschied zwischen dem bereits recht weiten Begriff

⁴⁷² Dass sich im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen ebenfalls die Konstellation eines unberechtigten, allerdings gutgläubigen Fremdbesitzers im Exzess ergeben kann, wird in der Folge veranschaulicht, s.u. unter III. 5. b) (S. 164–175).

⁴⁷³ S. BTDrucks 14/6040, S. 163 r. Sp.

der (in § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannten) Anbahnung und demjenigen der Vorbereitung eines Vertrages bestehen soll. Der zitierten Formulierung könnte man höchstens entnehmen, dass die Vorbereitung einen der Anbahnung zeitlich vorangehenden Zeitraum meinte. Welche vor Eintritt in die Anbahnungsphase liegende vertragsvorbereitende Handlung jedoch bereits verpflichtenden Charakter aufweisen soll, bleibt unklar. So fällt etwa die Konstellation, in der das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts, obwohl die Parteien dessen Abschluss bezwecken, wegen eventueller Unwägbarkeiten ungewiss ist, nicht unter § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB,⁴⁷⁴ sondern schon nach dem reinen Wortsinn einer Anbahnung, bei der eine unbedingte Entschlossenheit zum Vertragsabschluss nicht erforderlich ist, richtigerweise bereits unter Nr. 2 der genannten Vorschrift.⁴⁷⁵

Da der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB somit bis auf das Erfordernis, dass die Beziehung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts ausgerichtet sein muss, nichts Substantielles hinsichtlich der Konkretisierung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift entnommen werden kann, sind insoweit Wortlaut und Systematik zu untersuchen. Mit dem Erfordernis der „ähnlichen“ Kontakte kann sinnvollerweise nur das Bestehen einer Gefährdungslage gemeint sein, wie sie in Nr. 2 der Vorschrift ausdrücklich genannt und auch in deren Nr. 1 mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen als typischerweise bestehend vorausgesetzt wird.⁴⁷⁶ Wenn mit diesem Merkmal der Ähnlichkeit darüber hinaus auch schon etwas über den Zweck der Kontaktaufnahme hätte ausgesagt werden sollen, wäre die Voraussetzung „geschäftlich“ als inhaltsleer und somit überflüssig anzusehen, wovon nicht ohne Weiteres auszugehen ist.⁴⁷⁷ Kann zwar in einem Gefälligkeitsverhältnis sehr wohl eine solche Gefährdungslage entstehen und soll die „generalklauselartige Formulierung“ des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB „die Möglichkeit zu einer Weiterentwicklung offen halten“,⁴⁷⁸ so kann es

⁴⁷⁴ So aber *Krebber* für den vergleichbaren Fall, dass die Parteien es grundsätzlich für möglich halten, ins Stadium der Vertragsanbahnung oder -verhandlung überzugehen, vgl. *dens.*, *VersR* 2004, 150, 155.

⁴⁷⁵ Zutreffend *Emmerich* in: *MüKo*, § 311 Rn 48.

⁴⁷⁶ Vgl. zu letzterem auch *Kindl* in: *Erman*, § 311 Rn 20 a.E.

⁴⁷⁷ So jedoch zu Unrecht *Krebber*, *VersR* 2004, 150, 155.

⁴⁷⁸ So *Canaris*, *JZ* 2001, 499, 520.

jedoch angesichts des klaren Erfordernisses eines geschäftlichen Kontakts trotzdem nicht hierunter subsumiert werden. Untersucht man die Bedeutung des Wortes „Geschäft“ genauer, ergibt sich zwar, dass es – abgeleitet vom Verb schaffen – in einem weiten Verständnis alles erfassen kann, was man macht, hervorbringt oder bewirkt,⁴⁷⁹ dass es jedoch etwa seit dem 16. Jahrhundert vorwiegend im Sinne einer dienstlichen oder beruflichen Tätigkeit verstanden wurde und im Neuhochdeutschen zu einem wichtigen Wort des Handelswesens geworden ist.⁴⁸⁰

Wegen einer somit im letztgenannten Sinne zu verstehenden Begrenzung auf eine geschäftliche Zweckverfolgung bei der Kontaktherstellung erfasst § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB daher höchstens „Gefälligkeitsverhältnisse mit rechtsgeschäftlichem Charakter ohne Leistungspflicht“,⁴⁸¹ kann jedoch nicht als Rechtsgrundlage im Rahmen anderer Beziehungen dienen, die keinen „rechtsgeschäftlichen Charakter“ aufweisen, sondern in denen abweichende Zwecke verfolgt werden,⁴⁸² obwohl dies – wie gesehen –⁴⁸³ durchaus gerechtfertigt wäre.⁴⁸⁴ Diese tatbestandliche Einengung ist unter Geltung der Nr. 3 in ihrer aktuellen Form hinzunehmen, da eine Negierung des abschließenden Charakters des

⁴⁷⁹ Vgl. *Adelung*, Wörterbuch, Sp. 603, wo jedoch hervorgehoben wird, dass darunter insbesondere solche Tätigkeiten zu verstehen seien, „zu welchen man seines Amtes oder Berufes wegen verpflichtet ist“; s. auch *Grimm*, dt. Wörterbuch, Sp. 3814 ff., wo neben anderen Bedeutungszusammenhängen auch insbesondere auf das Verständnis als „verrichtung und obliegenheit in amt und beruf, im erwerb“ hingewiesen wird (Sp. 3819); bei *Meyer*, Konv.-Lexikon, S. 675, stehen folgende Erklärungen – ohne erkennbaren Rangunterschied – nebeneinander: „jede Betätigung des Willens, die unmittelbar auf Zwecke des menschlichen Verkehrs gerichtet ist. [...] Die Gesamtheit der auf Erwerb abzielenden Tätigkeiten einer Person in einer bestimmten wirtschaftlichen Richtung [...] wird ebenfalls Geschäft genannt.“

⁴⁸⁰ *Duden*, Etymologie, S. 214.

⁴⁸¹ Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499, 520, wobei die Differenzierung zwischen dieser Kategorie der Gefälligkeitsverhältnisse und einem Vertrag schwer fallen dürfte.

⁴⁸² Ebenso *Heinrichs* in: FS *Canaris*, 421, 440: „unzweideutig“.

⁴⁸³ Vgl. den Verweis in Fn 353 (S. 101).

⁴⁸⁴ So will denn auch etwa *Windel* in: FS *Schnapp*, 859, 861, das Gefälligkeitsverhältnis – offenbar unter Nichtbeachtung des Erfordernisses des geschäftlichen Kontakts – als von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfasst ansehen; ähnlich, jedoch noch weitergehend AG *Lingen*, NJW-RR 2010, 757 f., das zur Begründung von schadensersatzbewehrten leistungsunabhängigen Verhaltenspflichten in einem Gefälligkeitsverhältnis kurzerhand auf eine Analogie zu § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zurückgreift, sogar ohne auf einen sonstigen (nichtgeschäftlichen) übereinstimmend verfolgten Zweck einzugehen.

§ 311 Abs. 2 BGB dem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers, nur zu geschäftlichen Zwecken hergestellte Kontakte als potentiell schutzpflichtbegründend anzuerkennen, zuwiderliefe,⁴⁸⁵ weshalb auch eine analoge Anwendung von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf private Gefälligkeitsverhältnisse ausscheidet.⁴⁸⁶

3. Zwischenergebnis

Um das Entstehen von Schutzpflichten begründen zu können, ist die Verknüpfung mehrerer legitimierender Gesichtspunkte zielführend.⁴⁸⁷ Dies führt zu einem zweiseitigen allgemeinen Haftungstatbestand kraft Sonderverbindung: die objektive Komponente spiegelt die tatsächliche gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit und daraus resultierende Schutzbedürftigkeit des jeweils anderen Teils wider. Entscheidende Bedeutung kommt dem darüber hinaus zu verlangenden subjektiven Element, dem übereinstimmend verfolgten Zweck, zu. Dieses Merkmal greift die rechtfertigenden Aspekte der Mehrseitig- und Freiwilligkeit der Beziehungsbegründung auf, bringt die Besonderheit des zwischen den Beteiligten entstandenen Verhältnisses zum Ausdruck und ermöglicht so die Abgrenzung zu einer rein durch deliktsrechtliche Pflichten geprägten Beziehung.

Weder ist zu verlangen, dass der Zweck erlaubt sei, noch, dass er nicht gegen die guten Sitten verstoße; maßgeblich ist allein, dass die Beteiligten mittels der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks eine Übereinstimmung erzielen. Es ist jedoch Ausfluss der individualisierenden, personalisierenden Funktion dieses Merkmals, dass die Beteiligten den Kontakt zueinander um ihrer jeweiligen (evtl. auch nur erwarteten bzw. angenommenen) Eigenschaften, Kenntnisse oder Fähigkeiten willen aufgenommen haben müssen. Darüber hinaus ist erforderlich, dass sie

⁴⁸⁵ Ähnlich und insoweit zutreffend *Krebber*, VersR 2004, 150, 156; allerdings wäre nach hier vertretener Ansicht eine Erweiterung des Tatbestandes wünschenswert.

⁴⁸⁶ So auch *Rötzer*, Uneigennützigkeit, S. 62.

⁴⁸⁷ S.o. S. 98 mit Fn 347.

bezwecken, voneinander entweder in Form der Koordination oder der Kooperation zu profitieren.⁴⁸⁸

Die „Skelettierung“ des Instituts der c.i.c. ergibt, dass die generelle Begrenzung auf einen geschäftlichen Zweck wertungsmäßig nicht zu rechtfertigen und die c.i.c. als ein Unterfall des aufgezeigten allgemeinen Haftungstatbestands kraft Sonderverbindung anzusehen ist.

Der hier entwickelte allgemeine Haftungstatbestand kraft Sonderverbindung findet seine Bestätigung in dem Umstand, dass auch die echte GoA, die die Möglichkeit der Einwirkung auf fremde Güter beinhaltet und eine Zweckübereinstimmung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn voraussetzt, ein Schutzpflichten generierendes Schuldverhältnis darstellt; der Unterschied besteht in der Subordination der Interessen unter diejenigen des Geschäftsherrn, wohingegen der hier beschriebene allgemeine Haftungstatbestand kraft Sonderverbindung voraussetzt, dass präsumtiv nutzbringende Formen der Koordination oder Kooperation angestrebt werden.

Beim Merkmal des Vertrauens handelt es sich um eine zur Rechtfertigung von Schutzpflichten hinreichende, aber nicht notwendige Voraussetzung.

Systematische Erwägungen sowie die Beachtung des Geltungsgrundes der jeweiligen Rechtsfolgen aus Vertrag bzw. gesetzlichem Schuldverhältnis führen zu der Erkenntnis, dass es sich bei der Haftung kraft Sonderverbindung nicht um eine rechtsgeschäftliche handeln kann. Diese am Beispiel des Gewährleistungsrechts verdeutlichten Zusammenhänge lassen sich auf die Sonderverbindung übertragen. Trotz einer gewissen gedanklichen Nähe zum Vertrag⁴⁸⁹ stellt die außervertragliche Sonderverbindung daher ein gesetzliches Schuldverhältnis dar.

Das unabhängig von einem auf bestimmte Rechtsfolgen gerichteten Willen oder entsprechenden Erklärungen der Parteien entstandene Schutzpflichtverhältnis ist eigenständig und besteht parallel zu einem

⁴⁸⁸ Vgl. zu letztgenanntem Aspekt oben unter III. 1. d) (2) (c) (bb) (S. 103 f.) sowie III. 1. d) (2) (e), (S. 106–108).

⁴⁸⁹ Vgl. oben unter III. 2. a) (2) (b), dort S. 119.

eventuell nachfolgend geschlossenen Vertrag. Mithin überdauern etwaige vor Vertragsschluss entstandene Schutzpflichten das vertragliche Leistungsverhältnis; auch wird deren Rechtsnatur nicht durch den Umstand eines zwischenzeitlich eingegangenen und abgewickelten Vertrages geändert. Wegen jenseits der Privatautonomie angesiedelten Geltungsgrundes des Schutzpflichtverhältnisses lässt sich höchstens in zeitlicher Hinsicht von „nachvertraglichen“ Pflichten sprechen. Es endet, wenn die Voraussetzungen von dessen Entstehungsgrund nicht mehr gegeben sind.

Unter den gleichen Voraussetzungen entstehen Schutzpflichten im Falle der Erbringung einer Gefälligkeit, so dass ein Gefälligkeitsverhältnis ebenso gemäß vorgenannten Maßstäben zu lösen ist; insbesondere richtet sich dies nicht nach einem häufig fingierten „Rechtsbindungswillen“.

Gesetzgebungsmaterialien sowie Wortlaut und Zweck des § 311 Abs. 2 BGB deuten darauf hin, dass diese Vorschrift nicht nur Fälle der klassischen zur c.i.c. gezählten Art erfasst. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB regelt auch die Konstellation, in der eine im Stadium der Anbahnung entstandene Rücksichts- und Schutzpflicht erst verletzt wird, nachdem die Anbahnungsphase bereits verlassen worden ist oder nachdem sich herausgestellt hat, dass es zu einem Vertragsschluss doch nicht mehr kommen werde. Ebenso nach der genannten Vorschrift und nicht etwa nach deren Nr. 3 richtet sich die Behandlung von Situationen, in denen sich ein Vertrag im Nachhinein als nichtig herausstellt. Eine gesetzliche Grundlage für eine Haftung im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen bietet § 311 Abs. 2 BGB nicht; insofern wäre eine Überarbeitung von dessen – in ihren Konturen bislang recht unscharfen – Nr. 3 anzuregen, die sich inhaltlich an den Merkmalen des hier vorgestellten allgemeinen Haftungstatbestandes kraft Sonderverbindung orientieren sollte.

4. Einordnung des allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestandes in die Systematik des BGB

Da nunmehr die Möglichkeit eines Anspruches gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB für viele Fälle des Fremdbesitzerexzesses im Zwei-Personen-Verhältnis erkannt worden ist, hat eine Klärung des Verhältnisses dieses im allgemeinen Schuldrecht verorteten Anspruchs zum EBV einerseits sowie zum Deliktsrecht andererseits zu erfolgen. Daneben ist auf eventuelle Überschneidungen mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen einzugehen.

a) Verhältnis zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis

Zwar ist oben⁴⁹⁰ bereits eine teleologische Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB befürwortet worden, allerdings erfolgte dies „nur“ auf Grund einer separaten Betrachtung der Vorschriften des EBV. Vor dem Hintergrund der in der hier interessierenden Fallkonstellation sich ergebenden Ansprüche aus den anderen drei zuvor genannten gesetzlichen Haftungsregimen soll nunmehr – unter Berücksichtigung der den übrigen Regeln des EBV zu entnehmenden systematischen Wertungen – auf das daraus resultierende Normenkonkurrenzverhältnis eingegangen werden.⁴⁹¹

(1) Lex posterior derogat legi priori

Da § 311 Abs. 2 BGB als Produkt der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 und somit deutlich nach den Regelungen zum EBV ins BGB aufgenommen worden ist, könnte man unter Rekurs auf die Vermutung,

⁴⁹⁰ Unter II. 2. c), dort S. 25 (bei Fn 93).

⁴⁹¹ Auch der Fall der abschließenden Regelung, in dem also die eine Vorschrift keine (weitergehende) Regelung enthält, eine andere jedoch für den gleichen Sachverhalt eine (positive) Rechtsfolge vorsieht, kann als Normenkonkurrenz behandelt werden, vgl. dazu *Schmalz*, Methodenlehre, S. 43 Rn 70; auch können nicht nur einzelne Rechtssätze konfliktieren, sondern auch ganze Regelungskomplexe, s. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 90.

dass der Gesetzgeber mit dem Erlass einer neuen Norm eine entgegenstehende ältere Regel aufheben wolle,⁴⁹² geneigt sein, hierin den Grund für den Nachrang des EBV zu erblicken. Tatsächlich liegt richtigerweise in der Ermächtigung zum Erlass von Gesetzen auch gleichzeitig – quasi als darin enthaltenes Minus – die Befugnis zur Aufhebung oder Änderung bereits erlassener Gesetze durch den Gesetzgeber.⁴⁹³ Neben der Bedeutung, die der „lex-posterior“-Satz im Hinblick auf die Rechtssicherheit hat,⁴⁹⁴ bringt er die in einem von Volkssouveränität gekennzeichneten System notwendigerweise bestehende intertemporale Beherrschung der Rechtsordnung durch den den Souverän repräsentierenden Gesetzgeber zum Ausdruck.⁴⁹⁵ Jedoch stellt er nicht die einzige Kollisionsregel dar;⁴⁹⁶ auch enthält er keine Aussage darüber, ob das neue Gesetz gegenüber der alten Regelung inhaltlich überlegen ist,⁴⁹⁷ so dass nicht pauschal davon gesprochen werden kann, jede jüngere Norm verdränge die entsprechende ältere,⁴⁹⁸ sondern zu prüfen bleibt, welche Schlüsse der andere hier relevante Kollisionsgrundsatz gebietet.⁴⁹⁹

(2) Lex specialis derogat legi generali

Ein in einer Sonderverbindung wurzelnder Schadensersatzanspruch könnte gegenüber dem einen solchen ausschließenden EBV spezieller sein. Die Kategorie der Spezialität hat in zweifacher Hinsicht Bedeutung.

⁴⁹² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 87; gegen eine solche Vermutung spricht sich aus *Schilling*, Rang und Geltung, S. 457 i.V.m. Fn 276.

⁴⁹³ So zutreffend *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 574.

⁴⁹⁴ Dazu *Wenzel*, Fortgeltung, S. 32.

⁴⁹⁵ Vgl. *Heckmann*, Geltungskraft, S. 162, 207 f.; *Neuner*, Rechtsfindung, S. 116, 127.

⁴⁹⁶ Überblick bei *Rehbinder*, Einführung, S. 72.

⁴⁹⁷ Ebenso *Heß*, intertemporales Privatrecht, S. 43.

⁴⁹⁸ So auch *Weiss*, Widersprüche im Recht, S. 83 sowie *Raisch*, Jur. Methoden, S. 148 unter 6.1., der vor allgemeinen Regeln, wie Normenkollisionen zu lösen seien, ausdrücklich warnt.

⁴⁹⁹ Da es sich bei den in Frage stehenden Haftungsregimen jeweils um gesetzliche und somit solche des gleichen Ranges handelt, erübrigt sich hier eine Darstellung des Grundsatzes „Lex superior derogat legi inferiori“.

(a) Formelles Verständnis von Spezialität

Im logischen Sinne besteht Spezialität nur dann, wenn der Anwendungsbereich der spezielleren Vorschrift völlig in dem der allgemeinen Norm aufgeht, wenn also der Tatbestand jener alle Merkmale dieser aufweist und zumindest noch ein zusätzliches Merkmal enthält.⁵⁰⁰ Da § 311 Abs. 2 BGB jedoch nicht lediglich die Beziehung von Eigentümer und Besitzer derselben Sache zueinander regelt, sondern auch das Verhältnis zweier Eigentümer verschiedener Sachen zueinander erfassen kann – erforderlich ist schließlich nur, dass die Beteiligten im Zuge einer Beziehungsintensivierung die Einwirkungsmöglichkeit auf Rechte und Rechtsgüter des jeweils anderen erhalten –, wird der Regelungskomplex des EBV nicht aus Gründen formeller Spezialität von dem schuldrechtlichen Anspruch verdrängt. Allerdings ist ein solches Spezialitätsverhältnis auch nicht in umgekehrter Richtung zu erkennen, da dafür, dass die Anwendung von EBV-Schadensersatzregeln in Betracht kommt,⁵⁰¹ kein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB vorliegen muss. Dennoch existieren Fallgestaltungen, hinsichtlich derer – wie die Konstellation des Fremdbesitzerexzesses im Zwei-Personen-Verhältnis zeigt – die Anwendung beider Haftungskomplexe in Betracht kommt.

(b) Inhaltliche Spezialität: ratio legis

Decken sich die Anwendungsbereiche mehrerer Normenkomplexe teilweise, werden also einige Fälle von dem einen, einige von dem anderen und schließlich einige von beiden erfasst, kommt es hinsichtlich der zuletzt genannten Konstellation für die Frage, ob der eine den anderen verdrängt, auf Sinn und Zweck der in Frage stehenden Regeln und die hinter ihnen stehenden Wertungen an.⁵⁰² Unter Berücksichtigung der

⁵⁰⁰ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 88.

⁵⁰¹ Zur Begründung für die Wahl der Formulierung „in Betracht kommt“ vgl. *Schmalz*, Methodenlehre, S. 43 Rn 70; vgl. auch Fn 491.

⁵⁰² Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 89; ähnlich *Weiss*, Widersprüche im Recht, S. 82: „Der Gedanke hinter all diesen [scil.: Kollisions-] Regeln ist der, dass letztlich dem objektiven beziehungsweise hypothetischen Gesetzgeberwillen entsprochen werden soll“ und *Mayer-Maly* in: Rangordnung, 123, 140: Es sei „oft nur der gesetzgeberische Wille [...], der zum Vorrang der spezielleren

Intention des Gesetzgebers, die Beziehung zwischen Eigentümer und dem unberechtigten Besitzer in den Vorschriften des EBV grundsätzlich abschließend zu regeln,⁵⁰³ ließe sich erwägen, das EBV genieße auch in Bezug auf den Ausschluss eines weitergehenden Schadensersatzanspruches gegen den Gutgläubigen Vorrang. Indes ergibt sich neben den aus einer systematischen Analyse des EBV gewonnenen Argumenten auch aus den Materialien zum BGB, dass die Fälle des Fremdbesitzerexzesses von einer Regelung durch das EBV ausgenommen sein sollten.⁵⁰⁴ Dieses Ergebnis stimmt überein mit einer Reihe weiterer systematischer und an der Ratio unterschiedlicher Vorschriften des BGB ausgerichteter Erwägungen:

(aa) Zuschnitt des EBV auf ein Drei-Personen-Verhältnis

Dass das EBV seiner Konzeption nach nicht auf ein Zwei-Personen-Verhältnis ausgelegt ist,⁵⁰⁵ ergibt sich aus folgender Grundüberlegung: Es ist davon auszugehen, dass der Grund dafür, dass eine Sache den Besitzer wechselt, in der Regel in einer wirksamen vertraglichen Absprache besteht. Auch ohne eine empirische Datenerhebung durchgeführt zu haben, erscheint es nicht allzu gewagt anzunehmen, dass in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle, in denen einer anderen Person der Besitz an einer Sache auf Grund vorangegangener Einigung eingeräumt wird, kein Nichtigkeitsgrund besteht, der zur Unwirksamkeit der causa führte; letzteres dürfte vielmehr die Ausnahme darstellen. Kommt es im weiteren zeitlichen Verlauf zu einem exzessiven

Regelung führt“; vgl. weiterhin *Wank*, Auslegung, S. 98 unter bb) und *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, S. 461 Rn 771 sowie die prägnante und treffende Formulierung von *Vogel*, Jur. Methodik, S. 63 f.: „(Erst) die Rückführung des *lex specialis*-Satzes auf systematische und teleologische Erwägungen ermöglicht dessen Erweiterung zum Satz vom *Vorrang der inhaltsreicheren Sonder-Ordnung*, welche nicht durch Rückgriff auf eine andere und allgemeinere Ordnung (weithin) gegenstandslos gemacht und ihrem Zweck nach vereitelt werden darf“ (Hervorhebung im Original).

⁵⁰³ Vgl. Mot. III, 402 f., 410.

⁵⁰⁴ S. hierzu bereits oben S. 4 mit Fn 9.

⁵⁰⁵ Dass sich der Gesetzgeber mit dem EBV an einem Drei-Personen-Verhältnis orientiert hat, sagen ausdrücklich auch *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, S. 227 (Rn 11).

Gebrauch des übergebenen Gegenstandes, also zu einer Beschädigung der Sache, bestimmen sich somit in der Regel die Ausgleichsansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Diese sollen die gegenseitigen Ansprüche zweier Personen regeln, die im Rahmen einer von ihnen eingegangenen Sonderbeziehung entstehen können.

Da die Fälle, in denen die der Besitzeinräumung zu Grunde liegende Absprache unwirksam ist, gemessen an der Gesamtzahl der freiwilligen Übergaben einer Sache statistisch gesehen von geringer Bedeutung und daher insoweit zu vernachlässigen sind, verbleibt für das EBV nur in den Konstellationen ein substantiell sinnvoller Anwendungsbereich,⁵⁰⁶ in denen der Eigentümer einer Sache den Besitz hieran unfreiwillig an einen anderen verloren hat, der sie wiederum – etwa auf Grund vertraglicher Einigung – an einen Dritten übergeben hat.⁵⁰⁷ In einer solchen Situation stellt nun das EBV dem Eigentümer zweckmäßigerweise die rechtlichen Mittel zur Verfügung, neben der schon in § 985 BGB vorgesehenen Herausgabe der Sache gegenüber dem bösgläubigen Dritten auch (Nutzungs- und) Schadensersatz zu verlangen, was ihm andernfalls mangels vertraglicher Beziehung zum Dritten nur nach deliktsrechtlichen Regeln (und daher mit den entsprechenden Haftungsunterschieden)⁵⁰⁸ möglich wäre.

Dafür, dass das EBV vor allem auf das Drei-Personen-Verhältnis zugeschnitten ist, sprechen auch Existenz und Inhalt von § 988 BGB: Diese Norm setzt die in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB aufgestellte Regel, dass der gutgläubige Besitzer die von ihm vor Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen weder herausgeben noch vergüten muss, für den Fall des unentgeltlichen Besitzerwerbs außer Kraft.⁵⁰⁹ Jedoch muss sich

⁵⁰⁶ Es kann schließlich nicht davon ausgegangen werden, dass ein gesamter, fein differenzierender Haftungskomplex hauptsächlich für statistische Ausnahmefälle erdacht worden ist; dazu, dass diese Fälle jedoch *auch* abgedeckt werden sollen, vgl. unten Fn 511.

⁵⁰⁷ Ob der Dritte für sich selbst oder den anderen besitzt, also Eigen- oder Fremdbesitzer ist, spielt dabei keine Rolle.

⁵⁰⁸ Insbesondere die gegenüber § 278 BGB weniger strenge Gehilfenhaftung des § 831 BGB; andererseits enthält das EBV die dem Deliktsrecht fremde Wertung, dass der Ersatz des Vorenthaltungsschadens nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs geschuldet ist; zu weiteren Unterschieden vgl. S. 12 sowie S. 16 unter Fn 63.

⁵⁰⁹ *Gursky* in: Staudinger, § 988 Rn 2.

hierin die Funktion des § 988 BGB nicht erschöpfen; vielmehr kann man ihr die weitere entnehmen, dem Eigentümer gegen den besitzenden Dritten einen Direktanspruch auf Herausgabe der Nutzungen nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§§ 812, 818 Abs. 1 BGB) zu verschaffen, der ihm wegen des Vorrangs der Leistungskondition andernfalls nicht zustünde.⁵¹⁰ Er müsste sich sonst auf die Inanspruchnahme des Anderen verweisen lassen, der auf Grund des Umstandes, dass er den Besitz an der Sache ohne den Willen des Eigentümers erlangt hat, in aller Regel schwer ausfindig zu machen sein dürfte. Diese Funktion kann § 988 BGB allerdings nur in einem Drei-Personen-Verhältnis erfüllen. Hinzu kommt, dass diese Regelung auch inhaltlich vor allem in einem solchen Verhältnis sinnvoll erscheint: Wenn jemand gutgläubig, also ohne grobe Fahrlässigkeit (vgl. § 932 Abs. 2 BGB) davon ausgeht, eine Sache unentgeltlich benutzen zu dürfen, so ist dessen Haftung auf die Herausgabe von Nutzungen lediglich dann sachgerecht, wenn kein entgegenstehender Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist. Dies ist jedoch nur in einer Drei-Personen-Konstellation der Fall, wenn nämlich der Gutgläubige von der Existenz eines Dritten als möglichem Eigentümer gar nichts wissen konnte; nicht hingegen in einer Zwei-Personen-Beziehung, in der er mit seinem Partner gerade (wenn auch nicht rechtswirksam) übereingekommen ist, dass die Besitzüberlassung unentgeltlich erfolgen solle.

Auch die Existenz des § 991 Abs. 2 BGB, der das Problem des Fremdbesitzerexzesses für die Konstellation dreier Beteiligter ausdrücklich regelt, deutet darauf hin, dass bei der Entstehung des EBV vornehmlich an ein solches Verhältnis gedacht worden ist.

Wenn die Regelungen des EBV nun vor dem gedanklichen Hintergrund eines Drei-Personen-Verhältnisses stehen,⁵¹¹ so spricht auch dies dafür, beim Fremdbesitzerexzess im Zwei-Personen-Verhältnis dem auf

⁵¹⁰ Schließlich hat in dem beschriebenen Drei-Personen-Verhältnis (s.o. S. 145, bei Fn 506 f.) der Dritte die dem Eigentümer abhanden gekommene Sache durch Leistung des Anderen erlangt.

⁵¹¹ Hiermit soll jedoch nicht ausgedrückt werden, das EBV erfasse nicht auch Konstellationen, in denen der Besitzer die Sache unmittelbar von deren Eigentümer erhalten hat; solche Situationen stellen nur nicht die bei Entstehung der Vorschriften des EBV als „ideale“ Ausgangslage zu Grunde gelegte dar, werden von diesen jedoch, wenn keine an der Gesetzessystematik orientierten Wertungen entgegenstehen, umfasst.

einer personalisierten Sonderbeziehung beruhenden Schadensersatzanspruch und damit den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts den Vorrang einzuräumen. Da bei dieser Vorgehensweise auf die den jeweiligen Normen (bzw. Normenkomplexen) zu Grunde liegenden Zwecke rekuriert wird, handelt es sich bei dem zu dem genannten Ergebnis führenden Mittel um eine teleologische Gesetzesauslegung.⁵¹²

(bb) Konzeption des EBV als „Notordnung“

Diese Sichtweise wird bestätigt, wenn man sich die Funktion des gesetzlichen Schuldverhältnisses des EBV vergegenwärtigt. Es soll ungeachtet konkreter Eigenschaften von bestimmten Personen und deren besonderen Beziehungen zueinander gegenüber jedermann eingreifen. Unerheblich ist, in welcher Beziehung die Beteiligten zuvor zueinander standen; sobald die Voraussetzungen der Vindikationslage gegeben sind, kommt eine Anwendung der Vorschriften des EBV in Betracht. Demnach kann dem EBV der Charakter einer „Notordnung“ zugewiesen werden,⁵¹³ die nur dann zum Zuge kommt, wenn nicht ein auf die jeweilige Situation und die konkreten Beteiligten zugeschnittenes Zwei-Personen-Verhältnis besteht, das wegen dessen Individualisierung durch Personalisierung und gemeinsame Zweckverfolgung eine Sonderverbindung darstellt.

Gut erkennbar wird diese Funktionszuweisung vor dem Hintergrund der den §§ 932 Abs. 2, 935, 989, 990, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB zu entnehmenden Wertung. Im Drei-Personen-Verhältnis, also wenn die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist und der andere Beteiligte („der Andere“, etwa ein Dieb oder Finder) den Besitz an derselben einem Dritten übertragen hat, soll Letzterer in seinem Vertrauen hinsichtlich der Berechtigung des Anderen bis zur Grenze der groben Fahr-

⁵¹² Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 89 mit Fn 30.

