

Ökonomische Analyse des Rechts |
Economic Analysis of Law

RESEARCH

Florian Kamp

Funktion und Grenzen schuldverhältnis- bedingter Nebenpflichten

Eine dogmatische und ökonomische
Analyse von § 241 II BGB

OPEN



Springer Gabler

Ökonomische Analyse des Rechts | Economic Analysis of Law

Reihe herausgegeben von

Stefan Voigt, Hamburg, Deutschland

Luigi Franzoni, Bologna, Italien

Georg Ringe, Hamburg, Deutschland

Elena Reznichenko, Rotterdam, Niederlande

Michael Faure, Rotterdam, Niederlande

Die ökonomische Analyse des Rechts untersucht Rechtsnormen auf ihre gesellschaftlichen Folgewirkungen und bedient sich dabei des methodischen Instrumentariums der Wirtschaftswissenschaften. Sie ist ein interdisziplinäres Forschungsgebiet, in dem sowohl Rechtswissenschaftler als auch Wirtschaftswissenschaftler tätig sind und das zu wesentlichen neuen Erkenntnissen über Funktion und Wirkungen von Rechtsnormen geführt hat. Die Schriftenreihe enthält Monographien zu verschiedenen Rechtsgebieten und Rechtsentwicklungen. Die Buchreihe wird als Fortsetzung der Reihe „Ökonomische Analyse des Rechts“ geführt.

The economic analysis of law examines legal norms drawing on the economic approach. The analysis does not only include the consequences of legal norms but also the determinants of their emergence. It is an interdisciplinary research program in which both lawyers as well as economists are active. Over the last half century, some of its contributions have lead to important insights regarding the emergence, the functioning, as well as the effects of legal norms. This series is a forum for contributions to the economic analysis of law broadly conceived. The book series is a continuation of the series Economic Analysis of Law.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/16196>

Florian Kamp

Funktion und Grenzen schuldverhältnis- bedingter Nebenpflichten

Eine dogmatische und ökonomische
Analyse von § 241 II BGB

OPEN

 **Springer** Gabler

Florian Kamp
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und
Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung
Bucerius Law School
Hamburg, Deutschland

Dissertation, Bucerius Law School, 2020



ISSN 2524-7360 ISSN 2524-7379 (electronic)
Ökonomische Analyse des Rechts | Economic Analysis of Law
ISBN 978-3-658-30412-6 ISBN 978-3-658-30413-3 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-30413-3>

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

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2020. Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation. **Open Access** Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 17. Dezember 2019 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 4. März 2020 statt. Die Arbeit wurde im Juli 2018 fertiggestellt.

Herzlicher Dank gebührt meinem hochgeschätzten Doktorvater, Professor Dr. Florian Faust, der nie eine Chance ausgelassen hat, diese Arbeit zu verbessern. Er hat mir durch die Kombination einer akribischen Betreuung mit der Gewährung von völliger Forschungsautonomie ein hervorragendes Umfeld geboten und mich auch über die Promotion hinaus immer bedingungslos unterstützt. Dank steht ebenso Prof. Dr. Matthias Jacobs für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens zu.

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer sei ebenfalls gedankt. Diese Arbeit ist im Kern zwischen 2013 und 2015 in den Jahren meiner bereichernden Lehrstuhl­tätigkeit bei ihr entstanden und hat vom wissenschaftlichen Umfeld dort sehr profitiert.

Herzlich danken möchte ich auch der Studienstiftung des deutschen Volkes. Sie hat mich in meinem Ausbildungs­verlauf immer vertrauensvoll unterstützt und die Anfertigung dieser Arbeit großzügig mit einem Promotionsstipendium gefördert.

Die Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung, Hamburg, hat die Veröffentlichung dieser Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss gefördert. Hierfür ist ihr mein Dank gewiss.

Aus meinem privaten Umfeld sei Hans-Dieter Möller, Jutta Grohnert-Möller, Dr. Veronika Wimmer und meinem Bruder, Sebastian Kamp, gedankt. Sie haben meinen Ausbildungsweg verschiedentlich mit Zuneigung begleitet und waren stets Quell guten Rates.

Mein seliger Großvater, Prof. Dr. Carl Wilhelm Schirren, hat mit seinem unermüdlichen Forschungseifer stets meinen akademischen Ehrgeiz befacht. Hierfür bin ich ihm immer dankbar gewesen. Er und meine liebe Großmutter, Anneliese Schirren, haben den Druck dieser Arbeit ebenfalls unterstützt. Es sei Ihnen nicht vergessen.

Den letzten und entscheidenden Dank verdienen meine liebevollen Eltern, Dr. Dr. Wilfried Kamp und Dr. Ulrike Schirren-Kamp, die mich immer unermüdlich unterstützt haben und – gerade in kritischen Phasen (vgl. *Bernard-Viktor Christoph-Carl von Bülow*, 1978, Lorient – Folge VI: „Benötigen Sie einen Weihnachtsmann? Ich bin Student...“) – nie den Glauben an mich verloren haben. Euch sei diese Arbeit daher in enger Verbundenheit gewidmet.

London

Florian N. Kamp

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Gang der Darstellung	19
Kapitel 1. Schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten und deliktische Jedermannspflichten – eine Bestandsaufnahme	21
A. Grundlagen: Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands	21
I. Nebenpflicht	21
II. Begriff der „schuldverhältnisbedingten“ Nebenpflicht	51
III. Zwischenergebnis: Rechtsfolgenbezogene Abgrenzung der Pflichten aus § 241 II BGB	60
B. Haftung aus einem Schuldverhältnis im Vergleich zur Haftung aus Jedermannsrecht – Tendenz zur Konvergenz	61
I. Anspruchsgrundlage	61
II. Verteilung der Beweislast	65
III. Haftung für das Verhalten Dritter	83
IV. Haftung für Vermögensschäden	91
V. Verhältnis deliktsrechtlicher Verkehrssicherungspflichten zu schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten	109
VI. Originär schuldverhältnisbedingte Verhaltensanforderungen	132
VII. Verantwortlichkeit	139
VIII. Anwendbarkeit der §§ 282, 324 BGB	144
IX. Rechtstatsächliche Durchsetzungsmöglichkeit der Verhaltensanforderungen	146
X. Verjährung	163
XI. Rechtsfolgen eines Ersatzanspruchs	163
XII. Zwischenergebnis: Materiell-rechtliche Annäherung von Neben- und Verkehrspflicht	164
C. Umgang mit schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten im Verfahrens- und Kollisionsrecht	164
I. Zivilprozessrecht – Örtlicher Gerichtsstand	164
II. Internationales Privat- und Verfahrensrecht	168
D. Ergebnis: Nebenpflichten dem Jedermannsrecht überraschend ähnlich	175

Kapitel 2. Funktionsanalyse von § 241 II BGB	177
A. Begründungsbedürftigkeit schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten?	177
I. Allgemeine Handlungsfreiheit	177
II. Willkürverbot	179
III. Vertragsfreiheit und Grundsatz der Privatautonomie	180
IV. Wortlaut des § 241 II BGB.....	181
V. Nebenpflichten als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung	182
VI. Zwischenergebnis: Nebenpflichten sind begründungsbedürftig.....	183
B. Methodische Begründung	183
I. Herleitung aus §§ 133, 157 BGB	184
II. Herleitung aus § 242 BGB	187
III. Herleitung aus § 241 II BGB.....	187
IV. Für eine Anknüpfung an § 241 II BGB	188
V. Zwischenergebnis: Methodische Herleitung von Nebenpflichten aus § 241 II BGB	194
C. Bestimmung der Funktion von Nebenpflichten	194
I. Anknüpfungspunkte für die Funktion von Nebenpflichten im Wortlaut des § 241 II BGB.....	196
II. Historische Funktion von Nebenpflichten.....	211
III. Systematische Funktion von Nebenpflichten	221
IV. Teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB als Ausfluss der Funktion schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten.....	270
V. Zwischenergebnis: Teleologische Subsidiarität als Haftungsgrund und Haftungsgrenze von § 241 II BGB	313
D. Ergebnis: Einzig teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB lässt schlüssige Funktionsanalyse von § 241 II BGB zu.....	314
 Kapitel 3. Folgen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB – Lückenfüllung in der Subsumtion	 315
A. Rechtsmethodische Konsequenz der teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: Doppelfunktionalität von § 241 II BGB	315
I. Blankettcharakter des § 241 II BGB	315
II. Zur rechtspraktischen Funktion.....	318
III. Zur schuldverhältnisspezifischen Funktion.....	320
IV. Funktionale Zweiteilung	320
V. Zur Prüfungsreihenfolge	322
VI. Zwischenergebnis: Doppelfunktionales Verständnis von § 241 II BGB.....	322

B.	Ausfüllung der rechtspraktischen Funktion von Nebenpflichten.....	323
I.	Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken im Bereich des Vermögenschutzes.....	323
II.	Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken bei Schädigung des Gläubigers durch dem Schuldner zuzurechnende Dritte	439
III.	Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken durch eine Beweislastumkehr für das Verschuldenselement	498
C.	Ausfüllung der schuldverhältnisspezifischen Funktion von Nebenpflichten.....	524
I.	Suche nach dem Haftungsgrund.....	524
II.	Verlaufen der Haftungsgrenze?.....	529
III.	Zwischenergebnis: Transaktionsbezug als Gegenstück zur rechtspraktischen Funktion von § 241 II BGB.....	535
D.	Ergebnis: Sinnvolle Konturierung von § 241 II BGB durch ökonomische Analyse.....	535
Kapitel 4.	Synopse und Schlussteil	537
A.	Gruppierung der zentralen Ergebnisse in Thesenform.....	537
B.	Vorschlag eines groben Subsumtionsschemas.....	551
C.	Resümee.....	558
Literaturverzeichnis	565

Inhaltsverzeichnis

- Einleitung 1**
- Gang der Darstellung 19**
- Kapitel 1. Schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten und deliktische Jedermannspflichten – eine Bestandsaufnahme 21**
 - A. Grundlagen: Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands 21
 - I. Nebenpflicht 21
 - 1. Terminologie der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten 22
 - a) Gegen den Begriff der Schutzpflicht 22
 - b) Gegen den Begriff der Rücksicht(nahme)pflcht 28
 - c) Für den Begriff der Nebenpflicht 29
 - 2. Inhaltliche Präzisierung des Begriffes „Nebenpflicht“ 31
 - a) Abgrenzung der Leistungs- von den Nebenpflichten .. 31
 - aa) Beispielhafte Relevanz der Unterscheidung bei § 546 I BGB 31
 - bb) Orientierung an der Klagbarkeit der Pflicht 34
 - cc) Orientierung an dem Begriff der Leistung 35
 - dd) Orientierung an der Zielsetzung der Pflicht 35
 - ee) Orientierung an der dogmatischen Herkunft der Pflicht 36
 - ff) Orientierung an dem Zeitpunkt der konkreten Pflichtentstehung 37
 - gg) Orientierung an den Rechtsfolgen der Pflichtverletzung 38
 - hh) Zwischenergebnis: Abgrenzung nach Rechtsfolgen praktisch sinnvoll 40
 - b) Überlappen von Leistungs- und Nebenpflicht 40
 - c) Integritätsschutz als Leistungsgegenstand 44
 - d) Verortung der Treuepflichten 47
 - aa) Treuepflichten von § 241 BGB erfasst? 48
 - bb) Treuepflichten von § 241 II BGB erfasst? 49
 - II. Begriff der „schuldverhältnisbedingten“ Nebenpflicht 51
 - 1. Begriff des Schuldverhältnisses 52
 - a) Historie des Begriffs 52
 - b) Das Schuldverhältnis als Quell der Nebenpflichten 54
 - 2. Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse 56
 - 3. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse 58

4.	Gesetzliche Schuldverhältnisse.....	59
III.	Zwischenergebnis: Rechtsfolgenbezogene Abgrenzung der Pflichten aus § 241 II BGB	60
B.	Haftung aus einem Schuldverhältnis im Vergleich zur Haftung aus Jedermannsrecht – Tendenz zur Konvergenz	61
I.	Anspruchsgrundlage.....	61
1.	Schuldverhältnisrecht.....	61
2.	Jedermannsrecht	65
3.	Zwischenergebnis: Trennung zwischen § 280 I BGB und §§ 823ff. BGB	65
II.	Verteilung der Beweislast	65
1.	Schuldverhältnisrecht.....	65
a)	Wirkung einer Beweislastumkehr bei erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten	66
b)	Definition der Nebenpflicht als rechtspraktische „Stellschraube“ der Beweislastverteilung	69
c)	Anwendbarkeit des § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichtverletzungen.....	73
2.	Jedermannsrecht	76
3.	Zwischenergebnis: Annäherung zwischen § 280 I 2 BGB und § 823 BGB im Rahmen der Beweislastverteilung	80
III.	Haftung für das Verhalten Dritter.....	83
1.	Schuldverhältnisrecht.....	83
2.	Jedermannsrecht	85
3.	Zwischenergebnis: Verringerte Unterschiede bei der Einstandspflicht für Dritte	90
IV.	Haftung für Vermögensschäden	91
1.	Schuldverhältnisrecht.....	91
2.	Jedermannsrecht	95
a)	§ 823 I BGB	95
b)	§ 823 II BGB.....	98
c)	§ 824 BGB.....	100
d)	§ 826 BGB.....	101
e)	Umfassender Vermögensschutz in der Rechtsfolge ..	108
3.	Zwischenergebnis: Zunehmend auch Vermögensschutz im Deliktsrecht.....	108
V.	Verhältnis deliktsrechtlicher Verkehrssicherungspflichten zu schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten	109
1.	Problemstellung: Wechselbezug von Nebenpflichten und Verkehrssicherungspflichten?.....	109
2.	Parallelität von Neben- und Verkehrspflicht?.....	111

a)	Rechtspraktische Ähnlichkeit von Neben- und Verkehrspflicht am Beispiel des Unbefugten	114
aa)	Schuldverhältnisrecht.....	115
bb)	Jedermannsrecht.....	117
cc)	Zwischenergebnis: Allgemein kein Schutz des erkennbar Unbefugten	118
b)	Dogmatische Ähnlichkeit von Neben- und Verkehrspflicht.....	118
aa)	Flexibilisierung der Verkehrspflichten	119
bb)	Verhaltensbezogenheit von Verkehrspflichten.....	122
cc)	Verstärkung von Nebenpflichten durch Verkehrspflichten.....	124
3.	Bilanz.....	129
a)	Kaum tatsächliche Unterschiede wahrnehmbar.....	129
b)	Keine dogmatischen Unterschiede erkennbar	131
VI.	Originär schuldverhältnisbedingte Verhaltensanforderungen	132
VII.	Verantwortlichkeit.....	139
1.	Schuldverhältnisrecht.....	139
2.	Jedermannsrecht	142
3.	Zwischenergebnis: Kein nennenswerter Unterschied im Rahmen der Verantwortlichkeit.....	144
VIII.	Anwendbarkeit der §§ 282, 324 BGB	144
IX.	Rechtstatsächliche Durchsetzungsmöglichkeit der Verhaltensanforderungen	146
1.	Schuldverhältnisrecht.....	146
a)	Einforderbarkeit	146
b)	Erfüllbarkeit	149
c)	Klagbarkeit	152
d)	Exkurs: Nebenpflichten als Verpflichtung zur Leistung?	154
2.	Jedermannsrecht	160
3.	Zwischenergebnis: Durchsetzungsmöglichkeiten von Neben- und Verkehrspflichten ähnlich	162
X.	Verjährung.....	163
XI.	Rechtsfolgen eines Ersatzanspruchs.....	163
XII.	Zwischenergebnis: Materiell-rechtliche Annäherung von Neben- und Verkehrspflicht	164
C.	Umgang mit schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten im Verfahrens- und Kollisionsrecht.....	164
I.	Zivilprozessrecht – Örtlicher Gerichtsstand.....	164

1.	Schuldverhältnisrecht.....	164
2.	Jedermannsrecht	167
3.	Zwischenergebnis: Zivilprozessual sind Nebenpflichten eher deliktisch einzuordnen	168
II.	Internationales Privat- und Verfahrensrecht.....	168
1.	Recht der internationalen Zuständigkeit	168
a)	Schuldverhältnisrecht	168
b)	Jedermannsrecht	170
c)	Zwischenergebnis: Vertragsbegriff des internationalen Verfahrensrechts ordnet Nebenpflichten eher deliktisch ein	171
2.	Internationales Privatrecht	171
a)	Schuldverhältnisrecht	171
b)	Jedermannsrecht	174
c)	Zwischenergebnis: Tendenz zur deliktischen Qualifizierung von Nebenpflichten im internationalen Privatrecht.....	175
3.	Zwischenergebnis: Ausserhalb von Vermögensschutz werden Nebenpflichten im Verfahrensrecht deliktisch klassifiziert.....	175
D.	Ergebnis: Nebenpflichten dem Jedermannsrecht überraschend ähnlich	175
Kapitel 2. Funktionsanalyse von § 241 II BGB		177
A.	Begründungsbedürftigkeit schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten?	177
I.	Allgemeine Handlungsfreiheit	177
II.	Willkürverbot	179
III.	Vertragsfreiheit und Grundsatz der Privatautonomie	180
IV.	Wortlaut des § 241 II BGB.....	181
V.	Nebenpflichten als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung	182
VI.	Zwischenergebnis: Nebenpflichten sind begründungsbedürftig.....	183
B.	Methodische Begründung	183
I.	Herleitung aus §§ 133, 157 BGB	184
1.	Auslegung.....	184
2.	Ergänzende (Vertrags-)Auslegung.....	185
II.	Herleitung aus § 242 BGB	187
III.	Herleitung aus § 241 II BGB.....	187
IV.	Für eine Anknüpfung an § 241 II BGB	188
1.	Gegen eine Herleitung aus §§ 133, 157 BGB	188

a)	Auslegung.....	188
b)	Gegen das Heranziehen der ergänzenden (Vertrags-) Auslegung.....	190
2.	§ 241 II BGB als methodisch vorrangige Norm	193
V.	Zwischenergebnis: Methodische Herleitung von Nebenpflichten aus § 241 II BGB	194
C.	Bestimmung der Funktion von Nebenpflichten.....	194
I.	Anknüpfungspunkte für die Funktion von Nebenpflichten im Wortlaut des § 241 II BGB.....	196
1.	Wortlaut des § 241 II BGB als Ausgangspunkt	196
2.	Privatautonomie und Vertragsfreiheit.....	196
a)	Eignung als Haftungsgrund?	196
b)	Eignung als Haftungsgrenze?	200
c)	Zwischenergebnis: Partewille als mögliche Grenze für Nebenpflichten	203
3.	Möglichkeit zur Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung.....	204
a)	Eignung als Haftungsgrund?	204
b)	Eignung als Haftungsgrenze?.....	210
c)	Zwischenergebnis: Kein Einfluss der Möglichkeit des Schuldners zur Beschränkung seiner Haftung auf Nebenpflichten	210
II.	Historische Funktion von Nebenpflichten.....	211
1.	Ursprung der Nebenpflichten.....	211
2.	Kehrseite besonderer Einwirkungsmöglichkeiten.....	212
a)	Eignung als Haftungsgrund?	212
b)	Eignung als Haftungsgrenze?.....	213
c)	Zwischenergebnis: Aussageschwäche faktischer Ansätze	215
3.	Vertrauensschutz.....	216
a)	Eignung als Haftungsgrund?	216
b)	Eignung als Haftungsgrenze?.....	220
c)	Zwischenergebnis: Unschärfe des Vertrauensbegriffs	221
III.	Systematische Funktion von Nebenpflichten	221
1.	Systematischer Standort des § 241 II BGB.....	221
2.	Funktionen des Schuldrechts	222
a)	Eignung als Haftungsgrund?	222
b)	Eignung als Haftungsgrenze?	224

c)	Zwischenergebnis: Kein Nutzen der Funktionen des Schuldverhältnisrechts als Grenze für Nebenpflichten	225
3.	Gesetz als Grund und Grenze	225
a)	Eignung als Haftungsgrund?	225
b)	Eignung als Haftungsgrenze?	230
c)	Zwischenergebnis: Möglicher Vorrang gesetzlicher Haftungsregime	243
4.	Äquivalenzprinzip.....	244
a)	Eignung als Haftungsgrund?	244
aa)	Grundgedanke des Äquivalenzprinzips.....	244
bb)	Aus dem Äquivalenzprinzip abgeleiteter Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners.....	248
(1)	Ausgleich durch eine Gegenleistung	249
(2)	Ausgleich durch geldwerten Nutzen.....	254
(3)	Ausgleich durch korrespondierende Verpflichtungen des Nebenpflichtgläubigers – Inhalts- oder Wertspiegelung der Nebenpflichten auf den Gläubiger	257
b)	Eignung als Haftungsgrenze?	258
aa)	Äquivalenzprinzip in Reinform	258
bb)	Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners.....	260
c)	Zwischenergebnis: Äquivalenzprinzip kann Nebenpflichten begründen und begrenzen	270
IV.	Teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB als Ausfluss der Funktion schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten.....	270
1.	Zielsetzung von Nebenpflichten	270
2.	Eignung als Haftungsgrund?	271
3.	Eignung als Haftungsgrenze?	275
a)	Entgegenstehender Gesetzgebungswille?	276
b)	Deutung der Rechtsprechung	280
c)	Laut Gesetzgeber maßgeblich: Deutung der Literatur	283
aa)	Entwicklung des Gedankens der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB	285
bb)	Instrumentalisierung herkömmlicher Ansätze für den dogmatischen Beleg einer Subsidiarität von § 241 II BGB.....	288

- cc) Teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB im Kontext der „immerwährenden“ Auseinandersetzung über die Dogmatik der Nebenpflichten 293
- dd) Bedeutung des § 241 II BGB 298
- ee) Bedeutung des § 311 II BGB 299
- ff) Vergleich zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 300
- d) Rechtsfolge der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB 305
- e) Entkräftung möglicher Einwände 309
- f) Beginn eines neuen Kapitels in der Dogmatik schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten 312
- 4. Zwischenergebnis: Teleologische Subsidiarität begrenzt § 241 II BGB 313
- V. Zwischenergebnis: Teleologische Subsidiarität als Haftungsgrund und Haftungsgrenze von § 241 II BGB 313
- D. Ergebnis: Einzig teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB lässt schlüssige Funktionsanalyse von § 241 II BGB zu 314
- D. Ergebnis 314

Kapitel 3. Folgen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB – Lückenfüllung in der Subsumtion 315

- A. Rechtsmethodische Konsequenz der teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: Doppelfunktionalität von § 241 II BGB 315
- A. Doppelfunktionalität von § 241 II BGB 315
 - I. Blankettcharakter des § 241 II BGB 315
 - 1. Nebenpflichten als Handlungsanreiz zur Vermeidung von Fahrlässigkeit 316
 - 2. Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen? 317
 - II. Zur rechtspraktischen Funktion 318
 - III. Zur schuldverhältnisspezifischen Funktion 320
 - IV. Funktionale Zweiteilung 320
 - V. Zur Prüfungsreihenfolge 322
 - VI. Zwischenergebnis: Doppelfunktionales Verständnis von § 241 II BGB 322

B.	Ausfüllung der rechtspraktischen Funktion von Nebenpflichten.....	323
I.	Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken im Bereich des Vermögensschutzes.....	323
1.	Frage nach der Reichweite von Vermögensschutz	324
a)	Eignung als Haftungsgrund?	324
b)	Eignung als Haftungsgrenze?	327
c)	Besonderheiten bei der Informationsverantwortlichkeit	329
d)	Zwischenergebnis: Vermögensschutz muss erkennbar sein	330
2.	Bestimmung der Reichweite von Vermögensschutz nach Ansätzen der ökonomischen Analyse.....	331
a)	Kein Widerspruch zwischen richterlicher Aufgabe und ökonomischer Analyse	331
aa)	Grundgedanke der Rechtsökonomie	332
bb)	Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts im Zivilhaftungsrecht.....	333
b)	Methodische Möglichkeiten, die ökonomische Analyse in Bezug auf Nebenpflichten anzuwenden ..	335
aa)	Ökonomische Folgenanalyse von § 241 II BGB	335
bb)	Ökonomische Folgenbewertung von § 241 II BGB	336
(1)	Widerspruch zwischen Effizienz und Rechtssystem?.....	337
(2)	Zur Vereinbarkeit der Zielsetzungen von Nebenpflichten und der ökonomischen Analyse.....	340
(3)	Zumindest indikative Bedeutung der Ökonomie	342
cc)	Zwischenergebnis: Anwendbarkeit der ökonomischen Analyse innerhalb § 241 II BGB.....	344
c)	Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses zur Bestimmung der Reichweite von Vermögensschutz durch Nebenpflichten	344
aa)	Modell des vollständigen Vertrags.....	345
(1)	Zur Vereinbarkeit des Kriteriums der Effizienz mit dem Parteiwillen in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen.	348

(2)	Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses	352
(3)	Risiken bei einer Modellierung des Parteiwillens	353
(4)	Zwischenergebnis: Anwendbarkeit des Modells der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses auf Nebenpflichten	355
bb)	Primäre Haftung des cheapest cost avoider.....	355
(1)	Vorgang der Risikozuweisung.....	357
(2)	Relevanz der Erkennbarkeit.....	361
(3)	Zur Konvergenz von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	363
(4)	Risikozuweisung im Hinblick auf den ökonomischen Ressourcenschaden.....	369
(a)	Mögliche Konsequenz für § 241 II BGB: Begrenzung des Schadensersatzes auf den Ressourcenschaden	372
(b)	Mögliche Konsequenz für § 241 II BGB: Bei Ressourcenschaden zumindest Schadensersatz	375
(c)	Zwischenergebnis: Konvergenz von Ökonomik und Rechtspraxis.....	380
(5)	Besonderheiten bei der Zuweisung von Informationsverantwortlichkeit durch Nebenpflichten	380
(a)	Struktur einer Informationspflicht ...	380
(aa)	Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?	380
(bb)	Verhaltensbezogenheit von Informationspflichten.....	383
(b)	Ökonomische Funktion einer Informationspflicht	386
(aa)	Grundsätzliches: Informationsbeschaffungskosten	386
(bb)	Ökonomische Grenzen einer Informationspflicht.....	389

	(cc)	Makroökonomische Folgen einer Informationspflicht	390
	(dd)	Vermeidung von Informationsasymmetrien	398
	(ee)	Verhinderung eines race to the bottom.....	400
	(ff)	Marktdynamiken als ausreichendes Korrektiv?	404
	(c)	Zwischenergebnis: Informationsverantwortlichkeit von ökonomischer Analyse durchdrungen	406
(6)		Ergänzung der Haftung des cheapest cost avoider durch den Gedanken des Vertrauensschutzes	407
	(a)	Folgen einer Risikoverteilung nach dem Prinzip des cheapest cost avoider	407
	(b)	Ansatz der Vertrauensprämie	409
	(c)	Die Voraussetzung der Vertrauensprämie in der Subsumtion	410
	(d)	Erkennbarkeit der Nebenpflicht den Schuldner als Prämisse der Vertrauensprämie	415
	(e)	Ökonomischer Vertrauensschutz in der Subsumtion	418
	(f)	Nutzen der Vertrauensprämie	422
	(g)	Zwischenergebnis: Symbiose des cheapest cost avoider mit ökonomischem Vertrauensschutz	423
(7)		Zwischenergebnis: Begriff des cheapest cost avoider mit dem Ansatz der Vertrauensprämie zu kombinieren.....	423
cc)		Sekundäre Haftung des cheapest cost insurer ...	423
	(1)	Besonderheiten rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse	428
	(2)	Möglichkeit der Eigenversicherung.....	432
	(3)	Konkurrenzverhältnis zwischen cheapest cost avoider und cheapest cost insurer	434

dd)	Zwischenergebnis: Konzept der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses für Auslegung von § 241 II BGB sinnvoll.....	437
d)	Zwischenergebnis: Vermögensschutz wird sinnvoll durch die ökonomische Analyse konturiert.....	438
II.	Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken bei Schädigung des Gläubigers durch dem Schuldner zuzurechnende Dritte	439
1.	Frage nach der Reichweite sinnvoller Haftung für das Verhalten Dritter	439
a)	Methodisches Zusammenspiel von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB und § 241 II BGB.....	443
b)	Haftungsgrund?	446
aa)	Historische Differenzierung zwischen § 278 BGB und § 831 BGB	446
bb)	Rechtsprinzipien für die Zurechnung von (Neben-) Pflichtverletzungen eines Erfüllungsgehilfen.....	448
(1)	Gedanke der Einheit von Chance und Risiko	448
(2)	Beherrschbarkeit der Gefahr.....	449
(3)	Risikoverortung in der Sphäre des Schuldners	450
(4)	Prinzipienübergreifende Kritik.....	453
cc)	Anknüpfung an die Verantwortung des Schuldners für die Verbindlichkeit als Haftungsgrund	454
dd)	Gefahrerhöhung als Haftungsgrund	456
ee)	Zwischenergebnis: Gefahrerhöhung als Haftungsgrund	462
c)	Verlaufen der Haftungsgrenze?.....	462
aa)	Notwendigkeit eines Bezugs der Verletzungshandlung zur Einschaltung des Dritten	462
bb)	Zurechnungsgrenzen der herrschenden Meinung.....	463
cc)	Kritik an der Abgrenzung der herrschenden Meinung.....	466
dd)	Zurechnungsgrenzen bei der persönlichen Schuld als Haftungsgrund	469

	ee)	Zurechnungsgrenzen unter Rekurs auf die Gefahrerhöhung als Haftungsgrund	471
	ff)	Brauchbarkeit der Ansätze in der Subsumtion..	475
	gg)	Zwischenergebnis: Bestimmung der Haftungsgrenze durch Gedanken der Gefahrerhöhung	483
	d)	Zwischenergebnis: Konturierung des § 278 BGB allein über Gedanken der Gefahrerhöhung.....	483
2.		Bestimmung der Reichweite sinnvoller Haftung für das Verhalten Dritter nach Ansätzen der ökonomischen Analyse	484
	a)	Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses	484
	aa)	Cheapest cost avoider	484
	bb)	Cheapest cost insurer	492
	b)	Zwischenergebnis: Gemeinsamkeiten der Ökonomik mit bisheriger Dogmatik zu § 278 BGB	497
III.		Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken durch eine Beweislastumkehr für das Verschuldenselement	498
1.		Frage nach der Reichweite einer Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens	498
	a)	Suche nach dem Haftungsgrund	498
	b)	Verlaufen der Haftungsgrenze?	501
	c)	Zwischenergebnis: Nullsummenspiel zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen.....	511
2.		Bestimmung der Reichweite einer Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens über Ansätze der ökonomischen Analyse	511
	a)	Nutzen der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses?	512
	aa)	Genereller Kostenvorteil des Schuldners bei der Bestimmung der eigenen Verantwortlichkeit?.....	516
	bb)	Anreizsetzung im Hinblick auf die Informationsgewinnung	518
	b)	Zwischenergebnis: Informationsinteresse des Verkehrs an präzisiertem Pflichtstandard	523
C.		Ausfüllung der schuldverhältnisspezifischen Funktion von Nebenpflichten.....	524
I.		Suche nach dem Haftungsgrund.....	524
II.		Verlaufen der Haftungsgrenze?	529