⁵¹³ S. zu diesem Begriff auch schon *Köbl*, Das EBV, S. 99; vgl. auch *Dimopoulos-Vosikis*, der vom „dispositiven Charakter“ der §§ 987–1003 BGB spricht, der indirekt aus §§ 986, 1004 Abs. 2 BGB folge, die der vertraglich vorgesehenen Regelung den Vorrang vor den dinglichen Ansprüchen der §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB einräumten (*ders.*, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, S. 264 f. mit Fn 815).

lässigkeit (= Gutgläubigkeit, § 932 Abs. 2 BGB) geschützt werden. Er soll nämlich gemäß §§ 989, 990, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB keinem Schadensersatzanspruch des Eigentümers ausgesetzt sein, zumindest nicht in größerem Umfang als er gegenüber dem Anderen (seinem Vertragspartner oder sonst in besonderer Weise mit ihm Verbundenen) gegenüber verpflichtet wäre (§ 991 Abs. 2 BGB). Diese Normen sollen dem Dritten mittels der für den Gutgläubigen grundsätzlich vorgesehenen Haftungsfreistellung demnach in dem Fall, in dem er trotz Gutgläubigkeit wegen der in § 935 BGB getroffenen Anordnung kein Eigentum erwerben kann, ein Mindestmaß an Vertrauensschutz gewähren.

Dieser für das beschriebene Drei-Personen-Verhältnis gesetzlich vorgesehene Vertrauensschutz ist in der Zweier-Konstellation, in der zwischen Eigentümer und Besitzer eine Sonderverbindung besteht, nicht erforderlich, weil er sich dann bereits aus dieser selbst ergibt. Auch vor diesem Hintergrund deutet folglich der aus der Funktion der genannten sachenrechtlichen Vorschriften abgeleitete Zweck derselben darauf hin, dass der allgemein-schuldrechtlichen Haftung kraft Sonderverbindung Vorrang zukommt.

Vorrang der Schadensersatzregeln des allgemeinen Teils des Schuldrechts gegenüber den Folgevorschriften der Vindikation heißt jedoch nur, dass letztere wegen inhaltlicher Spezialität der für Sonderverbindungen geltenden Normen verdrängt werden, nicht etwa, dass im Zuge der Besitzeinräumung der Inhalt des Eigentums verändert werde.⁵¹⁴

Gegen das zuletzt genannte Verständnis spricht schon, dass man die Bedeutung des § 986 BGB deutlich abschwächte, wenn man ihm nur die Funktion zuschriebe, klarzustellen, dass die Vindikation und die Anwendung ihrer Folgevorschriften schon wegen der in der Eingehung einer Sonderverbindung und der darauf gestützten Besitzübergabe liegenden Einschränkung des Eigentums ausgeschlossen sei.⁵¹⁵ Bei einer so weitgehenden Einschränkung des ansonsten im BGB sehr

⁵¹⁴ So jedoch die Subsidiaritätstheorie, vgl. *Raiser* in: FS Wolff, 123, 138 f.: Dies sieht er im „gute[n] Sinn des § 986“ BGB begründet, der nicht so zu verstehen sei, dass „das Recht zum Besitz als solches“ die Vindikation ausschließt, sondern „das diesen Besitz rechtfertigende Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer“; vgl. auch *dens.*, JZ 1961, 529, 531.

⁵¹⁵ Ähnlich *Oppermann*, Kollision, S. 102.

stark ausgeprägten Eigentumsrechts wäre im Übrigen mit einer ausdrücklichen und damit eindeutigen Regelung zu rechnen gewesen. Vielmehr kann der Inhalt des Eigentums, da generell derjenige der dinglichen Rechte im Wesentlichen durch die Rechtsordnung bestimmt wird, nicht von schuldrechtlichen Bindungen berührt werden.⁵¹⁶

Daneben ist zu beachten, dass der in § 546 Abs. 2 BGB geregelte Herausgabeanspruch speziell zu Gunsten des Vermieters, der nicht gleichzeitig auch Eigentümer ist, geschaffen worden ist, weil man davon ausging, dass er ansonsten nur dann einen derartigen Anspruch hätte, wenn er „auf Grund des Eigenthumes [...] die Herausgabe der Sache verlangen könnte“.⁵¹⁷ Dies erlaubt den Rückschluss, dass nach dem dem Eigentumsbegriff und den daraus folgenden Ansprüchen zu Grunde gelegten Verständnis der Vermieter, dem zugleich das Eigentum an der vermieteten Sache zusteht, auch aus diesem Recht deren Herausgabe verlangen kann und es nicht etwa durch Vereinbarung der Miete und Besitzübergabe beschränkt hat.⁵¹⁸

Ergänzend ist klarzustellen, dass nach dem hier vorgestellten Konzept die dem allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand zu Grunde liegende Sonderverbindung auf Grund inhaltlicher Spezialität nur die Folgeordnung der Vindikation verdrängt, den Anspruch auf Herausgabe gemäß § 985 BGB selbst jedoch nicht tangiert, da sie weder zu einer inhaltlichen Beschränkung des Eigentums führt, noch ein Recht zum Besitz begründet.⁵¹⁹ Da ein wirksamer Vertrag und daher auch ein vertraglicher Herausgabeanspruch gerade nicht bestehen und sonstige eine Herausgabepflicht ausdrücklich begründende Erklärungen in der

⁵¹⁶ Vgl. auch *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, S. 53 m.w.N.

⁵¹⁷ Mugdan II, 850 f.

⁵¹⁸ Vgl. zu diesen Zusammenhängen auch *Zeuner* in: FS Felgentraeger, 423, 426.

⁵¹⁹ Ein Besitzrecht entsteht zumindest nicht in den Fällen des nichtigen Vertrages und des Gefälligkeitsverhältnisses, vgl. zu letzterem *Gursky* in: Staudinger, § 986 Rn 20; etwas anderes kann sich in solchen Fällen ergeben, in denen es auf Grund beiderseitiger Erwartung des baldigen Vertragsschlusses bereits im Vorfeld zur Besitzeinräumung kommt; gelangte man auf Grund einer dann etwaig vorliegenden unbenannten Willenseinigung zur Annahme eines die Vindikationslage ausschließenden Besitzrechts, stellte sich die Kollisionsfrage schon gar nicht, sondern unterläge der Fall unproblematisch den vom EBV schließlich nicht berührten allgemeinen Regeln u.a. des allgemeinen Schuldrechts, vgl. hierzu auch die Ausführungen zum „nicht mehr berechtigten Besitzer“ (unten S. 150 f.).

Regel ebenso wenig abgegeben wurden, ist nicht ersichtlich, warum dem Eigentümer der Anspruch aus § 985 BGB versagt werden sollte, nur weil die Entstehung der Schutzpflichten konstituierenden Nähebeziehung nach systematischer und teleologischer Betrachtung die Vindikationsfolgeordnung verdrängt.⁵²⁰ Es erschiene undifferenziert, in den Fällen, in denen der Herausgabeanspruch besteht, stets zwingend die §§ 987 ff. BGB und damit auch den in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB normierten Ausschluss durchgreifen zu lassen. Zwar ist dies in der Regel der Fall, doch muss ausnahmsweise in den Situationen, in denen eine teleologische Wertung die teilweise Verdrängung des EBV gebietet, die Durchbrechung dieses ansonsten grundsätzlich bestehenden Automatismus zugelassen werden. Die Erkenntnis, dass Leistungspflichten, deren wirksame Vereinbarung ein Recht zum Besitz begründen kann, und Schutzpflichten, die kein Besitzrecht zur Folge haben, in Entstehung und Fortbestand voneinander unabhängig sind, muss konsequenterweise auch im Rahmen des § 986 BGB in der Weise Berücksichtigung finden, dass nicht unterschiedslos neben der Entstehung des Anspruchs aus § 985 BGB auch „die Tür zum EBV geöffnet wird“, wenn zwar keine wirksame vertragliche Einigung, allerdings eine die schadensersatzrechtlichen Nebenfolgen in einer Zweier-Beziehung speziell regelnde schuldrechtliche Sonderverbindung besteht.

(cc) Der „nicht mehr berechnigte Besitzer“

In Bezug auf die Konstellation, in der der Besitzer einer fremden Sache dieselbe beschädigt, nachdem die vormals bestandene Besitzberechnigung abgelaufen ist, besteht im Ergebnis Einigkeit darüber, dass dem Eigentümer vertragliche Schadensersatzansprüche zustehen.⁵²¹ Damit

⁵²⁰ Daher erscheint die Einschätzung *Gurskys*, „die Vorstellung, dass es Vindikationslagen geben soll, in denen die Notordnung der §§ 987 ff. [BGB] nicht eingreift, wirk[e] befremdlich“, zumindest in der Allgemeinheit nicht recht nachvollziehbar, vgl. *dens.* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 42.

⁵²¹ Während zum Teil den vertraglichen Regeln eine Ausschlusswirkung gegenüber dem EBV zugesprochen wird, nehmen Andere an, dass die jeweiligen Ansprüche nebeneinander zum Tragen kommen. Da es in diesem Zusammenhang nicht auf die Begründungsunterschiede ankommt, sei auf die umfangreiche Darstellung von *Gursky* in: Staudinger, Vor §§ 987–993 Rn 21 ff. verwie-

wird zum Ausdruck gebracht, dass in den Fällen, in denen zwei Personen eine Nähebeziehung in Form einer vertraglichen Sonderverbindung eingegangen sind, die Wertungen der für diese speziellen Situationen zugeschnittenen Regelungen zum Tragen kommen sollen. Dieser Gedanke lässt sich zwanglos auf Konstellationen übertragen, in denen zwischen zwei bestimmten Personen eine zwar außervertragliche, jedoch durch eine gemeinsame Zweckverfolgung geprägte schuldrechtliche Sonderverbindung besteht. Wegen der dieser zu Grunde liegenden gegenseitigen Schutzpflichten, die schließlich gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB begründen, ist es unschädlich, dass im Gegensatz zur gemeinhin mit dem „nicht-mehr-berechtigten-Besitzer“ umschriebenen Lage zuvor kein vertragliches Besitzrecht bestand, zumal aus Letzterem nach dessen zeitlichem Ablauf ohnehin keine aktuellen Wirkungen mehr resultieren. Für die Haftung auf Schadensersatz wegen Verletzung einer in der Sonderverbindung wurzelnden Obhutspflicht des Besitzers ist der Umstand, dass mangels wirksamer vertraglicher Vereinbarung keine Leistungspflichten bestehen, die zur Annahme einer Besitzberechtigung führen könnten, gänzlich unerheblich. Somit findet die These der vorrangigen Anwendbarkeit der Schadensersatzregeln des allgemeinen Schuldrechts gegenüber dem EBV im Falle des Bestehens einer Sonderverbindung auch Bestätigung in der aufgezeigten Parallele zur Behandlung des „nicht mehr berechtigten Besitzers“.

(dd) §§ 122, 179 BGB

Schließlich weist eine systematische Betrachtung der §§ 122, 179 BGB in dieselbe Richtung. Ist es etwa zu einem Mietvertragsabschluss gekommen, in dessen Folge der Besitzer seine Willenserklärung nach

sen. Dieser hebt (aaO, Rn 29 f.) ausdrücklich hervor, dass keine Sperrwirkung der §§ 987 ff. BGB gegenüber anderen Anspruchsgrundlagen in Betracht kommt. Keinesfalls würden tatbestandlich erfüllte vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den nicht mehr berechtigten Besitzer durch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen. Vielmehr könnten insbesondere bei Zweipersonen-Verhältnissen die §§ 987 ff. BGB ihrerseits durch das Vertragsrecht verdrängt werden.

§ 119 BGB wirksam angefochten hat, so haftet er dem Eigentümer auch für eine vor dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Anfechtbarkeit eingetretene Beschädigung der (Miet-)Sache nach § 122 BGB, da Letzterer diese nur übergeben hat, weil er auf die Gültigkeit der auf den Abschluss des Mietvertrages gerichteten Erklärung des Mieters/Besitzers vertraute. Obwohl also wegen der gemäß § 142 BGB rückwirkenden Anfechtung des Mietvertrages kein Besitzrecht bestand und daher im Zeitpunkt der Beschädigung der fremden Sache eine Vindikationslage gegeben war, ergibt sich zu Gunsten des Eigentümers ein Schadensersatzanspruch aus §§ 122, 249 ff. BGB und ist ein solcher nicht etwa wegen § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen. Da diese Regelungen von Beginn an im BGB verankert sind, kann es als Teil der systematischen Konzeption desselben angesehen werden, dass sich Schadensersatzansprüche im Falle einer zwischen bestimmten Personen entstandenen Sonderverbindung, die schließlich durch die Anfechtung der die vertragliche Hauptleistungspflicht betreffenden Willenserklärung nicht beseitigt wird, anstatt nach EBV-Regeln nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts richten.⁵²²

Gleiches gilt in Bezug auf § 179 BGB. So sind ohne weiteres Fälle denkbar, in denen dem falsus procurator auf Grund (gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksamer) mietvertraglicher Einigung mit einem Anderen eine – für den vermeintlich Vertretenen bestimmte – Sache übergeben wird, der diese jedoch nach verweigerter Genehmigung durch den vermeintlich Vertretenen beschädigt. In einer solchen Situation besteht im Zeitpunkt des Beschädigungseintritts eine Vindikationslage, da der Andere nach wie vor Eigentümer und der falsus procurator – wenn nicht Besitzdiener, dann selbst – Besitzer ist, jedoch kein Besitzrecht hat. Dennoch eröffnet § 179 BGB einen eigenständigen Schadensersatzanspruch gegen den falsus procurator. Dem lässt sich wiederum entnehmen, dass das EBV nur zur Anwendung kommen soll, wenn keine personalisierte Sonderverbindung besteht und die für diese speziell festgelegten Regeln Geltung beanspruchen.

⁵²² Eine in Bezug auf § 122 BGB ähnliche und zutreffende Aussage trifft auch *Peters*, AcP 205 (2005), 159, 177: „§ 122 BGB belegt [...], daß schon der historische Gesetzgeber des BGB erkannt hat, daß [...] das angefochtene Geschäft Pflichten zeitigt, die nach vertraglichen Grundsätzen zu würdigen sind“.

(ee) Zwischenergebnis: inhaltliche Spezialität

Verschiedene an Systematik und Zweck der Haftungsregime orientierte Erwägungen haben ergeben, dass in Fällen, in denen sowohl die Anwendung der Schadensersatzregeln des allgemeinen Schuldrechts auf Grund einer Sonderverbindung als auch des EBV in Betracht kommen, letzteres unter Verwendung des Mittels der teleologischen Reduktion verdrängt wird, da es idealtypisch auf ein Drei-Personen-Verhältnis ausgelegt und als „Notordnung“ konzipiert ist. Demnach sind hinsichtlich dieser Schnittmenge die Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts, die ihre Anordnung einer Ersatzpflicht an eine zwischen bestimmten Personen entstandene, durch gemeinsame Zweckverfolgung geprägte Sonderverbindung knüpfen, in materieller Hinsicht speziell und damit gegenüber den Normen des EBV (also insbesondere gegenüber der Ausschlussnorm des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB) vorrangig. Dieses Ergebnis wird gestützt durch eine Parallele zur Figur des „nicht mehr berechtigten Besitzers“ sowie durch eine systematische Vergleichsbetrachtung der Vorschriften der §§ 122, 179 BGB.

b) Verhältnis zum Deliktsrecht

Wie bereits näher ausgeführt,⁵²³ unterscheidet die Rechtsordnung solche Pflichten, die gegenüber jedermann bestehen von anderen, die nur zwischen bestimmten Personen wirken. Während zu den erstgenannten u.a. deliktsrechtliche gehören, zählen zu letztgenannten neben vertraglichen auch solche, die aus sonstigen Sonderrechtsverhältnissen herrühren.⁵²⁴ Daraus ist der Schluss gezogen worden, die Ansprüche dieser Regelungsbereiche stünden nebeneinander in Anspruchskonkurrenz,⁵²⁵ sie seien grundsätzlich sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen als auch in Bezug auf ihre Rechtsfolgen eigenständig zu

⁵²³ Vgl. oben unter III. 1. c) (9), dort insb. S. 95.

⁵²⁴ So auch *Michalski* in: FS Gitter, 577 f.: Von sonstigen Sonderrechtsverhältnissen erfasst seien auch vorrechtsgeschäftliche Beziehungen sowie die Phase der Abwicklung unwirksamer Verträge.

⁵²⁵ *Dietz*, Anspruchskonkurrenz, S. 12 f., 125 ff., insb. 127–130; RGZ 88, 433, 434 f.; BGH, NJW 1967, 42.

beurteilen.⁵²⁶ Wer eine Sonderverbindung eingehe, solle schließlich deswegen nicht weniger vor Eingriffen in Rechtsgüter und -interessen geschützt werden.⁵²⁷

Jedoch bestehen mit Blick auf die Annahme von Anspruchskonkurrenz Bedenken in mehrfacher Hinsicht. Gegen den zuletzt genannten Gedanken ist schon einzuwenden, dass auf Grund vertraglicher Übereinkunft sehr wohl ein ansonsten gegebener deliktischer Anspruch abbedungen worden sein kann. Daneben zeigen sich logische Schwächen hinsichtlich der Konsequenz der einzelnen Abtretbarkeit und der Möglichkeit des separaten Erlasses zweier auf das gleiche wirtschaftliche Ziel gerichteter Ansprüche, die zwischen den gleichen Rechtssubjekten und mit identischem Anspruchsinhalt bestehen.⁵²⁸ Zwar ist wegen der tatbestandlichen Unterschiede zwischen den Haftungsregimen selbstverständlich nicht in jedem Fall einer auf eine Sonderverbindung zurückgehenden Schadensersatzpflicht auch ein Anspruch gemäß deliktsrechtlichen Normen gegeben oder umgekehrt; allerdings besteht in den Fällen, in denen auf Grund der Sachverhaltsumstände die Voraussetzungen beider Regelungskomplexe erfüllt sind, nur ein Anspruch, der sich auf zwei Normen gründet. Hinsichtlich dieser Schnittmenge ist wegen Identität der Parteien, des Sachverhalts und des Interesses, dessen Ersatz im Sinne des § 194 BGB verlangt werden kann, vielmehr Anspruchsnormenkonkurrenz anzunehmen.⁵²⁹ Dies trifft insbesondere auf das Verhältnis von Schadensersatznormen zu, wenn neben den Voraussetzungen der deliktsrechtlichen Bestimmung auch diejenigen einer Vorschrift erfüllt sind, die Schadensersatz wegen Verletzung von auf einer Sonderverbindung beruhenden Schutzpflichten gewährt. Zwar besteht keine Identität der Pflichten, da diese sich auf unterschiedliche Weise konkretisieren,⁵³⁰ jedoch sind sie übereinstimmend auf den Schutz des Integritätsinteresses gerichtet.

⁵²⁶ *Sprau* in: Palandt, Einf v § 823 Rn 4.

⁵²⁷ *Wagner* in: MüKo, Vorbemerkungen zu §§ 823 ff. Rn 67.

⁵²⁸ *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz, S. 179 f.

⁵²⁹ *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, S. 597; vgl. allgemein zur Anspruchsnormenkonkurrenz *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 18 Rn 26–37 (S. 321–324).

⁵³⁰ Während deliktsrechtliche Pflichten dadurch gekennzeichnet sind, dass die Person des Berechtigten sowie des Verpflichteten erst im Moment ihrer Verletzung feststeht, sind aus einer Sonderverbindung erwachsende Schutzpflichten von Beginn an personalisiert, vgl. hierzu auch oben unter III. 1. c) (9), S. 95.

Unter Zugrundelegung nur eines einzigen, jedoch mehrfach begründeten Anspruches gelingt auch die verständliche Erklärung dafür, dass eine Norm des einen Regelungsbereiches auf eine des anderen Ausstrahlungswirkung erzeugt: Wenn die Voraussetzungen sowohl der für Sonderverbindungen geltenden Schadensersatznormen als auch derjenigen des Deliktsrechts erfüllt sind, ist an Hand des mit dem jeweiligen Regelungskomplex verfolgten Zwecks und unter Berücksichtigung der hiernach im Einzelfall als schutzwürdig zu erachtenden Interessen zu ermitteln, ob die Anwendung des Deliktsrechts in Widerspruch zu den Regelungen träte, die für die Geltung innerhalb von Sonderverbindungen zugeschnitten sind. Hiernach beurteilt sich, ob es in der Folge zu einer – im Wege teleologischer Reduktion des Deliktsrechts zu erreichenden – vorrangigen Geltung der Letzteren kommt.⁵³¹ So müssen etwa die besonderen, für einige Vertragstypen gesondert geregelten Verjährungsvorschriften (vgl. §§ 548, 591b, 606 BGB) auch innerhalb eines wegen Verschlechterung der vertragsgegenständlichen Sache gleichzeitig begründeten Deliktsanspruchs Verbindlichkeit behalten, damit die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen nicht unterlaufen werden.⁵³²

Genauso verhält es sich in Bezug auf gesetzliche Haftungsprivilegierungen, die anstelle der im Deliktsrecht vorgesehenen Schwelle einfacher Fahrlässigkeit für einige gesetzlich vertyppte Verträge entweder diejenige der groben Fahrlässigkeit oder die der *diligentia quam in suis* im Sinne des § 277 BGB anordnen (vgl. §§ 521, 599, 690, 708 BGB), zumindest wenn das vertraglich geschützte Äquivalenzinteresse verletzt worden ist.⁵³³ Dass der insoweit bestehende Vorrang der allgemeinschuldrechtlichen Regelungen auch bei der Verletzung des Integritätsinteresses zum Tragen kommt, wird im Zusammenhang mit der Frage

⁵³¹ Vgl. dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 90 f.; *Georgiades*, Anspruchskonkurrenz, S. 168, 170; die Rechtsprechung kommt auf anderem Wege zu einem ähnlichen Ergebnis, nämlich indem sie annimmt, dass Gesetzeskonkurrenz insoweit in Frage kommen könne, als die Zwecke beider Normenkomplexe ihre Anwendung nebeneinander nicht zulassen, vgl. BGH, NJW 1987, 2008, 2010.

⁵³² *Wagner* in: MüKo, Vorbemerkungen zu §§ 823 ff. Rn 70; *Bieber* in: MüKo, § 548 Rn 3; *Harke* in: MüKo, § 591b Rn 1; *Häublein* in: MüKo, § 606 Rn 4.

⁵³³ *Koch* in: MüKo, § 521 Rn 6; *Wagner* in: Bamberger/Roth, § 599 Rn 3; *Mansel* in: Jauernig, § 690 Rn 1; darüber hinaus für die Erweiterung auf Schutzpflichten *Habermeier* in: Staudinger, § 708 Rn 4.

der Anwendbarkeit der Haftungsmilderungen auf den allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand kraft Sonderverbindung näher erörtert.⁵³⁴

c) Verhältnis zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung

Eine Auseinandersetzung mit der Konkurrenz des Schadensersatzanspruches gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen ist erforderlich, weil letztere sich im Umfang vom erstgenannten unterscheiden können. Relevant wird dies bei dem Anspruch auf Wertersatz für eine beschädigte Sache nach §§ 812, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB im Falle einer Rückabwicklung wegen nichtigen Vertrages. Soweit angenommen wird, dass hieraus eine Ersatzpflicht hinsichtlich der Differenz zwischen dem Wert der betreffenden Sache in beschädigtem und unbeschädigtem Zustand resultiere,⁵³⁵ ergeben sich kaum Unterschiede zur Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung nach §§ 280, 249 ff. BGB. Etwas anderes gilt, wenn man (neben der Herausgabe der beschädigten Sache) entweder Schadensersatz für die Beschädigung einer Sache dem Grunde nach nur unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4 bzw. 819, 292, 989 BGB bejaht,⁵³⁶ oder – richtigerweise – zwar auch die Teilunmöglichkeit von § 818 Abs. 2 BGB erfasst ansieht und somit eine Ersatzpflicht in Bezug auf die durch die Beschädigung herbeigeführte Wertminderung anerkennt, jedoch die Lösung über die Frage der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB sucht.⁵³⁷ Diese sich für den Bereicherungsschuldner

⁵³⁴ S.u. unter IV. 2. b) (1) (S. 196–201).

⁵³⁵ So insb. *Wendehorst* in: Bamberger/Roth, § 818 Rn 24; s. auch *Sprau* in: Palandt, § 818 Rn 18.

⁵³⁶ *Lorenz* in: Staudinger, § 818 Rn 22.

⁵³⁷ *Canaris*, NJW 1991, 2513 f.; *Reuter* in: FS Gernhuber, 369, 383; *Schwab* in: MüKo, § 818 Rn 48, 51, der zu Recht herausstellt, dass gerade die Unfähigkeit des Bereicherungsschuldners, den im (nunmehr beschädigten) Gegenstand verkörperten wirtschaftlichen Wert, der ihm einst zugeflossen war, zu erstatten, durch den Wertersatzanspruch ausgeglichen werden soll; unter Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB wird sodann durch Berücksichtigung einer eventuell eingetretenen Entreicherung verhindert, dass die Bereicherungsschuld inhaltlich

stellende Möglichkeit, sich auf den Entreichungseinwand zu berufen, hat der nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haftende Schadensersatzschuldner nicht.

Auf Grund dieses Unterschiedes stellt sich die Frage, wie sich der potentiell umfangreichere allgemeine schuldrechtliche Schadensersatzanspruch kraft Sonderverbindung zu der Wertung des Bereicherungsrechts verhält, nicht mehr als die noch im Vermögen vorhandene ungerechtfertigte Bereicherung herausgeben zu müssen. Bereits ein Blick auf die jeweiligen anspruchsbegründenden Voraussetzungen führt zu der Feststellung, dass das nur in § 280 Abs. 1 (S. 2) BGB enthaltene Erfordernis des Zuvertretenhabens nicht unterlaufen werden darf. Die gleiche Antwort ergibt sich, wenn man Sinn und Zweck der beiden Regelungsbereiche sowie die Entstehungsgründe einer Schutzpflichten enthaltenden Sonderverbindung beleuchtet:

Mit Hilfe des Bereicherungsrechts soll ein Vermögensausgleich hergestellt werden, der deswegen erforderlich wird, weil jemand einen Vorteil erlangt hat, den er jedoch mangels rechtlich relevanter Geltungsanordnung nicht behalten darf.⁵³⁸ Inhaltlich wird dieses Bestreben konkretisiert durch den „oberste[n] Grundsatz der Bereicherungshaftung, wie er sich aus § 818 Abs. 2 und 3 BGB ergibt, [...] daß die Herausgabepflicht des Bereicherten [unbeschadet der §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB] keinesfalls zu einer Verminderung des Vermögens des Bereicherten über den Betrag der Bereicherung hinaus führen darf.“⁵³⁹

Etwas Abweichendes muss hinsichtlich der Haftungstiefe gelten, wenn anders als im Bereicherungsrecht nicht nur ein Vermögensausgleich angestrebt wird, der allein an dem Saldo, also dem abstrakt-rechnerischen Wert des Schuldnervermögens ausgerichtet ist,⁵⁴⁰ sondern darüber hinaus gerade eine Schutzpflicht des Schädigers in Bezug auf die fremde Sache bestand. Da diese auf eine personalisierte, durch Zweckübereinstimmung gekennzeichnete Sonderverbindung zurückgeht, müssen die zugehörigen Schadensersatznormen (§§ 280, 249 ff.

der in erster Linie auf ein „facere“ ausgerichteten Schadensersatzschuld angenähert wird, vgl. die Bedenken von *Lorenz* in: Staudinger, § 818 Rn 21.

⁵³⁸ Vgl. *Schwab* in: MüKo, § 812 Rn 338; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 106 f.

⁵³⁹ RGZ 118, 185, 187.

⁵⁴⁰ Vgl. insoweit *Wendehorst* in: Bamberger/Roth, § 818 Rn 34.

BGB) gegenüber der bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgenanordnung des § 818 Abs. 2 und 3 BGB auch in materieller Hinsicht als speziell und somit vorrangig angesehen werden.

5. Anwendung des allgemeinen Haftungstatbestandes kraft Sonderverbindung

Nach seiner theoretischen Begründung und systematischen Einordnung soll der oben entwickelte allgemeine Haftungstatbestand auf seine Praktikabilität im Hinblick auf die Lösung von Fällen des Fremdbesitzerexzesses untersucht werden. Solche sind sowohl denkbar in Konstellationen unwirksamer Verträge als auch im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen. Während bezüglich dieser eine Abgrenzung zu den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag erforderlich ist, soll im Zusammenhang mit der Erörterung jener der Versuch einer Kategorisierung unternommen und auf die Frage eingegangen werden, welche Folgen sich aus den Wertungen ergeben, die den möglichen Unwirksamkeitstatbeständen zu Grunde liegen.

a) Fälle unwirksamer / nicht zustande gekommener Verträge

Da den Gegenstand dieser Untersuchung vor allem Konstellationen des Exzesses eines Fremdbesitzers bilden, ist in diesem Zusammenhang die Behandlung von Verträgen relevant, in deren Verlauf der eine Beteiligte dem anderen eine in seinem Eigentum stehende Sache auf Zeit überlässt. Dies erfasst hauptsächlich Miete, Pacht, Leihe und Verwahrung, aber auch andere Vertragsarten, mit deren Abwicklung es einhergeht, dass der Eigentümer der Sache dem Fremdbesitzer eine gesteigerte Einwirkung auf diese ermöglicht; also etwa einen Kaufvertrag, der unter Eigentumsvorbehalt geschlossen worden ist, wenn die Beschädigung der Sache vor Eintritt der vereinbarten aufschiebenden Bedingung

eingetreten ist.⁵⁴¹ Daneben kommt die Überlassung einer Sache im Rahmen eines Werkvertrages in Betracht, demzufolge die vertragsgegenständliche Sache bearbeitet oder repariert werden soll. Zur Veranschaulichung kann eine Abwandlung des bereits angesprochenen Bootswerft-Falls⁵⁴² dienen: E bringt seine Motoryacht zum Zwecke der Durchführung einer Reparatur zur Bootswerft des B. Dessen Mitarbeiter beschädigen das Boot aus Unachtsamkeit erheblich.

Stellt sich heraus, dass zwar ein Werkvertrag geschlossen worden ist, dieser jedoch von Anfang an nichtig war, so ist hinsichtlich der Haftungsfrage nach der Art des zu Grunde liegenden Nichtigkeitsgrundes zu differenzieren. Die hier in Betracht kommenden Nichtigkeitsgründe des BGB lassen sich mit Blick auf ihre Schutzrichtung unterteilen.

Die meisten die Nichtigkeit von Willenserklärungen oder Geschäften vorsehenden Tatbestände heben auf den Inhalt derselben bzw. die diesen betreffenden Umstände ab. So soll einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nach § 116 S. 2 BGB keine Rechtswirksamkeit zukommen, wenn sie unter dem Vorbehalt geäußert worden ist, das Erklärte nicht zu wollen, und der andere Teil diesen Vorbehalt kennt; in diesem Fall ist der andere Teil mangels möglichen Vertrauens darauf, dass der Inhalt der ihm gegenüber abgegebenen Erklärung richtig sei, die Erklärung also inhaltlich mit dem Willen des Erklärenden übereinstimme, nicht schutzwürdig.⁵⁴³ Ebenfalls um die inhaltliche Abweichung des Erklärten vom Gewollten geht es beim Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB und der in § 118 BGB geregelten Scherzerklärung. Auch die weiteren in Betracht kommenden Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe knüpfen die Rechtsfolge entweder an den objektiv oder subjektiv unerwünschten Inhalt einer Erklärung bzw. eines Geschäfts (§§ 119, 120, 134, 138 Abs. 1 BGB) oder an die zum Zwecke der inhaltlichen Beeinflussung einer Erklärung bzw. eines Geschäfts gezeigten Verhaltensumstände (§§ 123, 138 Abs. 2 BGB).