1.	Dienlichkeit der Nebenpflicht im konkreten Schuldverhältnis	530
2.	Transaktionsbezug	530
III.	Zwischenergebnis: Transaktionsbezug als Gegenstück zur rechtspraktischen Funktion von § 241 II BGB	535
D.	Ergebnis: Sinnvolle Konturierung von § 241 II BGB durch ökonomische Analyse	535
Kapitel 4.	Synopse und Schlussteil	537
A.	Gruppierung der zentralen Ergebnisse in Thesenform.....	537
B.	Vorschlag eines groben Subsumtionsschemas.....	551
C.	Resümee.....	558
Literaturverzeichnis		565



Einleitung

Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten – Eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB

Nebenpflichten aus § 241 II BGB sind bei Analyse ihrer Zwecksetzung – Ausgleich deliktsrechtlicher Schutzlücken – gegenüber anderen Haftungsinstrumenten des Privatrechts teleologisch subsidiär und treten auf Konkurrenzebene hinter diesen zurück. Diese These wird im Verlauf der Arbeit dogmatisch freigelegt, untermauert und, es werden deren Konsequenzen für die Rechtspraxis untersucht.

Bereits seit über 100 Jahren wird im deutschen Schuldrecht auf die Rechtsfiguren der positiven Forderungsverletzung¹ und der *culpa in contrahendo* (Verschulden bei Vertragsschluss) als Abhilfe gegenüber den vermeintlichen Schwächen des Deliktsrechts zurückgegriffen.² Noch 1910 lehnte das RG³ bei der Verletzung einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht (unzureichende Beleuchtung der steilen Treppe zu einem Geschäftseingang) eine Schadensersatzhaftung aus einem Kaufvertrag über Wurstwaren – d.h. aus einem bestehendem Schuldverhältnis⁴ – ab und verwies auf das allein einschlägige Deliktsrecht.⁵ Ein Jahr

1 Der Begriff der positiven Forderungsverletzung ist demjenigen der positiven Vertragsverletzung vorzuziehen, weil letzterer den falschen Eindruck hervorruft, dass dieses Haftungsinstitut ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis („Vertrag“) voraussetzt(e), vgl. *Hadding*, FS Schlick, 2015, S. 153, 155; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 517; *Schlechtriem*, VersR 1973, 581, 581f. (Fn. 1); *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 314.

2 *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 38; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 388.

3 Für Abkürzungen wird auf *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis, 8. Aufl. 2015 verwiesen. Die Abkürzung „Rn.“ wird in dieser Arbeit bei der Angabe von Rechtsprechung – über die Erläuterung von *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis, 8. Aufl. 2015, S. 255 hinaus – als Randnummer des Rechtsportals *juris* verstanden.

4 Im Folgenden wird „Haftung aus bestehendem Schuldverhältnis“ mit schuldverhältnisbedingter Haftung oder Schuldverhältnis-Haftung abgekürzt. Die Begrifflichkeit soll deutlich machen, dass eine schadensersatzrechtliche Haftung aus Nebenpflichtverletzung keinen Vertrag sondern nur ein Schuldverhältnis – also auch ein gesetzlich entstandenes, z.B. aus §§ 823 I, 249 I BGB – voraussetzt, vgl. §§ 280 I, 241 II BGB. Gleichzeitig soll sie eine Unterscheidung zum herkömmlichen Begriff des Schuldrechts ermöglichen, welcher z.B. auch das Delikts- und das Bereicherungsrecht umfasst. Anders als § 280 I BGB setzen das Delikts- und das Bereicherungsrecht aber zur Anspruchsgründung gerade kein Schuldverhältnis voraus, sondern

später entschied es in dem später berühmt gewordenen Linoleumrollenfall, dass trotz der Verletzung einer lediglich „*allgemeinen*“ Verkehrssicherungspflicht (unzureichende Sicherung eines Teppichs gegen ein gefährliches Umstürzen) eine Schuldverhältnis-Haftung⁶ in Betracht komme, weil die Parteien sich in einem „*vertragsähnlichen* [Schuldverhältnis befänden], das *Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum des Gegners* [erzeuge, obwohl diese] *mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses im engeren Sinne nichts zu tun haben*“⁷. Aufgrund der verstärkten Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Anderen sei aber in einem solchen Schuldverhältnis ein Verweis auf die Anspruchsgrundlage des § 831 BGB wegen dessen S. 2 (Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners) unbefriedigend.⁸ Folglich müsse § 278 BGB – und mit ihm die Schuldverhältnis-Haftung – Anwendung finden.

zählen ausschließlich wegen der *Rechtsfolge* schuldverhältnisbedingter Ansprüche (nach den §§ 823ff, 249ff., 812ff., 818 BGB) zum Schuldrecht, vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 1391. Konsequenterweise wird das Rechtsgebiet des Schuldrechts für den Verlauf der Arbeit unterteilt in das Schuldverhältnisrecht, welches alle Rechtsnormen umfasst, die nur im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse anwendbar sind, und das Jedermannsrecht – welches den Rest umfasst. Auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 58f. (Fn. 2) kritisiert die pauschale Bezeichnung der Thematik der Nebenpflichten als „*Vertrag und Delikt*“ und schlägt stattdessen schuldrechtliche Haftung als Begrifflichkeit vor. Nach hier vertretenem Verständnis ebnet eine solche Bezeichnung aber den Unterschied zur Haftung aus dem Jedermannsrecht – ebenfalls Teil des Schuldrechts – ein. Vorzugswürdig ist daher die Bezeichnung der schuldverhältnisbedingten Haftung, vgl. auch *Kegel*, Vertrag, 2002, S. 106 („*Schuldvertragsrecht*“).

- 5 RG, Urt. v. 14.6.1910 – II 90/10, RGZ 74, 124, 125f., das es noch als selbstverständlich ansah, dass die Verletzung einer „*allgemeinen Pflicht* [zur Sicherung von Verkaufsräumen]“ keinen vertraglichen (d.h. dem Recht der bestehenden Schuldverhältnisse entspringenden [„*schuldverhältnisbedingten*“]), sondern nur einen deliktischen Anspruch begründen könne, dazu auch *Gerhardt*, JuS 1970, 597, 597; *Giario*, Richter, 2000, S. 113, 133. Eine deliktsrechtliche Haftung war im betreffenden Fall nicht erfolversprechend, denn die unzureichende Beleuchtung hatte die Tochter des Beklagten zu verantworten. Von einer Haftung aus § 831 I 1 BGB konnte dieser sich nach § 831 I 2 BGB exkulpieren.
- 6 Damals noch nach den ungeschriebenen Grundsätzen der Schadensersatzhaftung aus *culpa in contrahendo*. Heute wäre die Anspruchsgrundlage §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II BGB.
- 7 RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240.
- 8 RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240f.

Mit diesem Urteil begann der Aufstieg der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten im deutschen Zivilrecht.⁹ Fast von Beginn an bestand Streit darüber, ob die Verletzung solcher auch als Schutzpflichten bezeichneter Verhaltensanforderungen¹⁰ wirklich ins allgemeine Schuldrecht gehört oder ob sie nicht richtigerweise nur eine Facette des Jedermannsrechts¹¹ – also vor allem des Deliktsrechts¹² – darstellt: So sprengte die Behandlung dieser Verhaltensanforderungen im allgemeinen Schuldrecht die Systematik desselben und führe insbesondere im Vertragsrecht zu einer Vielzahl von vermeidbaren Abgrenzungsproblemen.¹³ Mittlerweile weist das Schuldverhältnis eine Flexibilität in Haftungsfragen auf, die früher unvorstellbar gewesen wäre.¹⁴ Während der Streit seit vielen Jahrzehnten auf höchstem akademischen Niveau unter dem Stichwort „*Haftung zwischen Vertrag und Delikt*“ geführt wird¹⁵, behielt die Rechtsprechung ihren Kurs stets bei, sodass bereits vor der Schuldrechtsreform mehrheitlich von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Nebenpflichten im Rahmen der *culpa in contrahendo*¹⁶ und der positiven Forderungsverletzung ausgegangen wurde¹⁷. Seit dem 1.1.2002 ist die Existenz von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten im allgemeinen Schuldrecht durch § 241 II BGB gesetzlich abgesichert.¹⁸ Der Streit um die ausschließliche Verortung dieser Pflichten im Deliktsrecht hat sich damit

9 von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 56; Heinrichs, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 422f.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 394; näher zur historischen Entwicklung HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 18ff.

10 E. Schmidt, Schuldverhältnis, 2004, Rn. 45

11 Vgl. zum Begriff Kegel, Vertrag, 2002, S. 119; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 1.

12 Faust, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 162; Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780; Nirk, RabelsZ 18 (1953), 310, 352; Picker, AcP 183 (1983), 369, 507.

13 Überblick bei Krebs, Sonderverbindungen, 2000, S. 73ff.; vgl. ferner Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 188ff.

14 Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 12; Horn, JuS 1995, 377, 379f.

15 Wörtlich als Titel für einen umfassenden Aufsatz zu diesem Thema verwendet von Picker, AcP 183 (1983), 369ff.; plakativ Gilmore, Contract, 1974, S. 90 („*contorts*“ als Mischung von „*contract*“ und „*torts*“).

16 Das deutsche Recht geht hier einen dogmatischen Weg über das allgemeine Schuldrecht, der im europäischen Kontext nahezu singular ist, vgl. Matthias Lehmann, ZEuP 2009, 693, 695; zur Rezeption einer auf die *culpa in contrahendo* aufbauenden, allgemeinen Vertrauenshaftung im Schweizer Recht Schmidlin, FS F. Bydliniski, 2002, S. 415, 417ff.

17 Hadding, FS Schlick, 2015, S. 153, 154, 161; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 9ff.

18 Im konkreten Einzelfall bleiben Nebenpflichten aufgrund der Blankettformulierung des § 241 II BGB indes begründungsbedürftig, zutreffend Reischl, JuS 2003, 40, 45.

zwar *de lege lata* erledigt.¹⁹ Ob im Einzelfall aber das Schuldverhältnisrecht, das Deliktsrecht oder gar beide Haftungsregime parallel greifen, ist häufig unklar. Trotz ihrer expliziten Verankerung im allgemeinen Schuldrecht stellen sich zudem weiterhin zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten.

Beispiel 1 Ein Kunde wird bei der Entgegennahme des Wechselgeldes an der Kasse des Supermarktbetreibers aufgrund einer unzureichend gesicherten Deckenplatte körperlich geschädigt („Deckenplattenfall“²⁰). Als Quelle der vom Supermarktbetreiber verletzten Schutzpflicht kommt der bereits geschlossene Kaufvertrag über die Waren in Betracht.

In Fällen, in denen (noch) kein wirksames Schuldverhältnis mit Leistungspflichten zustande gekommen ist – in einer Variation des Deckenplattenfalls (Beispiel 1) kurz vor dem Vertragsschluss an der Kasse in der Warteschlange –, wird zum Teil auf ein (separates,) gesetzliches (Begleit-)Schuldverhältnis abgestellt²¹, welches allein Schutzpflichten enthalten soll. Bereits die Gesetzesbegründung zu § 241 II BGB erwähnt dieses Problem, verweigert aber eine Stellungnahme und weist es zur Lösung ausdrücklich der Wissenschaft zu.²² Klärungsbedürftige Fragen sind zudem das Zusammenspiel zahlreicher Normen aus dem allgemeinen Schuldrecht mit Nebenpflichten²³, die Abgrenzung der Nebenpflichten von den Leistungspflichten²⁴, die Klagbarkeit der Nebenpflichten²⁵, die Geltung eines Synallagmas in Bezug auf Nebenpflichten²⁶, ob der besondere Gerichtsstand des

19 Soergel/*Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 127; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 19f.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 321f.

20 Numerierte Beispiele sind benannt, weil sie an anderer Stelle der Arbeit erneut (mit der gleichen Beispielsnummer und demselben Fallnamen) in Bezug genommen werden.

21 Näher *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht AT*, 21. Aufl. 2015, Rn. 114; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 395.

22 BT-Drs. 14/6040, *SchRModG*, Gesetzesbegründung, S. 126; ausf. jüngst *Herresthal*, *GS Unberath*, 2015, S. 179, 189ff.

23 Z.B. §§ 249ff., 273, 280-287, 307ff., 312ff., 320-322, 328ff., 362f. BGB, näher *Medicus*, *FS Canaris*, Bd. I, 2007, S. 835, 835ff.

24 *Gröschler*, *FS Konzen*, 2006, S. 109, 112ff.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 153ff.

25 *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 554ff.; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 67f.

26 *Medicus*, *FS Canaris*, Bd. I, 2007, S. 835, 844f.

Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) auch für Schutzpflichten gilt²⁷ und an welche Norm(en) im BGB für die Begründung einer Nebenpflicht anzuknüpfen ist²⁸.

Im Zentrum dieser Arbeit sollen aus theoretischer Perspektive Haftungsgrund und Funktion der Nebenpflichten sowie aus praktischer Perspektive die Reichweite der Nebenpflichten stehen. Diese Fragen sind im Kern ebenfalls ungeklärt.²⁹ Zwar hat sich hierzu eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet und eine nahezu ebenbürtige Anzahl an unterschiedlich gewürdigten Pflichtenkategorien³⁰, aber die Konturen der Nebenpflichten insgesamt bleiben unscharf und ein Schuldverhältnis- und Pflichtenkategorie-übergreifendes Begründungskonzept fehlt. Drei (scheinbar) simple Beispielfälle verdeutlichen dies:

Beispiel 2 Ein Vermieter von Wohnungen in Hamburg betreibt zudem eine Seniorenresidenz für Demenzkranke im Alten Land in der Nähe einer Landstraße („Seniorenfall“). Während einer seiner Wohnungsmieter eine Autofahrt im Alten Land unternimmt, sieht er plötzlich einen offenbar verwirrten Rentner vor sich auf der Landstraße stehen. Der Mieter verreißt vor Schreck das Steuer und setzt das Auto gegen einen Baum. Ob dem Vermieter beim Betreiben der Seniorenresidenz fahrlässiges Verhalten (vgl. § 276 II BGB) vorzuwerfen ist, welches dem Demenzkranken den unbeaufsichtigten Spaziergang ermöglicht hat³¹, kann nicht sicher geklärt werden. Sofern der Mieter eine Pflichtverletzung im Rahmen des un-

27 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 559f. („bis heute keine Stellungnahmen“); vgl. auch BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126.