Demgegenüber liegt der Grund dafür, dass Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen gemäß § 105 BGB nichtig bzw. von beschränkt

⁵⁴¹ Der Vorbehaltskäufer ist in der Regel Fremdbesitzer, vgl. *Wieling*, AcP 184 (1984), 439, 452 (mit Fn 56); BGH, JZ 1969, 433.

⁵⁴² Vgl. BGH, NJW 1977, 376 f. und oben S. 132 (bei Fn 462).

⁵⁴³ *Singer* in: Staudinger, § 116 Rn 1.

Geschäftsfähigen geschlossene Verträge nach § 108 BGB schwebend unwirksam sind, unabhängig von deren jeweiligem Inhalt hauptsächlich darin, dass der Geschäftsunfähige bzw. beschränkt Geschäftsfähige allein wegen dieses in seiner Person liegenden Umstands schutzwürdig ist. Ihm sollen mangels Einsichtsfähigkeit in die möglichen Konsequenzen der Teilnahme am Geschäftsverkehr keine aus schuldrechtlichen Sonderverbindungen resultierenden Verpflichtungen erwachsen.⁵⁴⁴

Da die zuerst genannte Normengruppe die Anordnung der Unwirksamkeit an Gründe knüpft, die von inhaltlichen Aspekten des jeweiligen Geschäfts bestimmt werden, können sie nur eine Wertung in Bezug auf die unmittelbar aus diesem Rechtsgeschäft resultierenden (vertraglichen) Pflichten enthalten; nur diesen soll die Rechtsgültigkeit abgesprochen werden. Demnach können sie keine Auswirkungen auf die vom Vertrag unabhängige Entstehung von (gesetzlichen) Schutzpflichten haben, so dass sie die Möglichkeit der Schadensersatzhaftung gemäß den für schuldrechtliche Sonderverbindungen geltenden Regeln unberührt lassen.⁵⁴⁵

Etwas anderes gilt jedoch mit Blick auf die vorwiegend zum Schutz von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen getroffenen Regelungen. Die darin hinsichtlich rechtsgeschäftlicher Betätigung aufgestellte Wertung muss auf die Frage des Entstehens gesetzlicher Schutzpflichten durchschlagen.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 104 ff. BGB rechtfertigt sich aus der universellen Geltung von deren Schutzzweck.⁵⁴⁶ Dies lässt sich ent-

⁵⁴⁴ Vgl. *Knothe* in: Staudinger, Vorbemerkungen zu §§ 104–115 Rn 20.

⁵⁴⁵ Gemeint ist die Schadensersatzhaftung gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB; thematisch davon unberührt bleibt die vom BGH bejahte Frage, ob in Fällen nichtiger Verträge die Regeln über die GoA zur Anwendung kommen sollen (vgl. BGH, NJW 1962, 2010 f.; 1963, 950 f.; 1971, 609, 612; 1988, 132 f.; 1990, 2542; NJW-RR 1993, 200; NJW 1997, 47 f.; 2000, 72 f.; 2012, 3366, 3368 (Rn 27) – **a.A.** sind zu Recht *Canaris*, NJW 1985, 2404 f.; *Einsele*, JuS 1998, 401, 403 f.; *Lorenz* in: Staudinger, Vor §§ 812 ff. Rn 45; *ders.*, NJW 1996, 883, 885 f.; differenzierend *Bergmann* in: Staudinger, Vor §§ 677 ff. Rn 335), da hiervon hauptsächlich Herausgabe- bzw. Aufwendungsersatzansprüche (§§ 677, 681 S. 2, 667 bzw. §§ 677, 683, 670 BGB) betroffen sind – zur tatbestandlichen Abgrenzung der Haftung in Gefälligkeitsverhältnissen von derjenigen aus §§ 677, 280 Abs. 1 BGB vgl. unten unter III. 5. b) (S. 164 ff.), insb. S. 172 f.

⁵⁴⁶ Dass dieser in unterschiedlicher Hinsicht rechtliche Berücksichtigung findet, hat zutreffend *Canaris* (NJW 1964, 1987 f., I. Sp.) dargestellt: Dies zeige sich dar-

gegen der Ansicht von *Canaris* jedoch nicht unter Rückgriff auf den in § 179 BGB zum Ausdruck gekommenen Vertrauensgedanken i.V.m. Abs. 3 S. 2 dieser Vorschrift begründen. Zwar trifft seine Feststellung zu, „*Schutz mangelnder Geschäftsfähigkeit [gehe] vor Vertrauensschutz*“,⁵⁴⁷ allerdings steht die Übertragung der in §§ 104 ff. BGB enthaltenen Wertung auf die Frage der Existenz von aus schuldrechtlichen Sonderverbindungen resultierenden Pflichten in keinem zwingenden Zusammenhang mit Aspekten des Vertrauensschutzes, da letztere keine notwendige Voraussetzung für das Entstehen von Schutzpflichten darstellen.⁵⁴⁸ Die Vorschrift des § 179 Abs. 3 S. 2 BGB liefert vielmehr lediglich ein weiteres Indiz dafür, dass der Schutz von Geschäftsunfähigen in jeglichem Zusammenhang Beachtung finden soll.⁵⁴⁹ Der aus §§ 104 ff. BGB hervorgehende Schutzzweck gründet sich vor allem darauf, dass dem Geschäftsunfähigen der nötige Überblick und die erforderliche Einsichtsfähigkeit im Hinblick auf die mit rechtsgeschäftlicher Betätigung einhergehenden Risiken fehlt. Dieser Ansatz lässt sich jedoch zwanglos auf die im Rahmen von schuldrechtlichen Sonderverbindungen potentiell bestehenden Risiken und damit auf die Frage des Entstehens entsprechender Schutzpflichten übertragen; man denke nur an die sich im Zuge einer Sonderverbindung ereignende Überlassung eines sehr wertvollen Gegenstandes an einen Geschäftsunfähigen. Allein die Möglichkeit, dass es sich auch um eine Sache von geringem Wert handeln kann, führt zu keiner abweichenden Beurteilung, da die §§ 104 ff. BGB gegenüber dem Geschäftsunfähigen auch bei rechtsgeschäftlicher Betätigung mit potentiell geringem Risiko, ja sogar in Bezug auf theoretisch rein vorteilhafte Geschäfte deren Wirksamkeit

an, dass der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt werde, dass bei mangelnder Geschäftsfähigkeit kein wirksamer Rechtsschein gesetzt werden kann und dass eine Sache, die ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger freiwillig aus der Hand gegeben hat, als i.S.d. § 935 BGB abhanden gekommen gilt.

⁵⁴⁷ NJW 1964, 1987 f., r. Sp. (Hervorhebung im Original).

⁵⁴⁸ S. hierzu bereits oben unter III. 1. d) (3) (S. 111 f.); aus der Perspektive von *Canaris* ist die Parallele zu § 179 BGB jedoch folgerichtig, da er die Haftung kraft außervertraglicher Sonderverbindung im Vertrauensgedanken begründet sieht, s.o. unter III. 1. b) (3), dort S. 51.

⁵⁴⁹ Vgl. auch die oben in Fn 546 genannte Aufzählung.

verneinen. Somit unterliegen Geschäftsunfähige keiner Schadensersatzhaftung kraft Sonderverbindung.

Als Ausfluss des genannten Grundes der Privilegierung von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen ergibt sich eine an den Maßstäben des § 828 Abs. 3 BGB ausgerichtete Schutzpflichthaftung des über siebenjährigen Minderjährigen, da diese Vorschrift eine Orientierung daran ermöglicht, ob der Minderjährige die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.

Daneben sind Fälle des Fremdbesitzerexzesses denkbar, in denen der Eigentümer einer Sache diese an einen Fremdbesitzer übergibt, dem jedoch kein Besitzrecht zusteht, weil die Beteiligten (evtl. entgegen ihrer Annahme) nicht alle Handlungen vorgenommen haben, die erforderlich gewesen wären, um den angestrebten Vertrag zustande kommen zu lassen. Grund dafür kann etwa ein versteckter Dissens gemäß § 155 BGB sein, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über den offen gebliebenen Punkt geschlossen worden wäre. Hier kommt im Falle schuldhafter Beschädigung der Sache ein Schadensersatzanspruch gegen den Fremdbesitzer auf der Grundlage des oben entwickelten allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestands kraft Sonderverbindung in Betracht.

Gleiches gilt in Konstellationen, in denen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht ein gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksames Geschäft abschließt. Im Rahmen dieser Untersuchung soll jedoch nicht auf die Haftung des falsus procurator eingegangen werden, die schließlich in § 179 BGB differenziert geregelt ist. Hier steht vielmehr die Frage nach einer Haftung des Geschäftsherrn und des Dritten (des Geschäftsgegners) im Mittelpunkt. Plant etwa Ersterer eine Ausstellung und hat er vor diesem Hintergrund seinem entsprechend geschulten und erfahrenen Angestellten Vollmacht erteilt, mit dem Dritten über den Abschluss eines Mietvertrages über einen für die Zwecke des Geschäftsherrn eventuell geeigneten Kunstgegenstand zu verhandeln, hat er dabei jedoch missverständlich formuliert, so kommt für ihn eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 i.V.m. 278 BGB in Betracht, wenn der Vertreter (insoweit vollmachtlos) bereits den Vertrag abschließt, den Gegenstand in der Folge in Fremdbesitz nimmt, um ihn

zum Ausstellungsort zu verbringen, und ihn dort aus Unachtsamkeit beschädigt.⁵⁵⁰ Auf diese Weise kann in einer auf der Anordnung des § 177 BGB beruhenden Fallkonstellation ein in der Sonderverbindung wurzelnder Ersatzanspruch Bedeutung erlangen: Die zur teleologischen Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB angestellten Erwägungen⁵⁵¹ greifen nämlich auch in diesem Zusammenhang; Ansprüche aus dem zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten entstandenen Sonder-schuldverhältnis sind auch hier vorrangig gegenüber der in den Regeln über das gleichzeitig vorliegende EBV enthaltenen Ausschlussnorm, die wegen der Gutgläubigkeit des falsus procurator zur Verneinung eines Anspruchs führte.⁵⁵² Dass auf Grund der Besonderheiten der Einschaltung eines Vertreters eine dritte Person involviert ist, ändert an der wertungsmäßig gleichermaßen bestehenden Zweiseitigkeit der Bezie-

⁵⁵⁰ Dem Geschäftsherrn kann das Verhalten und Verschulden des Angestellten nach § 278 BGB zugerechnet werden, weil dieser wegen der von jenem erteilten Verhandlungsvollmacht mit dessen Wissen und Wollen tätig geworden ist, eingehend dazu *Schnorbus*, WM 1999, 197, 199, 202; weiterhin *Valenthin* in: Bamberger/Roth, § 177 Rn 37, 39; *Schramm* in: MüKo, § 177 Rn 50; *Schilken* in: Staudinger, § 177 Rn 24; a.A. *Peters* in: FS Reinhardt, 127, 133, 135 f., der eine Haftung des Vertretenen wegen angeblichen Widerspruchs zur diesem in § 177 BGB gewährten Wahlmöglichkeit ablehnt; indes hebt die Regelung des § 177 BGB, die die Frage der Bindung an vom falsus procurator eingegangene Primärleistungspflichten betrifft, die in § 278 BGB enthaltene Wertung der garantieähnlichen Haftung für fremdes Verschulden in Bezug auf Sekundärpflichten nicht auf. Darüber hinaus ist dem Vertretenen keineswegs „jede Möglichkeit [verwehrt], sich gegen die Belastung mit Ersatzansprüchen zu schützen“ (so *Peters*, aaO, 135), da er beim falsus procurator Regress nehmen kann und es nicht „fragwürdig“ erscheint, dem Geschäftsherrn insofern das Insolvenzrisiko des von ihm selbst ausgesuchten Mittelmannes aufzubürden.

⁵⁵¹ Vgl. hierzu oben unter III. 4. a) (2) (b) (S. 143–153).

⁵⁵² Da die im Eigentum des Dritten stehende Sache in dem hier gebildeten Fall vor ihrer Beschädigung bereits in den Ausstellungsraum des Geschäftsherrn verbracht worden war, hatte dieser sie in Fremdbesitz, ohne jedoch wegen der schwebenden Unwirksamkeit des vom falsus procurator abgeschlossenen Mietvertrages ein entsprechendes Besitzrecht zu haben (vgl. zu letzterem *Kroppenberg*, WM 2001, 844, 851; *Baldus* in: MüKo, § 986 Rn 28). Die Gutgläubigkeit des Vertreters rührt daher, dass er wegen der missverständlichen Formulierung der Verhandlungsvollmacht annehmen durfte, auch zum Vertragsabschluss bevollmächtigt zu sein; für die Beurteilung der Gutgläubigkeit kommt die Person des Vertreters in Betracht, weil der Geschäftsherr, der alle im Ausstellungsraum befindlichen Sachen kraft generellen Besitzwillens in Fremdbesitz hatte, mangels Kenntnis von der durch den Abschluss des schwebend unwirksamen Mietvertrages motivierten Übergabe der Sache weder gut- noch bösgläubig sein konnte.

hung nichts, da sich der falsus procurator insoweit nur als (teilweise fehlgehender) verlängerter Arm des Geschäftsherrn darstellt.

Genauso verhält es sich mit einer Haftung des Dritten gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in dem umgekehrten Fall, dass er eine im Eigentum des Geschäftsherrn stehende Sache beschädigt, die ihm aus Anlass eines schwebend unwirksam geschlossenen Mietvertrages vom Vertreter ohne Vertretungsmacht übergeben worden ist. Relevant wird der Unterschied zur deliktsrechtlichen Haftung, wenn sich der Dritte selbst eines Angestellten als Gehilfen bedient, der die Beschädigung herbeiführt, weil bei einer Zurechnung nach § 278 BGB im Gegensatz zur deliktsrechtlichen Haftungsnorm des § 831 BGB keine Exkulpationsmöglichkeit besteht.

b) Gefälligkeitsverhältnisse

Wie bereits ausgeführt, findet eine eventuelle außerdeliktische Haftung im Rahmen von reinen Gefälligkeitsverhältnissen keine Grundlage in § 311 Abs. 2 BGB.⁵⁵³ Unter der Prämisse, dass der Vorschlag aufgegriffen wird, den zuvor entwickelten, die übereinstimmende Zweckverfolgung berücksichtigenden Haftungstatbestand im Gesetz zu verankern,⁵⁵⁴ sei auf dessen Eignung eingegangen, hinsichtlich der Haftungsfrage in Gefälligkeitsverhältnissen zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Dies soll an folgendem hypothetischen Fall illustriert werden: Die Freunde A und B verbindet die Leidenschaft für historische Sportwagen. Da sie gemeinsam an einem „Oldtimer-Rennen“ teilnehmen wollen, fährt A, der einen Oldtimer hat, mit diesem am Vortag der Veranstaltung zu B, der in der 600 km entfernten Stadt S wohnt, in deren Nähe das Rennen am Folgetag stattfinden soll. A, der im Gegensatz zu B über keine ausgeprägten technischen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, kommt am Nachmittag auf dem Gelände des von B in S geführten Kfz-Reparaturbetriebs an. Dieser regt an, er könne das Fahrzeug angesichts dessen während des Rennens zu erwartender starker Bean-

⁵⁵³ S.o. unter III. 2. c) (2) (S. 135–138).

⁵⁵⁴ Vgl. hierzu oben unter III. 1. d) (1) (S. 98–100) sowie III. 1. d) (2), dort insb. unter (c) (bb) (S. 103 f.) und (e) (S. 106–108); s. auch unten unter V.

spruchung auf seine Funktionalität überprüfen und gegebenenfalls geringfügige Wartungsarbeiten vornehmen, „damit es auch mit einem Platz auf dem Treppchen klappt.“ A möchte seinem Freund keine zeitraubende Arbeit zumuten, hält den Vorschlag aber für sinnvoll, da er ebenso wie B Titelambitionen hegt und antwortet daher, er (B) könne gern so verfahren, wenn er sich die dafür erforderliche Zeit nehmen wolle. Um dem B die Überprüfung zu ermöglichen, übergibt A ihm den Autoschlüssel und geht zu einem nahe gelegenen Geschäft, um für den folgenden Tag einige Besorgungen zu machen. B entschließt sich kurze Zeit später tatsächlich zur Vornahme der Überprüfung und fährt den Wagen zu diesem Zweck in den Werkstattraum. Danach verlässt B das Betriebsgelände, um bei sich zu Hause mit A die „Rennstrategie“ für den nächsten Tag zu besprechen. Abends beendet auch der seit längerem bei B angestellte Mitarbeiter D seine Tätigkeit, vergisst jedoch, vor Verlassen der Arbeitsstätte eine der ständigen Beobachtung bedürftige Maschine auszustellen, obwohl er diesbezüglich von B ordnungsgemäß instruiert und regelmäßig überwacht worden ist. In der Folge kommt es wegen Überhitzung der Maschine zu einem Brand in der Werkstatt, wodurch auch der sich dort noch befindliche Wagen des A erheblich beschädigt wird.

Die Lösung der Frage nach einer Schadensersatzhaftung des B in einem solchen Gefälligkeitsverhältnis bereitet Schwierigkeiten, wenn man sich auf die bekannten gesetzlichen Anspruchsgrundlagen beschränkt: Den Äußerungen der Beteiligten ist nicht zu entnehmen, dass sie einen Vertrag abschließen wollten; vielmehr hat A dem B anheim gestellt, Reparaturen in der Werkstatt vorzunehmen. Sie haben sich daher auch nicht konkludent darüber geeinigt, dass B die Pflicht treffen soll, das Auto zu verwahren oder Werkleistungen zu erbringen. Ebenso wenig ist ein dahin gehender Wille erkennbar, dass der A verpflichtet sein sollte, den Wagen dem B leihweise zur Verfügung zu stellen und ihn ihm so lange zu überlassen, bis dieser die eventuelle Wartung abgeschlossen habe. Da A sich selbst frei entschlossen hat, Besorgungen für den folgenden Tag zu machen, sind die beiden mangels jeweiliger Förderpflichten auch nicht etwa durch einen Gesellschaftsvertrag verbun-

den.⁵⁵⁵ Eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB auf vertraglicher Grundlage scheidet also aus. Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB ist nicht entstanden, da kein Vertrag angebahnt wurde und es sich mangels beruflichen Kontextes der reinen Freizeitveranstaltung nicht um „ähnliche geschäftliche Kontakte“ handelt.⁵⁵⁶

In Betracht kommt eventuell ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens in der Ausführung eines Geschäfts ohne Auftrag. Dafür müsste jedoch ein Schuldverhältnis mit Pflichten im Sinne des § 677 BGB begründet worden sein, gegen die hätte verstoßen worden sein können. Doch bestehen im Hinblick auf zwei Tatbestandsmerkmale der echten GoA nach § 677 BGB Bedenken, ob deren Regeln für Fälle wie den geschilderten konzipiert worden sind.

Angesichts der zwischen A und B erzielten Übereinkunft, dass Letzterer, wenn er Zeit finde, den Wagen in seine Werkstattgarage fahren und eine Überprüfung durchführen könne, ist schon fraglich, ob die Vornahme genau dieser zuvor einverständlich abgesprochenen Handlungen tatsächlich ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung erfolgt ist. Zwar sind A und B kein Vertragverhältnis eingegangen, das diese Voraussetzung unproblematisch ausschliesse,⁵⁵⁷ jedoch kann der Umstand, dass die Beteiligten zu einer Übereinkunft gekommen sind, nicht völlig unberücksichtigt bleiben.⁵⁵⁸ Will man die Grenzen des Anwendungsbereichs der GoA nicht zu stark aufweichen,⁵⁵⁹ ist es auch im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „ohne Auftrag“ angezeigt, sich die gesetzgeberische Modellvorstellung von den §§ 677 ff. BGB vor Augen zu führen, nämlich das spontane, hilfsbereite Einspringen für einen verhin-

⁵⁵⁵ Vgl. *Ulmer/Schäfer* in: MüKo, § 705 Rn 153: „Die Pflicht der Gesellschafter zur Förderung des gemeinsamen Zwecks ist *notwendiger* Gegenstand der mit der Beteiligung an einer GbR begründeten rechtsgeschäftlichen Bindung.“ (Hervorhebung nicht im Original).

⁵⁵⁶ Vgl. zu dem Begriff der „geschäftlichen Kontakte“ bereits oben unter III. 2. c) (2) (S. 135–138).

⁵⁵⁷ H.M., vgl. nur *Dornis* in: Erman, § 677 Rn 40.

⁵⁵⁸ Ebenso *Sippel*, GoA, S. 238 zur Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsverhältnisse.

⁵⁵⁹ Vgl. die Kritik von *Schubert*, AcP 178 (1978), 425, 431.

dernten Geschäftsherrn.⁵⁶⁰ Gänzlich anders stellt sich demgegenüber eine Situation dar, in der ein ausgeprägter Kontakt zwischen den Beteiligten stattgefunden hat, der auf Grund übereinstimmender Zweckverfolgung dazu geführt hat, dass der eine dem anderen eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf eigene Rechte und Rechtsgüter gewährt hat; sie muss daher auch zu einer anderen rechtlichen Einordnung führen. Aus Anlass der Ausführungen *Dorns* über eine angebliche Strukturgleichheit von GoA und faktischen Vertragsverhältnissen⁵⁶¹ hat *Erman* die hier ebenfalls entscheidenden Strukturunterschiede benannt: Zwar wird bedingt dadurch, dass der Gestor sich dem Willen oder den Interessen des Geschäftsherrn unterordnet,⁵⁶² eine Zweckübereinstimmung hergestellt,⁵⁶³ jedoch beschreibt *Erman* in Bezug auf die im Rahmen einer GoA relevanten Handlungen zutreffend, dass die GoA „in ihrer Grundform ein einseitiger Rechtstatbestand [ist]: Einer handelt für einen anderen.“⁵⁶⁴ Er stellt dem zutreffend die der hier geschilderten Konstellation strukturell ähnlichen, bei Vertragsverhandlungen vorherrschenden Merkmale gegenüber, dass „sich zwei (oder mehr) Personen in Richtung aufeinander [betätigen]“; die Anwendung der GoA-Regeln in solchen über ihren Ursprungstatbestand hinausgehenden Fällen stelle sich als „Notlösung“ dar, der nicht allein deswegen der Vorzug vor anderen Rechtsfiguren zu geben sei, weil sie im Gesetz enthalten ist, während die anderen Erscheinungen den Beweis ihrer Legitimität außerhalb des Gesetzes erbringen müssten.⁵⁶⁵ Dementsprechend bleibt festzuhalten, dass Fälle wie der hier beschriebene schon ihrem äußeren Hergang nach konzeptionell nicht von den Vorschriften der GoA erfasst werden.

⁵⁶⁰ *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 32 f. (im Zusammenhang mit der Begründung der von ihm zu Recht befürworteten restriktiven Interpretation des Fremdgeschäftsführungswillens, s. dazu sogleich).

⁵⁶¹ *Dorn*, NJW 1964, 799–804.

⁵⁶² *Hauß* (FG Weitnauer, 333 f.) bezeichnet dies als Teil des durch die §§ 677 ff. BGB vorgezeichneten Leitbildes der GoA; vgl. auch *Schmidt*, JuS 2004, 862, 865.

⁵⁶³ Vgl. hierzu bereits ausführlicher oben S. 110.

⁵⁶⁴ NJW 1965, 421.

⁵⁶⁵ *Erman*, NJW 1965, 421; die „notmäßige Anwendung [der Vorschriften über die GoA] auf andere Lebenssachverhalte“ als die „Fälle der ‚Menschenhilfe‘ im weitesten Sinne“ könne man „fast schon als nicht im Gesetz verankert betrachten“, vgl. *Erman*, aaO.

Daneben ist auch der für ein Schuldverhältnis im Sinne des § 677 BGB erforderliche Fremdgeschäftsführungswille fraglich.⁵⁶⁶ Schließlich hat B aus dem Grund vorgeschlagen, den Wagen des A zu überprüfen und zu diesem Zweck in seine Werkstatträumlichkeiten zu verbringen, weil er selbst wegen der auch von ihm gehegten Titelambitionen ein gesteigertes Interesse an der Sicher- bzw. Herstellung der einwandfreien Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs hatte. In der Rechtsprechung ist es zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der GoA gekommen, indem generell solche „auch-fremden“ Geschäfte als erfasst angesehen wurden.⁵⁶⁷ Diese Entwicklung ist in praktischer Hinsicht zusätzlich dadurch gefördert worden, dass der BGH auch in Fällen von nur „auch-fremden“ Geschäften eine Vermutung für den Willen des Gestors, das Geschäft für einen anderen zu führen, aufgestellt hat.⁵⁶⁸

Insbesondere letzteres ist Gegenstand von Kritik geworden. So sei stattdessen zu verlangen, den Fremdgeschäftsführungswillen positiv festzustellen, damit der Regelungsbereich der GoA nicht unter Zurückdrängung von deren zentralem Grundgedanken, der Fremdnützigkeit, zu einem mit Blick auf andere Rechtsinstitute undifferenzierten Regressmechanismus verkomme;⁵⁶⁹ es bedürfe im Einzelfall zu ermittelnder, besonderer äußerer Umstände, die für einen Fremdgeschäftsführungswillen sprächen.⁵⁷⁰

Allerdings ist die Aufgabe der Konturierung des Anwendungsbereichs der GoA richtigerweise nicht erst auf der Ebene der Beweislastverteilung zu bewältigen. Auf diese Weise vernachlässigt man nämlich die Bedeutung des Fremdgeschäftsführungswillens, der selbst nach der

⁵⁶⁶ Zwar nennt § 677 BGB dieses Erfordernis nicht ausdrücklich, allerdings deutet der Wortlaut insofern darauf hin, als dessen Formulierung so gewählt worden ist, dass das Geschäft *für* einen anderen besorgt werden muss (im Gegensatz etwa dazu, dass nur ein fremdes Geschäft besorgt werden müsse); daneben ergibt es sich aus § 687 Abs. 1 BGB im Rückschluss, da hiernach die Vorschriften der §§ 677 bis 686 BGB keine Anwendung finden, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei.

⁵⁶⁷ StRspr, vgl. etwa RGZ 75, 276, 283; 82, 206, 215; 126, 287, 293; BGH, NJW 1955, 257 f.; 1959, 1725, 1727; 1963, 2067 f.; 1970, 1841 f.; NJW-RR 2008, 683, 685.

⁵⁶⁸ BGH, NJW 1963, 1825 f.; 1975, 207 f.; 1976, 619; 1978, 1375, 1377; 1987, 187 f.; 1999, 858, 860; 2000, 422 f.; NJW-RR 2004, 81 f.; 2005, 639, 641; 2005, 1426, 1428.

⁵⁶⁹ Vgl. *Thole*, NJW 2010, 1243, 1248; ähnlich *Stamm*, Jura 2002, 730 f.

⁵⁷⁰ *Schwark*, JuS 1984, 321, 325, 328.

Rechtsprechung „zum Wesen der GoA gehört“. ⁵⁷¹ Der Grundmangel ist in der Vorgehensweise angelegt, zunächst die Fremdheit des Geschäfts objektiv bestimmen zu wollen, um in einem zweiten Schritt die subjektive Komponente mittels Vermutungen zu bejahen. Denn damit wird im Ergebnis der Schwerpunkt der Richtungsentscheidung für oder gegen die Anwendbarkeit der Vorschriften über die GoA auf das Merkmal der Fremdheit des Geschäfts gelegt und das an sich als wesentlich erkannte subjektive Element – da eine Entkräftung der Vermutung nur schwerlich gelingen wird – ⁵⁷² der Bedeutungslosigkeit preisgegeben, was zu einer potentiell unbegrenzten Ausweitung des Instituts der GoA führt. ⁵⁷³ Das Vorhaben, objektiv die Fremdheit eines Geschäfts zu ermitteln, scheitert an der mangelnden Klarheit der Maßstäbe, anhand derer diese Bestimmung getroffen werden können sollte. ⁵⁷⁴ Eine Orientierung an einer etwaigen höherrangigen Zuständigkeit, also an der Frage, wer „näher daran“ sei, Kosten und Nutzen der Tätigkeit zu übernehmen, ⁵⁷⁵ birgt mangels einigermaßen zwingender Kriterien das Risiko beliebiger Ergebnisse. ⁵⁷⁶ Da die von einem im Einzelfall gebildeten Willen des Handelnden losgelöste Festlegung der Fremdheit des Geschäfts in hohem Maße normativ ist, leidet unter einem derart verobjektivierten

⁵⁷¹ BGH, NJW 1976, 619.

⁵⁷² *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 15; *Esser/Weyers*, § 46 II 2. c (S. 12); vgl. selbst BGH, NJW 1963, 1825 f.

⁵⁷³ Ähnliche Kritik äußern: *Falk*, JuS 2003, 833, 835; *Medicus/Petersen*, Bürgerl. R., Rn 412: gefährlich weites Mittel des Lastenausgleichs aus Billigkeitsgründen; *Schwerdtner*, Jura 1982, 593, 597: „Billigkeitsrechtsprechung“; vgl. auch *Wilke*, Jura 2013, 547, 548 ff.; etwas zurückhaltender: *Ehmann* in: Erman (12. Aufl.), § 677 Rn 7; *Larenz*, SchuldR II/1, § 57 I a (S. 443); unter Hinweis auf sachwidrige Ergebnisse in Dreiecksverhältnissen: *Beuthien*, JuS 1987, 841, 847; bzgl. nichtiger Verträge: *Lorenz*, NJW 1996, 883, 885; *Einsele*, JuS 1998, 401, 403 f.; *Neuffer*, pflichtengebundener Geschäftsführer, S. 67.

⁵⁷⁴ Ebenso *Schmidt*, JuS 2004, 862, 865 f.

⁵⁷⁵ So *Wollschläger*, GoA, S. 52 ff., insb. 57, 66; im Ergebnis zustimmend *Giesen*, Jura 1996, 225, 230, der ein „flexible[s] Instrument der Kostenhaftung für einem Dritten zugute kommende Aufwendungen“ für „wünschenswert“ hält (Hervorhebung im Original).

⁵⁷⁶ Im Ergebnis zu keinem substantiellen Unterschied führt die Ansicht von *Wittmann* (GoA, S. 21 ff.), dass es sich in § 677 BGB zwar um einen subjektiven Geschäftsführungsbegriff handle, die für dessen Bestimmung entscheidende Fremdgeschäftsführungsabsicht sich jedoch nicht etwa aus Motiven, sondern aus dem normativ zu ermittelnden „sozialen Sinn“ des ausgeführten Geschäfts ergebe; vgl. hierzu bereits oben Fn 368 (S. 109).