28 Dies wird im weiteren Verlauf als die „methodische Grundlage“ der Nebenpflichten bezeichnet, vgl. zum Problem *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 428.

29 MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 38 a.E. („Pflichtenprogramm [auch nach der Schuldrechtsreform] nicht statuiert“); *Heinrichs*, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 514; *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, 180f.; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 337; *Medicus*, JuS 1986, 665, 668 ([v]ielfach zweifelhaft“); *Medicus*, FS MJG, 1996, S. 9, 21f. („Beliebigkeit“ der Pflichtenfindung); *Papadimitropoulos*, Schutzwirkung, 2007, S. 221f. *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 778; *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, 369 („Umfang [...] der Binnenverhaltensnorm in „Sonderverbindungen“ [...] verschiedenlich weit gefaßt“).

30 Bamberger/Roth/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 44 („Eine erschöpfende Darstellung aller Nebenpflichten ist nicht möglich, zumal in der Rspr. immer neue Pflichten entwickelt werden.“); Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 434ff.

31 Z.B. fahrlässig offen gelassene Türen, fehlende oder unzureichende Kontrollgänge oder ungenügende Instruktion des Personals.

streitig bestehenden Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Vermieter (Mietvertrag) beweisen kann, käme ihm mit § 280 I 2 BGB eine Beweislastumkehr zugute, welche wegen des beweisrechtlichen non liquet hier für den Ausgang der Anspruchsprüfung entscheidend wäre. Entscheidende Frage ist, ob den Vermieter eine mietvertragliche Nebenpflicht trifft, seinen Mieter auch im Alten Land nicht an seinen Rechtsgütern zu schädigen.

Beispiel 3 Ein Kaufinteressent betritt die Buchhandlung eines Buchhändlers („Herzinfarktfall“). Im Laden bekommt er einen Herzinfarkt und sinkt zu Boden. Der Buchhändler sieht dies, unternimmt jedoch zunächst nichts, weil er den Ernst der Lage verkennt. Wegen der Untätigkeit des Buchhändlers erleidet der Kaufinteressent körperliche Schädigungen, die bei rechtzeitiger Hilfeleistung nicht eingetreten wären. Mangels gefahrerhöhenden Vorverhaltens hat der Buchhändler weder eine deliktsrechtliche noch eine strafrechtliche Garantenstellung inne, sodass eine Haftung aus den §§ 823 I, 823 II BGB i.V.m. 223, 229, 13 StGB ausscheidet³². Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob § 323c StGB ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB darstellt³³, fehlt es hier am strafrechtlichen Vorsatz des Buchhändlers, welcher auch für die Prüfung des § 823 II BGB maßgeblich ist. Der Kaufinteressent befindet sich aber mit dem Buchhändler in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB. In Betracht kommt somit ein Schadensersatzanspruch des Kaufinteressenten gegen den Buchhändler aus §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II BGB. Einzig problematischer Prü-

32 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.8.2011 – 16 U 6/11, Rn. 23ff., 30.

33 Hierfür BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 255/11, Rn. 6ff. (BGHZ 197, 225, 227ff.); OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.7.2004 – 14 U 24/04, Rn. 28; a.A. noch OLG Frankfurt, Urt. v. 27.10.1988 – 1 U 171/87, MDR 1989, 638, 639; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 57. Die Entscheidung des BGH nicht im Ergebnis, aber in der Begründung ablehnend *Loyal*, Anm. zu BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 255/11, JZ 2014, 306, 307ff. („Garanten- oder Verkehrspflicht gemäß § 823 Abs. 1 BGB“ vorzugswürdig); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 416f.; vgl. auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 192 (Fn. 39: § 323c StGB begründet keine Garantenpflicht für das gefährdete Rechtsgut). Zur historisch interessanten Diskussion, ob aus § 826 BGB eine Schadensabwendungspflicht herzuleiten ist *Träger*, FG Enneccerus, 1913, S. 1, 118ff. („Nothilfepflicht [...] kann meiner Ansicht nach aus § 826 [...] nicht abgeleitet werden“).

fungspunkt ist, ob in der durch den Buchhändler unterlassenen Hilfeleistung die Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis zu sehen ist.

Beispiel 4 Ein Käufer erwirbt in einer Buchhandlung gegen sofortige Zahlung ein Taschenbuch, verzichtet aber aufgrund des hohen Preises auf den Kauf eines ihm ebenfalls sehr zusagenden Bildbandes („Diebstahlsfall“). Eine Stunde später kehrt der Käufer zurück, um den Bildband zu entwenden. Er betritt das Geschäft über den zufälligerweise geöffneten Hintereingang und zieht sich eine dunkle Mütze tief über das Gesicht. Während er am Bücherregal kniet, stürzt ein Stapel schwerer Bücher auf einem höhergelegenen Regal um und verletzt ihn am Kopf. Ob die unzureichende Sicherung der Bücher auf eine fahrlässig unterlassene Kontrolle des Buchhändlers oder auf das unmittelbar vorhergehende Verhalten von Kunden zurückzuführen ist, kann nicht sicher geklärt werden. In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB.³⁴ Schuldverhältnis ist hierbei der zwei Stunden vorher geschlossene Kaufvertrag. Zwar sind die gegenseitigen Leistungspflichten bereits erloschen (§ 362 I BGB), dies bedeutet jedoch nicht, dass auch das Schuldverhältnis, welches die Nebenpflichten enthält, automatisch erlischt³⁵. Auch eine Exkulpation des Buchhändlers gem. § 280 I 2 BGB für den durch die unzureichende Sicherung der Bücher verursachten Schaden des Kaufinteressenten wird wohl misslingen. Fraglich ist aber, ob den Buchhändler überhaupt noch eine Nebenpflicht zur körperlichen Fürsorge für den Käufer aus dem

34 Ein Anspruch des Käufers gegen den Buchhändler aus §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II BGB scheidet aus, weil mit einem Ladendieb mangels rechtsgeschäftlichen Kontakts kein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB zustande kommt. Zumindest bei einer objektiven Manifestation der Eigenschaft als Ladendieb (regelwidriger Eintritt/Vermummung) ist dies allgemein anerkannt, MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 46, 61; Bamberger/Roth/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 53; Jauernig/Stadler, 17. Aufl. 2018, § 311 Rn. 44. Auch ein Anspruch aus § 823 I BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht scheidet aus, weil es zumindest am Verschulden fehlt.

35 MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 107; Bodewig, Jura 2005, 505, 505; Hoffmanns, Nebenpflichten, 1986, S. 1; Strätz, FS Bosch, 1976, S. 999, 1002f; Zenz, Vertragspflichten, 1975, S. 84.

Kaufvertrag trifft, ob ihm also eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.

Setzt man zur Lösung der Fälle an, so gibt zum Teil bereits das juristische „Bauchgefühl“, dass entsprechende Nebenpflichten ausscheiden müssen, weil kein näherer inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Schuldverhältnis und der jeweils als pflichtwidrig vorgeworfenen Handlung besteht.

Beispiel 2 Im Seniorenfall³⁶ ist der räumliche Kontakt zwischen den Vertragspartnern rein zufällig und im Diebstahlsfall³⁷ hatte das die Nebenpflichten generierende Schuldverhältnis seinen Zweck (Vorbereitung, Ermöglichung und Abwicklung des Kaufvertrags) schon erfüllt, bevor der Schadensfall eintrat, und war damit zeitlich nicht mehr einschlägig.

In Kommentaren findet sich jedoch häufig der Hinweis, dass deliktische Verkehrssicherungspflichten innerhalb eines Schuldverhältnisses zugleich vertragliche (d.h. schuldverhältnisbedingte) Pflichten darstellen.³⁸ Bisweilen wird sogar vorausgesetzt, dass das Ausmaß der Schuldverhältnis-Haftung aus Nebenpflichtverletzung über das der deliktsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten hinausgeht.³⁹

Beispiel 2 Folgt man diesen pauschalen Aussagen, so käme man dazu, eine Nebenpflichtverletzung des Vermieters im Seniorenfall⁴⁰ zu bejahen, weil die unzureichende Sicherung von durch den Pflichtigen unterhaltenen Gefahrenquellen – wie hier der Betrieb eines Pflegeheimes für Demenzkranke in der Nähe einer Landstraße – eine Verkehrspflichtverletzung darstellt⁴¹.

Das zeigt, dass der unreflektierte Import deliktsrechtlicher Grundsätze in das allgemeine Schuldrecht mit Vorsicht zu genießen ist. Selbst die Annahme, dass

36 S.o., S. 5.

37 S.o., S. 7.

38 Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 28; Mertens, VersR 1980, 397, 406.

39 Faenger, Nebenpflichten, 2012, S. 45 (Fn. 161).

40 S.o., S. 5.

41 Vgl. Bamberger-Roth/Förster, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 297; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 400f., 404f., 412.

die deliktsrechtlichen Standards den Mindestinhalt der aus § 241 II BGB folgenden Pflichten bilden, ist angreifbar. Stellt man den historischen Grund für die Kreierung der Nebenpflichten – Ausgleich deliktsrechtlicher Haftungslücken – in den Vordergrund, so muss man in konsequenter Fortführung dieses Gedankens die Annahme von Nebenpflichten an all denjenigen Stellen hinterfragen, an denen mittlerweile gar keine deliktsrechtlichen Schutzlücken mehr bestehen. Der Gedanke einer möglichen teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB wird in der Arbeit zu vertiefen sein.⁴²

An anderer Stelle liest man, dass im Rahmen eines (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses der (potentielle) Vertragspartner vor Schäden an seinen Rechtsgütern nach Möglichkeit bewahrt werden muss.⁴³

Beispiel 3 Bezogen auf den Herzinfarktfall⁴⁴ erschiene auch hier eine Pflichtverletzung des Buchhändlers naheliegend, denn es wäre ihm ohne weiteres möglich gewesen, den (körperlichen) Schaden von seinem potentiellen Vertragspartner durch Hilfeleistung abzuwenden.

Für die Eingrenzung der zeitlichen Reichweite von Nebenpflichten findet sich in einem eingehenden Aufsatz lediglich der Hinweis, dass sich „die Intensität der Pflichten [...] mit zunehmendem Abstand zur Leistungserbringung ab[schwäche]“⁴⁵.

Beispiel 4 Ob die Abschwächung im Diebstahlsfall⁴⁶ schon ausreichend ist, bleibt zumindest unsicher.

Sucht man weiter, so werden zum Teil nur Einzelfälle gerichtlich anerkannter Nebenpflichten für bestimmte Vertrags- und Nebenpflichttypen aneinandergereiht, und selbst wenn einmal Kriterien zur Subsumtion geliefert werden, so beschränken sich diese oft genug auf Vertragszweck⁴⁷, Verkehrssitte und die Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs sowie den Verweis auf eine

42 S.u., S. 270ff.

43 Jauernig/Mansel, 17. Aufl. 2018, § 241 Rn. 10.

44 S.o., S. 6.

45 Binder, AcP 211 (2011), 587, 623; s. auch Bodewig, Jura 2005, 505, 510.

46 S.o., S. 7.

47 Zur systemischen Bedeutung dieses Begriffs AK-BGB/Teubner, 1980, § 242 Rn. 51.

notwendige mehrstufige Interessenabwägung.⁴⁸ Die räumliche, zeitliche und inhaltliche Reichweite der schuldverhältnisbedingten Haftung aus Nebenpflichtverletzung bleibt also in der Subsumtion in beträchtlichem Maße unvorhersehbar.

Deutlich wird dies beispielsweise in den zahlreichen – wenig vorhersehbaren – Urteilen, die in letzter Zeit zur Frage der Reichweite vertraglicher Nebenpflichten von Steuerberatern ergangen sind⁴⁹: Während in einem Urteil der (Neben-)Pflichtmaßstab offenbar völlig ohne inhaltlichen Rückgriff auf die sehr beschränkte Hauptleistungspflicht des Steuerberaters bestimmt wurde⁵⁰ – und damit die gerichtlich statuierte Handlungsanforderung nur einen

48 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 495, 497. Zur Unzulänglichkeit dieser „Leerformeln“ im Vertragsrecht generell Köhler, ZHR 144 (1980), 589, 598 („Anspruch, den gerade auch die Wirtschaft an das Recht stellt, [hierdurch] nicht befriedigt“).

49 BGH, Urt. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 14f.; BGH, Urt. v. 23.2.2012 – IX ZR 92/08, Rn. 9ff.; BGH, Urt. v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11 Rn. 9ff.; BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, Rn. 14ff.; BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Rn. 12f.; BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Rn. 8ff.; OLG Celle, Urt. v. 10.10.2012 – 4 U 36/12, Rn. 11ff.; OLG Dresden, Teilt. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 34ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – 23 U 168/13, Rn. 10ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, Rn. 34ff.; OLG Köln, Urt. v. 8.3.2007 – 8 U 19/06, Rn. 30ff.; OLG München, Urt. v. 23.12.2015 – 15 U 2063/14, Rn. 148; LG Krefeld, Urt. v. 25.8.2011 – 3 O 93/11, Rn. 11; krit. zu der fehlenden Konturierung der (Neben-)Pflichten Cranshaw, Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, jurisPR-InsR 6/2014 Anm. 1 („Risiko des Steuerberaters [...] nimmt zu“); Ehlers, BB 2014, 131, 131f.; Geuß, BB 2013, 599, 603f.; Löhner, GmbH-StB 2013, 317, 324 („Grenzen des haftungsrechtlichen Verantwortungsbereichs [...] fließend“); Menkel, DStR 2010, 2477, 2479; Patzina, Anm. zu BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 6/02 und BGH, Urt. v. 7.7.2005 – IX ZR 425/00, LMK 2005, 159530 (Pflichtenkreis „nach wie vor sehr weit gesteckt“); Römermann/Praß, Anm. zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, GmbHR 2013, 938, 940; Schwarz, NZI 2012, 869, 870f. („erhebliches Risiko für den Steuerberater“); Weitze-Scholl, Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – I-23 U 168/13, DStR 2015, 1135, 1135f. („Ausuferung der Beraterhaftung“ [...] auf allen Gebieten, in denen Verbraucher Beratungsleistungen in Anspruch nehmen“); Werner, StBW 2013, 571, 571f.; G. Wolf, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, DStR 2015, 2094, 2095 („Beratungsleistungen [...] ausnehmend haftungsanfällig“); mit einem positiven Fazit zumindest bezüglich der Nebenpflichten des Steuerberaters bei Insolvenzreife des betreuten Unternehmens Klusmeier, ZinsO 2013, 1347, 1348; Plathner, DStR 2013, 1349, 1356; aufgrund der Komplexität der betroffenen Materie und des damit korrespondierenden Wissensvorsprungs einer Partei ähnlich auch die letzten Urteile zu Nebenpflichten der Telekommunikationsdienstleister, BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 14ff.; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 18ff.; hierzu Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 14.