Fremdgeschäftsführungsbegriff die Rechtssicherheit erheblich.⁵⁷⁷ Bedient man sich darüber hinaus hinsichtlich des Fremdgeschäftsführungswillens der Vermutungslösung, wird sogar die ansonsten immerhin noch verbliebene Funktion des subjektiven Elements als Korrektiv faktisch eliminiert.⁵⁷⁸ Hieran im Grundsatz festzuhalten, jedoch im zweiten Schritt die positive Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens zu verlangen, macht streng genommen den ersten überflüssig. Demnach erscheint es einzig sinnvoll, der Vorschrift des § 677 BGB allgemein ein rein subjektives Verständnis zu Grunde zu legen.⁵⁷⁹

In jüngerer Zeit ist denn auch eine den Anwendungsbereich der GoA im Ergebnis einschränkende Rechtsprechung feststellbar. So hat der BGH im sog. „Erbensucherfall“ demjenigen, der die zunächst unbekanntem Erben einer größeren Erbschaft ausfindig gemacht hatte, einen Aufwendungsersatzanspruch gegen diese auf der Grundlage der Vorschriften über die GoA nicht zuerkannt.⁵⁸⁰ Allerdings hat das Gericht diese Gelegenheit nicht genutzt, um in Erkenntnis des eigentlichen Beweggrundes für das Tätigwerden des Erbensuchers – die Hoffnung auf ein Honorar für die Vermittlungstätigkeit – die zuvor aufgestellten Grundsätze zu überdenken.⁵⁸¹ Statt anzuerkennen, dass wegen des Umstands, dass der Erbensucher weit überwiegend im eigenen (finanziellen) Interesse gehandelt hat, dessen Fremdgeschäftsführungswille

⁵⁷⁷ Kritisch auch *Helm* in: Gutachten, Bd. III, 335, 365 unter b), 369 f.; *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 16; deutlicher *Köndgen* in: Rechtsgeschichte, 371 ff.: Die Motivation des Geschäftsführers müsse Berücksichtigung finden, da diese ein sachhaltigeres Kriterium biete als ein „allgemeines und konturloses ‚Näherdran-Prinzip‘“ (aaO, S. 376); die Deutung der GoA als umfassendes Regressstatut bedeute deren „Umfunktionierung [...] in *politisches Umverteilungsrecht* mit dem Ziel der Verlagerung von Verantwortlichkeiten, Kosten und Risiken“, wodurch sie „systematisch überfordert“ und zur „Legitimationsformel für richterliche Rechtspolitik“ werde (aaO, S. 377, Hervorhebung im Original).

⁵⁷⁸ Ähnlich *Stamm*, Jura 2002, 730 f., der auf die Gefahr einer Fiktion hinweist.

⁵⁷⁹ Ebenso *Gursky*, AcP 185 (1985), 13, 27 und *Schmidt*, JuS 2004, 862, 866; der Wortlaut des § 687 Abs. 1 BGB steht dem nicht entgegen, da dieser auch so verstanden werden kann, dass er nicht zwingend ein objektiv fremdes Geschäft voraussetzt, sondern sein Regelungsgehalt sich darin erschöpft, die Anwendbarkeit der GoA-Regeln auszuschließen, wenn der Handelnde ohne Fremdgeschäftsführungswillen tätig wird.

⁵⁸⁰ BGH, NJW 2000, 72; bestätigt durch BGH, NJW-RR 2006, 656 und NJW 2006, 3568 f.

⁵⁸¹ Ähnlich *Hau*, NJW 2001, 2863 f.: „Chance verpasst, die Anforderungen an eine objektive Auch-Fremdgeschäftsführung zu präzisieren“.

fehlte, verneint der BGH einen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 683 BGB mit der allgemeinen Erwägung, es sei Ausfluss der im Gefüge der Vertragsrechtsordnung angelegten und letztlich auf die Privatautonomie zurückzuführenden Risikoverteilung, dass jede Seite das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst trage.⁵⁸² Damit verdunkelt er ohne Not, dass mit dem Fremdgeschäftsführungswillen bereits ein Merkmal im Tatbestand der GoA selbst vorgesehen ist, das dazu geeignet und gerade dafür konzipiert ist, einen Ausgleich zwischen den Bestrebungen herzustellen, einerseits fremdnütziges Handeln zu fördern und andererseits eine allzu offensive Einmischung in fremde Angelegenheiten zu verhindern.

Auch nur im Ergebnis zuzustimmen ist der Entscheidung des BGH in einem anderen Fall, in dem er einem Mieter, der in der fälschlichen Annahme entsprechender vertraglicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Wohnung des Vermieters vorgenommen hatte, einen hierauf gestützten Aufwendungsersatzanspruch aus GoA versagt: Anstatt ihm schlicht den Fremdgeschäftsführungswillen abzusprechen, da er offensichtlich überwiegend aus Anlass der vermeintlichen vertraglichen Verpflichtung gehandelt hat, macht der BGH seine Entscheidung an dem objektiven Merkmal des fremden Geschäfts fest; der Mieter sei im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig geworden.⁵⁸³ Die dafür angeführte Begründung lautet jedoch eher so, als habe er doch das subjektive Element verneint. Den Weg bereitet der argumentativ fragwürdige Kniff, einen angeblichen Willen des Mieters mit einer eigenen Wertung zu vermengen: Mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen wolle der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen sei. Eine dadurch bewirkte Vermögensmehrung auf Vermieterseite stelle ebenso wenig wie die Zahlung der Miete eine Wahrnehmung von Vermieterinteressen dar.⁵⁸⁴ Sowohl an dem Zwischenschritt als auch an der schließlich gezogenen Parallele ist Kritik angebracht. Zunächst leuchtet nicht ein, warum bei der objektiv

⁵⁸² BGH, NJW 2000, 72 f.; deutliche Kritik äußert auch *Schulze*, JZ 2000, 523 f.: Der BGH betreibe der Sache nach Ergebniskorrektur, was den eingeschlagenen Irrweg offenbare.

⁵⁸³ BGH, NJW 2009, 2590 f. (Rn 20).

⁵⁸⁴ BGH, NJW 2009, 2590, 2592 (Rn 20).

zu bestimmenden Frage nach der Fremdheit des Geschäfts der Wille des Geschäftsführers maßgeblich sein soll. Des Weiteren ist ein derartiger angeblicher Wille des Mieters reine Fiktion, zumal nicht ersichtlich ist, wie er darauf kommen sollte, einen Umstand, der den Zustand des Mietobjektes betrifft, als Teil des in Geld zu entrichtenden Entgelts anzusehen. Entscheidend ist jedoch, dass die vom BGH als Parallele herangezogene Zahlung der Miete eine Verpflichtung des Mieters darstellt, der er nicht aus Fremdnützigkeit, sondern nur deswegen nachkommt, um sich von dieser Verbindlichkeit zu befreien; indem der BGH jedoch hierauf zur Begründung rekurriert, stellt er damit in Wahrheit auf das für den Umstand des fehlenden Fremdgeschäftsführungswillens maßgebliche Kriterium ab.⁵⁸⁵

Bei der Abgrenzung anhand subjektiver Merkmale eventuell befürchtete Beweisschwierigkeiten können, wie *Gursky* vorgeschlagen hat, durch Rückgriff auf die Mittel des Anscheinsbeweises reduziert werden: „Der Wille, für einen anderen zu handeln, wird vermutet, wenn der äußere Schein einer derartigen subjektiven Zweckrichtung des Handelnden besteht, weil typischerweise in einer derartigen Situation eine derartige Handlung mit dieser Zweckrichtung verbunden ist.“⁵⁸⁶

Wie sich u.a. im Zuge der Auseinandersetzung mit der zum Zwecke der Verdeutlichung angeführten BGH-Rechtsprechung gezeigt hat, stellt also der Fremdgeschäftsführungswille – allgemein gesprochen – dasjenige Element der GoA dar, das deren Wesen maßgeblich prägt. Daher ist er für die systematische Abgrenzung zum Anwendungsbereich anderer Rechtsinstitute essentiell. Gleichzeitig gilt es zu verhindern, bei allen denkbaren „auch-fremden“ Geschäften die Möglichkeit der Anwendung von GoA-Regeln von vornherein kategorisch auszuschließen. Angezeigt ist vielmehr eine Gewichtung der den Geschäftsherrn bei einschlägigen Handlungen leitenden Motive: Wird er über-

⁵⁸⁵ Es dürfte damit nur eine Frage der Zeit sein, bis auch der BGH die sich abzeichnende restriktive Tendenz in der Anwendung der GoA-Vorschriften unter Beachtung der Begründungsehrlichkeit nicht mehr vordergründig an dem Merkmal der Fremdheit des Geschäfts festmacht, sondern offen den mangelnden Fremdgeschäftsführungswillen als wahren Grund benennt.

⁵⁸⁶ JurA 1969, 103, 117; zustimmend *Schwark*, JuS 1984, 321 f., der zutreffend herausstellt, dass der Unterschied zur von der Rspr. praktizierten Vermutungslösung dem Geschäftsführer erheblich weitergehende Erleichterungen gewährt.

wiegend aus dem Grund tätig, das Ergebnis einem anderen zu Gute kommen zu lassen, ist der Anwendungsbereich der Vorschriften über die GoA eröffnet, ohne dass es als schädlich zu erachten wäre, dass er auch – allerdings in deutlich untergeordnetem Maße – einen eigenen Nutzen bezweckt; hat er hingegen vornehmlich die Wahrung oder Verfolgung eigener Interessen im Sinn, so dass eine für den Anderen vorteilhafte Auswirkung seiner Handlung nebensächlich erscheint, so muss eine Behandlung des Falles nach GoA-Recht bereits tatbestandlich ausscheiden.⁵⁸⁷

Für diesen Ansatz spricht neben der aus Wortlaut und Zweck der §§ 677 ff. BGB ersichtlichen, oben herausgearbeiteten Bedeutung des Fremdgeschäftsführungswillens im Ergebnis auch ein Vergleich mit den Regeln über die „benevolent intervention in another’s affairs“, die im fünften Buch des „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR) Niederschlag gefunden haben. Dort heißt es im ersten Absatz des ersten Artikels der ersten Sektion des ersten Kapitels [V.–1:101 (1)]: „This Book applies where [...] the intervener acts with the *predominant intention* of benefiting another [...]“.⁵⁸⁸ In den „Comments“ wird sodann klargestellt, dass auf diese Weise jegliche Handlung der Beurteilung nach GoA-Regeln entzogen werden soll, bei der der Ausführende tatsächlich im Wesentlichen zu seinem eigenen Vorteil tätig wird und sein Wille nur in untergeordnetem Maße darauf gerichtet ist, zum Nutzen des Geschäftsherrn zu handeln.⁵⁸⁹ Zwar haben diese Bestimmungen mangels zwingenden Charakters des DCFR im deutschen Recht keine unmittelbaren Auswirkungen, jedoch ist *Thole* darin zuzustimmen, es gehe „kein

⁵⁸⁷ Ähnlich formuliert *Gold* (JA 1994, 205, 210) für Fälle unerkannt nichtiger Verträge: „Wenn jemand an die eigene *vertragliche* Verpflichtung glaubt, wird dies subjektiv nicht *neben* die Erkenntnis gesetzt, daß es bei den vorgenommenen Handlungen eigentlich ja um das Haus oder den PKW des anderen geht. Vielmehr ist die Erfüllung des – vermeintlichen – eigenen Vertrages dann *alleinige Motivation* des Ausführenden; der Rest interessiert ihn praktisch nicht.“ Das Wissen um die Fremdheit der Sache werde „dann von dieser eindeutig im Vordergrund stehenden Motivation *überlagert*“ (Hervorhebungen im Original).

⁵⁸⁸ Hervorhebung nicht im Original.

⁵⁸⁹ Vgl. Comments C. Abs. 5: „Where the pursuit of another’s interest and the pursuit of one’s own interest have been combined together, it is sufficient that the former is, at the margin, uppermost. This excludes all argument that an intervener will have a right to reimbursement when in substance acting for his or her own advantage merely because some lesser part of the intention was to benefit the principal.“

Weg an der Einsicht vorbei, dass sich das deutsche Recht auch im Lichte dieser Entwicklung dem Trend zu einer Begrenzung der GoA nicht verschließen sollte.“⁵⁹⁰

Damit lässt sich resümieren, dass, wenn das eigene Interesse bei der Entscheidung zur Vornahme einer auch für einen anderen nützlichen Handlung bestimmend ist, kein Schuldverhältnis nach § 677 BGB entsteht, wohl aber bei Förderung des übereinstimmend verfolgten Zwecks eine Haftung aus dem oben erörterten allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand in Betracht kommt.⁵⁹¹ Bezogen auf den oben angesprochenen Fall mit A und B ergibt sich daraus folgendes: Da bei Bs Handlungen das Bestreben um die Schaffung optimaler Voraussetzungen für ein erfolgreiches Abschneiden beim Rennen im Vordergrund stand, stellt es sich bei wertender Betrachtung lediglich als notwendiger Reflex dar, dass er dafür auf das für ihn fremde Fahrzeug des A einwirkte. Ihm ging es mit anderen Worten hauptsächlich darum, sein Ziel zu verfolgen, zusammen mit A ein erfolgreiches Rennen bestreiten zu können; die Wartung und Ausbesserung von As Wagen, die letzterem somit auch einen Vorteil eingebracht hätte, war nur Mittel zum (übereinstimmend verfolgten) Zweck.

Ein etwaiger Wertersatzanspruch gemäß §§ 812, 818 Abs. 2 BGB scheidet daran, dass B im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist.⁵⁹²

Der hier gebildete Fall ist im Rahmen dieser Untersuchung insbesondere deswegen relevant, weil mit dem Gefälligkeitsverhältnis kein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB begründet worden ist,⁵⁹³ so dass eine Vindikationslage besteht und die bereits zuvor erörterte teleologische Reduktion des § 993 Abs. 1 S. 2 BGB zu Gunsten der Haftung aus dem allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand vorzunehmen ist.⁵⁹⁴

In der Folge ist zu klären, ob die hier vorgeschlagene Lösung zu einem Haftungsunterschied im Vergleich zum Deliktsrecht führt. Gemeint ist

⁵⁹⁰ Thole, NJW 2010, 1243, 1248.

⁵⁹¹ Vgl. den parallelen Gedanken von *Melullis*, Verhältnis von GoA und ung. Bereicherung, S. 158, zur Unterscheidung der Haftung nach § 677 BGB von derjenigen auf Grund eines Vertrauensschuldverhältnisses.

⁵⁹² Vgl. hierzu schon oben unter III. 4. c) (S. 156–158).

⁵⁹³ Vgl. dazu *Gursky* in: Staudinger, § 986 Rn 20.

⁵⁹⁴ Vgl. zu dessen Voraussetzungen bereits oben unter III. 3., dort S. 138 f.

mit Blick auf das maßgebliche Mitwirken des Mitarbeiters D die Frage der Anwendbarkeit des § 278 BGB, mittels dessen dem B das Verhalten seines Angestellten zugerechnet würde, während er sich hinsichtlich des Anspruchs gemäß § 831 BGB exkulpieren könnte und dem A daher nicht für seinen Schaden haftete.

Festzuhalten bleibt, dass der oben entwickelte allgemeine schuldrechtliche Haftungstatbestand sowohl zur Lösung von Fällen nichtiger oder nicht zustande gekommener Verträge als auch von Gefälligkeitsverhältnissen herangezogen werden kann.

IV. Konsequenzen

Im letzten Teil dieser Untersuchung soll herausgearbeitet werden, inwiefern sich die hier aufgezeigte Lösung des Fremdbesitzerexzesses im Ergebnis von der bisher in Rechtsprechung und Literatur jeweils vertretenen unterscheidet.

1. Zurechnung (§ 278 BGB)

Nachdem die obige Analyse ergeben hat, dass bei einem Exzess des Fremdbesitzers ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt, stellt sich zunächst die Frage, ob somit die Anwendung der in § 278 BGB vorgesehenen Zurechnung von Verhalten und Verschulden einer Hilfsperson ermöglicht wird. Zwar war man ursprünglich mangels Bewusstseins von der Existenz der Kategorie der Schutzpflichten davon ausgegangen, dass die Verbindlichkeit im Sinne des § 278 BGB, zu deren Erfüllung der Schuldner sich eines Gehilfen bedienen kann, eine Leistungspflicht bezeichnet.⁵⁹⁵ Doch ist spätestens mit Aufnahme der Vorschrift des § 241 Abs. 2 im BGB zum Ausdruck gekommen, dass einem Schuldverhältnis neben Leistungs- auch Schutzpflichten entspringen können. Es entspricht daher h.M., dass § 278 BGB auch dafür herangezogen werden kann, dem Schuldner das Verschulden hinsichtlich der Verletzung von Schutzpflichten durch den Gehilfen zuzurechnen.⁵⁹⁶ Unterschiedlich wird jedoch die Frage beantwortet, wie weit diese Zurechnung gehen darf, also ob zwischen dem Verhalten des Gehilfen und den diesem im Rahmen des zwischen Gläubiger und Schuldner entstandenen Schuldverhältnisses zugewiesenen Aufgaben ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Vor diesem Hintergrund ist der Rückgriff auf den Geltungsgrund des § 278 BGB angezeigt.

⁵⁹⁵ Vgl. Mot. II, 30; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, S. 103.

⁵⁹⁶ *Unberath* in: *Bamberger/Roth*, § 278 Rn 18; *Stadler* in: *Jauernig*, § 278 Rn 3; *Grüneberg* in: *Palandt*, § 278 Rn 2; *Löwisch/Caspers* in: *Staudinger*, § 278 Rn 7 f.; *Münch*, Jura 2002, 361, 364; *Medicus* in: *FS Canaris*, 835, 846; s. auch bereits *RGZ* 114, 155, 160; 120, 126, 130; 132, 76, 79 und *BGH*, *NJW* 1985, 2258, 2260.

Allgemein ist dieser zur Zeit der Entstehung des BGB so formuliert worden, dass „der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Verwirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt.“⁵⁹⁷ Die darin enthaltene Wertung, dass der Schuldner, der von der Arbeitsteilung profitiert,⁵⁹⁸ auch das Risiko tragen soll, dass der an seiner statt eingesetzte Gehilfe schuldhaft rechtlich geschützte Interessen des Gläubigers verletzt,⁵⁹⁹ ist Ausdruck einer pauschalen Risikozuweisung, die ebenso für Schutzpflichten gelten muss: Auch hier ist die Hilfsperson als „verlängerter Arm“ des Schuldners eingesetzt und muss das Risiko der Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen des Gläubigers, das dadurch, dass der Gehilfe im Pflichtenkreis des Schuldners mit diesen in Kontakt kommt, erhöht wird, in Fortführung der dem § 278 BGB zu Grunde liegenden Wertung dem Schuldner zugewiesen werden.⁶⁰⁰ Als Einwand von Vertretern der Ansicht, es bedürfe eines inneren Zusammenhanges zwischen Verhalten des Gehilfen und der ihm zugewiesenen Aufgaben, verbleibt letztlich allein die im Wortlaut des § 278 BGB nicht festzumachende Meinung, ansonsten komme es zu einer ausufernden Haftung

⁵⁹⁷ Mot. II, 30; dort heißt es weiter: „In seiner Eigenschaft als Schuldner, welcher zur Leistung verpflichtet ist, kann er sich der Verantwortung, nach Maßgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnisse zu beobachtenden Diligenz, für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht.“

⁵⁹⁸ Als für § 278 BGB relevanter Vorteil ist auch schon der Umstand anzusehen, dass der Schuldner, der sich etwa beim Umgang mit der vom Gläubiger erhaltenen Sache eines Gehilfen bedient, der Last enthoben ist, selbst die gemäß § 276 Abs. 2 BGB erforderliche Sorgfalt einzuhalten; vgl. insoweit die zutreffenden Ausführungen von *Kaiser/Rieble*, NJW 1990, 218, 220.

⁵⁹⁹ Vgl. *Grüneberg* in: Palandt, § 278 Rn 1; *Fundel*, Gehilfenfehlverhalten, S. 86; treffend formuliert *Kupisch*, JuS 1983, 817, 819: „Die Vorteile der Arbeitsteilung muss sich der Schuldner sozusagen damit erkaufen, daß er das Personalrisiko übernimmt“.

⁶⁰⁰ Ebenso *Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 509 f., der zu Recht hervorhebt, dass die Einschränkung der Risikosphäre des einen Teils notwendig zu Lasten des anderen gehe und der Geschäftsherr (hier Schuldner) „allemaal ‚näher dran‘ [sei], die durch den Einsatz eines Mittelmannes sich ergebenden Nachteile zu tragen“; weiterhin *Grundmann* in: MüKo, § 278 Rn 46; *Wilhelm*, JZ 2004, 1055, 1059 (§ 278 BGB in analoger Anwendung); wohl auch *Unberath* in: Bamberger/Roth, § 278 Rn 26, 44; *Rathjen*, JR 1979, 232, 236; a.A. *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 278 Rn 53; *Schwarze*, Leistungsstörungen, § 34 Rn 59 (S. 444); *Kamanabrou*, NJW 2001, 1187 f.

für Dritte.⁶⁰¹ Dies lässt jedoch die in dieser Norm zum Ausdruck gekommene Entscheidung für die Zuweisung des mit der Einschaltung eines Gehilfen verbundenen Risikos an den Schuldner außer Acht und muss daher als inkonsequent abgelehnt werden. Der Vergleich mit § 831 BGB, der schließlich „Schädigungen *in Ausführung der Verrichtung* von solchen [abgrenze], die nur bei Gelegenheit der Verrichtung erfolgen“, sowie die Folgerung, es wäre „ungereimt“, die Haftung aus § 278 BGB auch in diesem Punkt schärfer zu fassen als die nach § 831 BGB,⁶⁰² überzeugen nicht. Erstens findet sich im Wortlaut des § 278 BGB gerade keine der hervorgehobenen Passage vergleichbare formulatorische Einengung, was den gegenteiligen Schluss nahe legt. Zweitens ist diese Entscheidung nur im Rahmen des § 831 BGB sinnvoll, da der Verrichtungsgehilfe im Sinne dieser Norm im Gegensatz zum in § 278 BGB geregelten Erfüllungsgehilfen weisungsgebunden ist.⁶⁰³

Somit lässt sich festhalten, dass aus dem hier vorgeschlagenen Ansatz eine gegenüber dem von der Rechtsprechung verfolgten Lösungsweg strengere Haftung für Hilfspersonen resultiert, da die inhaltlich weitreichende Zuweisungsnorm des § 278 BGB, anders als die von der Rechtsprechung bemühte Anspruchsgrundlage des § 831 BGB, keine Exkulpationsmöglichkeit vorsieht. Im Vergleich zur in der Literatur vertretenen analogen Anwendung von Vorschriften des EBV ergibt sich jedoch insoweit kein Unterscheid, da § 278 BGB auch für aus diesem Verhältnis stammende Ansprüche gilt.⁶⁰⁴

2. Verschulden

Hinsichtlich des Verschuldens sollen beweisrechtliche Aspekte beleuchtet und Erwägungen zum Haftungsmaßstab angestellt werden.

⁶⁰¹ Vgl. die in voriger Fn zuletzt (unter a.A.) Genannten.

⁶⁰² *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 278 Rn 53 (Hervorhebung im Original).

⁶⁰³ So auch *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, S. 104.

⁶⁰⁴ Allg. Ansicht, vgl. nur *Vieweg/Werner*, SachenR, S. 227 (Rn 22); *Löwisch/Caspers* in: Staudinger, § 278 Rn 11; *Roth*, JuS 1997, 710 f.

a) Die Vermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Auch mit Blick auf die in der allgemeinen schadensersatzrechtlichen Anspruchsgrundlage enthaltene Verschuldensvermutung ist zu untersuchen, ob diese in der Konstellation des Fremdbesitzerexzesses zu abweichenden Haftungsergebnissen führt. Zwar ist in der genannten Vorschrift nicht ausdrücklich von Verschulden, sondern davon die Rede, dass die Schadensersatzpflicht dann nicht besteht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu *vertreten* hat; der Bezug zum Verschulden wird jedoch durch die Regelung des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hergestellt, derzufolge der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dass der Schuldner hinsichtlich der Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, wird nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB also vermutet, so dass es ihm obliegt, sich insoweit zu exkulpieren.

Die Handhabung dieser Vorschrift bereitet kaum Schwierigkeiten, wenn sich klar zwischen der objektiven Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und dem Verschulden unterscheiden lässt. Dies ist insbesondere der Fall bei auf einen bestimmten Erfolg abzielenden Leistungspflichten. Weist etwa ein in Auftrag gegebenes Werk Mängel auf, so ist, wenn dieser vom vertraglich vereinbarten Leistungsprogramm abweichende Zustand bewiesen ist, darauf zu schließen, dass der Unternehmer sich auch pflichtwidrig verhalten hat,⁶⁰⁵ so dass dieser – um der Haftung zu entgehen – Umstände darlegen und beweisen muss, die die Wertung rechtfertigen, dass sein Verhalten nicht schuldhaft i.S.d. § 276 BGB war, also insbesondere der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprach (§ 276 Abs. 2 BGB). Als weniger eindeutig erweist sich der Regelungsgehalt der Verschuldensvermutung, wenn ein Verstoß gegen Schutz- oder Rücksichtnahmepflichten in Rede steht, weil bei diesen nicht erst die Prüfung des Verschuldens, sondern bereits die Frage nach deren objektiver Verletzung eine Wertung voraussetzt, die sich anhand von Sorgfaltskriterien beurteilt.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu *Huber* in: FS E. R. Huber, 253, 281; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 265, 269; *Lorenz*, NJW 2005, 1889 f.; *Kohler*, ZZP 2005, 25, 40 ff., der allerdings noch über die Annahme eines solchen Anscheinsbeweises hinausgeht und unter Berufung auf die Vorgängerregelung des § 282 BGB a.F. eine widerlegliche Vermutung annimmt.

(1) Darstellung und Kritik der im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung gegebenen Begründung

Die Vorgängerregelungen zu § 280 Abs. 1 S. 2 BGB sahen in §§ 282, 285 BGB a.F. eine Beweislastumkehr für das Verschulden nur in Fällen von Unmöglichkeit und Verzug vor. Recht früh wurde jedoch schon vertreten, die beiden zuletzt genannten Vorschriften allgemein auf alle Arten von Leistungsstörungen anzuwenden, also auch auf die (vor 2002 nicht gesetzlich geregelte) positive Vertragsverletzung.⁶⁰⁶ Weniger kategorisch ging die Rechtsprechung vor, die die Beweislast mittels einer Abgrenzung von Risikobereichen („Gefahrenkreisen“) verteilte.⁶⁰⁷ Darüber schien der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung hinausgehen zu wollen; in der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es dazu: „Der bisherige § 282 ist von der Rechtsprechung auf eine Vielzahl weiterer Fälle von Leistungsstörungen entsprechend angewandt worden. Dies greift der Entwurf auf, indem er durch die Formulierung des § 280 RE im allgemeinen Haftungstatbestand bereits eine für alle Leistungsstörungen geltende Beweislastregelung schafft. Dies macht die bisherigen §§ 282 und 285 entbehrlich“.⁶⁰⁸

Dass dies in der Allgemeinheit nicht gemeint gewesen sein kann, offenbaren erst die in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates dokumentierten Erwägungen. Hier sind folgende zwei Passagen relevant,⁶⁰⁹ zunächst:

„Gelingt [dem Gläubiger] der Beweis [der Pflichtverletzung], so steht fest, dass der Schuldner seinen Pflichten aus dem Schuldverhältnis nicht so nachgekommen ist, wie es das Schuldverhältnis von ihm verlangt. Das rechtfertigt es, in diesem Fall von dem Schuldner zu ver-

⁶⁰⁶ *Siber* in: Planck's Kommentar zum BGB, § 282 Anm. 2b, S. 250; *Raape*, AcP 147 (1941), 217 f., 287 f.; *Rosenberg*, Beweislast, S. 358, 360–368; *Krönig*, MDR 1953, 647, 649; *Baumgärtel*, MDR 1959, 207; zur p.Vv. vgl. *Staub* in: FS 26. DJT, 29 ff., insb. 49 f.

⁶⁰⁷ BGH, NJW 1953, 584 f.; 1957, 746 f.; 1958, 1629 f.; 1959, 34; 1968, 43 f.; 1975, 824 f.; 1996, 321, 323; s. auch noch BGH, NJW 2009, 142 f.; vgl. die entsprechenden Ausführungen des BGH in Fällen von Verschulden bei Vertragschluss in NJW 1962, 31 f.; 1976, 712; 1986, 2757 – kritisch zur Gefahrenbereichslehre etwa *Reischauer*, Entlastungsbeweis, S. 94 f.; *Prütting*, Beweislast, S. 227.

⁶⁰⁸ BTDrucks 14/6040, S. 136.

⁶⁰⁹ BTDrucks 14/6857, S. 49.

langen, sich zu entlasten, wenn es um die Frage geht, ob er diese objektiv festgestellte Pflichtverletzung auch zu vertreten hat. Der Schuldner ist es, der den Anforderungen aus dem Schuldverhältnis nicht nachkommt. Er ist deshalb auch sehr viel eher in der Lage, die Ursachen für die Pflichtverletzung darzulegen.“

Des Weiteren: „Es ist richtig, dass die Rechtsprechung unter Heranziehung des Gedankens aus § 282 BGB bei der Haftung aus positiver Vertragsverletzung eine Beweislastverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen annimmt. Dies greift der Entwurf aber gerade auf: Verletzt der Schuldner objektiv eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so stammt die Störung bei der Abwicklung aus seinem Bereich; ihm ist deshalb sehr viel eher als dem Gläubiger zuzumuten, die Ursachen der Pflichtverletzung darzulegen“.

Festzustellen ist, dass die beiden zitierten Textstellen inhaltlich voneinander abweichen. Die erste ermangelt bei Lichte betrachtet gänzlich einer sachlichen Begründung für die Aufstellung der Beweislastumkehr; vielmehr kommt darin nur die Meinung zum Ausdruck, der Schuldner „verdient“ eine solche Sanktion wegen des Verstoßes gegen eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, ohne dass daraus jedoch hervorgeht, warum.⁶¹⁰ Die zweite Begründung dokumentiert das widersprüchliche Vorhaben, einerseits eine einheitliche Beweislastumkehr schaffen zu wollen, andererseits jedoch an die in der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung nach Gefahrenbereichen anzuknüpfen.⁶¹¹ Wenn jedoch maßgeblich darauf abgestellt wird, ob die Störung im Gefahrenbereich des Schuldners aufgetreten ist und es ihm allein deswegen eher zugemutet werden soll, sich durch Nennung entlastender Umstände zu exkulpieren, weil er gleichsam „näher daran“ [ist], den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen“, ⁶¹² ist der Unterschied zu der Verletzung einer deliktischen Verkehrssicherungspflicht nicht ersichtlich; im Deliktsrecht, das keine allgemeine Verschuldensvermutung kennt, könnte sich jedoch gleichermaßen aus identischen

⁶¹⁰ Ähnlich bereits *Keilmann*, Dem Gefälligen zur Last, S. 211; zur Deutung des in der zitierten Passage möglicherweise intendierten Aussageinhalts s. sogleich.

⁶¹¹ Auf Widersprüchlichkeit verweist auch *Mock*, Beweislast bei der p.Vv., S. 124.

⁶¹² Formulierung des BGH (Beweislast bei Produzentenhaftung), NJW 1969, 269, 275.

Gründen eine Beweisnot des Gläubigers ergeben.⁶¹³ Daneben erweist sich die zweite Begründungspassage insoweit als missverständlich, als ihre Formulierung implizieren könnte, dass ihr die (Fehl-)Annahme zu Grunde gelegen habe, die Störung stamme bei jeglicher Art von Pflichtverletzung und unabhängig von ihrer konkreten Begehung stets aus dem Bereich des Schuldners.⁶¹⁴ Indem in dem Ansinnen, die zuvor bereits vorhanden gewesenen Beweislastregeln zu verallgemeinern, hinsichtlich der Beweislastverteilung an (im jeweiligen Einzelfall potentiell unterschiedlich gelagerte) Gefahrenbereiche angeknüpft wird, entsteht schließlich der Eindruck, dass die Begriffe der Beweislastumkehr einerseits und der Beweiserleichterung andererseits gedanklich nicht klar getrennt worden seien.⁶¹⁵ Allerdings besteht zwischen Beweiserleichterungen und der Beweislastumkehr ein grundsätzlicher Unterschied.⁶¹⁶ Die Umkehr der Beweislast kann kein Instrument der Beweiserleichterung im Einzelfall sein.⁶¹⁷ Wegen des Bezugs zur konkreten Beweissituation im Prozess haben Beweiserleichterungen richtigerweise nur im Rahmen der konkreten Beweisführungslast Bedeutung,⁶¹⁸ fallen also ausschließlich unter die richterliche Beweiswürdigung und gehören damit dem Prozessrecht an, während Beweislastnormen in der Regel dem materiellen Recht zuzuordnen und dadurch gekennzeichnet sind, dass sie auf generalisierenden Risikozuweisungen beruhen.⁶¹⁹ So müssen die die objektive Beweislast regelnden Normen laut BVerfG

⁶¹³ Vgl. bereits *Prölss*, Beweiserleichterungen, S. 78; *dens.*, VersR 1964, 901, 905.