50 Vgl. BGH, Urt. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 14f.

losen Bezug zum konkreten Schuldverhältnis aufwies⁵¹ –, wird an anderer Stelle auf die Parteivereinbarung als scharfe Grenze für die Anerkennung von Nebenpflichten abgestellt⁵².

Aus rechtsdogmatischer Perspektive ist dies zumindest in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen problematisch, weil in Streitfällen eine gerichtliche Pflichtenbestimmung notwendig wird. Diese führt aufgrund der geschilderten Unvorhersehbarkeit zu einer Erosion des privatautonomen Moments bei dem Inhalt des Schuldverhältnisses.⁵³ Rechtspraktisch gesehen wird das Haftungspotential des Vertrages *ex ante* schwer absehbar und kann im Streitfall erst durch die Gerichte *ex post* beziffert werden. Angesichts der unendlichen Fülle an möglichen und der Vielzahl von tatsächlichen Nebenpflichten innerhalb eines Schuldverhältnisses⁵⁴ ist das eine missliche Ausgangslage. Ist der Umfang der vertraglichen Nebenpflichten für die eine Partei im (gerichtlichen) Nachhinein größer als zunächst angenommen, so konnte der für die Erfüllung der zusätzlichen Pflichten erforderliche Mehraufwand bei der Vereinbarung der vertraglichen Gegenleistung nicht berücksichtigt werden. Das von den Parteien vertraglich angestrebte Äquivalenzverhältnis droht somit durch die unscharfen Konturen der Nebenpflichten außer Kraft gesetzt zu werden. In gesetzlichen Schuldverhältnissen besteht grundsätzlich kein Konflikt zur Privatautonomie.⁵⁵ Nebenpflichten sollten dort aber auch schon mit Blick auf die, von jeder gesetzlichen Pflichtanordnung tangierte, allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) nicht über das hinausgehen, was zur Erfüllung des Schuldverhältnisses sinnvoll und notwendig ist.

51 Vgl. *Faust*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 568.

52 BGH, Beschl. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, Rn. 14, 19 a.E., 21 a.E.

53 *Medicus*, FS MJG, 1996, S. 9, 12, 21f.; *Müller*, JuS 1998, 894, 896; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 49 a.E.; *Westermann/Karakatsenes*, Schuldrechtsreform, 1986, S. 19 sprechen gar von einem „Pflichtenerfindungsrecht der Gerichte“. *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 407ff. geht deshalb davon aus, dass sich eine Schuldverhältnis-Haftung aus Nebenpflichtverletzung dogmatisch prinzipiell nicht auf einen Vertrag als Haftungsgrund zurückzuführen lässt, bleibt aber in der Skizzierung eines alternativen Konzeptes vage.

54 Vgl. MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 50 (Nebenpflichten nach § 241 II BGB „omnipräsent“).

55 Ein privatautonomes Moment findet sich außerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse – wenn überhaupt – nur in geringem Umfang.

Die für die Rechtspraxis entscheidende Frage lautet: Wann und unter welchen Voraussetzungen ist eine schuldverhältnisbedingte Haftung aus Nebenpflichtverletzung zu bejahen? Aufgabe der Arbeit soll es deshalb sein, verschiedene Ansätze für die Begründung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten zu überprüfen, um die Pflichtenreichweite sinnvoll einzugrenzen. Dabei soll bewusst von dem Entstehungstatbestand eines Schuldverhältnisses und dessen (bisweilen problematischer) Legitimation abstrahiert werden. Im Mittelpunkt steht vielmehr die – häufig gar nicht als separate Problematik ausgewiesene – Reichweite von aus § 241 II BGB abgeleiteten Nebenpflichten innerhalb eines als bestehend vorausgesetzten Schuldverhältnisses.

Was den aktuellen Forschungsstand anbelangt, so stellte Medicus bereits 1987 fest⁵⁶, dass auch bei einer – damals schon absehbaren – Kodifikation der Schutzpflichten in § 241 BGB hinsichtlich Inhalt und Entstehungsvoraussetzungen derselben kaum Konkretisierungen von Seiten des Gesetzgebers zu erwarten seien, weil es hierfür noch an der wissenschaftlichen Vorarbeit fehle, die sich bislang häufig in dogmatischer Ursprungsforschung der Rücksichtspflichten erschöpfe. Im Jahr 2000 lieferte Krebs eine umfassende Arbeit zum Thema „Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten“ ab, deren Fokus jedoch insgesamt deutlich weiter ist. Er konzentrierte sich zudem auf eine Systematisierung der tatsächlichen Umstände, welche das Entstehen einer Sonderverbindung dogmatisch rechtfertigen können. Damit stand erneut die notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für eine Haftung aus Nebenpflichtverletzung – das Schuldverhältnis – im Mittelpunkt. Den Bedenken gegen eine zunehmend konturenlose Pflichtenbestimmung im Einzelfall und möglichen Grenzen widmete Krebs nur wenige Seiten.⁵⁷ Der Gesetzgeber beschränkte sich

56 Medicus, Schuldverhältnis, 1987, S. 24f., 26. vgl. auch J. Schmidt, GS Schultz, 1987, S. 341, 370 (Fn. 84: Abbildung der Grenzen schuldverhältnisbedingter Integritätshaftung „gewaltige Aufgabe der Wissenschaft“)

57 Krebs, Sonderverbindungen, 2000, S. 1 („Vielleicht noch dringlicher ist die Suche nach den Haftungsgrenzen.“), 26f. (Bedenken gegen die unvorhersehbaren Haftungsausweitungen), 470-474 (Umfang von Treupflichten), 504-508 (Umfang von Schutzpflichten), 617-620 (Er-

bei der Einführung von § 241 II BGB im Jahr 2002 dann auch auf wenige, sehr vage gehaltene Aussagen zur Reichweite der Rücksichtspflichten.⁵⁸ Bereits zu diesem Zeitpunkt hatte die wuchernde Kasuistik der Nebenpflichten ein unüberblickbares Ausmaß angenommen.⁵⁹ Weitere 5 Jahre später hat sich der Befund von Medicus über die noch zu leistende Abgrenzungsarbeit und verbleibende offene Fragen bei der notwendigen Integration der Nebenpflichten in die Dogmatik des allgemeinen Schuldrechts nicht geändert.⁶⁰ Der Befund von Medicus wird von zahlreichen anderen hinsichtlich verschiedener offener Probleme im Zusammenhang mit Nebenpflichten geteilt.⁶¹ Noch 2011 hat Binder in einem Aufsatz, der sich schwerpunktmäßig mit nachwirkenden Vertragspflichten beschäftigte, explizit darauf hingewiesen, dass über Inhalt und Reichweite vertraglicher Schutz- und Nebenpflichten größtenteils Unklarheit herrsche.⁶² Auch in Kommentaren zu § 241 II BGB zeigt sich, dass über Reichweite der Nebenpflichten keine Einigkeit besteht.⁶³

Die anfangs geschilderte, rechtspolitische Motivation zur Anerkennung und Ausweitung der Haftung aus Schuldverhältnissen für Nebenpflichtverletzungen – Überwindung der Mängel des Deliktsrechts – muss sich einer Neubewertung

wägung der Einschränkung sonderverbindungsspezifischer Schutzpflichten mit durchaus unsicherem Ergebnis).

58 BT-Drs. 14/6040 S. 125f.

59 Heinrichs, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 514 (überzeugende Systematisierung „[b]islang [...] niemandem gelungen“).

60 Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 837f., 840, 853f. („Im Übrigen sind viele Fragen offen.“); s. auch mit grundsätzlicher Kritik Bälz, FS Picker, 2010, S. 39, 45ff.

61 Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 277f., 281ff.; Gröschler, FS Konzen, 2006, S. 109, 127f.; Hadding, FS Konzen, 2006, S. 193, 195; Heinrichs, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 427f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 322f.

62 Binder, AcP 211 (2011), 587, 588, 621ff., 625; vgl. auch Strätz, FS Bosch, 1976, S. 999, 1006, 1013, der die Systematisierung und Typisierung der Einzelfälle von Nebenpflichten als eine stets wiederkehrende – und damit ewige – Aufgabe der Rechtswissenschaft sieht.

63 MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 51f.; MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 38 a.E.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 435.

stellen.⁶⁴ Wichtiger als die Zweckentfremdung der schuldverhältnisbedingten Haftung zum Ausgleich vermeintlicher Mängel des Deliktsrechts erscheint nämlich die Frage, wann die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB gerade aus *schuldverhältnisbedingter* Perspektive angemessen ist.⁶⁵ Dabei wird zu untersuchen sein, ob die rechtspraktisch anerkannte Rolle von § 241 II BGB als Lückenfüller nicht auch auf einer theoretischen Ebene auf die Funktion von Nebenpflichten in Form eines Subsidiaritätsgedankens ausstrahlt.

In der Arbeit soll schließlich auch die verhaltenssteuernde Wirkung von Nebenpflichten berücksichtigt werden. Anders als leistungsbezogene Pflichten haben Nebenpflichten nämlich über den Einzelfall hinaus Bedeutung.⁶⁶ Die Notwendigkeit, Aspekte der Verhaltenssteuerung in eine Einzelfallentscheidung zu integrieren, wurde schon von *Kant* im kategorischen Imperativ treffend erkannt: „[H]andle nur nach derjenigen *Maxime*, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein *allgemeines Gesetz* werde.“⁶⁷ Übertragen auf das hier zu beleuchtende Thema sollte womöglich nur von einer Nebenpflicht ausgegangen werden, wenn die Begründung auch eine Übertragung auf alle vergleichbaren Fälle – mit sämtlichen hiermit verbundenen Implikationen – trägt. Die Steuerungsfunktion soll hierbei näher durch den Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts konturiert werden. Die Argumentation im Einzelfall mit Gedanken der ökonomischen Analyse könnte sich dabei wie folgt gestalten:

Beispiel 2 Im Seniorenfall⁶⁸ eine Nebenpflicht des Vermieters anzunehmen, würde bedeuten, dass der Vermieter dem Mieter die ausreichende Sicherung seines Pflegeheims aus einem Schuldverhältnis (Miet-

64 Vgl. Binder, AcP 211 (2011), 587, 597f. („Tragfähigkeit dieser Begründung [...] angesichts des heutigen Standes der deliktsrechtlichen Dogmatik [...] keineswegs zweifelsfrei“); Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 178 (Aktuelle Forderung danach „das Schuldrecht [nicht] überzustrapazieren“).

65 Vgl. bereits die Einschätzung zu Nebenpflichten von *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 531, 548 („gemeinsames Problem, das eine einheitl. Lösung erfordert“).

66 Unabhängig von der dogmatischen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit von Verhaltenssteuerung durch Privatrecht ist doch die faktische Wirkung einer Entscheidung als „Signal an sämtliche Akteure, die künftig in dieselbe Situation geraten wie der Beklagte des anhängigen Rechtsstreits“ nicht zu leugnen, präzise *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 454; ähnlich *Eidenmüller*, AcP 197 (1997), 80, 84.

67 *Kant*, Metaphysik, 1996, S. 67.

68 S.o., S. 5.

vertrag) schuldet. Dem Mieter den Aufwand für die Schadensvermeidung zuzuordnen wäre in jedem Fall ineffizient, weil er keinerlei Einfluss auf die Sicherung des Pflegeheims hatte und es ihn somit exzessiv – und vor allem mehr als den Vermieter – belasten würde.⁶⁹ Zudem „schuldete“ der Vermieter jedem anderen – und damit auch dem Mieter – eine sorgsame Organisation des von ihm betriebenen Pflegeheims ohnehin bereits aus § 823 I BGB. Gleichzeitig hatten die Parteien lediglich einen Mietvertrag geschlossen, dessen Zweck in keiner Weise gefördert wird durch eine derartige Nebenpflicht. Den Mieter hat hier das allgemeine Lebensrisiko erlitten, für dessen Ausgleich ihm das Deliktsrecht und die Möglichkeit einer Versicherung⁷⁰ offenstehen. Innerhalb des Mietvertrags würde sich die – in der Haftungsstrenge womöglich über die deliktische Verhaltensanforderungen hinausgehende⁷¹ – Pflicht als Fremdkörper darstellen, für deren Existenz der Vermieter zudem keine zusätzliche Vergütung vereinbaren konnte. Mit Blick auf die Zukunft müsste sich jeder Vermieter fragen, „was er noch alles schulde“, und sich um extensive Haftungsausschlüsse bemühen, die zu erhöhten Transaktionskosten bei Vertragsschluss führen

69 In der ökonomischen Analyse gibt es den Grundsatz der Haftung derjenigen Partei, die den Schaden mit dem geringsten geldwerten Aufwand hätte vermeiden können („cheapest cost avoider“), näher Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 434f.

70 Ist „cheapest cost avoider“ keine der am Schuldverhältnis beteiligten Parteien, so soll nachrangig diejenige Partei haften, die das Schadensrisiko mit den geringsten Kosten hätte versichern können („cheapest insurer“), näher Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 437f. Lässt sich auch hieraus kein eindeutiger Schluss ziehen, so nimmt die ökonomische Analyse eine wertende Zurechnung vor: Es soll dann diejenige Partei haften, die das Schadensrisiko am ehesten hätte erkennen und eine Realisierung in ihre jeweilige (geschäftliche) Aktivität einpreisen können („superior risk bearer“), Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 442f.; näher s.u., S. 344ff.

71 Die Nebenpflicht kann hier für den Vermieter insofern gefährlicher als die allgemeine deliktische Haftung sein, als das Schuldverhältnis – im Gegensatz zum Deliktsrecht – das Vermögen des Mieters unmittelbar – und nicht erst auf Rechtsfolgenseite – schützt. Zudem ist fraglich, ob eine Nebenpflicht nicht womöglich qualitativ über die Sicherungspflicht aus dem Deliktsrecht hinausgeht.

würden.⁷² Im Ergebnis spricht die Effizienz der Ressourcenverteilung damit gegen die Existenz einer solchen Nebenpflicht.

Beispiel 1 Im Deckenplattenfall⁷³ hätte der Supermarktbetreiber in seinem Supermarkt deutlich kostengünstiger als der Kunde für die Schadensvermeidung (ausreichende Sicherung der Deckenplatten) sorgen können. Zudem hat die Nebenpflicht hier einen spezifischen Bezug zur Transaktion (Austausch Geld-Ware soll störungsfrei ermöglicht werden).⁷⁴ Würde der Supermarktbetreiber nicht bereits aus dem Schuldverhältnis die ausreichende Sicherung der Deckenplatten schulden, so könnte die Gefahr bestehen, dass potentielle Kunden von der Gefahr einer Transaktion in seinem Geschäft abgeschreckt würden und es entstünden weitere Kosten für ihn, um diese Gefahr abzuwenden (z.B. Werbung mit explizitem Haftungsangebot: „Bei uns kaufen Sie sicher ein!“).⁷⁵ Damit könnte der Supermarktbetreiber grundsätzlich effizienter Schuldner einer Nebenpflicht sein.

Die ökonomische Analyse des Rechts kann also sowohl zur Begründung als auch zur Begrenzung von Nebenpflichten nutzbar gemacht werden. Mit Blick auf die Funktion des Schuldrechts – die Ermöglichung einer Transaktionswirtschaft – ist die Berücksichtigung der – einer Vogelperspektive ähnelnden – ökonomischen

72 Eines der Hauptanliegen der ökonomischen Analyse ist aber, das dispositive Recht – zu dem auch § 241 II BGB gehört – zur Minderung von Transaktionskosten anzuwenden, *Eidenmüller*, Effizienz, 2. Aufl. 1998, S. 64; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 455f.

73 S.o., S. 4.

74 Generell spricht sich die ökonomische Analyse für eine „Internalisierung“ aller geschäftsbezogenen Risiken auf den Betreiber aus, so schon *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 421f. Ein Weg diese Forderung zu realisieren ist die Postulierung von entsprechenden Nebenpflichten.

75 Diese Gefahr ließe sich indes mit Blick auf die bestehende, deliktische Haftung widerlegen. Eine Haftung des Supermarktbetreibers nach §§ 823 I, 836 I 1 BGB vorausgesetzt, bestünde keine Notwendigkeit, die Pflicht auch in das Schuldverhältnis zwischen dem Kunden und dem Supermarktbetreiber zu integrieren. Ob der Betreiber aus Schuldverhältnis- oder Jedermannsrecht haftet, kann für die Bereitschaft des Kunden, das Geschäft des Betreibers zu betreten, keine Rolle spielen. Solange er nicht befürchten muss, dass der Supermarktbetreiber die Sicherheitsvorkehrungen in seinem Geschäft ungestraft auf ein gefährliches Maß herabsenken kann, ist die dogmatische Herkunft des haftungsrechtlichen Druckmittels irrelevant. Zu einer etwaigen, teleologischen Subsidiarität der Nebenpflichten s.u., S. 270ff.

Analyse in der Subsumtion zu befürworten.⁷⁶ Nur dieser Perspektivenwechsel wird auch der gesetzgeberischen Intention, die Nebenpflichten im allgemeinen Schuldrecht zu verankern, gerecht. Die Arbeit will dabei Möglichkeiten aufzeigen, Instrumente der ökonomischen Analyse in der praktischen Fallarbeit zu verwenden.

Medicus deutete einmal an, dass es – extrapolierend von dem Zeitraum, den die Behandlung der Leistungspflichten durch die Rechtswissenschaft in Anspruch nahm – womöglich noch 2000 Jahre dauern würde, bis eine inhaltliche Konkretisierung der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten vorgenommen sein würde.⁷⁷ Die vorliegende Arbeit hofft diesen Zeitraum zumindest etwas abzukürzen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



76 Vgl. Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256 („bislang vernachlässigte makrojuristische Dimension“).

77 *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 17.



Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in insgesamt vier Kapitel. Aus methodischer Perspektive wird kapitelübergreifend ein Schwerpunkt auf die praktische Rechtsanwendung und die Erprobung aller im Verlaufe der Arbeit aufgeworfenen Fragen und möglichen Antworten hierzu in der konkreten Subsumtion anhand von Beispielfällen gelegt.

Im ersten Kapitel werden schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten einem Gegenwartsvergleich mit deliktischen Jedermannspflichten unterzogen. Dabei werden zunächst die begrifflichen Grundlagen des Themas einer Analyse unterzogen. Anschließend werden die Unterschiede zwischen der Haftung aus einem Schuldverhältnis und der Haftung aus Jedermannsrecht im sachlichen Kontext der Nebenpflichten beleuchtet. Dabei wird – mit Blick auf die von der Arbeit später aufgestellte These der teleologischen Subsidiarität von Nebenpflichten⁷⁸ – insbesondere ein Augenmerk darauf gelegt, inwieweit die Praxis hinsichtlich Nebenpflichten eine vom Deliktsrecht unabhängige Prüfung vornimmt, in welchem dogmatischen Verhältnis schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten zu Jedermannspflichten derzeit stehen und in welchem Ausmaß die Annahme von Nebenpflichten notwendig ist, um eine Haftung des Schädigers nach geltendem Recht zu ermöglichen.

Im zweiten Kapitel wird die Funktion von § 241 II BGB untersucht. Dabei wird zunächst die Begründungsbedürftigkeit von Nebenpflichten hergeleitet (Warum ist eine Begründung für die Annahme einer Nebenpflicht überhaupt erforderlich?). Anschließend wird der methodische Weg zur Begründung einer Nebenpflicht analysiert (Wie wird eine Nebenpflicht methodisch begründet?). Schließlich werden Haftungsgrund und Funktion von § 241 II BGB durch Auslegung von § 241 II BGB untersucht (Wie und mit Bezug auf welche Funktion wird eine Nebenpflicht dogmatisch begründet?). Der Schwerpunkt liegt dabei in der Herausarbeitung der teleologischen Subsidiarität von Nebenpflichten, welche insbesondere gegenüber den Jedermannspflichten greift.

78 S.u., S. 270ff.

Im dritten Kapitel werden die Folgen der teleologischen Subsidiarität von Nebenpflichten in der Rechtsanwendung untersucht. Zunächst werden methodische Konsequenzen aus der vorher begründeten teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten in Form eines eigenen, doppelfunktionalen Ansatzes hinsichtlich § 241 II BGB gezogen („Was folgt aus der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB für die Prüfungsmethodik?“). Nach welchen Maßstäben Lücken durch die Annahme von Nebenpflichten in der Subsumtion zu schließen sind („Was sind die inhaltlichen Maßstäbe für die Annahme von Nebenpflichten unter Berücksichtigung deren teleologischer Subsidiarität als Prämisse?“), wird für jeden der drei zentralen Haftungsvorteile des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht – erweiterter Vermögensschutz, strengeres Einstehen für das Verhalten von Drittpersonen sowie die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB – separat untersucht. Dabei wird ein Schwerpunkt darauf gelegt, die Maßstäbe der ökonomischen Analyse in die praktische Rechtsanwendung zu integrieren.

Das vierte und letzte Kapitel dient der Zusammenführung aller bis dahin gesammelten Befunde. Die zentralen Ergebnisse der vorherigen Kapitel werden dabei in Thesengruppierungen gesammelt. Anschließend wird ein grobes Subsumtionsschema für die praktische Rechtsanwendung vorgeschlagen, welches anhand eines letzten Beispielsfalls erprobt wird. Zuletzt wird ein Resümee gezogen, welches die Ergebnisse der Arbeit im rechtswissenschaftlichen Diskurs verortet und weiteren Forschungsbedarf aufzeigt.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 1. Schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten und deliktische Jedermannspflichten – eine Bestandsaufnahme

Die größere Haftungsstrenge des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Deliktsrecht wird häufig ohne weitere Begründung vorausgesetzt.⁷⁹ Diese Aussage näher zu untersuchen, ist zum einen von Interesse, weil sie – unter Rückgriff auf das RG – immer noch als Grund für eine schuldverhältnisbedingte Haftung aus Nebenpflichtverletzung angeführt wird. Zum anderen lässt sich nur dann sinnvoll überprüfen, wann eine Haftung aus Schuldverhältnis gerechtfertigt ist, wenn zunächst die Folgen dieser Haftung bestimmt und mit den universal anwendbaren Haftungsregimen verglichen sind.

A. Grundlagen: Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die nachfolgenden, an grundlegenden Begriffen des Themas orientierten Ausführungen dienen einer ersten Annäherung an den Untersuchungsgegenstand.

I. Nebenpflicht

Obwohl sich im Schrifttum zahlreiche Arbeiten finden, die sich monographisch mit Nebenpflichten⁸⁰ – mittlerweile auch nach der Schuldrechtsreform – beschäftigen, ist die Terminologie und rechtsdogmatische Einordnung im Bereich der Nebenpflichten weiterhin höchst uneinheitlich.⁸¹

79 Bydlinski, Prinzipien, 1996, S. 211; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 38; Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 22; Erman/Wilhelmi, 15. Aufl. 2017, Vor § 823 Rn. 25; für die Beweislastverteilung differenzierend Bamberger/Roth/Unberath, 3. Aufl. 2012, § 280 Rn. 15.

80 Faenger, Nebenpflichten, 2012; Frost, Schutzpflichten, 1981; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007; Hoffmanns, Nebenpflichten, 1986; Karampatzos, Berufsbezogene Vertrauenshaftung, 2005; Kuhlmann, Schutzpflichten, 2001; Lüsing, Schutzpflichten, 2010; Mayr, Schutzpflichten, 2005; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010; Rehm, Aufklärungspflichten, 2003; Werres, Aufklärungspflichten, 1985; Zenz, Vertragspflichten, 1975.

81 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 36f.; Gröschler, FS Konzen, 2006, S. 109, 112f.; Madaus, Jura 2004, 289, 290 („Terminologie [...] verwirrend“); Medi-

1. Terminologie der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten

Verkompliziert wird die Situation dadurch, dass auch Leistungspflichten von der Literatur in Haupt- und Nebenpflichten unterteilt werden. Dementsprechend ist lediglich der Begriff der nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht absolut unverfänglich. Anknüpfend an den Wortlaut des § 241 II BGB werden diese Pflichten auch als Rücksichtnahme- oder Rücksichtspflichten klassifiziert⁸², andere stellen bei der Begriffsbildung auf den bezweckten Rechtsgüterschutz ab (Schutzpflichten)^{83 84}.

a) Gegen den Begriff der Schutzpflicht

Der Begriff der Schutzpflicht wird häufig verwendet, um all diejenigen Verhaltensanforderungen in einem Schuldverhältnis zu kennzeichnen, die nichts mit den Leistungspflichten zu tun haben.⁸⁵ Der Begriff ist aber zumindest missverständlich: Zum einen erweckt er den Eindruck, dass der tatsächliche *Schutz* des

- cus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 113; AK-BGB/*Teubner*, 1980, § 242 Rn. 45 („*verwirrende Vielfalt*“); *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 154ff. m.w.N.
- 82 BGH, Urt. v. 5.6.2012 – X ZR 161/11, Rn. 10, 13; BGH, Urt. v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rn. 12; BGH, Urt. v. 20.5.2015 – VIII ZR 147/14, Rn. 22; BGH, Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 23/14, Rn. 22; AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, Rn. 26 a.E.; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 6.
- 83 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 148/11, Rn. 6, 15; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 29; BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, Rn. 27; BGH, Beschl. v. 17.10.2013 – V ZB 28/13, Rn. 10; BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20; *Haferkamp*, Schuldrecht, 2003, S. 171, 177; *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 593 (Fn. 130); NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 4; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 835 (Fn. 2); *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 247; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 289; *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. 102ff.
- 84 Eine terminologische Auseinandersetzung könnte mit Blick auf die aus funktionaler Perspektive einzig relevante Frage („Ist die Pflicht wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen § 241 I BGB oder § 241 II BGB zuzuordnen?“) auch möglicherweise dahinstehen, vgl. *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 83. Aufgrund der Ungelenkigkeit eines Ausdrucks wie „§ 241 II BGB-Pflicht“ und der detaillierten Auseinandersetzungen hierzu in der Literatur soll der Streit um die Terminologie aber trotzdem thematisiert werden.
- 85 So beispielsweise *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 593 (Fn. 130); *Stürner*, JZ 1976, 384, 385; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 52 (Fn. 101) m.w.N. Insbesondere im Rahmen der vieldiskutierten Haftung zwischen Vertrag und Delikt wird häufig auf den Begriff Bezug genommen (außerdeliktische Schutzpflichten).

Gläubigers⁸⁶ vor Rechtsgoodsbeeinträchtigungen im Vordergrund steht, während es doch vor allem darum geht, aktive Schädigungen durch den Schuldner zu verhindern („*Nichtschädigungsgebot*“⁸⁷). Selbst in Fällen, in denen es tatsächlich um die Abwehr von Gefahren gegenüber dem Gläubiger geht, trifft der Begriff der Schutzpflicht in der Subsumtion nicht den Kern der Verhaltensanforderung.

Beispiel 5 Ein Kunde bezahlt gerade an der Kasse eines Supermarktbetreibers einen Müsliriegel („Müsliriegefall“).⁸⁸ Plötzlich rastet ein bereits seit längerem in der Schlange stehende Rentner aus und schlägt den Kunden zu Boden. Der kräftige Kassierer hätte den Zwischenfall durch rechtzeitiges Eingreifen problemlos verhindern können. Der Kunde will nun gegen den Supermarktbetreiber aus §§ 280 I, 241 II, 278⁸⁹ BGB vorgehen. Die Frage stellt sich also, ob den Supermarktbetreiber eine Schutzpflicht gegenüber seinen Kunden trifft, sie vor körperlichen Beeinträchtigungen durch andere Kunden zu bewahren. Das juristische „Bauchgefühl“ mag hier zunächst gegen eine solche Verhaltensanforderung sprechen, weil die Wahrscheinlichkeit deliktischer Drittschädigungen durch Supermarktbesucher zu gering ist, als dass der Supermarktbetrei-

86 Das Begriffspaar Schuldner/Gläubiger ist ohne weitere Angaben in Bezug auf die (potentielle) Nebenpflicht zu verstehen.

87 Vgl. Papadimitropoulos, *Schutzwirkung*, 2007, S. 203.

88 Ähnlich auch der Fall des LG Aachen, Urt. v. 16.10.1986 – 8 O 375/86, VersR 1988, 852: Hier wurde ein Kunde von einem Dieb umgestoßen und tödlich verletzt. Der Dieb war im Moment der Verletzung nach der Entdeckung durch einen Mitarbeiter des Kaufhauses auf der Flucht durch die Schreibwarenabteilung. Die hinterbliebene Ehefrau versuchte den Kaufhausbetreiber wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht aus § 280 I BGB und § 823 I BGB haftbar zu machen. Das Gericht lehnte eine entsprechende Pflicht des Betreibers ab. Der Schutz gegenüber Übergriffen „*anderer Personen*“ sei nicht zumutbar, weil die Eintrittswahrscheinlichkeit eines entsprechenden Schadens zu gering sei. Zudem sei Abhilfe (z.B. ein Fluchtweg für Diebe) tatsächlich nur schwer zu gewähren. Das Gericht arbeitete also die Praktikabilität der Schadensvorsorge sowie die Gefahrintensität als Faktoren heraus, welche die allgemeine Verkehrssicherungspflicht begrenzen.