⁶¹⁴ Kritisch auch *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 892: „schnell betretenes Neuland“.

⁶¹⁵ Eine ähnliche „Befürchtung“ äußert *Reppen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Hdb. d. Beweislast, § 280 Rn 12.

⁶¹⁶ *Prütting* in: MüKo, ZPO, § 286 Rn 88, 129.

⁶¹⁷ *Greger* in: Zöller, Vor § 284 Rn 27, 22; vgl. auch *Leipold*, Beweismaß und Beweislast, S. 25: „Die Beweislast [...] in erheblichem Umfang von der Billigkeit oder der Unzumutbarkeit im Einzelfall [...] abhängig zu machen, ist ein gefährlicher Weg“.

⁶¹⁸ So auch *Baumgärtel* in: FS Nakamura, 41, 49; zum Begriff der konkreten Beweisführungslast vgl. auch *Gottwald*, Jura 1980, 225, 227.

⁶¹⁹ Vgl. *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3741, 3743; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 531 f.; die notwendige Beachtung der einer gesetzlichen Beweislastregel innewohnenden gesetzgeberischen Wertung, welcher von zwei Parteien das Beweisrisiko eher zuzumuten ist, zwingt außerdem zu einer Absage an den Vorschlag von *Maassen* (Beweismaßprobleme, S. 168 ff.), eine Schadens- teilung nach Wahrscheinlichkeit vorzunehmen; ähnlich wie hier *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 532.

„generell im Voraus bestimmt“ sein und sind nicht „in jeder Prozeßlage erst neu zu erstellen“. ⁶²⁰

(2) Geltungsgrund der Vermutung und Differenzierung nach dem Charakter der jeweils verletzten Pflicht

Da somit die Erläuterungen in den Gesetzgebungsmaterialien wegen der aufgezeigten Unklarheiten und teilweisen Widersprüchlichkeit in Bezug auf den Umfang der Verschuldensvermutung nicht recht erhellen, ist es angezeigt, auf den ihr zu Grunde liegenden Gedanken abzustellen: In dem Fall, dass das betreffende Schuldverhältnis eine Leistungspflicht beinhaltet, steckt in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB „ein Stück Erfüllungsgarantie“. ⁶²¹ Verspricht der Schuldner eine Leistung, soll ihn danach eine garantieähnliche Einstandspflicht für den Eintritt des Erfolgs treffen. Ihm wird also, ausgehend von seiner Zusage einer bestimmten Leistung, insoweit das Leistungsrisiko aufgebürdet, als er die (schadensersatzrechtlichen) Konsequenzen tragen muss, wenn es ihm nicht gelingt, Umstände zu beweisen, die die Annahme rechtfertigen, er habe das Ausbleiben des Leistungserfolges nicht zu vertreten. ⁶²² Aus dieser in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltenen Risiko- zuweisung ergibt sich, dass nach dem Inhalt der in dem jeweiligen Schuldverhältnis bestehenden Pflichten zu differenzieren ist, ⁶²³ und zwar in der Weise, dass bei Verletzung einer erfolgsbezogenen Pflicht die Verschuldensvermutung Anwendung findet, während die Umkehr der Beweislast mangels „Garantiebruchs“ des Schuldners nicht gerechtfertigt ist, wenn ihn nur die Pflicht trifft, sich zu bemühen, eine Tätigkeit ordnungsgemäß auszuüben. ⁶²⁴ Methodisch handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. ⁶²⁵

⁶²⁰ BVerfGE 52, 131, 147 (NJW 1979, 1925).

⁶²¹ Vgl. *Larenz*, SchuldR AT, S. 372.

⁶²² *Hans Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 149: „Diese Beweislastverteilung ist Ausdruck des Leistungsrisikos“; vgl. ferner *Larenz* in: FS Hauß, 225, 234 f.; *Musielak*, AcP 176 (1976), 465, 481; *Walker*, JuS 2002, 736.

⁶²³ Vgl. zu diesem Gedanken bereits *Hans Stoll* in: FS v. Hippel, 517, 538 f.

⁶²⁴ *Larenz* in: FS Hauß, 225, 235 f.; *Pawlowski*, prima-facie-Beweis, S. 87–90.

⁶²⁵ So auch *Keilmann*, Dem Gefälligen zur Last, S. 215; *Reppen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Hdb. d. Beweislast, § 280 Rn 46.

Der oben zitierten Entwurfsbegründung können keine konkreten Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass das im Schadensersatzrecht geltende Verschuldensprinzip praktisch gänzlich aufgegeben werden sollte. Somit kann die genannte erste Passage sinnvollerweise nur so verstanden werden, dass genau diese Vorstellung von der Differenzierung nach Erfolgs- bzw. Verhaltensbezogenheit der Pflicht der Wertung zu Grunde lag, den Schuldner solle die Last treffen, sich exkulpieren zu müssen, weil er derjenige sei, „der den Anforderungen aus dem Schuldverhältnis nicht nachkommt.“⁶²⁶ Diese Vorgehensweise deckt sich im Übrigen mit der im französischen Recht zu den Art. 1137, 1147 des Code civil entwickelten Unterscheidung von „obligations de résultat“ und „obligations de moyens“.⁶²⁷

Diese anhand der Leistungspflichten aufgezeigte Einteilung lässt sich auf Schutzpflichten übertragen. Auch insofern kann unterschieden werden, ob sie ihrem Inhalt nach dazu verpflichten, für einen gewissen Erfolg einzustehen, oder ob sie dem Schuldner nur eine entsprechende Bemühung abverlangen.⁶²⁸ Das gilt für vertraglich vereinbarte Schutzpflichten,⁶²⁹ trifft jedoch auch auf kraft Gesetzes entstandene zu. Die Bestimmung, wann eine Pflicht als erfolgs- und wann als verhaltensbezogen anzusehen ist, richtet sich im Ausgangspunkt nach dem Grad des Risikos, dass das angestrebte Ziel nicht erreicht wird.⁶³⁰ Dabei muss die auf Grund der Art und des Charakters der geschuldeten Tätig-

⁶²⁶ Ähnlich verdeutlicht schon *Larenz* in: FS Hauß, 225, 236, die Folgen einer undifferenzierten Anwendung der Verschuldensvermutung: „Andernfalls würde die Grundregel, daß jeder die Voraussetzungen eines von ihm geltend gemachten Anspruchs zu beweisen hat, für das gesamte Gebiet des Schadensersatzrechts bald in ihr Gegenteil verkehrt werden“.

⁶²⁷ Vgl. *Heinemann*, Beweislastverteilung, S. 76 f.; *Hübner* in: FS Baumgärtel, 151, 152 f.; *Reppen* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Hdb. d. Beweislast, § 280 Rn 31 (Fn 77); *Hans Stoll* in: FS W. Lorenz, 287, 296.

⁶²⁸ So auch *Ernst* in: MüKo, § 280 Rn 139: „manchen Schutz- [...]pflichten wohnt durchaus ein gewisses ‚Erfolgsmoment‘ inne“; a.A. wohl *Lorenz*, NJW 2007, 1 f., der davon auszugehen scheint, alle Schutz- und Obhutspflichten seien verhaltensbezogen; dessen zur Stütze dieser Aussage herangezogener Verweis auf BGH, NJW 2006, 2262 f. geht allerdings fehl, weil der BGH diesen Unterschied in der genannten Entscheidung nicht thematisiert, sondern eine Schutzpflichtverletzung mangels der für einen Anscheinsbeweis erforderlichen Typizität des Geschehensablaufs verneint.

⁶²⁹ Dazu *Kindl*, WM 2002, 1313, 1323 (mit Fn 96).

⁶³⁰ *Hübner* in: FS Baumgärtel, 151, 154.

keit objektiv bestehende Unsicherheit Berücksichtigung finden:⁶³¹ Ein Arzt kann nicht die Genesung des Patienten als Erfolg versprechen, und dies kann auch nicht von ihm verlangt werden; angesichts der hohen Anzahl der einzelnen zusammenwirkenden und einander bedingenden Faktoren birgt ein Eingriff in den menschlichen Organismus zu viele Unwägbarkeiten, als dass das Behandlungsergebnis mit Sicherheit absehbar wäre. Ebenso wenig kann i.d.R.⁶³² ein Rechtsanwalt wegen der Vielschichtigkeit der außerhalb seiner Beeinflussbarkeit liegenden, aber relevanten Besonderheiten, die in der Mandatsbearbeitung eine Rolle spielen können,⁶³³ eine sichere Aussage über einen bestimmten Ausgang des Rechtsstreits treffen.

An diesen Beispielen wird ersichtlich, dass das entscheidende Abgrenzungskriterium die Überschaubarkeit und damit Beherrschbarkeit des auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse vorgegebenen Risikos darstellt. Dies bedeutet für Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB, dass diese regelmäßig nur ein (rücksichtsvolles) Verhalten abverlangen, weil im Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses dessen weitere Entwicklung in allen Einzelheiten kaum absehbar sein dürfte; zu denken ist insofern etwa an Aufklärungs- oder vergleichbare Pflichten, deren genauer Inhalt sich in Abhängigkeit von spezifischen, im Vorhinein eventuell nicht bekannten oder in ihrer Entwicklung schwer absehbaren Gegebenheiten bestimmt. Anders stellt sich die Situation dar, wenn Obhutspflichten über Sachen begründet werden. Deren Entstehung setzt u.a. schon tatbestandlich eine gesteigerte Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache voraus. Dies rechtfertigt die Annahme regelmäßig bestehender Beherrschbarkeit des der Sache anhaftenden Integritätsrisikos. Zwar folgt aus der hinsichtlich einer fremden Sache gegenüber deren Eigentümer entstandenen Schutzpflicht auch die Notwendigkeit, gewisse Handlungen vorzunehmen, um zu verhindern, dass eine Beschädigung eintritt, jedoch geht der Inhalt der Pflicht darüber hinaus und führt wegen der beim Besitzer grundsätzlich zu bejahenden Beherrschbarkeit des Beschädigungsrisikos sowie des Umstands, dass

⁶³¹ *Heinemann*, Beweislastverteilung, S. 82 f.

⁶³² Vgl. *Heinemann*, NJW 1990, 2345, 2347.

⁶³³ Als solche kommen etwa in Betracht der Umfang der vom Mandanten mitgeteilten erforderlichen Tatsachenumstände, das Verhalten eventueller Zeugen sowie die Beweiswürdigung und rechtliche Einordnung durch das Gericht.

dieser mit dem Eigentümer durch eine Sonderbeziehung verbunden ist, zu der Wertung, dass er letzterem auch die Unterlassung der Integritätsbeeinträchtigung als Erfolg schuldet, dafür also garantieähnlich im oben genannten Sinn einstehen muss.

Damit wird ein in Bezug auf die Rechtfertigung der Verschuldensvermutung bestehender Gleichlauf der Leistungs- mit den Schutzpflichten deutlich. Die vertragliche Leistungspflicht entsteht mit der in der Vereinbarung vom Schuldner übernommenen Verpflichtung. Dieser Umstand dient zugleich als Grundlage für die in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zum Ausdruck gekommene Wertung, dass der Gläubiger hinsichtlich der Last des Verschuldensnachweises privilegiert werden solle. Parallel verhält es sich bei Obhutspflichten. Die gesteigerte Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache des Gläubigers stellt eine für die Entstehung dieser Schutzpflicht essentielle Voraussetzung dar; und genau dieser Umstand, nämlich dass der Schuldner im Rahmen einer Sonderverbindung vom Gläubiger mit dessen Willen die Beherrschbarkeit des Beschädigungsrisikos hinsichtlich der fremden Sache erlangt hat, führt dazu, dass er für den Erfolg der Integritätswahrung einzustehen hat, und rechtfertigt es damit, ihm die Last der Exkulpation aufzuerlegen. In beiden Fällen bedingen also die im Entstehungstatbestand der jeweiligen Pflicht enthaltenen besonderen Merkmale die Anwendbarkeit der Verschuldensvermutung.⁶³⁴

Das der Differenzierung von verhaltens- und erfolgsbezogenen Pflichten dienende Kriterium der Beherrschbarkeit des in der Natur des Schuldverhältnisses angelegten Risikos ist nicht etwa nur für die von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängige und weiteren Wertungskriterien zugängliche Verteilung der (konkreten) Beweisführungslast von Bedeutung. Zwar ist beim ersten Glied der gedanklichen Kette eine Bewertung von Umständen für die Zuordnung des Risikos maßgebend, jedoch besteht insofern kein Unterschied zu vertraglich vereinbarten

⁶³⁴ Mit ähnlichem Grundgedanken spricht sich auch *Wahrendorf* für die Einbeziehung von Schutzpflichten in den Anwendungsbereich der Verschuldensvermutung aus; allerdings nimmt er keine Differenzierung nach Erfolgs- oder Verhaltensbezogenheit der Pflichten vor, da er alle Schutzpflichten gleichermaßen im Vertrauensprinzip begründet sieht, vgl. *Wahrendorf*, Prinzipien der Beweislast, S. 108–110.

Hauptleistungspflichten. Denn auch die Annahme eines Vertragschlusses stellt das Ergebnis einer Bewertung von Umständen, nämlich des Verhaltens der Vertragsparteien, dar: Erst die Feststellung, dass die abgegebenen Willenserklärungen sich decken, und deren inhaltliche Deutung bestimmen auch den Inhalt der jeweiligen Vertragspflicht, was die Bestimmung von deren Charakter als entweder erfolgs- oder verhaltensbezogen ermöglicht. Ähnlich wie sich auf Grund des unterschiedlichen Inhalts der Pflichten bei Dienst- und Werkvertrag eine Einteilung vornehmen lässt, kann auch bei Schutzpflichten durch Kategorisierung derselben die objektive Beweislast vor Beginn eines Rechtsstreits abstrakt bestimmt werden, so dass die vom BVerfG insoweit aufgestellten Anforderungen eingehalten werden.⁶³⁵

Daraus folgt, dass zu Gunsten des Eigentümers, der gegenüber dem Fremdbesitzer Schadensersatz wegen Beschädigung der Sache gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB geltend macht, die Verschuldensvermutung aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eingreift.

(3) Regelungsgehalt der Verschuldensvermutung

Wenn aber schon die Verletzung von Sorgfaltspflichten – wie eingangs gesehen – eine Verhaltensbewertung voraussetzt und dieses Tatbestandsmerkmal des § 280 Abs. 1 BGB bereits zuvor vom Gläubiger bewiesen worden ist, stellt sich das Problem, welche darüber hinausgehende Bedeutung noch der Verschuldensvermutung zukommen kann.

So wird denn auch vertreten, dass dem Entlastungsbeweis nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bei Schutzpflichtverletzungen überhaupt nichts bleibt.⁶³⁶ In diesen Fällen sei die Pflichtverletzung identisch mit der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB.⁶³⁷ Anderer Ansicht ist *Riehm*, der den Anwendungsbereich der Beweislastumkehr bei Verletzung von Rücksichtspflichten dadurch offen hält, dass er letztere als „abstrakt-generelle Regeln der Kunst“ definiert und hinsichtlich der

⁶³⁵ Vgl. BVerfGE 52, 131, 147 (NJW 1979, 1925) – und die dazu bereits oben (S. 183 f., insb. bei Fn 620) gemachten Ausführungen.

⁶³⁶ *Wagner* in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, 203, 223.

⁶³⁷ *Wilhelm*, JZ 2004, 1055, 1060; ähnlich *Braun*, AcP 205 (2005), 127, 130.

Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB einen konkret-individuellen Maßstab anlegt.⁶³⁸ Das dahinter stehende Bemühen um ein ausgewogenes Verhältnis von Rechtssicherheit einerseits und Einzelfallgerechtigkeit andererseits ist zwar anerkennenswert; allerdings lässt dieser Ansatz außer Acht, dass insbesondere verhaltensorientierte Schutzpflichten in ihrer Entstehung situationsgebunden sind,⁶³⁹ woran deren abstrakt-generelle Bestimmung scheitern muss. Um weder Aspekte der Rechtssicherheit zu vernachlässigen noch eine Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falles auszuschließen, ist ausgehend von einer Kategorisierung nach erfolgs- und verhaltensgebundenen Pflichten eine Differenzierung nach „äußerer“ und „innerer“ Sorgfalt angezeigt. So werden die beiden Komponenten des in § 276 Abs. 2 BGB enthaltenen Begriffs offen gelegt, die dem Unterschied Rechnung tragen, der zwischen dem – objektiv-wertend ermittelten – sachgemäßen Verhalten und der inneren Einstellung besteht, kraft derer die bei einer Verschuldenshaftung erforderliche Zurechnung der Verantwortung erfolgt.⁶⁴⁰ Dies ermöglicht es, eine Einteilung vorzunehmen, derzufolge ein Verstoß gegen das typisierend bestimmte Höchstmaß der Sorgfalt eine Pflichtverletzung darstellt, die grundsätzlich zur Beweislast des Gläubigers steht,⁶⁴¹ während im Rahmen der „inneren“ Sorgfalt – gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vom Schuldner zu beweisende – Umstände Berücksichtigung finden, die Aspekte der Vorhersehbarkeit, der (Er-)Kenntnis sowie Zumutbarkeit betreffen und somit die Zurechenbarkeit zum Verantwortungsbereich des Schuldners, also das Verschulden begründen.⁶⁴² Mittels dieser Unterscheidung kann die Verantwortlichkeit des Schuldners für einen seinem Handeln objektiv anhaftenden Mangel sinnvoll demselben zugewiesen werden, weil die Frage nicht unberücksichtigt bleibt, ob er die in Frage stehende Pflicht in der konkreten Situation erfüllen konnte

⁶³⁸ FS Canaris, 1079, 1091 f.

⁶³⁹ Vgl. nur BTDrucks 14/6040, S. 126.

⁶⁴⁰ Näher dazu *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 892 f., 903 f.

⁶⁴¹ S. *Deutsch*, JZ 2002, 588, 591.

⁶⁴² Vgl. insbesondere die Ausführungen von *Deutsch*, Allg. HaftungsR, S. 249–252 Rn 386–388, 390; daneben *Schwarze*, Leistungsstörungen, § 34 Rn 21 f. (S. 428 f.).

oder nicht.⁶⁴³ Ob die Pflichtverletzung etwa auf Grund eines Irrtums⁶⁴⁴ oder anderer die Zumutbarkeit berührender Umstände unvermeidbar war,⁶⁴⁵ beantwortet sich jedoch nicht anhand der persönlichen Eigenschaften oder Schwächen des Handelnden;⁶⁴⁶ vielmehr gilt auch hier ein im Grundsatz objektiver Maßstab, der jedoch insoweit eine Modifizierung erfährt, als er entsprechend den Anforderungen an den jeweiligen Verkehrskreis, dem der Schuldner angehört, ausgeformt wird.⁶⁴⁷

Demnach muss der Eigentümer bei erfolgsbezogenen Pflichten, wie derjenigen des Fremdbesitzers, die ihm überlassene Sache nicht zu beschädigen, die Umstände, die zur Annahme einer entsprechenden Schutzpflicht führen, sowie die Beschädigung beweisen. Dadurch wird der Anscheinsbeweis begründet, dass diese auf ein pflichtwidriges Verhalten des Fremdbesitzers zurückzuführen ist. Wenn Letzterer konkrete Tatsachen behauptet und beweist, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ergibt, ist der Schluss aus dem typischen Geschehensablauf, auf dem der Anscheinsbeweis beruht, außer Kraft gesetzt und durch die Möglichkeit ersetzt, dass ausnahmsweise ein atypischer Sachverhalt vorliegt,⁶⁴⁸ in welchem Falle der Eigentümer den vollen Beweis der Pflichtverletzung des Fremdbesitzers führen muss.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die durch § 280 Abs. 1 S. 2 BGB aufgestellte Umkehr der Beweislast bei erfolgsbezogenen Pflichten dem Eigentümer als Gläubiger des Schadensersatzanspruchs im Hinblick auf die innere Sorgfalt zu Gute kommt, hinsichtlich derer es

⁶⁴³ Vgl. insoweit *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, S. 369 f.; grundsätzlich gegen die Unterscheidung von äußerer und innerer Sorgfalt: *Fabarius*, Sorgfalt, S. 110, 114, 121, 139 ff.

⁶⁴⁴ *Huber* erkennt als einzigen den nicht vorwerfbaren Tatsachen- oder Rechtsirrtum als einen Fall an, in dem der Schuldner eine Pflichtverletzung begehen kann, die er nicht zu vertreten hat (*ders.* in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 31, 102).

⁶⁴⁵ Vgl. dazu *Schwarze*, Leistungsstörungen, § 34 Rn 22 (S. 429): konfligierende, zumutbarerweise nicht als nachrangig anzusehende Handlungspflicht; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, S. 252 Rn 390: Überraschende Unfähigkeit, plötzlich drohende Gefahr.

⁶⁴⁶ So auch *Huber* in: *FS E. R. Huber*, 253, 283.

⁶⁴⁷ Vgl. *Grundmann* in: *MüKo*, § 276 Rn 54; *Spickhoff*, *NJW* 2002, 2530, 2536; *Kritisch Brügge*, *HaftungsR*, S. 74.

⁶⁴⁸ *Prütting* in: *MüKo*, ZPO, § 286 Rn 65.

dem Fremdbesitzer als Schuldner somit obliegt, sich zu exkulpieren.⁶⁴⁹ Im Hinblick auf verhaltensbezogene Pflichten greift auf Grund teleologischer Reduktion des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB dessen Verschuldensvermutung nicht ein.⁶⁵⁰

(4) Haftungsunterschiede

Nach Darstellung der Grundzüge von Geltungsgrund und Gehalt der in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehenen Verschuldensvermutung kann sich die Untersuchung anschließen, inwiefern deren Anwendung in Fällen des Fremdbesitzerexzesses zu von den Lösungen der Rechtsprechung und den bisherigen Literaturmeinungen abweichenden Ergebnissen führt.

Wie oben ausgeführt, bringt die Rechtsprechung hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs des Eigentümers gegen den Fremdbesitzer § 823 BGB zur Anwendung. Das in dieser Norm vorausgesetzte Verschulden des Letzteren in Bezug auf die Beschädigung der Sache müsste nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen an sich der Verletzte, also hier der Eigentümer tragen.⁶⁵¹ Jedoch wurde vom BGH die Möglichkeit der Beweislastumkehr nach Differenzierung anhand von äußerer und innerer Sorgfalt auch im Falle der Verletzung einer deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflicht zugelassen.⁶⁵² Dem kann zumindest in

⁶⁴⁹ Gleiches gilt in dem Fall, dass der Schuldner sich eines Erfüllungsgehilfen bedient, vgl. *Unberath* in: Bamberger/Roth, § 278 Rn 51.

⁶⁵⁰ In diesem Fall kommt für den Gläubiger jedoch eine Beweiserleichterung in Bezug auf den Beweis der Pflichtverletzung in Gestalt des Anscheinsbeweises in Betracht, wenn sie sich im Gefahrenbereich des Schuldners ereignet hat, vgl. hierzu *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 909, allerdings ist ihm wegen der oben dargelegten Unterscheidung zwischen Beweis *erleichterungen* und der Verteilung der Beweis*last* insofern nicht zuzustimmen, als er „bei der totalen Beherrschung der Situation durch den Schuldner“ für die Annahme einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung plädiert (aaO, 909 f.); neben der Möglichkeit eines Anscheinsbeweises hinsichtlich der Pflichtverletzung besteht bei einem Verstoß gegen verhaltensbezogene Pflichten – parallel zu nach § 823 Abs. 1 BGB zu entscheidenden Fällen – eine solche auch in Bezug auf das Verschulden, vgl. hierzu unten S. 194 f.

⁶⁵¹ S. nur *Sprau* in: Palandt, § 823 Rn 80.

⁶⁵² NJW 1986, 2757 f.: „Die Verletzung der äußeren Sorgfalt indiziert entweder die der inneren Sorgfalt oder es spricht ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt“.

dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Wie bereits ausgeführt, beruht die in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zum Ausdruck gekommene Vermutung des Verschuldens darauf, dass der Schuldner für einen Erfolg garantieähnlich einstehen muss. Dies ist der Fall bei erfolgsbezogenen Pflichten, wobei sich diese Erfolgsbezogenheit aus vertraglicher Vereinbarung oder gesetzlich vorgezeichneter Wertung ergeben kann. Dass Obhutspflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB als erfolgsbezogen anzusehen sind, folgt aus der Beherrschbarkeit des Beschädigungsrisikos durch den unmittelbaren Besitzer der Sache und dem Umstand, dass der Eigentümer ihm diese freiwillig im Zuge einer durch Zweckübereinstimmung gekennzeichneten Sonderverbindung überlassen hat. Die somit bestehende qualifizierte Nähebeziehung rechtfertigt es, dem Schuldner die Last aufzuerlegen, sich exkulpieren zu müssen, wenn er den Erfolg, die Sache nicht zu beschädigen, nicht herbeigeführt hat.⁶⁵³ Anders ist die deliktische Haftung des § 823 Abs. 1 BGB konzipiert; diese setzt nicht voraus, dass zwischen den Parteien ein individualisierendes Band geknüpft wurde, das es einem Beteiligten gebietet, die Belange gerade des anderen Beteiligten zu wahren. Demnach bietet sie auch keine Grundlage für die Annahme, der Schädiger müsse garantieähnlich für den Erfolg der Nichtschädigung der Rechte des Anderen einstehen.

Nachvollziehbar ist daher noch der Schritt des BGH, bei einem objektiven Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Rahmen der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens anzunehmen.⁶⁵⁴ Denn die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz setzt voraus, dass sie ihrem Zweck nach gerade auch dem Schutz des Geschädigten dient. Darin kommt also die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass gerade auch dem Geschädigten gegenüber die – im Vergleich mit der Haftung nach Abs. 1 des § 823 BGB – besondere Verpflichtung besteht, ihn nicht zu schädigen.

⁶⁵³ Vgl. *Güldner*, Beweislast, S. 71, 147, der auch den Umstand, dass Schutzpflichten gegenüber einer bestimmten Person bestehen, als im Rahmen der Beweislast maßgebend bezeichnet; ebenso im Ergebnis in Bezug auf anlässlich einer vertraglichen Nähebeziehung entstandene Schutzpflichten: *Rother*, NJ 2012, 317, 320.

⁶⁵⁴ NJW 1968, 1279, 1281.

Zu weit geht allerdings die Annahme einer Verschuldensvermutung auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB,⁶⁵⁵ wenn nicht der Gesetzgeber an anderer Stelle zu erkennen gegeben hat, dass dies für bestimmte Anwendungsbereiche doch angezeigt ist.⁶⁵⁶ Ansonsten gelangte man im Falle eines non liquet zu einer Haftung ohne Verschulden,⁶⁵⁷ wodurch die allgemeine Handlungsfreiheit unangemessen stark beschränkt würde.⁶⁵⁸ Dieses Ergebnis wird gestützt durch die systematische Erwägung, dass eine allgemein formulierte Verschuldensvermutung nur in der für Sonderverbindungen anwendbaren Anspruchsnorm des § 280 Abs. 1 BGB, nicht jedoch in § 823 Abs. 1 BGB vorgesehen worden ist.⁶⁵⁹ Die in §§ 831 ff. BGB enthaltenen Umkehrungen können nur für die jeweils dort geregelten Sonderkonstellationen Geltung beanspruchen: Ohne wie bei § 278 BGB eine unbedingte Einstandspflicht für Verhalten und Verschulden von Hilfspersonen statuiert zu haben,⁶⁶⁰ soll mit der Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dennoch dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der Geschäftsherr sich zum eigenen Nutzen eines Gehilfen bedient,⁶⁶¹ wobei die Haftung auf Grund eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn hinsichtlich pflichtwidriger Auswahl oder Überwachung des Gehilfen entsteht.⁶⁶² Die entsprechen-

⁶⁵⁵ Vgl. BGH, NJW 1969, 269, 274 f.

⁶⁵⁶ Dies ist später etwa mit Einführung des ProdHaftG geschehen, dem sich der Gedanke entnehmen lässt, dass auch in Fällen der deliktischen Produzentenhaftung eine generelle Entlastung des Geschädigten in Form einer Verschuldensvermutung erfolgen kann. Es stellt jedoch eine nicht verallgemeinerungsfähige Sonderkonstellation dar, weil der Produzent die gesamten Produktionsabläufe vollkommen beherrscht, während der Geschädigte keinerlei Einblicke hat und ihm daher der Nachweis des Verschuldens regelmäßig unmöglich wäre.

⁶⁵⁷ Vgl. *Katzenmeier* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Hdb. d. Beweislast, § 823 Rn 40 f.

⁶⁵⁸ S. hierzu *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 893; *ders.*, JZ 2002, 588.

⁶⁵⁹ Auch findet § 280 Abs. 1 S. 2 BGB keine Anwendung im Rahmen der deliktischen Haftung, s. *Katzenmeier* in: NK-BGB, § 823 Rn 550 (Fn 2793).

⁶⁶⁰ Diesbezüglich bezweifelte man, dass „manche der Schonung bedürftenden industriellen Zweige sowie die kleine Landwirthschaft eine so schwere Last ertragen können“, vielmehr würden durch die im ersten Entwurf noch nicht enthalten gewesene Umkehr der Beweislast die Belange des Geschädigten ausreichend und angemessen berücksichtigt, vgl. Prot. II, 603.

⁶⁶¹ *Weitnauer*, VersR 1970, 585, 593; a.A. *Belling* in: Staudinger, § 831 Rn 5, s. dazu bereits oben unter III. 1. c) (2) (c), dort S. 70 f. i.V.m. Fn 252.

⁶⁶² *Wagner* in: Grundstrukturen DeliktsR, 189, 295 f.; *Jakobs*, VersR 1969, 1061, 1065, der zutreffend die bis auf den Unterschied des Einschaltens eines

den Regelungen in §§ 832 und 833, 834 BGB bzgl. des Aufsichtspflichtigen bzw. des Tierhalters und –aufsehers sowie in §§ 836, 837 BGB zur Haftung des Grundstücks- bzw. Gebäudebesitzers gründen in der Beherrschung und besseren Beherrschbarkeit der jeweiligen Gefahrenquelle durch den Normadressaten. Aus der einzelnen Aufzählung der die allgemeine Regel verdrängenden Spezialtatbestände folgt deren Ausnahmecharakter, weshalb der ihnen zu Grunde liegende Gedanke nicht verallgemeinernd im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB fruchtbar gemacht werden kann.⁶⁶³ Gegen die Annahme einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich des in der deliktischen Grundnorm vorausgesetzten Verschuldens sprechen neben diesen systematischen auch auf dem Verfassungsrecht fußende Erwägungen, da nach dem das Rechtsstaatsprinzip prägenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Beweislastumkehr nur in Betracht kommt, wenn die Anwendung der Grundregel der Beweislast unerträglich wäre. Eine Beweislastverteilung nach Billigkeit oder danach, wem der Beweis einfacher möglich oder eher zumutbar ist, scheidet demnach grundsätzlich aus.⁶⁶⁴ Ebenso ist im Interesse der Rechtssicherheit eine am genannten Maßstab orientierte, generelle Regelbildung erforderlich.⁶⁶⁵

Somit ist die Umkehr der Beweislast für das Verschulden in § 823 Abs. 1 BGB prinzipiell ausgeschlossen.⁶⁶⁶ Es bleibt jedoch die Möglichkeit der Beweiserleichterung durch Anscheinsbeweis in Einzelfällen, in denen „ein typischer Geschehensablauf vorliegt, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache hinweist und so sehr das Gepräge des Gewöhnlichen und Üblichen trägt, daß die besonderen

Verrichtungsgehilfen bestehende Strukturgleichheit von §§ 823 und 831 BGB herausstellt, weshalb der dem § 831 BGB einzig verbleibende Sinn die Umkehr der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens sei.