89 Erfüllungshilfe ist hier nur der Kassierer, nicht aber der randalierende Kunde. Dem Kunden wurde zwar der Zutritt zum Supermarkt aufgrund der generellen Verkehrseröffnung durch den Supermarktbetreiber gestattet. Um in die Erfüllung einer Nebenpflicht eingesetzt zu werden, fehlt es aber bei normativer Betrachtung an der privatautONOMEN Einschaltung des Kunden durch den Supermarktbetreiber sowie an der Möglichkeit des Supermarktbetreibers, auf das Verhalten des Kunden Einfluss zu nehmen.

ber hierfür zumutbar hätte Vorsorge treffen können⁹⁰. Versucht man den Begriff der Schutzpflicht in der Subsumtion heranzuziehen, so spricht auch dieser eher gegen eine entsprechende Pflichtverletzung, da der Supermarktbetreiber für den plötzlichen Gewaltakt eines Kunden augenscheinlich „nichts kann“. Deshalb würde ihn die Auferlegung einer allumfassenden Schutzpflicht in seinem Supermarkt finanziell unbillig belasten und damit das Äquivalenzverhältnis im Schuldverhältnis (Kaufvertrag) empfindlich stören.

Der Supermarktbetreiber zieht indes (finanzielle) Vorteile aus der Präsenz von (anderen) Kunden (Gedanke der „Einheit von Chance und Risiko“). Die Kunden sind nicht nur Teil des letztendlichen Geschäftsinhalts (also des Geschäftsabschlusses), sondern dienen aus verhaltenspsychologischer Sicht zudem der Vorbereitung weiterer Geschäftsabschlüsse⁹¹ (des „Geschäftsmodells“). Der Supermarktbetreiber hat zwar keine handhabbare Möglichkeit, das Handeln aller seiner Kunden zu beeinflussen. Er steuert aber das Risiko, dass es zu Verzögerungen an der Kasse kommt (Einsatz weiterer Kassierstellen, Einrichtung von Selbstbedienungskassen etc.) und hat über das Hausrecht – vermittelt durch das Kassierpersonal – die tatsächliche Kontrolle über den Bezahlvorgang. Es geht also weniger um den Schutz des Kunden, sondern vielmehr um das Ausmaß der Pflicht, den Ablauf und die Organisation der Anbahnung, Durchführung und Abwicklung des jeweiligen Schuldverhältnisses so zu gestalten, dass Beeinträchtigungen des Kunden unterbleiben. Hier entstammt das sich verwirklichende Risiko wegen der sachlichen Nähe zum vom Supermarktbetreiber gesteuerten Bezahlvorgang bei normativer Betrachtung dessen Spähre und ist nicht etwa nur dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen. Der

90 Zu diesem Aspekt auch LG Aachen, Urt. v. 16.10.1986 – 8 O 375/86, VersR 1988, 852.

91 Die Präsenz einzelner Kunden in einem Ladengeschäft erhöht die Anreizwirkung des Geschäfts gegenüber Dritten („Der Laden ist ja bombenvoll, da muss es qualitativ und/oder preislich gute Angebote geben.“), näher zum sog. „herd behavior“ Kaufman, Behavioral Economics, 2006, S. 78, 92.

Supermarktbetreiber muss sich also das – in concreto auch kausale – Unterlassen des Kassierers als Nebenpflichtverletzung zurechnen lassen.

Der Begriff der Neben-Pflicht kennzeichnet damit den Bezug zum eigentlichen (avisierten) Schuldverhältnis (Kaufvertrag mit notwendiger Abwicklung an der Kasse) – und damit auch zu den jeweiligen Leistungspflichten – besser als der nur auf den ersten Blick sachnähere Begriff der Schutzpflicht. Dass der (dem Personal zumutbare) Schutz vor gewalttätigen Kunden in der vom Schuldner organisatorisch zu verantwortenden engen körperlichen Nähe der Kunden in einer Warteschlange einen Bezug zum Abschluss und der Durchführung einzelner Kaufverträge hat – und damit eine Neben-Pflicht dieses Schuldverhältnisses sein sollte – lässt sich plausibel begründen.

Zum anderen umfasst § 241 II BGB bei präziser Betrachtung mehr als nur Schutzpflichten. Dies ergibt sich zunächst schon aus dem Wortlaut, der explizit auch Bezug auf die „*Rechte [...] und Interessen*“ des Gläubigers nimmt. Der Begriff des geschuldeten Schutzes passt aber dem natürlichen Wortsinn nach zumindest besser auf Rechtsgüter. Hat eine Verhaltensanforderung letztlich das Ziel bestimmte, vermögenswirksame Entscheidungen des Gläubigers zu verhindern, um ihm einen (finanziellen) Nachteil zu ersparen, so lässt sich hier nach klassischem Verständnis nicht mehr von Rechtsgüterschutz sprechen.⁹² Neben den klassischen Rechtsgütern sollten aber ausweislich des Gesetzgebers auch Rechte wie das Vermögen und Interessen wie die Entscheidungsfreiheit des Schuldners geschützt werden.⁹³ Es gibt deshalb durchaus Fälle, in denen eine Pflicht aus § 241 II BGB weniger den Rechtsgüterschutz des Schuldners bezweckt als vielmehr den Schutz sonstiger, vermögensrelevanter Interessen, die sich aber dennoch vom Leistungsinteresse – und damit von den Pflichten aus § 241 I BGB – klar abgrenzen lassen. In diesen Fällen passt der Begriff der Schutzpflicht nicht.

92 *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 330 (Fn. 59) hält den „*Begriff des Erhaltungsinteresses*“ im Kontext der Nebenpflichten für „*undeutlich*“ und keinesfalls gut repräsentiert durch das typische, negative Interesse.

93 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126.

Beispiel 6 Ein Steuerberater erstellt für einen Mandanten jährlich die Steuererklärung („Haltefristfall“).⁹⁴ Der Mandant will 2014 eine Wohnung verkaufen, die er 2005 für 500.000€ erworben hatte und für welche deshalb die Haltefrist des § 23 I 1 Nr. 1, 1 EStG noch nicht abgelaufen war.⁹⁵ Der Mandant ist sich nicht mehr ganz sicher, ob die Frist für Steuerfreiheit zur Voraussetzung hat, dass die Wohnung innerhalb von 10 Jahren oder nach Ablauf von 10 Jahren verkauft wird. Gleichzeitig will er die Wohnung aber gerne noch 2014 verkaufen, weil ihm ein potentieller Käufer ein bis Ende 2014 gültiges Kaufangebot für 500.000€ unterbreitet hat. Er ruft daher den Steuerberater an, um die Funktionsweise der Haltefrist zu erfragen, und erzählt ihm in diesem Rahmen auch von dem intendierten Wohnungsverkauf. Der Steuerberater befindet sich gerade auf dem Golfplatz, erklärt sich aber aufgrund der Dringlichkeit des Geschäfts trotzdem zu einem kurzen Gespräch bereit. Er klärt den Mandanten zunächst korrekt darüber auf, dass die Frist eine sog. „Haltefrist“ sei und deshalb ein etwaiger Verkaufsgewinn in 2014 noch steuerpflichtig ist. Den Verkauf hält er ebenfalls für sinnvoll. Der Mandant fühlt sich durch das Gespräch mit dem Steuerberater bestätigt und wickelt den Verkauf in 2014 zu 500.000€ ab. Als sein Finanzamt ihm aber mitteilt, dass er wegen der Berechnung des Verkaufsgewinns u.a. nach § 23 III 4 EStG – dessen Wirkung kurz vor Ablauf der 10-Jahres Frist maximiert ist – ca. 40.000€ zu zahlen habe, fühlt er sich von seinem Steuerberater falsch beraten und verklagt ihn.

94 Fall nach BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05.

95 Folglich würde die Veräußerung der Wohnung als Privates Veräußerungsgeschäft unter die sonstigen Einkünfte im Sinne von § 22 Nr. 2 EStG fallen und der Gewinn damit in Höhe des Spitzensteuersatzes – der Mandant ist Großverdiener – steuerpflichtig. Gleichzeitig wirken sich die geltend gemachten Absetzungen für Abnutzungen in Höhe von 2% pro Jahr (vgl. § 7 IV 1 Nr. 2 a), Va EStG) im Falle eines Verkaufs innerhalb der „Haltefrist“ insofern gewinnerhöhend aus, als sie nach § 23 III 4 EStG von den mit dem Veräußerungserlös zu vergleichenden Anschaffungskosten abzuziehen sind. Der Mandant hat also 2014 bereits für 8 Jahre Abschreibungen in einer Gesamthöhe von ca. 80.000€ vorgenommen. Selbst bei einem Verkauf nur zum Einstandspreis – und damit einem gefühlten Gewinn von 0€ – müsste der Mandant daher immer noch 80.000€ als Veräußerungserlös mit knapp 50% versteuern.

Der BGH hat den Steuerberater im betreffenden Fall zu einer Schadensersatzhaftung aus Auskunftsvertrag verurteilt.⁹⁶ („Schutz-“) Gegenstand des Schadensersatzanspruchs war die Entscheidung des Mandanten die Wohnung zu verkaufen, die er – so der BGH⁹⁷ – bei vollständiger Kenntnis der Rechtslage wegen § 23 III 4 EStG nicht getroffen hätte. Hier passt der Begriff der Nebenpflicht eindeutig besser, denn Schutz impliziert im normalen Sprachgebrauch die Abwehr einer drohenden, tatsächlichen Gefahr. Die Annahme einer Warnpflicht des Steuerberaters hätte hier aber – pflichtgemäßes Handeln unterstellt – zur Folge gehabt, dass der Mandant hinsichtlich des Wohnungskaufs eine besser informierte Entscheidung hätte treffen können⁹⁸, als wenn er gar keinen Kontakt mit dem Steuerberater gehabt hätte. Der Interessenschutz führt hier also in

96 BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 6, 8, 13; Zugehör, WM 2010, SBeil. 1, S. 32. Nachdem der BGH zunächst durch Auslegung des Verhaltens des Steuerberaters nach §§ 133, 157 BGB aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Position des Mandanten und unter Subsumtion der hierbei üblichen Kriterien (wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, erkennbare Interessenlage der Parteien, Wissensvorsprung einer Partei, vgl. Hdb. Anwaltshaftung/D. Fischer, 4. Aufl. 2015, § 11 Rn. 10) zur Annahme eines Rechtsbindungswillens gelangte, thematisierte er anschließend die Pflichtenreichweite, BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 7ff., 14f. Dabei stellte er einen Auskunftsvertrag einem sog. „eingeschränkten Mandat“ gleich. Im Rahmen eines solchen eingeschränkten Mandats hat der Steuerberater den Mandanten nach ständiger Rechtsprechung des BGH „auch vor außerhalb seines Auftrags liegenden steuerlichen Fehlentscheidungen [...] zu warnen, wenn sie ihm bekannt oder für einen durchschnittlichen Berater auf den ersten Blick ersichtlich sind, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sich der Auftraggeber der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist“, BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 14; näher D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 11, 13f.

97 BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 19. Ganz unproblematisch war diese Annahme nicht. Der BGH legte hier die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ für den Kläger sehr großzügig aus, denn aufgrund der besonders günstigen Kaufofferte – die womöglich eine Inkaufnahme der erhöhten Steuerlast wirtschaftlich gerechtfertigt hätte – lagen zumindest außer der Behauptung des Klägers keine aussagekräftigen, die Anwendung des Anscheinsbeweises rechtfertigenden Anhaltspunkte vor, die den Schluss rechtfertigten, dass „bei vernünftiger Betrachtungsweise aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung [hier also das Unterlassen des Verkaufs] nahe gelegen hätte“, zutreffend Faust, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 568; vgl. zum Prüfungsstandard des Anscheinsbeweises BGH, Urt. v. 11.2.2014 – II ZR 273/12, Rn. 11; BGH, Beschl. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, Rn. 2; Greulich, Anm. zu OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, StBW 2014, 512, 513; D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 17.

98 Er hätte den Verkauf ja schließlich trotzdem tätigen können.

gewisser Hinsicht zu einer Rechtskreiserweiterung. Zudem stellt die Pflicht positive Handlungsanforderungen an den Steuerberater⁹⁹ und untersagt ihm nicht lediglich eine einzelne, schädigende Handlung.

Der Haltefristfall (Beispiel 6) zeigt also, dass – fernab des Bereichs der Gesundheits- und Eigentumsverletzungen – Verhaltensanforderungen in einem Schuldverhältnis existieren, die zwar von keiner Leistungspflicht umfasst sind, dem Schuldner aber dennoch eine aktive Handlung abverlangen, welche den Rechtskreis des Gläubigers in gewisser Hinsicht erweitert¹⁰⁰. Der natürliche Wortsinn von Schutzpflicht wird durch diese Pflichten stark gedehnt.¹⁰¹ Aufgrund der terminologischen Unklarheiten, die mit dem Begriff verbunden sind, ist der Begriff der Schutzpflicht daher abzulehnen.¹⁰²

b) Gegen den Begriff der Rücksicht(nahme)pflcht

Der Begriff der Rücksichtnahmepflicht wird aus dem Normtext des § 241 II BGB abgeleitet („*Das Schuldverhältnis kann [...] zur Rücksicht [...] verpflichten*“). Damit können sich Anhänger dieses Begriffs vordergründig auf den Wortlaut des Gesetzes berufen. Allerdings wurde § 241 II BGB erst 2002 eingefügt und der Gesetzgeber stellte in der Gesetzesbegründung ausdrücklich fest, dass eine Änderung der bisherigen Rechtslage nicht intendiert war¹⁰³. Der Begriff der Rücksichtnahmepflicht wurde aber vor 2002 – soweit ersichtlich – nicht verwendet.¹⁰⁴ Eine begriffliche Neuprägung der umfassten Pflichten war also nicht von der gesetzgeberischen Regelungsentention hinter § 241 II BGB umfasst. Damit

99 „Prüfe die Rechtslage (umfassend) und warne den Mandanten vor ihm unbekanntem, steuerlichen Gefahren, die bei typisierender Betrachtung für seine Entscheidung erkennbar relevant sind.“

100 Ein weiteres Beispiel aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt die aus § 241 II BGB abgeleitete Pflicht einer Vertragspartei dar, im (Vermögens-)Interesse der anderen Vertragspartei ein (verwaltungsgerichtliches) Rechtsmittel einzulegen, näher BGH, Urt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 220/11, Rn. 22ff.

101 Vgl. auch Papadimitropoulos, Schutzwirkung, 2007, S. 223.

102 So auch Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 43; M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 240f.