⁶⁶³ Ebenso *Belling* in: Staudinger, § 836 Rn 4, 15; vgl. auch *Katzenmeier*, JuS 2003, 943, 947 Fn 68; a.A. *Wagner* in: MüKo, § 836 Rn 5; *Spindler* in: Bamberger/Roth, § 836 Rn 2.

⁶⁶⁴ *Reinhardt*, NJW 1994, 93, 99.

⁶⁶⁵ *Prütting* in: MüKo, ZPO, § 286 Rn 128; *Foerste* in: Musielak, § 286 Rn 37.

⁶⁶⁶ Insoweit übereinstimmend *Rother*, NJ 2012, 317, 321, der jedoch für die Einführung einer Verschuldensvermutung im Deliktsrecht plädiert; ob dies allerdings wegen der weitreichenden Konsequenzen hinsichtlich der bereits angesprochenen Beschränkung der Betätigungsfreiheit rechtspolitisch erstrebenswert und angesichts der ebenfalls angedeuteten verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig ist, erscheint zweifelhaft.

individuellen Umstände in ihrer Bedeutung zurücktreten.“⁶⁶⁷ Der Unterschied zwischen Verschuldensvermutung und prima-facie-Beweis liegt darin, dass, wenn hiernach in einer gegebenen Situation ein Verschulden typischerweise besteht, der Schädiger lediglich zur Führung des Gegenbeweises die richterliche Überzeugung zu erschüttern braucht, während der Schuldner im Falle einer Verschuldensvermutung den strengeren Beweis des Gegenteils im Sinne des § 292 ZPO führen, also beim Richter die positive Überzeugung erzielen muss, dass das vermutete Merkmal nicht vorliegt.⁶⁶⁸

(5) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist demnach festzustellen, dass die hier vorgeschlagene Lösung der Problematik des exzedierenden Fremdbesitzers nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB für diesen im Vergleich mit dem von der Rechtsprechung gewählten Ansatz zu einer beweisrechtlich strikteren Haftung führt. Ein Gleichlauf hinsichtlich der Vermutung des Verschuldens besteht jedoch mit der im Schrifttum vertretenen Vorgehensweise, Vorschriften des EBV analog anzuwenden, da allgemein eine analoge Heranziehung auch der Regelung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf im EBV gründende Schadensersatzansprüche befürwortet wird.⁶⁶⁹

b) Haftungsmaßstab im Schutzpflichtverhältnis

Die Begründung von Fremdbesitz ist nicht stets dadurch motiviert, dass der Fremdbesitzer die Sache nutzen können soll, wie dies etwa bei der Miete der Fall ist. Ebenso können Konstellationen vorkommen, in denen er die Sache in Obhut nimmt, ohne dass es ihm auf den Gebrauch derselben ankommt, sondern er dies vorrangig deswegen tut, um den

⁶⁶⁷ Vgl. zu dieser Definition des Anscheinsbeweises BGH, NJW 1987, 1944.

⁶⁶⁸ Vgl. *Prütting* in: MüKo, ZPO, § 286 Rn 65, § 284 Rn 21 f.

⁶⁶⁹ Vgl. *Wieling*, SachenR I, S. 569; *Bassenge* in: Palandt, § 989 Rn 5; *Fritzsche* in: Bamberger/Roth, § 989 Rn 20; *Gursky* in: Staudinger, § 989 Rn 38; wenigstens im Schuldnerverzug: *Baldus* in: MüKo, § 989 Rn 17.

Eigentümer insoweit zu entlasten, als dieser währenddessen nicht für deren Verbleib und Integrität Sorge zu tragen braucht. Diese Interessenlage findet sich in seiner reinsten Form bei der Verwahrung; allerdings besteht sie etwa ebenfalls dann, wenn der Eigentümer dem Fremdbesitzer die Sache zum Zwecke der Vornahme einer Reparatur an derselben übergibt, auch wenn dann die Erbringung der Werkleistung im Vordergrund steht.

(1) Gesetzliche Haftungsprivilegierungen

In den zuletzt genannten Fällen ist der Fremdbesitzer vorrangig zur Wahrung der Interessen des Eigentümers tätig. In der Regel wird als Ausgleich dafür sowie für die Belastung mit dem Risiko, sich wegen eventueller Beschädigung der Sache Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu sehen, ein Entgelt zu Gunsten des Fremdbesitzers vereinbart sein. Für den Fall, dass ein solches nicht vorgesehen worden ist, entsteht ein Ungleichgewicht, da der Fremdbesitzer zwar in fremdem Interesse handelt, jedoch keine Gegenleistung erhält, die u.a. sein Risiko der Haftung für die Beschädigung der Sache kompensiert. Diesem Umstand trägt bei der Verwahrung die Regelung des § 690 BGB aus Gründen der Billigkeit dadurch Rechnung, dass der im Normalfall einschlägige Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB zu Gunsten des unentgeltlichen und somit rein fremdnützig handelnden Verwahrers auf den Grad der *diligentia quam in suis* nach § 277 BGB abgesenkt wird.⁶⁷⁰ Diese bei Bestehen eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages gegebene Interessenlage ist jedoch in den Fällen, in denen der (unentgeltliche) Vertrag unwirksam oder gänzlich unabhängig von einer vertraglichen Bindung ein Schutzpflichtverhältnis mit schadensersatzbewehrten Obhutspflichten entstanden ist, sehr ähnlich. Damit stellt sich die Frage, ob die in der genannten Norm und anderen für bestimmte Schuldverhältnisse geltenden Vorschriften⁶⁷¹ vorgesehene Haftungsmilderung generell auf das Schutzpflichtverhältnis übertragbar ist. Während dies

⁶⁷⁰ Vgl. zum Normzweck *Henssler* in: MüKo, § 690 Rn 1.

⁶⁷¹ Vgl. etwa §§ 521, 599, 680, 968, 708, 1359, 1664 BGB.

teilweise bejaht wird,⁶⁷² lehnt insbesondere *Gerhardt* eine entsprechende Anwendung ab: Da gesetzliche Haftungserleichterungen auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bezogen seien und somit die Leistungspflicht selbst beschränkten, könnten sie in Bezug auf das von Leistungspflichten unabhängige Schutzpflichtverhältnis keine Auswirkung haben; für die Anwendbarkeit einer gesetzlichen Haftungsmilderung komme es auf die Wirksamkeit des Vertrages an, weil nicht die rechtlich unverbindliche Absicht, einem anderen etwas unentgeltlich zu Gute kommen zu lassen, privilegiert werde, sondern erst die rechtsverbindliche Vermögensverschiebung.⁶⁷³

Dieser Begründung kann überwiegend nicht gefolgt werden. Der Normzweck etwa der Regelung des § 521 BGB geht dahin, durch Senkung des Haftungsmaßstabs ein altruistisches Verhalten zu privilegieren,⁶⁷⁴ nämlich die entgeltlose Zurverfügungstellung irgendeiner Vermögensposition, beispielsweise eines Wertgegenstandes. Wenn nun aber eine Sache tatsächlich übergeben wurde, ohne dass es zu einer Gegenleistung gekommen ist und es dazu auch nicht kommen wird, so hat der Empfänger trotzdem faktisch den Vorteil der Nutzbarkeit derselben. Der Grund für eine Haftungsmilderung liegt also gleichermaßen vor, ohne dass es darauf ankäme, ob die Übergabe ursprünglich von einer rechtswirksamen causa getragen war. Er besteht in der Uneigennützigkeit des Schenkers und nicht etwa darin, dass der Beschenkte das Vertragsangebot freiwillig angenommen hat und damit gleichsam einen Verzicht für den Fall nur einfacher Fahrlässigkeit erklärt hätte;⁶⁷⁵ ansonsten müsste auch etwa im Kaufrecht stets eine entsprechende Haftungsprivilegierung des Verkäufers anzunehmen sein. Die Vertragsform oder die Frage der Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung sind mithin für die Anwendbarkeit von gesetzlichen Haftungsmilderungsnormen auf das Schutzpflichtverhältnis nicht maßgeblich.⁶⁷⁶

⁶⁷² *Canaris*, JZ 1965, 475, 481.

⁶⁷³ *Gerhardt*, JuS 1970, 597, 601, 603.

⁶⁷⁴ *Koch* in: MüKo, § 521 Rn 1.

⁶⁷⁵ In diesem Sinne aber wohl *Gerhardt*, JuS 1970, 597, 600 r. Sp., 603 l. Sp.

⁶⁷⁶ Auf einen möglichen Ausgleich durch Rückabwicklung kraft Bereicherungsrechts zu verweisen, geht ins Leere, wenn der Rückgabeverpflichtete hinsichtlich der nach § 818 Abs. 1, 2 BGB herauszugebenden bzw. zu ersetzenden Nutzungen gemäß § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist. Auch wenn *Gerhardt* diesen Aspekt nicht vertieft, will er allerdings für den Fall eine Ausnahme machen,

Allerdings ist die Übertragung von für bestimmte Vertragstypen vorgesehenen Haftungsprivilegierungen (vgl. §§ 521, 599, 690 BGB) auf das Schutzpflichtverhältnis auch deswegen bruchlos möglich, weil Letzteres der vertraglichen Beziehung insoweit strukturell ähnelt, als es ebenfalls durch Individualisierung, Personalisierung und Zweckübereinstimmung sowie Freiwilligkeit hinsichtlich dessen Aufnahme geprägt ist.

An einem restriktiven Ansatz richtig ist allein, dass die uneigennützig e Einräumung von Besitz an einer Sache nicht hinsichtlich sämtlicher Schutzpflichten einen geringeren Sorgfaltsmaßstab rechtfertigen kann.⁶⁷⁷ Für die Begründung der Möglichkeit, gesetzliche Haftungsmilderungen auf das Schutzpflichtverhältnis anzuwenden, ebenso wie für die Begrenzung der Fälle, in denen dies angezeigt ist, kommt es entscheidend darauf an, ob das im Rahmen der Sonderverbindung von den Beteiligten gezeigte Verhalten und die dabei herrschende Motivationslage unter Berücksichtigung des Normzwecks des in Betracht kommenden Haftungserleichterungstatbestands die darin vorgesehene Rechtsfolge rechtfertigen.⁶⁷⁸ Dies setzt eine Untersuchung der Ratio der einzelnen Regelungen voraus, die gegenüber § 276 Abs. 1, 2 BGB eine Modifikation hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen vorsehen.⁶⁷⁹

Die Bestimmung in §§ 708, 1359 BGB, nur für diejenige Sorgfalt entstehen zu müssen, die der jeweilige Normadressat auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, beruht auf dem Gedanken, dass zwischen den Beteiligten der dort geregelten engen Beziehungen eine freiwillig eingegangene Schicksalsgemeinschaft besteht, innerhalb derer der eine Beteiligte den anderen zu nehmen hat wie er ist.⁶⁸⁰ Zwar haben

dass die geschenkte Sache einen selbstständigen, besonderen Nutzungswert hatte und dieser neben der Rückabwicklung der unwirksamen Schenkung nicht zu realisieren ist (vgl. *dens.*, JuS 1970, 597, 602), was jedoch außerhalb der Logik seines eigenen Begründungsansatzes liegt.

⁶⁷⁷ Zu denken wäre beispielsweise daran, dass der Beschenkte nach Abschluss des Schenkungsvertrages zur Abholung der vertragsgegenständlichen Sache abredegemäß das Haus des Schenkers aufsucht und sich bei einem Sturz auf der dortigen Haustreppe verletzt, weil Letzterer es fahrlässig, jedoch nicht grob fahrlässig, verabsäumt hat, auf eine lockere Stufe hinzuweisen.

⁶⁷⁸ Ähnlich *Dölle*, ZgS 103, 67, 84: „Der Haftungsmaßstab ist abhängig von dem Zweck, der mit dem sozialen Kontakt verfolgt wird“.

⁶⁷⁹ Die folgende Darstellung enthält keine abschließende Aufzählung.

⁶⁸⁰ Vgl. (zu § 708 BGB) Prot. II, 420; *Müller-Graff*, AcP 191 (1991), 475, 483; *Schöne* in: *Bamberger/Roth*, § 708 Rn 2; daneben *Roth* in: *MüKo*, § 1359 Rn 2.

sich die Beteiligten einer Sonderverbindung auch freiwillig aufeinander eingelassen, ein solch enges Verhältnis wie zwischen Gesellschaftern und Ehegatten besteht in einer außervertraglichen Schutzpflichtbeziehung jedoch in der Regel nicht, so dass für diese der den §§ 708, 1359 BGB zu Grunde liegende Gedanke regelmäßig nicht fruchtbar gemacht werden kann. Die Regelung des § 1664 BGB hebt auf die Besonderheiten im Verhältnis von Eltern zu ihrem Kind ab,⁶⁸¹ kann daher ebenso wenig herangezogen werden. Die Begrenzung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in § 680 und § 968 BGB kann darauf zurückgeführt werden, dass u.a. damit ein Anreiz geschaffen werden sollte, von sich aus, also einseitig, in fremdem Interesse (zur Gefahrabwendung bzw. Rückführung des gefundenen Gegenstands an den Berechtigten) tätig zu werden. Die Einseitigkeit unterscheidet jedoch diese Situationen von denjenigen, in denen von mehreren freiwillig eine Sonderverbindung eingegangen wird. Daher enthalten §§ 680, 968 BGB keine zur Übertragung auf hier interessierende Konstellationen geeignete Grundlage. In Betracht kommt der Rekurs auf die den §§ 521, 599 BGB zu entnehmende Wertung, Schenker und Verleiher wegen deren Uneigennützigkeit und der Unentgeltlichkeit ihrer Handlung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einstehen zu lassen.⁶⁸² Allerdings betreffen diese Normen die Haftung desjenigen, der die Sache weggibt. Da es bei den hier vorrangig interessierenden Fällen des Fremdbesitzerexzesses um die Frage der Haftung desjenigen geht, der die Sache entgegennimmt, in Obhut hat und schließlich zurückgeben muss, ist eine Anlehnung an die bereits angesprochene Regelung des § 690 BGB naheliegend, die dem unentgeltlichen Verwahrer eine Begrenzung auf die *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* (§ 277 BGB) konzidiert. Allerdings kann das bei der Erfüllung der innerhalb einer Sonderverbindung bestehenden Obhutspflichten des unentgeltlich tätigen Fremdbesitzers von diesem anzuwendende Maß an persönlicher Sorgfalt – dem Normzweck des § 690 BGB entsprechend – nur in solchen Fällen herabgesetzt werden, in denen eine Beeinträchtigung der Sache selbst sowie auf diesem Umstand beruhende Folgeschäden in Frage stehen,

⁶⁸¹ Vgl. näher zur Intention dieser Vorschrift *Hager*, NJW 1989, 1640, 1646.

⁶⁸² Zum Normzweck von § 599 BGB vgl. *Mansel* in: Jauernig, § 599 Rn 1; bzgl. § 521 BGB s. bereits oben S. 197 i.V.m. Fn 674.

nicht jedoch in solchen, in denen keinerlei innerer Zusammenhang zur Integritätsbeeinträchtigung der Sache besteht, sondern Schäden an anderen Rechtsgütern unabhängig hiervon auf Grund sonstigen Verhaltens des Fremdbesitzers eintreten.⁶⁸³

Bedenken begegnet hingegen die Verengung der Schutzrichtung des § 690 BGB auf ausschließlich die verwahrte Sache selbst.⁶⁸⁴ Schließlich erscheint es widersprüchlich, hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit des Fremdbesitzers, die Verschlechterung der in Obhut gehaltenen Sache nicht verhindert zu haben, für den Fall, dass lediglich diese Sache beeinträchtigt wird, einen milderen Haftungsmaßstab anzulegen als in der Konstellation, dass dadurch nach Rückgabe auch an anderen Rechtsgütern des Eigentümers Beschädigungen als Folgeschäden hervorgerufen werden.⁶⁸⁵

Wenn also innerhalb einer außervertraglichen Sonderverbindung der eine Beteiligte unter Verfolgung des gemeinsamen Zwecks temporär Fremdbesitz an der Sache des anderen begründet, ohne dass dafür nach dem Verständnis beider Teile irgendeine Art von Gegenleistung zu erwarten oder zu gewähren wäre, ist es für den Fall des Verstoßes gegen die entstandene Obhutspflicht durch Beschädigung der Sache nach dem Normzweck des § 690 BGB gerechtfertigt, einen Schadensersatzanspruch gegen den Fremdbesitzer nur zu bejahen, wenn dieser selbst diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen hat, die er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Eine hiermit nicht in Zusammenhang stehende, aber eventuell bei Gelegenheit der Obhutsausübung etwaig vom Fremdbesitzer bewirkte Schädigung des Eigentümers an anderen Rechtsgütern bemisst sich hingegen nach dem in § 276 Abs. 1, 2 BGB genannten Maßstab, sofern sich diese nicht als Folgeschaden der Beeinträchtigung der in Obhut gehaltenen Sache darstellt.

⁶⁸³ Ähnlich *Strätz* in: FS Bosch, 999, 1009 f.; vgl. auch *Thiele*, JZ 1967, 649, 654: „Der Schutzzweck der Haftungsmilderung kann den Begünstigten nur in seiner Rolle als [...] unentgeltlicher Verwahrer [...] erfassen“.

⁶⁸⁴ So jedoch *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 389 f.

⁶⁸⁵ Zutreffend weist *Reuter* (in: Staudinger, § 690 Rn 5) darauf hin, dass die Verantwortlichkeit, die sonst mit der Entfernung des Schadens abnimmt, hier zunähme.

Diese Annahme unterscheidet sich allerdings im Ergebnis nicht von den Lösungswegen, die in Rechtsprechung und Literatur zum Fremdbesitzerexzess bislang eingeschlagen worden sind: So man mit der Rechtsprechung und einem Teil des Schrifttums die Lösung in der unmittelbaren Anwendung des Deliktsrechts sieht, sollte man die Wertung der jeweiligen gesetzlichen Haftungsprivilegierung im Interesse der Vermeidung eines logischen Widerspruchs nicht dadurch unterlaufen, dass man im Rahmen des deliktsrechtlichen Anspruchs einen abweichenden Maßstab anlegt;⁶⁸⁶ Gleiches müsste, obwohl diesbezüglich – soweit ersichtlich – noch nicht Stellung genommen worden ist, mit identischer Begründung auch hinsichtlich in Analogie herangezogener Ansprüche aus dem EBV gelten.⁶⁸⁷ Im Gegensatz zu diesen beiden Lösungsvorschlägen bietet der hier entwickelte Ansatz jedoch den dogmatischen Vorteil, dass die Berücksichtigung von für bestimmte Vertragstypen normierten Haftungserleichterungen nicht nur in Form einer Ergebniskorrektur zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen „im Nachhinein“ erfolgen muss, sondern dass deren Anwendung auf das Schutzpflichtverhältnis auf Grund dessen beschriebener Strukturähnlichkeit mit vertraglichen Beziehungen konstruktiv bruchlos ermöglicht wird.

(2) Vereinbarte Haftungserleichterungen

Schließlich stellt sich die Frage, ob sich eine eventuell vereinbarte Haftungsmaßstabsreduzierung im Falle eines sich im Nachhinein als nichtig herausstellenden Vertrages auf einen in der Sonderverbindung wurzelnden Schadensersatzanspruch auswirkt. Unbefangen betrachtet sollte man meinen, dass im Vertrag enthaltene Abreden wegen dessen Nichtigkeit dogmatisch nicht als Grundlage für die Abweichung vom Maßstab des § 276 BGB in Betracht kommen können. Dass deren

⁶⁸⁶ So auch *Reuter* in: Staudinger, § 599 Rn 3; ders. aaO, § 690 Rn 5.

⁶⁸⁷ Vorzufinden sind nur Aussagen darüber, dass im Rahmen des § 991 Abs. 2 BGB der unmittelbare Fremdbesitzer dem Eigentümer gegenüber privilegiert haftet, wenn im Verhältnis des Ersteren zum mittelbaren Besitzer eine gesetzliche Haftungserleichterung zum Tragen käme, vgl. *Wieling*, SachenR I, S. 574; *Wilhelm*, SachenR, Rn 1299.

Inhalt dennoch für die Haftung Bedeutung erlangen muss, ergibt sich unter Rekurs auf den Normzweck von § 139 BGB. Zwar deutet dessen Wortlaut nicht darauf hin, da hiernach bei Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts im Zweifel das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist. Allerdings liegt die Ratio dieser Vorschrift darin, zur Wahrung der Privatautonomie eher der gesamten Regelung die Geltung abzusprechen, als die Parteien durch Fortfall eines Teils der Vereinbarung an den (Rest-)Inhalt einer Abrede zu binden, den sie nicht gewollt haben.⁶⁸⁸ Die Nichtigkeit der vertraglichen *Leistungspflichten* muss also nicht zwingend auch die Bedeutungslosigkeit derjenigen Vereinbarungen zur Folge haben, die sich auf die Haftung für *Schutzpflichtverletzungen* beziehen. Es dient vielmehr gerade der von der Regelung des § 139 BGB bezweckten Durchsetzung der Privatautonomie, wenn der von den Parteien für auf Schutzpflichtverletzungen zurückgehende Schadensersatzansprüche vereinbarte Haftungsmaßstab auch im Falle der Unwirksamkeit der übrigen Bestimmungen angewendet wird.⁶⁸⁹ Dessen Berücksichtigung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn sonstige Abreden der Parteien einen entgegenstehenden Willen erkennen lassen oder die dem jeweiligen Nichtigkeitsgrund zu entnehmende Wertung dies nicht zulässt. Letzteres kann etwa in dem Fall eine Rolle spielen, in dem derjenige, dessen auf der vertraglichen Übereinkunft beruhende Haftungserleichterung in Frage steht, den anderen Teil bei Abschluss des Vertrages gemäß § 138 Abs. 2 BGB ausgebeutet hat. Hier gebietet der dieser Vorschrift zu Grunde liegende Schutzzweck, dass die Partei, deren ausbeuterisches Verhalten Grund für die Anordnung der Nichtigkeit der Vereinbarung ist, nicht von einer in derselben getroffenen Abrede profitieren soll.

⁶⁸⁸ *Wendtland* in: Bamberger/Roth, § 139 Rn 1; *Roth* in: Staudinger, § 139 Rn 1.

⁶⁸⁹ Eine parallele Wertung lässt sich § 155 BGB entnehmen: Auch hieraus ergibt sich, dass eine willentlich herbeigeführte Vereinbarung – auch wenn sie entgegen der Annahme der Parteien nicht alle Elemente enthält, die darin hätten geregelt werden sollen – grundsätzlich in dem Umfang, in dem eine Einigung erzielt worden ist, Wirkungen zeitigen soll, um der Privatautonomie soweit wie möglich Geltung zu verschaffen.

(3) Zwischenergebnis

Die Analyse hat ergeben, dass sowohl gesetzlich vorgesehene als auch vertraglich vereinbarte Haftungsprivilegierungen den für den exzedierenden Fremdbesitzer geltenden Haftungsmaßstab beeinflussen können. Hat dieser unentgeltlich eine verwahrerähnliche Position eingenommen, kommt ihm – dem Rechtsgedanken des § 690 entsprechend – die dort bestimmte Beschränkung auf die *diligentia quam in suis* in Bezug auf ein Verhalten zu Gute, das einen Verstoß gegen die hinsichtlich der in Besitz genommenen Sache bestehenden Obhutspflicht darstellt; eine mögliche weitere, hiermit jedoch nicht in Zusammenhang stehende Verletzung anderer gegenüber dem Eigentümer entstandener Schutzpflichten bemisst sich anhand des in § 276 BGB genannten Maßstabs. Dieses Resultat bedeutet zwar im Ergebnis keinen Unterschied zu den anderen bereits in Rechtsprechung und Literatur zum Fremdbesitzerexzess vertretenen Lösungsvorschlägen, kann jedoch auf der Grundlage des hier entwickelten Ansatzes dogmatisch bruchlos begründet werden.

V. Thesenartige Zusammenfassung / Ergebnis

1. Thesen

Wie gesehen, ist das Problem des Fremdbesitzerexzesses nicht befriedigend im EBV gelöst und die Vorschrift des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB teleologisch zu reduzieren. Die im Fall des Exzesses somit auch den gutgläubigen Fremdbesitzer treffende Haftung auf Schadensersatz ergibt sich jedoch nicht aus Deliktsrecht, sondern richtet sich stattdessen nach einem allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand, dessen Grundlage ein außervertragliches Schutzpflichtverhältnis bildet.

Die Annahme von dem Fremdbesitzer gegenüber dem Eigentümer erwachsenden Obhutspflichten rechtfertigt sich aus der Sonderverbindung, die objektive und subjektive Merkmale voraussetzt: Neben dem gesteigerten Kontakt mit Rechtsgütern des anderen Teils, der sich in der Erlangung der Einwirkungsmöglichkeit auf dieselben zeigt, ist erforderlich, dass beide Beteiligte diesen Kontakt freiwillig hergestellt haben und dabei übereinstimmend einen gemeinsamen Zweck im Sinne eines Fernziels verfolgen, dessen Erreichen sich für jeden Beteiligten zumindest aus dessen jeweiliger Perspektive wegen des Zusammenwirkens mit dem bestimmten Anderen als vorteilhaft darstellt; dabei kann sowohl eine reine Koordination als auch eine Kooperation angestrebt sein. Die damit einhergehende Individualisierung und Personalisierung qualifiziert die Sonderverbindung gegenüber einer rein deliktsrechtlich zu bewertenden Begegnung. Aus Begründung und Konkretisierung des Erfordernisses eines übereinstimmenden Zwecks folgt zugleich, dass letzterer nicht geschäftlich sein muss; die c.i.c. erweist sich somit als ein (bedeutender) Unterfall des beschriebenen allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestandes kraft Sonderverbindung.⁶⁹⁰

Das diesem Haftungstatbestand zu Grunde liegende Schutzpflichtverhältnis ist gesetzlicher Natur sowie in Entstehung, Bestand und Fortdauer von einem eventuell stattgefundenen oder nachfolgenden

⁶⁹⁰ Vgl. zu diesem oben unter III. 1. d) (1) und (2) (S. 98–110).

Vertragsschluss unabhängig, also ein eigenständiges Schuldverhältnis. Bezüglich nicht zustande gekommener, nichtiger und beendeter Verträge findet die Haftung kraft Sonderverbindung ihre gesetzliche Stütze in § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB. Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die aus Gefälligkeitsverhältnissen oder sonstigen Beziehungen, in denen kein Vertragsabschluss angestrebt wird, resultieren, können hierauf nicht gegründet werden; insoweit erscheint eine die Voraussetzungen des hier entwickelten allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestandes berücksichtigende Überarbeitung des Gesetzestextes angezeigt.⁶⁹¹

Neben den einer separaten Betrachtung des EBV entspringenden Erwägungen für eine teleologische Reduktion des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB⁶⁹² ergibt sich auch aus einer Untersuchung des Konkurrenzverhältnisses der Haftungsregime des allgemeinen Schuldrechts einerseits und des EBV andererseits, dass dieses im Wege teleologischer Reduktion hinter jenem zurücktritt, da das Haftungsregime des allgemeinen Schuldrechts mit seiner Ausrichtung auf personalisierte Sonderverbindungen wegen inhaltlicher Spezialität als vorrangig anzusehen ist. Seine Begründung findet dieses Ergebnis darin, dass das EBV idealtypisch auf ein Drei-Personen-Verhältnis zugeschnitten und als „Notordnung“ konzipiert ist; eine Stütze hierfür ist in der Parallele zur Figur des „nicht mehr berechtigten Besitzers“ und einer systematischen Vergleichsbetrachtung zu den §§ 122, 179 BGB zu sehen.⁶⁹³ Zwischen dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB und demjenigen aus Deliktsrecht ist Anspruchsnormenkonkurrenz anzunehmen.⁶⁹⁴ Ein eventuell konkurrierender Anspruch aus §§ 812, 818 Abs. 2 Alt. 2 BGB tritt wegen materieller Spezialität des Schadensersatzanspruchs kraft Sonderverbindung hinter diesem zurück.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ S. hierzu sogleich unter V. 2., dort S. 208.

⁶⁹² S.o. unter II. 2. c) (S. 23–25).

⁶⁹³ S.o. unter III. 4. a) (2) (b) (S. 143–153).

⁶⁹⁴ S.o. unter III. 4. b) (S. 153–156).

⁶⁹⁵ S.o. unter III. 4. c) (S. 156–158).

Da die inhaltlich weitreichende Zuweisungsnorm des § 278 BGB auf den allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestand kraft Sonderverbindung anzuwenden ist, resultiert aus dem hier vorgeschlagenen Ansatz eine gegenüber dem von der Rechtsprechung verfolgten Lösungsweg strengere Haftung für Hilfspersonen. Gleiches gilt in beweisrechtlicher Hinsicht wegen Anwendbarkeit der in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltenen Verschuldensvermutung. Im Vergleich zur in der Literatur vertretenen analogen Anwendung von Vorschriften des EBV ergibt sich jedoch insoweit kein Unterschied, da § 278 BGB auch für aus diesem Verhältnis stammende Ansprüche gilt und allgemein eine analoge Heranziehung auch der Regelung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf im EBV gründende Schadensersatzansprüche befürwortet wird. Anhand des hier entwickelten Ansatzes lässt sich dogmatisch bruchlos begründen, dass sowohl gesetzlich vorgesehene als auch vertraglich vereinbarte Haftungsprivilegierungen den für den exzedierenden Fremdbesitzer geltenden Haftungsmaßstab beeinflussen können.⁶⁹⁶

2. Ergebnis

Die Exzesshaftung des gutgläubigen, aber unrechtmäßigen Fremdbesitzers auf Schadensersatz ergibt sich für den Fall eines nichtigen Vertrages aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB. Da die genannte Nr. 2 des § 311 Abs. 2 BGB die Anbahnung eines Vertrages voraussetzt und Nr. 3 ähnliche geschäftliche Kontakte erfordert, sind Schäden in anderen als solchen Fremdbesitzerexzesssituationen, in denen ein zu Grunde liegender Vertrag unwirksam oder trotz Anbahnung nicht zustande gekommen ist, mangels bislang gesetzlich anerkannten Schuldverhältnisses nicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig. Wie ausgeführt, ist jedoch die Annahme einer Haftung nach gleichen Grundsätzen auch in solchen Konstellationen gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen des hier entwickelten allgemeinen schuldrechtlichen Haftungstatbestandes kraft Sonderverbindung vorliegen.⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Zu den Einzelheiten s.o. unter IV. 2. b), dort S. 195–202.

⁶⁹⁷ Zu dessen Anforderungen s.o. unter V. 1., dort S. 205.

Zur Bereitstellung einer alle Fälle des Fremdbesitzerexzesses gleichermaßen umfassenden gesetzlichen Anspruchsgrundlage, die gleichzeitig auch eine Grundlage für die Haftung in Verhältnissen bildete, in denen kein Vertragsabschluss angestrebt wird, erscheint es daher angezeigt, die Regelung des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB abzuändern. Dies könnte etwa in folgender Weise geschehen:

(Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch) [...]

„ähnliche, nicht notwendig geschäftliche Kontakte, die von den Beteiligten freiwillig und unter Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks hergestellt oder intensiviert worden sind und mit denen die Erzielung eines beiderseitigen Nutzens angestrebt wird.“

Zur Konkretisierung könnte in der Gesetzesbegründung erläutert werden, welche Anforderungen an die Merkmale des gemeinsamen Zwecks und des beiderseitigen Nutzens zu stellen sind.⁶⁹⁸

⁶⁹⁸ Vgl. dazu obige Ausführungen unter III. 1. d) (2) (c) bis (e) (S. 101–108).

Literaturverzeichnis

Achilles/Gebhard/Spahn (Bearb.): Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin,

Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. II, Tit. 2–20, Abschn. III, IV, 1898, *zitiert:* Prot. II, Seite

Band III: Sachenrecht, 1899, *zitiert:* Prot. III, Seite

Adelung, Johann Christoph / Soltau, Dietrich Wilhelm / Schönberger, Franz Xaver (Hrsg.): Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart – mit beständiger Vergleichung der übrigen Mundarten, besonders aber der oberdeutschen, Band 2: F–L, Verlag Bauer, Wien, 1811, *zitiert:* Adelung, Wörterbuch, Spalte

Assmann, Heinz-Dieter: „Informationspflicht des Anlagevermittlers und Mitverschulden des Anlegers“, NJW 1982, Seiten 1083–1085

Ballerstedt, Kurt: „Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter“, AcP 151 (1950/51), Seiten 501–531

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck München, 3. Auflage 2012

Band 1, §§ 1–610, CISG,

Band 2, §§ 611–1296, AGG, ErbbauRG, WEG,

jeweils *zitiert:* Bearbeiter in: Bamberger/Roth, § Rn

von Bar, Christian: Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1980, *zitiert:* v. Bar, Verkehrspflichten, Seite

von Bar, Christian: „„Nachwirkende‘ Vertragspflichten“, AcP 179 (1979), Seiten 452–474

von Bar, Christian: „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 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“ in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Bundesanzeiger Verlagsges.mmbH, Köln, 1981, Seiten 1681–1778, *zitiert:* v. Bar in: Gutachten, Bd. II, Seite

Baumert, Georg: Tatbestand und Haftungsmaßstab der einzelnen Pflichten bei der culpa in contrahendo, Erich Lezinsky Verlag und Buchdruckerei GmbH, Berlin 1955, *zitiert:* Baumert, Tatbestand, Seite

Baumgärtel, Gottfried / Laumen, Hans-Willi / Prütting, Hanns: Handbuch der Beweislast, Carl Heymanns Verlag, Köln, 3. Auflage

Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 2008,

Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 812–853, 2010,

jeweils *zitiert:* Bearbeiter in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Hdb. d. Beweislast, § Rn

Baumgärtel, Gottfried: „Das Verhältnis von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozeß“ in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Seibundo Verlag, Tokyo, 1996, Seiten 41–49, *zitiert:* Baumgärtel in: FS Nakamura, Seite

Baumgärtel, Gottfried: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 25.9.1958 – VII ZR 85/57, MDR 1959, Seite 207

Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf: Sachenrecht, Verlag C.H. Beck München, 18. Auflage 2009, *zitiert:* Baur/Stürner, SachenR, § Rn (Seite)

Berg, Hans: „Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – 15 Fälle und 9 Regeln zu §§ 985–1003 BGB“, JuS 1972, Seiten 83–87

Berg, Hans: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 19.6.1973 – VI ZR 95/71, JR 1974, Seite 64

Bergmann, Andreas: Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis – Die Rechtsinstitute der *negotiorum gestio* in subordinationsrechtlicher Betrachtungsweise, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, *zitiert:* Bergmann, Subordinationsverhältnis, Seite

Bergner, Christian: Eigentumsbeschränkungen außerhalb von Gesetzen und Rechten Dritter, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, *zitiert:* Bergner, Eigentumsbeschränkungen, Seite

Beuthien, Volker: „Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag im bürgerlich-rechtlichen Anspruchssystem“ in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, Seiten 125–136, *zitiert:* Beuthien in: FS Söllner, Seite

Beuthien, Volker: „Leistung und Aufwendung im Dreiecksverhältnis – Grenzen des Handelns im Doppelinteresse“, JuS 1987, Seiten 841–848

Beuthien, Volker: Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1969, *zitiert:* Beuthien, Zweckerreichung, Seite

Blanke, Ernst August: „Der Besitzerwerb im Sinne des § 990 I 1 BGB – BGHZ 31, 129“, JuS 1968, Seiten 263–268

Blomeyer, Arwed: Neue Rechtsbücher für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Allgemeines Schuldrecht, Verlag Vahlen Berlin, 4. Auflage 1969, *zitiert:* Blomeyer, Allg. SchuldR, Seite

Bodewig, Theo: „Vertragliche Pflichten ‚post contractum finitum‘“, Jura 2005, Seiten 505–512

Bohrer, Michael: Die Haftung des Dispositionsgaranten – Ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach, 1980, *zitiert:* Bohrer, Dispositionsgarant, Seite

Bolze, A.: „Die Bestimmungen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich über die Steigerung des vindikatorischen Eigenthumsanspruchs“, AcP 74 (1889), Seiten 97–134

Brandenburg, Hans-Friedrich: Die teleologische Reduktion – Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1983, *zitiert:* Brandenburg, Reduktion, Seite

Braun, Johann: „Leistung und Sorgfalt – Gedanken anlässlich des gleichnamigen Buches von Wolfgang Schur“, AcP 205 (2005), Seiten 127–158

Brinkmann, Alfred: Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander (Untertitel: insbesondere über die Zulässigkeit der einen oder der andern Klage von Seiten der Theilnehmer einer Communion gegen einander), Verlag Carl Schröder & Comp., Kiel 1855, *zitiert:* Brinkmann, Verhältniß, Seite

Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich: Besonderes Schuldrecht, Verlag C.H. Beck München, 37. Auflage 2013, *zitiert:* Brox/Walker, Bes. SchuldR, § Rn (Seite)

Brox, Hans: „Die Haftung des Besitzers für Zufallsschäden“, JZ 1965, Seiten 516–520

Brüggemeier, Gert: Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg 2006, *zitiert:* Brüggemeier, HaftungsR, Seite

Büdenbender, Ulrich: „Rückgewähransprüche im Bürgerlichen Recht“, JuS 1998, Seiten 325–332

Burmann, Michael / Heß, Rainer / Jahnke, Jürgen / Janker, Helmut: Straßenverkehrsrecht, Kommentar, Verlag C.H. Beck München, 22. Auflage 2012, *zitiert:* Bearbeiter in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, § Rn

Busche, Jan: Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, *zitiert:* Busche, Privatautonomie, Seite

- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer-Verlag, Wien, New York, 2. Auflage 1991, *zitiert*: Bydlinski, Methodenlehre, Seite
- Bydlinski, Franz*: System und Prinzipien des Privatrechts, Springer-Verlag, Wien, New York, 1996, *zitiert*: Bydlinski, System und Prinzipien, Seite
- von Caemmerer, Ernst*: Wandlungen des Deliktsrechts, Sonderdruck aus: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band II, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1964, *zitiert*: v. Caemmerer, Wandlungen, Seite
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Ansprüche wegen ‚positiver Vertragsverletzung‘ und ‚Schutzwirkung für Dritte‘ bei nichtigen Verträgen“, JZ 1965, Seiten 475–482
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Der Bereicherungsausgleich bei Bestellung einer Sicherheit an einer rechtsgrundlos erlangten oder fremden Sache“, NJW 1991, Seiten 2513–2521
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen“, JZ 2001, Seiten 499–524
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung“ in: Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 1999, Seiten 43–66, *zitiert*: Canaris in: FS Schimansky, Seite
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Verlag C.H. Beck, München, 2000, Seiten 129–197, *zitiert*: Festgabe 50 Jahre BGH, Seite
- Canaris, Claus-Wilhelm*: „Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus ‚culpa in contrahendo‘, Gefährdung und Aufopferung“, NJW 1964, Seiten 1987–1993

Canaris, Claus-Wilhelm: „Gültiger Werkvertrag bei einseitigem Verstoß gegen Schwarzarbeitsverbot – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.1984 - VII ZR 388/83“, NJW 1985, Seiten 2404–2405

Canaris, Claus-Wilhelm: „Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten“ in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, Seiten 27–110, *zitiert:* Canaris in: FS Larenz II, Seite

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971, *zitiert:* Canaris, Vertrauenshaftung, Seite

Canaris, Claus-Wilhelm: „Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts“, in: Egon Lorenz zum 70. Geburtstag – Laudatio und Festvortrag anlässlich der Übergabe der Festschrift zum 70. Geburtstag von Egon Lorenz, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2005, Seiten 17–34, *zitiert:* Canaris, Festvortrag FS Lorenz, Seite

von Craushaar, Götz: Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1969, *zitiert:* v. Craushaar, Einfluß, Seite

Damm, Reinhard: „Entwicklungstendenzen der Expertenhaftung“, JZ 1991, Seiten 373–385

Daum, Werner: „Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf – zugleich ein Beitrag zur culpa in contrahendo –“, NJW 1968, Seiten 372–377

Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Lepa, Manfred / Ring, Gerhard (Hrsg.): Anwaltkommentar, Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2002, *zitiert:* Bearbeiter in: AnwKom, § Rn

Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Lepa, Manfred / Ring, Gerhard (Hrsg.):
Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Verjährungsrecht, Leistungsstörungenrecht, Kaufrecht, Werkvertragsrecht, Schadensersatzrecht, Mietrecht, Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 2002, *zitiert:* Bearbeiter in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, § Rn (Seite)

Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Ring, Gerhard i.V.m. dem Deutschen Anwaltverein (Gesamtherausgeber): NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch

Schuldrecht, Band 2/1: §§ 241–610 (Hrsg. von Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner i.V.m. dem Deutschen Anwaltverein), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2. Auflage 2012,

Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611–853 (Hrsg. von Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner i.V.m. dem Deutschen Anwaltverein), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2. Auflage 2012,

Sachenrecht, Band 3: §§ 854–1296 (Hrsg. von Grziwotz, Herbert / Keukenschrijver, Alfred / Ring, Gerhard i.V.m. dem Deutschen Anwaltverein), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 3. Auflage 2013,

jeweils *zitiert:* Bearbeiter in: NK-BGB, § Rn

Deutsch, Erwin: „Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht“, AcP 202 (2002), Seiten 889–911

Deutsch, Erwin: „Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht“, JZ 2002, Seiten 588–593

Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2. Auflage 1996, *zitiert:* Deutsch, Allg. HaftungsR, Seite Rn

- Deutsch, Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt – Eine privatrechtliche Untersuchung – Zweite, um das Thema Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit – Eine Bestandsaufnahme an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – ergänzte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, zitiert: Deutsch, Fahrlässigkeit, Seite*
- Diers, Ludwig: Ersatzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo – Kann eine Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?, Münster, 1962, zitiert: Diers, Ersatzansprüche, Seite*
- Dietz, Rolf: Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn 1934, zitiert: Dietz, Anspruchskonkurrenz, Seite*
- Dimopoulos-Vosikis, Haralambos: Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966, zitiert: Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987–1003 BGB, Seite*
- Dölle, Hans: „Außergesetzliche Schuldpflichten“, ZgS 103 (1943), Seiten 67–102*
- Dölle, Hans: „Juristische Entdeckungen“, Festvortrag, in: Verhandlungen des zwei- und vierzigsten Deutschen Juristentages in Düsseldorf 1957, Band II (Sitzungsberichte), Teil B, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958, zitiert: Dölle, Jur. Entdeckungen, Seite*
- Dorn, Horst: „Strukturgleichheit zwischen faktischen Vertragsverhältnissen und Geschäftsführung ohne Auftrag“, NJW 1964, Seiten 799–804*
- Duden, Konrad (Begr.): Etymologie – Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache, bearbeitet von Günther Drosdowski, Paul Grebe und weiteren Mitarbeitern der Dudenredaktion, Band 7, Dudenverlag, Bibliographisches Institut Mannheim, Wien, Zürich, 1963, zitiert: Duden, Etymologie, Seite*
- Eckert, Jörn: Sachenrecht, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 4. Auflage 2005, zitiert: Eckert, SachenR, Seite Rn*

- Ehmann, Horst / Sutschet, Holger*: Modernisiertes Schuldrecht – Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, mit Beiträgen von Thomas Finkenauer und Wolfgang Hau, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, *zitiert*: Ehmann/Sutschet, Mod. SchuldR, Seite
- Eichler, Hermann*: Die Rechtslehre vom Vertrauen – Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1950, *zitiert*: Eichler, Vertrauen, Seite
- Eichler, Hermann*: Institutionen des Sachenrechts, Zweiter Band, Erster Halbband, Eigentum und Besitz, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1957, *zitiert*: Eichler, Institutionen II/1, Seite
- Einsele, Dorothee*: „Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigen Verträgen? – BGH, NJW 1997, 47“, JuS 1998, Seiten 401–404
- Elze, Hans*: Lücken im Gesetz – Begriff und Ausfüllung, Verlag von Duncker & Humblot München und Leipzig 1916, *zitiert*: Elze, Lücken im Gesetz, Seite
- Emmerich, Volker*: Das Recht der Leistungsstörungen, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2005, *zitiert*: Emmerich, Leistungsstörungen, Seite
- Emmerich, Volker*: Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen, Dissertations-Druckerei Ch. Schön, München, 1966, *zitiert*: Emmerich, Nebenfolgen der Vindikation, Seite
- Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin (Begr.)*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band: Sachenrecht – Ein Lehrbuch von Martin Wolff, Zehnte Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1957, *zitiert*: Wolff/Raiser, SachenR, Seite
- Enneccerus, Ludwig / Lehmann, Heinrich*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 15. Bearbeitung 1985, *zitiert*: Enneccerus/Lehmann, Schuldverhältnisse, § (Seite)

Erman, Walter (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band II, Aschendorff Rechtsverlag Münster, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 10. Auflage 2000, *zitiert:* Bearbeiter in: Erman (10. Aufl.), § Rn

Erman, Walter (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 12. Auflage 2008, *zitiert:* Bearbeiter in: Erman (12. Aufl.), § Rn

Erman, Walter (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bände I und II, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 13. Auflage 2011, *zitiert:* Bearbeiter in: Erman, § Rn

Erman, Walter: „Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen“, AcP 139 (1934), Seiten 273–336

Erman, Walter: „Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag“, NJW 1965, Seiten 421–424

Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 8. Auflage 2000, *zitiert:* Esser/ Schmidt, SchuldR I/2, Seite

Esser, Josef / Weyers, Hans-Leo: Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, C.F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 8. Auflage 2000, *zitiert:* Esser/Weyers, SchuldR II/2, Seite

Evans-von Krbek, Franziska-Sophie: „Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen? – Überlegungen zu einer gemeinsamen Grundlegung der culpa in contrahendo, der positiven Vertragsverletzung, des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter und der Produkthaftung durch die analoge Anwendung der Regeln über die Schadensersatzpflicht bei Nichterfüllung von Leistungspflichten“, AcP 179 (1979), Seiten 85–152

Fabarius, Maria-Elisabeth: Äußere und innere Sorgfalt, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, *zitiert:* Fabarius, Sorgfalt, Seite

Falk, Ulrich: „Von Titelhändlern und Erbensuchern – Die GoA-Rechtsprechung am Scheideweg“, JuS 2003, Seiten 833–839

Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas: Schuldrecht, Verlag Walter de Gruyter Recht, Berlin, 10. Auflage 2006, *zitiert:* Fikentscher/Heinemann, SchuldR, Seite, Rn

Flume, Werner: „Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten“, AcP 161 (1962), Seiten 52–76

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 4. Auflage 1992, *zitiert:* Flume, Rechtsgeschäft, Seite

Frost, Marina: „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1981, *zitiert:* Frost, Schutzpflichten, Seite

Frotz, Gerhard: „Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo“ in: Privatrechtliche Beiträge – Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Scientia Verlag Aalen, 1969, Seiten 163–180, *zitiert:* Frotz in: GS Gschnitzer, Seite

Fundel, Stefan Andreas: Die Haftung für Gehilfenfehlverhalten im Bürgerlichen Recht, Köhler-Druck, Tübingen, 1999, *zitiert:* Fundel, Gehilfenfehlverhalten, Seite

Gastroph, Bettina: „Dogmatik und Entwicklung der culpa in contrahendo“, JA 2000, Seiten 803–809

Geiß, Hans: Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß und die Haftung für fremdes Verschulden bei Vertragsschluß, Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück 1938, *zitiert:* Geiß, Grundlagen, Seite

Georgiades, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1968, *zitiert:* Georgiades, Anspruchskonkurrenz, Seite

Gerhardt, Walter: „Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo)“, JuS 1970, Seiten 597–603

Gerhardt, Walter: „Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses“, JZ 1970, Seiten 535–539

Gerhardt, Walter: *Mobiliarsachenrecht*, Verlag C.H. Beck München, 5. Auflage 2000, *zitiert:* Gerhardt, *MobiliarsachenR*, Seite

Gernhuber, Joachim: *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen*, Band 8, Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, *zitiert:* Gernhuber, *Schuldverhältnis*, Seite

von Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag gehalten am 5. April 1889 vor der Juristischen Gesellschaft zu Wien, erstmalig veröffentlicht 1889 im Verlag von Julius Springer, Berlin, unveränderte Wiedergabe des Textes in: *Deutsches Rechtsdenken*, hrsg. von Erik Wolf, Heft 12, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 1948, *zitiert:* von Gierke, *soziale Aufgabe*, Seite

Giesen, Dieter: „Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht – Das Recht der fremdnützigen Geschäftsbesorgung (Teil 2 a: Geschäftsführung ohne Auftrag: Die echte berechnigte GoA)“, *Jura* 1996, Seiten 225–235

Gold, Ingo: „ ‚GoA‘ bei nichtigen Werkverträgen? – Besprechung von BGH NJW 1993, 3196“, *JA* 1994, Seiten 205–212

Gottwald, Peter: „Die Haftung für culpa in contrahendo“, *JuS* 1982, Seiten 877–885

Gottwald, Peter: „Grundprobleme der Beweislastverteilung“, *Jura* 1980, Seiten 225–236

Grigoleit, Hans Christoph: „Leistungspflichten und Schutzpflichten“ in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band I, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Seiten 275–306, *zitiert:* Grigoleit in: *FS Canaris*, Seite

Grimm, Jacob / Grimm, Wilhelm: *Deutsches Wörterbuch*, vierten Bandes erste Abtheilung, zweiter Theil, Gefoppe – Getreibs, bearbeitet von Rudolf Hildebrand und Hermann Wunderlich, Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1897, *zitiert:* Grimm, *dt. Wörterbuch*, IV, I, 2, Spalte

Güldner, Werner: Die Beweislast für Verschulden bei der Haftung für positive Vertragsverletzung, Verschulden beim Vertragsschluß und nachvertragliches Verschulden, Druck und Einband: Rudolf Stehle GmbH und Co. KG, Düsseldorf, 1965, *zitiert*: Güldner, Beweislast, Seite

Gursky, Karl-Heinz: „Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag“, AcP 185 (1985), Seiten 13–45

Gursky, Karl-Heinz: „Der Vindikationsanspruch und § 281 BGB“, Jura 2004, Seiten 433–438

Gursky, Karl-Heinz: „Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Geschäftsführung ohne Auftrag in der neueren Rechtsprechung“, JurA 1969, Seiten 103–118

Hader, Tobias: Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006, *zitiert*: Hader, GoA, Seite

Hager, Günther: Rechtsmethoden in Europa, Mohr Siebeck, Tübingen 2009; *zitiert*: Hager, Rechtsmethoden, Seite Rn

Hager, Johannes: „Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten“, NJW 1989, Seiten 1640–1647

Hammen, Horst: „Die Rechtsnatur der Gefälligkeitsverhältnisse“ in: Rechtswissenschaft im Wandel, Festschrift des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, Seiten 435–453, *zitiert*: Hammen in: FS Uni Gießen, Seite

Handkommentar zum BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar (Schriftleitung Reiner Schulze), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden,
- 7. Auflage 2012, *zitiert*: Bearbeiter in: Hk-BGB, § Rn
- 5. Auflage 2007, *zitiert*: Bearbeiter in: Hk-BGB (5. Aufl.), § Rn
- 4. Auflage 2005, *zitiert*: Bearbeiter in: Hk-BGB (4. Aufl.), § Rn

- Harder, Manfred:* „Quasi rem suam neglexit – Überlegungen zur Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz bei der Veräußerung fremder Sachen“ in: Festschrift für Otto Mühl zum 70. Geburtstag 10. Oktober 1981, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1981, Seiten 267–282, *zitiert:* Harder in: FS Mühl, Seite
- Hau, Wolfgang:* „Geschäftsführung ohne Verbraucherauftrag“, NJW 2001, Seiten 2863–2865
- Haupt, Günter:* Über faktische Vertragsverhältnisse, Verlag von Theodor Weicher, Leipzig, 1941, *zitiert:* Haupt, faktische Vertragsverhältnisse, Seite
- Hauß, Fritz:* „Ein strapaziertes Rechtsinstitut – Zur Eingrenzung der Geschäftsführung ohne Auftrag“ in: Privatautonomie, Eigentum und Verantwortung – Festgabe für Hermann Weitnauer zum 70. Geburtstag, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1980, Seiten 333–345, *zitiert:* Hauß in: FG Weitnauer, Seite
- Heck, Philipp:* Grundriß des Sachenrechts, Verlag Scientia Aalen, 1960, Neudruck der Ausgabe von 1930, *zitiert:* Heck, Grundriß, § Ordnungsnummer (Seite)
- Heckmann, Dirk:* Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, Mohr Siebeck, Tübingen 1997, *zitiert:* Heckmann, Geltungskraft, Seite
- Heinemann, Klaus:* „Baustein anwaltlicher Berufshaftung: die Beweislast“, NJW 1990, Seiten 2345–2355
- Heinemann, Klaus:* Die Beweislastverteilung bei positiven Forderungsverletzungen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des französischen Rechts, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988, *zitiert:* Heinemann, Beweislastverteilung, Seite
- Heinrichs, Helmut:* „Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform – Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB –“ in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Seiten 421–442, *zitiert:* Heinrichs in: FS Canaris, Seite

Helm, Johann Georg: „Geschäftsführung ohne Auftrag – Welche Funktion erfüllt das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag? Empfiehlt es sich, seinen Anwendungsbereich im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten neu abzugrenzen und die Regelung der Funktion des Rechtsinstituts besser anzupassen?“ in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, Bundesanzeiger Verlagsges.mbH., Köln, 1983, Seiten 335–411, *zitiert:* Helm in: Gutachten, Bd. III, Seite

Helm, Johann Georg: Haftung für Schäden an Frachtgütern – Studien zur Schadensersatzpflicht aus Frachtgeschäften und zur Konkurrenz vertraglicher und außervertraglicher Ersatzansprüche, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1966, *zitiert:* Helm, Haftung, Seite

Herholz, Felix: „Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interesseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)“, AcP 130 (1929), Seiten 257–324

Heß, Burkhard: Intertemporales Privatrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1998, *zitiert:* Heß, intertemporales Privatrecht, Seite

Hildebrandt, Heinz: Erklärungshaftung – ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes, Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1931, *zitiert:* Hildebrandt, Erklärungshaftung, Seite

Hiness, Hellmuth: Das Problem der Konkurrenz der Vorschriften über die Haftung aus unerlaubter Handlung mit den Bestimmungen über die Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer, Graphische Werkstätten Gatzert & Hahn, Schramberg (Württemberg), 1930, *zitiert:* Hiness, Problem der Konkurrenz, Seite

Hohloch, Gerhard: „'Vertrauenshaftung' – Beginn einer Konkretisierung?“, NJW 1979, Seiten 2369–2374

Honsell, Heinrich: „Willenstheorie oder Erklärungstheorie?“ in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005, Seiten 335–350, *zitiert:* Honsell in: FS Walter, Seite

Hopt, Klaus J.: „Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich – Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung –“, AcP 183 (1983), Seiten 608–724

Horn, Norbert: „Culpa in Contrahendo“, JuS 1995, Seiten 377–387

Huber, Peter / Faust, Florian: Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, Verlag C.H.Beck, München, 2002, *zitiert:* Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Seite

Huber, Ulrich: „Das geplante Recht der Leistungsstörungen“ in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2001, Seiten 31–183, *zitiert:* Huber in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Seite

Huber, Ulrich: „Leistungsstörungen – Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?“ in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Bundesanzeiger Verlagsges.mmbH, Köln, 1981, Seiten 647–909, *zitiert:* Huber in: Gutachten, Bd. I, Seite

Huber, Ulrich: „Zivilrechtliche Fahrlässigkeit“ in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1973, Seiten 253–289, *zitiert:* Huber in: FS E. R. Huber, Seite

Huber, Ulrich: „Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung“, AcP 177 (1977), Seiten 281–348

Hübner, Ulrich: „Beweislastverteilung bei der Verletzung von Vertragspflichten im französischen und deutschen Recht“ in: Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, Seiten 151–161, *zitiert:* Hübner in: FS Baumgärtel, Seite

von Ihering, Rudolf: „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“, IherJb. 1861, Seiten 1–112

von Ihering, Rudolph: Der Zweck im Recht, erster Band, Verlag Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877, *zitiert:* v. Ihering, Zweck im Recht I, Seite

Imlau, Erich: „Der Verwendungsersatzanspruch des unrechtmäßigen Fremdbesitzers gegen den Eigentümer“, MDR 1957, Seiten 263–265

Immenhauser, Martin: Das Dogma von Vertrag und Delikt – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, Böhlau Verlag, Köln, Weimar, Wien, 2006, *zitiert:* Immenhauser, Dogma, Seite

Jakobs, Horst Heinrich: „Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrnhafung“, VersR 1969, Seiten 1061–1071

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, *zitiert:* Jansen, Struktur, Seite

Jauernig, Othmar (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, Verlag C.H. Beck München, 15. Auflage 2014, *zitiert:* Bearbeiter in: Jauernig, § Rn

Kaiser, Dagmar / Rieble, Volker: „Haftet der Schuldner für das Ausbleiben seines Erfüllungsgehilfen?“, NJW 1990, Seiten 218–221

Kamanabrou, Sudabeh: „Grenzen der Haftung für Schutzpflichtverletzungen Dritter“, NJW 2001, Seiten 1187–1188

Katzenmeier, Christian: „Entwicklungen des Produkthaftungsrechts“, JuS 2003, Seiten 943–951

Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, *zitiert:* Katzenmeier, Arzthaftung, Seite

Katzenstein, Matthias: „Die Bedeutung der vertraglichen Bindung für die culpa-Haftung des Vertragsschuldners auf Schadensersatz (Teil 1) – Die Irrelevanz des Vertrags und der Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Schädigung für den Schadensersatz wegen Verletzung allgemeiner Erhaltungsinteressen in der Sonderverbindung“, Jura 2004, Seiten 800–806

Katzenstein, Matthias: „Die Drittwirkung von Haftungsbeschränkungen nach § 991 Abs. 2 BGB – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses“, AcP 204 (2004), Seiten 1–24

Keilmann, Annette: Dem Gefälligen zur Last – Untersuchungen zur Beweislastverteilung in § 280 I BGB, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2006, *zitiert:* Keilmann, Dem Gefälligen zur Last, Seite

Kindl, Johann: „Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Schadensersatz und Nutzungen“, JA 1996, Seiten 115–121

Kindl, Johann: „Das Recht der Leistungsstörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, WM 2002, Seiten 1313–1325

Köbl, Ursula: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Duncker & Humblot, Berlin 1971, *zitiert:* Köbl, Das EBV, Seite

Kohler, Josef: „Die Menschenhülfe im Privatrecht“, IherJb 25 (1887), Seiten 1–141

Kohler, Jürgen: „Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – die beweisrechtlichen Konsequenzen des neuen § 280 Abs. 1 BGB“, ZZP 2005, Seiten 25–46

Köndgen, Johannes: „Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeiten – Versuch einer Ehrenrettung“ in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, C.F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 1999, Seiten 371–393, *zitiert:* Köndgen in: Rechtsgeschichte, Seite

Köndgen, Johannes: Selbstbindung ohne Vertrag – Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, *zitiert:* Köndgen, Selbstbindung, Seite

Köpcke, Günther: Typen der positiven Vertragsverletzung, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1965, *zitiert:* Köpcke, Vertragsverletzung, Seite

Koziol, Helmut/Welser, Rudolf: Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Wien, 6. Auflage 1983, *zitiert:* Koziol/Welser, Grundriß, Seite

- Krause, Walter Erich*: Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989–993 BGB – Ein Beitrag zur Lehre vom Eigentümer-Besitzerverhältnis, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1965, *zitiert*: Krause, Haftung des Besitzers, Seite
- Krebber, Sebastian*: „Der nicht zufällige Kontakt ohne Vertragsnähe auf der Grenze zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung – Eine Untersuchung zu § 311 Abs. 2 und 3 BGB“, *VersR* 2004, Seiten 150–157
- Krebs, Peter*: Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2000, *zitiert*: Krebs, Sonderverbindung, Seite
- Kreß, Hugo*: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1929, *zitiert*: Kreß, SchuldR, Seite
- Kreuzer, Karl F.*: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, *JZ* 1976, Seiten 778–781
- Krönig, Ernst*: „Die Beweislast bei vertraglichem und außervertraglichem Verschulden sowie bei positiver Vertragsverletzung“, *MDR* 1953, Seiten 647–649
- Kroppenberg, Inge*: „Die so genannten Vorwirkungen von schwebend unwirksamen Verpflichtungsverträgen“, *WM* 2001, Seiten 844–851
- Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas (Hrsg)*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1–354, Verlag C.H. Beck München, 4. Auflage 2013, *zitiert*: Bearbeiter in: MüKo, ZPO, § Rn
- Kuhlmann, Kai*: Leistungspflichten und Schutzpflichten – Ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungsrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2001, *zitiert*: Kuhlmann, Leistungspflichten und Schutzpflichten, Seite
- Kupisch, Berthold*: „Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)“, *JuS* 1983, Seiten 817–825

Lang, Volker: „Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung – Gedanken zu Inhalt und Dogmatik eines Berufsrechtes am Beispiel der bankrechtlichen Informationspflichten“, AcP 201 (2001), Seiten 451–579

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 13. Auflage 1994, *zitiert:* Larenz/Canaris, SchuldR II/2, Seite

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, New York, 3. Auflage 1995, *zitiert:* Larenz/Canaris, Methodenlehre, Seite

Larenz, Karl / Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Verlag C.H. Beck München, 9. Auflage 2004, *zitiert:* Larenz/Wolf, BGB AT, § Rn (Seite)

Larenz, Karl: „Bemerkungen zur Haftung für ‚culpa in contrahendo‘“ in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1975, Seiten 397–419, *zitiert:* Larenz in: FS Ballerstedt, Seite

Larenz, Karl: „Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und ‚sozialer Kontakt‘“, MDR 1954, Seiten 515–518

Larenz, Karl: „Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik“ JZ 1962, Seiten 105–110

Larenz, Karl: „Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen“ in: Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., Karlsruhe, 1978, Seiten 225–239, *zitiert:* Larenz in: FS Hauß, Seite

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 14. Auflage 1987, *zitiert:* Larenz, SchuldR AT, Seite

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 1. Halbband, Verlag C.H. Beck München, 13. Auflage 1986, *zitiert:* Larenz, SchuldR II/1, § (Seite)

- Larenz, Karl*: Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1937, *zitiert*: Larenz, Vertrag und Unrecht, Seite
- Laumen, Hans-Willi*: „Die ‚Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr‘ – Ein beweisrechtliches Phänomen“, NJW 2002, Seiten 3739–3746
- Lehmann, Michael*: „Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben – Culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage für vertragsanbahnende Erklärungen“, NJW 1981, Seiten 1233–1242
- Leipold, Dieter*: Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Juni 1984, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, *zitiert*: Leipold, Beweismaß und Beweislast, Seite
- Lent, Friedrich*: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, I. Band, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1912, *zitiert*: Lent, Gesetzeskonkurrenz, Seite
- Leonhard, Franz*: Verschulden beim Vertragsschlusse, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1910, *zitiert*: Leonhard, Verschulden, Seite
- Loges, Rainer*: Die Begründung neuer Erklärungspflichten und der Gedanke des Vertrauensschutzes, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1991, *zitiert*: Loges, Erklärungshaftung, Seite
- Looschelders, Dirk / Roth, Wolfgang*: Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1996, *zitiert*: Looschelders/Roth, Juristische Methodik, Seite
- Looschelders, Dirk*: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vahlen, München, 9. Auflage 2011, *zitiert*: Looschelders, SchuldR AT, Seite Rn
- Lorenz, Stephan / Riehm, Thomas*: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2002, *zitiert*: Lorenz/Riehm, neues SchuldR, Seite

Lorenz, Stephan: „Fünf Jahre ‚neues‘ Schuldrecht im Spiegel der Rechtsprechung“, NJW 2007, Seiten 1–8

Lorenz, Stephan: „Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?“, NJW 1996, Seiten 883–887

Lorenz, Stephan: „Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach“, NJW 2005, Seiten 1889–1896

Lorenz, Werner: „Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft“ in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1973, Seiten 575–620, *zitiert:* W. Lorenz in: FS Larenz I, Seite

Löwisch, Gottfried: Die Zufallshaftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus Verzug, Dissertationsdruck Schön, München, 1968, *zitiert:* Löwisch, Zufallshaftung, Seite

Lüsing, Jan: Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung – Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2010, *zitiert:* Lüsing, Pflichten aus c.i.c., Seite

Maassen, Bernhard M.: Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismaßes im deutschen und anglo-amerikanischen Prozeßrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1975, *zitiert:* Maassen (Beweismaßprobleme, Seite)

Madaus, Stephan: „Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht“, Jura 2004, Seiten 289–292

Mattheus, Daniela: „Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts“, JuS 2002, Seiten 209–219

- Mayer-Maly, Theo*: „Rangordnung von Normen innerhalb des Gesetzes“ in: Rangordnung der Gesetze – 7. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1995, Seiten 123–141, *zitiert*: Mayer-Maly in: Rangordnung, Seite
- Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Verlag C.H. Beck München, 19. Auflage 2010, *zitiert*: Medicus/Lorenz, SchuldR I, Seite, Rn
- Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*: Schuldrecht II, Besonderer Teil, Verlag C.H. Beck München, 16. Auflage 2012, *zitiert*: Medicus/Lorenz, SchuldR II, Rn
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens*: Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Verlag Franz Vahlen München, 24. Auflage 2013, *zitiert*: Medicus/Petersen, Bürgerl. R., Rn
- Medicus, Dieter*: „Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen“, ZfBR 2001, Seiten 507–512
- Medicus, Dieter*: „Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt“ in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag – Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989, Seiten 205–219, *zitiert*: Medicus in: FS Keller, Seite
- Medicus, Dieter*: „Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten“ in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Seiten 835–855, *zitiert*: Medicus in: FS Canaris, Seite
- Medicus, Dieter*: „Zur Entdeckungsgeschichte der culpa in contrahendo“ in: Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Hermann Böhlau Nachf. Gesellschaft m.b.H., Graz, Wien, 1986, Seiten 169–181, *zitiert*: Medicus in: FG Kaser, Seite

Medicus, Dieter: Probleme um das Schuldverhältnis, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 20. Mai 1987, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1987, *zitiert:* Medicus, Probleme, Seite

Melullis, Klaus-Jürgen: Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom sachlichen Geltungsbereich beider Institute, Druck- und Verlagsanstalt Werner Blasaditsch, Augsburg, 1972, *zitiert:* Melullis, Verhältnis von GoA und ung. Bereicherung, Seite

Mertens, Hans-Joachim: „Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen“, AcP 178 (1978), 227–262

Meyer, Joseph (Begr.): Meyers großes Konversations-Lexikon – Ein Nachschlagewerk des allgemeinen Wissens, Siebenter Band: Franzensbad bis Glashaus, Bibliographisches Institut, Leipzig und Wien, 6. Auflage 1906, *zitiert:* Meyer, Konv.-Lexikon, Seite

Michalski, Lutz: „Anwendungsbereich, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses“ in: Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Verlag Chmielorz GmbH Wiesbaden, 1995, Seiten 577–646, *zitiert:* Michalski in: FS Gitter, Seite

Mock, Christian: Die Beweislast bei der positiven Vertragsverletzung, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2006, *zitiert:* Mock, Beweislast bei der p.Vv., Seite

von Monroy, Ernst: Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, Buchdruckerei von Karl Prochaska in Teschen, Rostock 1878, *zitiert:* von Monroy, vollmachtlose Ausübung, Seite

Möschel, Wernhard: „Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs“, AcP 186 (1986), Seiten 187–236

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
Amtliche Ausgabe, Verlag von J. Guttentag, Berlin und Leipzig, 1888

Band I: Allgemeiner Theil, *zitiert*: Mot. I, Seite

Band II: Recht der Schuldverhältnisse, *zitiert*: Mot. II, Seite

Band III: Sachenrecht, *zitiert*: Mot. III, Seite

Motzer, Stefan: „Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit“, JZ 1983,
Seiten 884–889

Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, R. v.
Decker's Verlag, Berlin 1899, *zitiert*: Mugdan II, Seite

Müller, Friedrich / Christensen, Ralph: Juristische Methodik, Band I, Grundlegung
für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Verlag Duncker & Humblot Berlin,
10. Auflage 2009, *zitiert*: Müller/Christensen, Methodik, Seite

Müller, Klaus: „Deliktsrechtliche Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“,
JuS 1983, Seiten 516–520

Müller, Lothar A.: „Schutzpflichten im Bürgerlichen Recht“, JuS 1998, Seiten 894–
898

Müller, Ulrich: „Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positi-
ver Forderungsverletzung“, NJW 1969, Seiten 2169–2175

Müller-Graff, Peter-Christian: „Haftungsrecht und Gesellschaftsrecht: Der Maßstab
der ‚diligentia quam in suis‘ für Geschäftsführer in Personengesellschaften“,
AcP 191 (1991), Seiten 475–494

Münch, Joachim: „Die ‚nicht wie geschuldet‘ erbrachte Leistung und sonstige
Pflichtverletzungen“, Jura 2002, Seiten 361–374

Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichts-
verfassungsgesetz, Verlag Franz Vahlen München, 10. Auflage 2013, *zitiert*:
Bearbeiter in: Musielak, § Rn

Musielak, Hans-Joachim: „Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen – Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs“, AcP 176 (1976), Seiten 465–486

Neuffer, Hans-Martin: Der pflichtengebundene Geschäftsführer ohne Auftrag, Dissertationsdruck Schön, München, 1970, *zitiert:* Neuffer, pflichtengebundener Geschäftsführer, Seite

Neuner, Jörg: Die Rechtsfindung contra legem, Verlag C.H. Beck München, 2. Auflage 2005, *zitiert:* Neuner, Rechtsfindung, Seite

Nirk, Rudolf: „Culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung – in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes“ in: Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, 4. September 1965, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1965, Seiten 385–418, *zitiert:* Nirk in: FS Möhring, Seite

Nirk, Rudolf: „Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo“, RabelsZ 1953, Seiten 310–355

Oppermann, Rainer: Die Kollision der Vindikation mit schuldrechtlichen Besitzübertragungsansprüchen, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2003, *zitiert:* Oppermann, Kollision, Seite

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Verlag C.H. Beck München, 73. Auflage 2014, *zitiert:* Bearbeiter in: Palandt, § Rn

Paßmann, Jan-Hendrik: Schutzpflichtverletzungen im Spannungsverhältnis von schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsregime, Logos Verlag, Berlin, 2010, *zitiert:* Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, Seite

Pawlowski, Enka: Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1966, *zitiert:* Pawlowski, prima-facie-Beweis, Seite

- Pawlowski, Hans-Martin:* Einführung in die Juristische Methodenlehre – Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 2. Auflage 2000, *zitiert:* Pawlowski, Methodenlehre, Seite Rn
- Pesch, Andreas:* „Probleme der Geschäftsführung ohne Auftrag im Lichte der gesetzlichen Regelung ... oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein ...“, Jura 1995, Seiten 361–368
- Peters, Casjen:* „Die Ansprüche aus dem Eigentum“, AcP 153 (1954), Seiten 454–465
- Peters, Egbert:* „Überschreiten der Vertretungsmacht und Haftung des Vertretenen für culpa in contrahendo“ in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, 7. Juni 1972, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Marienburg, 1972, Seiten 127–136, *zitiert:* Peters in: FS Reinhardt, Seite
- Peters, Frank:* „Die Erstattung rechtsgrundloser Zuwendungen“, AcP 205 (2005), Seiten 159–204
- Pick, Eckhart:* „Das Verhältnis von culpa in contrahendo zur kaufrechtlichen Gewährleistung – AG Köln, NJW 1978, 2603“, JuS 1981, Seiten 413–417
- Picker, Eduard:* „Gutachterhaftung: Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung“, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, Seiten 397–447, *zitiert:* Picker in: FS Medicus, Seite
- Picker, Eduard:* „Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen ‚zwischen‘ Vertrag und Delikt“, AcP 183 (1983), Seiten 369–520
- Picker, Eduard:* „Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme –“, JZ 1987, Seiten 1041–1058
- Pinger, Winfried:* „Die Nebenfolgen der Vindikation im Anspruchssystem des BGB“, JR 1973, Seiten 268–273

Pinger, Winfried: Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses – Die §§ 987–1003 als wechselseitig haftungsverschärfendes Schuldverhältnis, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1973, *zitiert:* Pinger, Funktion, Seite

Pouliadis, Athanassios K.: Culpa in contrahendo und Schutz Dritter – Betrachtungen zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1982, *zitiert:* Pouliadis, culpa in contrahendo, Seite

Prölss, Jürgen: „Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen“, VersR 1964, Seiten 901–906

Prölss, Jürgen: Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., Karlsruhe, 1966, *zitiert:* Prölss, Beweiserleichterungen, Seite

Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd: BGB Kommentar, Verlag Luchterhand – eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln, 8. Auflage 2013, *zitiert:* Bearbeiter in: PWW, § Rn

Prütting, Hanns: Gegenwartsprobleme der Beweislast – Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983, *zitiert:* Prütting, Beweislast, Seite

Prütting, Hanns: Sachenrecht, Verlag C.H. Beck München, 34. Auflage 2010, *zitiert:* Prütting, SachenR, Seite Rn

Prym, Eduard: Konkurrenz des Anspruchs aus dem Verträge mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Verlag Guttentag, Berlin, 1906, *zitiert:* Prym, Konkurrenz, Seite

Raape, Leo: „Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung – Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen von gefahrdrohender Beschaffenheit“, AcP 147 (1941), Seiten 217–289

Raisch, Peter: Juristische Methoden – Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, *zitiert:* Raisch, Jur. Methoden, Seite

Raiser, Ludwig: „Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen – Kritische Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 21.12.1960 – VIII ZR 89/59“, JZ 1961, Seiten 529–531

Raiser, Ludwig: „Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz“, Festschrift für Martin Wolff, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1952, Seiten 123–140, *zitiert:* Raiser in: FS Wolff, Seite

Raiser, Rolf: „Schadenshaftung bei verstecktem Dissens“, AcP 127 (1927), Seiten 1–45

Rathjen, Peter: „Zur Haftung für Gelegenheitsdelikte der Erfüllungsgehilfen“, JR 1979, Seiten 232–236

Rehbinder, Manfred: Einführung in die Rechtswissenschaft – Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts, Verlag Walter de Gruyter Berlin, New York, 8. Auflage 1995, *zitiert:* Rehbinder, Einführung, Seite

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Verlag Walter de Gruyter Berlin, 11. Auflage 1959, III. Band, 1. Teil, Sachenrecht, §§ 854–1011, *zitiert:* Bearbeiter in: RGRK (11. Aufl.), § Rn

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, Verlag Walter de Gruyter Berlin, New York, 12. Auflage 1978, Band II, 4. Teil, §§ 631 – 811, *zitiert:* Bearbeiter in: RGRK, § Rn

Reinhardt, Michael: „Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht“, NJW 1994, Seiten 93–99

Reischauer, Rudolf: Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB) – Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen mit rechtsvergleichenden Bezügen, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1975, *zitiert:* Reischauer, Entlastungsbeweis, Seite

Reischl, Klaus: „Grundfälle zum neuen Schuldrecht“, JuS 2003, Seiten 40–48

Reuter, Dieter / Martinek, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, *zitiert:* Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, Seite

Reuter, Dieter: „Die Belastung des Bereicherungsgegenstandes mit Sicherungsrechten – Ein Beitrag zum Inhalt des Bereicherungsanspruchs“ in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1993, Seiten 369–386, *zitiert:* Reuter in: FS Gernhuber, Seite

Riehm, Thomas: „Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – Zur Dogmatik der §§ 280 ff. BGB –“ in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, Verlag C.H. Beck, München, 2007, Seiten 1079–1103, *zitiert:* FS Canaris, Seite

Rosenberg, Leo: Die Beweislast – auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 5. Auflage 1965, *zitiert:* Rosenberg, Beweislast, Seite

Rosenlöcher, Sibylle: Die Entwicklung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 1991, *zitiert:* Rosenlöcher, Entwicklung des EBV, Seite

Roth, Herbert: „Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“, JuS 2003, Seiten 937–943

Roth, Herbert: „Grundfälle zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“, JuS 1997, Seiten 518–522 sowie 710–714

Rother, Frederik: „Beweislast für Verschulden bei unerlaubter Handlung“, NJ 2012, Seiten 317–325

Rötzer, Hans: Die Uneigennützigkeit im Zivilrecht – eine dogmatische Untersuchung, Universitätsschrift Universität Augsburg, 2008, veröffentlicht auf dem Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek unter:

<http://d-nb.info/99001200X/34>, *zitiert*: Rötzer, Uneigennützigkeit, Seite

Ruhstrat: „Beiträge zur Lehre von der Negotiorum Gestio“, AcP 32 (1849), Seiten 173–199

Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, Verlag C.H. Beck München, 7. Auflage 2013, *zitiert*: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Seite Rn

Sack, Rolf: „Unlauterer Wettbewerb und Folgevertrag – Die Auswirkungen unlauteren Wettbewerbs auf Vertragsabschlüsse“, WRP 1974, Seiten 445–460

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, Verlag C.H. Beck München, 5. Auflage 2007, *zitiert*: Bearbeiter in: MüKo (5. Aufl.), Bd. 2, Einl. Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, ProstG, AGG, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2012, *zitiert*: Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2012, *zitiert*: Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Besonderer Teil I, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2012, *zitiert*: Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611–704, EFZG, TzBfG, KSchG, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2012, *zitiert:* Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2013, *zitiert:* Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2013, *zitiert:* Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht I, §§ 1297–1588, VersAusglG, GewSchG, LPartG, Verlag C.H. Beck München, 6. Auflage 2013, *zitiert:* Bearbeiter in: MüKo, § Rn

Schapp, Jan / Schur, Wolfgang: Sachenrecht, Verlag Franz Vahlen München, 4. Auflage 2010, *zitiert:* Schapp/Schur, SachenR, Seite Rn

Schellhammer, Kurt: Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen samt Wohnungseigentums- und Grundbuchrecht, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 3. Auflage 2009, *zitiert:* Schellhammer, SachenR, Seite Rn

Schiemann, Gottfried: „Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“, Jura 1981, 631–644

Schilling, Theodor: Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, Berlin, in Kooperation mit der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, *zitiert:* Schilling, Rang und Geltung, Seite

- Schlechtriem, Peter H.:* Vertragsordnung und außervertragliche Haftung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1972, *zitiert:* Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Seite
- Schlechtriem, Peter / Schmidt-Kessel, Martin:* Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Verlag Mohr Siebeck, 6. Auflage 2006, *zitiert:* Schlechtriem/Schmidt-Kessel, SchuldR AT, Seite, Rn
- Schleeh, Jörg:* Vorvertragliches Fehlverhalten und der Schutz Dritter, Fotodruck PRÄZIS, Tübingen 1965, *zitiert:* Schleeh, vorvertragl. Fehlverhalten, Seite
- Schmalz, Dieter:* Methodenlehre für das juristische Studium, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 4. Auflage 1998, *zitiert:* Schmalz, Methodenlehre, Seite Rn
- Schmidt, Benjamin:* „Der Anwendungsbereich der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag“, JuS 2004, Seiten 862–867
- Schmidt, Eike:* „Zur Dogmatik des § 278 BGB – Zugleich einige kritische Bemerkungen zur geplanten Reform des § 831 BGB“, AcP 170 (1970), Seiten 502–533
- Schmidt, Rudolf:* Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1915, *zitiert:* Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, Seite
- Schmidt-Rimpler, Walter:* „Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts“, AcP 147 (1941), Seiten 130–197
- Schmitz, Erich:* Dritthaftung aus culpa in contrahendo, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1980, *zitiert:* Schmitz, Dritthaftung, Seite
- Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard:* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 1. Teilband: vor § 241–§ 304, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, *zitiert:* Bearbeiter in: HKK, § Rn

Schneider, Egon: „Ist § 989 BGB auf den gutgläubigen Fremdbesitzer vor Rechts-
hängigkeit anwendbar?“, MDR 1955, Seiten 718–719

Schnorbus, York: „Die Haftung für den Vertreter ohne Vertretungsmacht in der
Kreditwirtschaft“, WM 1999, Seiten 197–209

Schreiber, Klaus: „Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – Teil I: Vindikationslage,
Schadensersatzansprüche“, Jura 1992, Seiten 356–364

Schreiber, Klaus: „Haftung bei Gefälligkeiten“, Jura 2001, Seiten 810–814

Schreiber, Klaus: Sachenrecht, Richard Boorberg Verlag Stuttgart, München,
Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 5. Auflage 2008, *zitiert*: Schreiber,
SachenR, Seite Rn

Schubert, Werner: „Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag“, AcP 178
(1978), Seiten 425–455

Schulze, Götz: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 23.9.1999 – III ZR 322/98,
JZ 2000, Seiten 523–525

Schulze, Reiner / Ebers, Martin: „Streitfragen im neuen Schuldrecht“, JuS 2004,
Seiten 265–272

Schur, Wolfgang: Leistung und Sorgfalt – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der
Pflicht im Bürgerlichen Recht, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,
2001, *zitiert*: Schur, Leistung und Sorgfalt, Seite

Schwark, Eberhard: „Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung
ohne Auftrag“, JuS 1984, Seiten 321–328

Schwarze, Roland: Das Recht der Leistungsstörungen, De Gruyter Rechtswissen-
schaften Verlags-GmbH, Berlin, 2008, *zitiert*: Schwarze, Leistungsstörungen,
§ Rn (Seite)

Schwarze, Roland: Vorvertragliche Verständigungspflichten, Verlag J.C.B. Mohr
(Paul Siebeck), Tübingen, 2001, *zitiert*: Schwarze, Verständigungspflichten,
Seite

Schwerdtner, Peter: „Der Ersatz des Verlusts des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften“, NJW 1971, Seiten 1673–1678

Schwerdtner, Peter: „Geschäftsführung ohne Auftrag“, Jura 1982, Seiten 593–599

Siber, Heinrich: „Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit“, IherJb. 1921, Seiten 223–299

Singer, Reinhard / Große-Klußmann, Dirk: „Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Ein bösgläubiger Bauherr“, JuS 2000, Seiten 562–567

Sippel, Harald: Geschäftsführung ohne Auftrag und die Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen mit Geschäftsbesorgungscharakter, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2005, *zitiert:* Sippel, GoA, Seite

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart, 11. Auflage 1978, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), *zitiert:* Bearbeiter in: Soergel (11. Aufl.), § Rn

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart, 12. Auflage 1990, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241–432), Stand: Juli 1990, *zitiert:* Bearbeiter in: Soergel (12. Aufl.), § Rn

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart, 13. Auflage 2007, Band 15/1, Sachenrecht 2/1, §§ 985–1017, ErbbauVO, Stand: Herbst 2006, *zitiert:* Bearbeiter in: Soergel, § Rn

Spickhoff, Andreas: „Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht“, NJW 2002, Seiten 2530–2537

Stamm, Jürgen: „Die Rückführung der sog. ‚auch fremden Geschäfte‘ von der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Gesamtschuld“, Jura 2002, Seiten 730–734

Staub, Hermann: „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen“ in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin 1902, Seiten 29–56, *zitiert*: Staub in: FS 26. DJT, Seite

von Staudinger, Julius (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin

Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2012/2013,

zitiert: Bearbeiter in: Staudinger, Eckpfeiler, Buchstabe Rn

Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90–124; 130–133 (Allgemeiner Teil 3), Neubearbeitung 2012,

Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134–138; Anh zu § 138: ProstG (Allgemeiner Teil 4a), Neubearbeitung 2011,

Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Allgemeiner Teil 4 b), Neubearbeitung 2010,

Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164–240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearbeitung 2009,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2009,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung 2009,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315–326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung 2009,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581–606 (Pacht, Landpacht, Leihe), Neubearbeitung 2013,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657–704 (Geschäftsbesorgung), Neubearbeitung 2006,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705–740 (Gesellschaftsrecht), Dreizehnte Bearbeitung 2003,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung 2007,

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 830–838 (Unerlaubte Handlungen 3), Neubearbeitung 2012,

Buch 3, Sachenrecht, §§ 985–1011 (Eigentum 3), Neubearbeitung 2013,
jeweils *zitiert*: Bearbeiter in: Staudinger, § Rn

Steinberg, Wilhelm: Die Haftung für Culpa in Contrahendo, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1930, *zitiert*: Steinberg, Haftung für c.i.c., Seite

Stoll, Hans: „Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen“ in: Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1967, Seiten 517–559, *zitiert*: Hans Stoll in: FS v. Hippel, Seite

Stoll, Hans: „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“, AcP 176 (1976), Seiten 145–196

Stoll, Hans: „Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo“ in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1978, Seiten 435–474, *zitiert*: Hans Stoll in: FS v. Caemmerer, Seite

Stoll, Heinrich: „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung – Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre“, AcP 136 (1932), Seiten 257–320

Stoll, Heinrich: „Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen“, LZ 1923, Spalten 532–548

Stoll, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1936, *zitiert*: Heinrich Stoll, Leistungsstörungen, Seite

Strätz, Hans-Wolfgang: „Über sog. ‚Nachwirkungen‘ des Schuldverhältnisses und den Haftungsmaßstab bei Schutzpflichtverstößen“ in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, 2. Dezember 1976, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1976, Seiten 999–1013, *zitiert:* Strätz in: FS Bosch, Seite

Stringari, Katerina: Die Haftung des Verkäufers für mangelbedingte Schäden, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, *zitiert:* Stringari, Haftung, Seite

Strohal, Emil August (Hrsg.): Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241–432, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung Berlin, 4. Auflage 1914, *zitiert:* Bearbeiter in: Planck's Kommentar zum BGB, § (Seite)

Stürner, Rolf: „Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten“, JZ 1976, Seiten 384–392

Thiele, Wolfgang: „Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung – Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts“, JZ 1967, Seiten 649–657

Thiemann, Rudolf: Culpa in contrahendo – ein Beitrag zum Deliktsrecht, Verlag Dr. Mannhold, Gelsenkirchen, 1984, *zitiert:* Thiemann, culpa in contrahendo, Seite

Thole, Christoph: „Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des ‚auch fremden‘ Geschäfts?“, NJW 2010, Seiten 1243–1248

Unberath, Hannes: Die Vertragsverletzung, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, *zitiert:* Unberath, Vertragsverletzung, Seite

Vieweg, Klaus / Werner, Almuth: Sachenrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 6. Auflage 2013, *zitiert:* Vieweg/Werner, SachenR, Seite (Rn)

Vogel, Joachim: Juristische Methodik, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1998, *zitiert:* Vogel, Jur. Methodik, Seite

- Wagner, Gerhard:* „Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts“ in: Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, Seiten 189–340, *zitiert:* Wagner in: Grundstrukturen DeliktsR, Seite
- Wagner, Gerhard:* „Schuldrechtsreform und Deliktsrecht“ in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst / Schmidt, Karsten, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2003, Seiten 203–223, *zitiert:* Wagner in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Seite
- Wahrendorf, Volker:* Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, *zitiert:* Wahrendorf, Prinzipien der Beweislast, Seite
- Walker, Wolf-Dietrich:* „Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung“, JuS 2002, Seiten 736–743
- Wank, Rolf:* Die Auslegung von Gesetzen, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008, *zitiert:* Wank, Auslegung, Seite
- Wassermann, Rudolf (Gesamtherausgeber):* Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Band 2, Allgemeines Schuldrecht, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied und Darmstadt, 1980, *zitiert:* Bearbeiter in: AK, § Rn
- Weber, Ralph:* Sachenrecht I, Bewegliche Sachen, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 3. Auflage 2013, *zitiert:* Weber, SachenR I, Seite Rn
- Weber, Rolf H.:* „Schutzpflichten – Ein Sozialstaatsgedanke?“ in: Freiheit und Zwang – Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1989, Seiten 735–760, *zitiert:* Weber in: FS Giger, Seite

Weiss, Alexander: Widersprüche im Recht – Unter besonderer Berücksichtigung europarechtsbedingter Widersprüche im deutschen Zivilrecht, Herbert Utz Verlag GmbH, München 2011, *zitiert:* Weiss, Widersprüche im Recht, Seite

Weitnauer, Hermann: „Aktuelle Fragen des Haftungsrechts“, *VersR* 1970, Seiten 585–598

Wenzel, Axel: Die Fortgeltung der Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen – Eine rechtsmethodische Untersuchung, LIT Verlag, Münster 2005, *zitiert:* Wenzel, Fortgeltung, Seite

Westermann, Harm Peter / Gursky, Karl-Heinz / Eickmann, Dieter: Sachenrecht, Verlag C.F. Müller Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 8. Auflage 2011, *zitiert:* Westermann/Gursky/Eickmann, SachenR, Seite (Rn)

Westermann, Harm Peter: BGB-Sachenrecht, Verlag C.F. Müller Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 12. Auflage 2012, *zitiert:* Westermann, SachenR, Seite Rn

Westhelle, Fritz: Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung KG, Köln, 1978, *zitiert:* Westhelle, Nichterfüllung, Seite

Wieacker, Franz: Rudolf von Ihering. Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage, Verlag Koehler und Amelang, Leipzig, 1942, *zitiert:* Wieacker, v. Ihering. Eine Erinnerung, Seite

Wieling, Hans Josef: „Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes“, *AcP* 184 (1984), Seiten 439–464

Wieling, Hans Josef: „Zur Dogmatik des Schadensersatzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“, *MDR* 1972, Seiten 645–651

Wieling, Hans Josef: Sachenrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft), Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, 2. Auflage 2006, *zitiert:* Wieling, SachenR I, Seite

- Wieling, Hans Josef*: Sachenrecht, Springer-Verlag Berlin, 5. Auflage 2007, *zitiert*:
Wieling, SachenR, Seite
- Wilhelm, Jan*: „Die Lehre vom Fremdbesitzerexzess“, JZ 2004, Seiten 650–653
- Wilhelm, Jan*: „Die Pflichtverletzung nach dem neuen Schuldrecht“, JZ 2004, Seiten
1055–1060
- Wilhelm, Jan*: Sachenrecht, Verlag Walter de Gruyter GmbH & Co. KG Berlin, New
York, 4. Auflage 2010, *zitiert*: Wilhelm, SachenR, Rn
- Wilke, Ulrich*: „Gedanken zu einer normativen Bestimmung des Fremdgeschäftsführungswillens“, Jura 2013, Seiten 547–554
- Willoweit, Dietmar*: „Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln“, JuS 1986,
Seiten 96–107
- Willoweit, Dietmar*: „Schuldverhältnis und Gefälligkeit – Dogmatische Grundfragen“,
JuS 1984, Seiten 909–916
- Willoweit, Dietmar*: Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher
Vereinbarungen, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1969, *zitiert*: Willoweit,
Abgrenzung, Seite
- Windel, Peter A.*: „Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung“ in: Organisa-
tion und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Friedrich E.
Schnapp zum 70. Geburtstag, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 2008,
Seiten 859–871, *zitiert*: Windel in: FS Schnapp, Seite
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, Verlags-
handlung von Julius Buddeus, Düsseldorf, 1862, *zitiert*: Windscheid,
PandektenR I, § (Seite)
- Wittmann, Roland*: Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag, C.H.
Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981, *zitiert*: Wittmann, GoA,
Seite

Wolf, Alfred: „Die Überarbeitung des Schuldrechts – Anlässe und Stand der Überlegungen“, AcP 182 (1982), Seiten 80–100

Wolf, Manfred / Wellenhofer, Marina: Sachenrecht, Verlag C.H. Beck München, 27. Auflage 2012, *zitiert:* Wolf/Wellenhofer, SachenR, Seite Rn

Wolf, Manfred: „Rechtsgeschäftslehre“ in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Verlag Franz Vahlen, München, 1974, Seiten 59–184, *zitiert:* Wolf in: Grundlagen, Seite

Wollschläger, Christian: Die Geschäftsführung ohne Auftrag – Theorie und Rechtsprechung, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1976, *zitiert:* Wollschläger, GoA, Seite

Zeuner, Albrecht: „Zum Verhältnis zwischen Vindikation und Besitzrecht“ in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1969, Seiten 423–431, *zitiert:* Zeuner in: FS Felgentraeger, Seite

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, Verlag C.H. Beck München, 11. Auflage 2012, *zitiert:* Zippelius, Methodenlehre, Seite

Zöller, Richard (Begr.): Zivilprozessordnung, Kommentar, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 30. Auflage 2014, *zitiert:* Bearbeiter in: Zöller, § Rn

Die Schadensersatzpflicht des Fremdbesitzers im Exzess

Björn Arndt

Die bei unbefangenen Verständnis im Sachenrecht nicht ausdrücklich geregelten Folgen des Exzesses eines gutgläubigen Fremdbesitzers sind bereits Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen geworden. Allerdings wurden die Lösungsversuche bislang – soweit ersichtlich – stets auf das Sachenrecht begrenzt. In dieser Arbeit wird daher die Möglichkeit einer sachgemäßen und in dogmatischer Hinsicht korrekten schadensersatzrechtlichen Behandlung der Thematik des Fremdbesitzerexzesses mit den Mitteln des Schuldrechts untersucht. Unter nicht selten inzidenter Auseinandersetzung mit Grundfragen der Privatrechtsdogmatik im Grenzbereich zwischen der Haftung aus Rechtsgeschäft und aus Gesetz analysiert der Verfasser sowohl die möglichen Entstehungsgründe sowie Legitimationsaspekte als auch die rechtliche Tragweite einer außervertraglichen Sonderverbindung und entwickelt auf dieser Grundlage einen eigenständigen Ansatz, der in einen konkreten Gesetzesänderungsvorschlag mündet.

ISBN 978-3-8405-0118-0

EUR 17,80