103 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

104 Krit. deshalb Köndgen, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 242; in einem anderen Kontext von Bar, JZ 1979, 332, 334 („Erweiterung der Unterlassenshaftung“ als „Absicherung des Gebotes zu vermehrter Rücksichtnahme auf die Mitmenschen im privaten Bereich“).

kann auch kein tragendes Argument für den Begriff der „Rücksichtnahmepflicht“ aus dem Wortlaut des § 241 II BGB gezogen werden. Zudem verwendet der Gesetzgeber in der Begründung zur Einführung des § 241 II BGB auch den Begriff der „[vertraglichen] Nebenpflicht[en]“¹⁰⁵, ist also dem hier favorisierten Begriff keinesfalls abgeneigt. Gegen den Begriff der Rücksichtnahmepflicht spricht, dass er die aus § 241 II BGB resultierenden Verhaltensanforderungen unnötig moralistisch auflädt.¹⁰⁶ Zudem passt der Begriff erneut nicht gut auf Verhaltensanforderungen, die dem Schuldner ein aktives Tun abverlangen. Muss der Schuldner nämlich eine Handlung vornehmen, um der Pflicht gerecht zu werden – zum Beispiel durch eine Information oder die Wahrnehmung fremder Interessen – so erschöpft sich dies nicht mehr in reiner Rücksichtnahme, sondern lässt sich begrifflich besser als eine neben den Leistungspflichten bestehende Verhaltensanforderung fassen.¹⁰⁷

c) Für den Begriff der Nebenpflicht

Die Arbeit stellt grundsätzlich auf den Begriff der Nebenpflicht ab.¹⁰⁸ Grund hierfür ist, dass die zentrale Abgrenzung die zwischen Leistungspflichten und integritätsschützenden Pflichten ist. Dass Leistungspflichten ihrerseits mittler-

105 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

106 Plakativ Rieble, Schuldrecht, 2003, S. 137, 147 („je dümmer die eine [Partei] sich anstellt, desto mehr Rechtsfürsorge müßte die andere walten lassen. Wenn das die gewollte „Materialisierung des Schuldrechts“ ist, dann „gute Nacht“.“). Rücksichtnahme impliziert schließlich dem natürlichen Wortsinn nach ein zumindest faktisches Machtungleichgewicht der beiden Parteien.

107 Auch *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 242 kritisiert, dass sich die zentrale Kategorie der „Informations- und Beratungspflichten“ so nicht erfassen ließe; zustimmend *Rieble*, Schuldrecht, 2003, S. 137, 145.

108 So auch BGH, Urt. v. 20.6.1989 – KZR 13/88, Rn. 18, 21; BGH, Urt. v. 29.4.1994 – V ZR 280/92, Rn. 10; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 20; BGH, Urt. v. 29.5.2013 – IV ZR 165/12, Rn. 9; BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Rn. 7; BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20; OLG Hamm, Urt. v. 20.6.2005 – 8 U 234/04, Rn. 8; LG Bonn, Urt. v. 4.3.2009 – 5 S 289/08, Rn. 12; LG Itzehoe, Urt. v. 22.3.2016 – 7 O 233/13, Rn. 50; AG Hoyerswerda, Urt. v. 27.4.2004 – 1 C 66/04, Rn. 15; *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 58; *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 312; *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 113; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 24; *Körber*, JA 2015, 673, 676; *U. Krüger*, NJW 2013, 1845, 1849; *L. Müller*, JuS 1998, 894, 894; *Bamberger-Roth/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 15; *R. Weber*, FS Giger, 1989, S. 735, 738; vgl. auch *Tröger*, Arbeits- teilung, 2012, S. 52, 60, der zwar zunächst für den Begriff der „Schutzpflicht“ plädiert, dann aber doch „Nebenpflicht“ gebraucht.

weile „Neben(leistungs)plichten“ aufweisen, sollte diese zentrale Differenzierung des § 241 BGB nicht begrifflich aufweichen. Auch das Rechtsfolgenprogramm gibt dieser Betrachtung recht: Während Leistungspflichten nach den §§ 280, 241 I, 281, 283, 311a, 323, 326 BGB einheitlich behandelt werden,¹⁰⁹ werden Pflichten mit Integritätsschutz in den §§ 280, 241 II, 282, 324 BGB eigenständig erfasst. Eine Nebenpflicht soll daher dem Begriff nach als Gegenstück zur Leistungspflicht verstanden werden. Umgekehrt sollte eher eine akzessorisch zur Hauptleistungspflicht gehörende Verhaltensanforderung (Nebenleistungspflicht) mittels erläuternder Zusätze von Nebenpflichten abzugrenzen sein. Die begriffliche Präzision der Nebenleistungspflicht zu wahren, sollte daher kein Argument sein, den Begriff der Nebenpflicht aufzugeben.¹¹⁰ Der Nutzen einer aufwändigen Unterteilung der Leistungspflichten in Haupt- und Nebenpflichten ist zudem nach gegenwärtigem Rechtsstand zumindest unsicher, denn die §§ 281, 323 BGB sind ausweislich ihres Wortlauts unterschiedslos auf Leistungspflichten jeder Kategorie anwendbar¹¹¹.¹¹² Der Begriff der Neben-Pflicht kennzeichnet jedenfalls sprachlich besonders deutlich das, was Verhaltensanforderungen zum Integritätsschutz innerhalb eines Schuldverhältnisses auszeichnen:

109 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 138 („anders als bisher nicht zwischen Haupt- und Nebenpflichten unterschieden“); MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 12; Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 281 Rn. B 3. Jede grundsätzlich unterschiedliche Behandlung von Haupt- und Nebenleistungspflichten innerhalb des Rechtsfolgensystems des neuen Schuldrechts widerspricht mittlerweile sowohl der Intention als auch der Systematik des Gesetzes und ist daher abzulehnen.

110 Anders Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 11.

111 Einzig in der weiteren Prüfung wird die Qualität der verletzten Leistungspflicht relevant, vgl. § 281 I 2, 3 sowie Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 281 Rn. B3. Für § 323 BGB, der in Abs. 5 ebenfalls einschränkende Regelungen für Teil- und Schlechtleistung enthält, ist dies umstritten, vgl. zum Streitstand Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2015, § 323 Rn. B7ff. Der Streit scheint aber vornehmlich dadurch motiviert, dass die Vorgängernorm des § 326 a.F. nach h.M. nur auf Hauptleistungspflichten anwendbar war (*Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 110). Diese Einschränkung wollte der Gesetzgeber aber mit der Schuldrechtsreform ausdrücklich aufheben (BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 183 („Nicht erforderlich ist, dass die verletzte Pflicht im Synallagma steht. Damit geht § 323 RE [...] über die geltenden §§ 325, 326 hinaus [...]“)). Dass auch nach geltendem Recht ein Rücktritt vom ganzen Vertrag nicht bei der Verletzung jeder noch so nebensächlichen Leistungspflicht (typisches Beispiel: TÜV-Registrierung eines verkauften Autos) gerechtfertigt sein kann, wird hierbei nicht verkannt. Vielmehr lassen sich jedoch auch mit der (ggfs. analogen) Anwendung von § 323 V 1, 2 BGB sachgerechte Ergebnisse erzielen, ohne damit den Anwendungsbereich des § 323 BGB grundsätzlich zu beschneiden.

112 Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 110 („Unterscheidung [...] nicht mehr dieselbe Bedeutung“).

Ihre außerhalb des eigentlichen Bereichs der Pflichten im Schuldverhältnisrecht (Leistungspflichten) liegende Natur.¹¹³ Damit ist der Begriff der Nebenpflicht für die hier behandelten Verhaltensanforderungen vorzugswürdig.

2. Inhaltliche Präzisierung des Begriffes „Nebenpflicht“

Nachdem sich die Arbeit terminologisch auf den Begriff der Nebenpflicht festgelegt hat, gilt es nun diesen Begriff inhaltlich zu konkretisieren.

a) Abgrenzung der Leistungs- von den Nebenpflichten

Mit Blick auf das unterschiedliche Rechtsfolgenprogramm ist nach heutiger Rechtslage die Abgrenzung zwischen nichtleistungsbezogenen und leistungsbezogenen Pflichten von entscheidender Bedeutung.¹¹⁴ Über die Abgrenzung zwischen den Pflichtentypen herrscht indes Streit.

aa) Beispielhafte Relevanz der Unterscheidung bei § 546 I BGB

Ob eine Pflicht als Leistungspflicht nach § 241 I BGB oder als Nebenpflicht nach § 241 II BGB eingeordnet wird, kann wegen der unterschiedlichen Rechts-

113 Ähnlich *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 113; *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014, § 280 Rn. C 44 (Begriff der Nebenpflicht repräsentativ für das „Gewicht im Gefüge des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne“). Mit einer ähnlichen Argumentation befürwortet *Hassmer* den Begriff der „weiteren Verhaltenspflicht“: Für ihn repräsentiert der Begriff in bestmöglicher Weise die strukturelle Offenheit des § 241 II BGB, ohne die begriffliche Unschärfe der Schutz- oder Obhutspflicht zu inkorporieren, *Hassmer*, *Heteronomie*, 2007, S. 43f. Gegen diesen Begriff spricht wiederum, dass der Zusatz „weitere“ die Existenz primärer Pflichten impliziert. Insbesondere Schuldverhältnisse nach § 311 II BGB weisen indes keine Leistungspflichten auf. Das gleiche Übel plagt zwar auch den Begriff der „Neben“-Pflicht, jedoch in einer sprachlich etwas unauffälligeren Weise.

114 BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 19f.; *Madaus*, *Jura* 2004, 289, 289; insoweit unpräzise *Herlitz*, Anm. zu AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 26.8.2013 – 235 C 267/12, jurisPR-MietR 3/2014, Anm. 5 („Nebenleistungspflicht des § 241 Abs. 2 BGB“). Bereits *Heinrich Stoll* sah in der Dichotomie von Leistungs- und außerdeltiktischen Schutzpflichten eine grundlegende Unterscheidung im Schuldverhältnisrecht, grundlegend *Heinrich Stoll*, *AcP* 136 (1932), 257, 288f., 298f. Liegt eine Pflicht mit Leistungsbezug vor, so ist in der Rechtsfolge einer pflichtwidrigen Handlung grundsätzlich auf die §§ 280, 281, 283, 285, 286, 311a, 323, 326 BGB abzustellen, während die Verletzung einer Pflicht ohne Leistungsbezug zur Anwendbarkeit der §§ 280, 282, 324 BGB führt.

folgen einen entscheidenden Unterschied machen. Beispielhaft lässt sich dies an der Rückgabepflicht des Mieters nach § 546 I BGB darstellen.¹¹⁵ Nach § 546 I BGB ist Rückgabe der Mietsache durch den Mieter an den Vermieter geschuldet. Dabei handelt es sich um eine Leistungspflicht.¹¹⁶ Die Mietsache muss nach einer Ansicht in dem Zustand sein, der bei üblicher Benutzung zu erwarten ist.¹¹⁷ Hat der Mieter die Mietsache über den vertragsgemäßen Gebrauch (§ 538 BGB) hinaus beschädigt, so wäre danach eine Verletzung der Rückgabepflicht anzunehmen. Schließlich wurde die Sache nicht im geschuldeten Zustand zurückgegeben. Sieht man also den ordnungsgemäßen Zustand im Zeitpunkt der Rückgabe als Teil der aus § 546 I BGB folgenden Leistungspflicht, so wird bei der Rückgabe in einem beschädigten Zustand eine Leistungspflicht verletzt. Dann kann dem Vermieter über die §§ 280 I, III, 283 S. 2, 281 I 3 BGB – vorbehaltlich einer dogmatischen Notbremse¹¹⁸ – die Möglichkeit offenstehen, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu verlangen, sofern die Pflichtverletzung nicht unerheblich ist.¹¹⁹ Das wiederum könnte bedeuten, dass der Vermieter die Rückgabe der Mietsache ablehnen und Zug-um-Zug gegen Übereignung der Mietsache den Verkehrswert¹²⁰ der Immobilie vom Mieter als Geldzahlung verlangen kann. Dem Mieter kann ein Zwangskauf also bereits dann drohen, wenn die Beschädigung der Mietsache nicht unerheblich ist.¹²¹ Ordnet man das Unterlassen von

115 *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 110ff.

116 Näher Schmidt-Futterer/*Streyll*, 13. Aufl. 2017, § 546 Rn. 1 m.w.N. auch zu anderen Einordnungen (u.a. gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis).

117 MüKo-BGB/*Bieber*, 7. Aufl. 2016, § 546 Rn. 10.

118 So werden u.a. die (analoge) Anwendung von § 571 I 2 BGB auf § 281 BGB als auch die Beschränkung durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) diskutiert, näher MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 120f.

119 *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 110; *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 253.

120 Bei einem Schadensersatzverlangen statt der ganzen Leistung durch den Eigentümer-Vermieter würde § 281 IV BGB an sich jede weitere Rückforderung der Mietsache sperren, so auch (hypothetisch) BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 26. Insoweit bestünde nun eine gewisse Ähnlichkeit zur Situation des § 283 BGB, was auch den Ersatz des Verkehrswertes (Zug-Um-Zug gegen Übereignung der Mietsache) gerechtfertigt erscheinen lässt, so auch Schmidt-Futterer/*Streyll*, 13. Aufl. 2017, § 546a Rn. 86; a.A. (nur Besitzvorenthaltungsschaden denkbar) *Oechsler*, NZM 2004, 881, 889.

121 Man könnte § 281 I 2 BGB zumindest analog anwenden. Die Anwendung der Regelungen über die Schlechtleistung ist nämlich für den Schuldner deutlich ungünstiger als die Anwendung der Regelungen über die (Teil-)Nichtleistung. Zudem lassen sich die Rückgabe an sich und die Rückgabe in einem unbeschädigten Zustand zumindest gedanklich voneinander trennen. Der Vermieter könnte dann nur „großen“ Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er an der Teilleistung – der Rückgabe einer beschädigten Mietsache – kein Interesse hat.

Beschädigungen der Mietsache als Nebenpflicht nach § 241 II BGB ein, so kommt ein Zwangskauf erst bei Unzumutbarkeit in Betracht, § 282 BGB.¹²² Versteht man die Rückgabepflicht aus § 546 I BGB weiterhin als Leistungspflicht, so kann man zu diesem Ergebnis nur kommen, wenn man den Zustand der Mietsache im Rahmen von § 546 I BGB für irrelevant erklärt.¹²³ Auch der BGH hat sich hierzu kürzlich geäußert:

Beispiel 7 Ein Mieter hat von einem Vermieter eine Wohnung gemietet („Mietwohnungsfall“).¹²⁴ Bei Einzug waren alle Wände weiß gestrichen. Während der Mietdauer strich der Mieter einige Wände in den Farben Gelb, Rot und Blau. Bei Auszug hinterließ er die Wände in der von ihm selbst gestrichenen Farbe. Der Vermieter beauftragte vor Weitervermietung einen Maler, der die Wände wieder weiß strich. Den Werklohn des Malers möchte der Vermieter nun vom Mieter ersetzt bekommen. Der BGH sprach ihm einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB zu.¹²⁵ Die Bemalung der Wände sei zwar als farbliche Gestaltung der eigenen Wohnung während der Mietdauer vom vertragsgemäßen Gebrauch umfasst und deshalb von § 538 BGB erfasst.¹²⁶ Die bunten Wände verkleinern aber den Kreis potentieller Interessenten bei der Neuvermietung. Die Rückgabe der Wohnung in einem die weitere Vermietung erschwerenden Zustand verstößt gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldverhältnisspartners aus § 241 II BGB.¹²⁷

Nach dem BGH umfasst § 546 I BGB damit nur die Pflicht zur Rückgabe der Wohnung, der Zustand ist dafür ohne Belang.¹²⁸ Bei Rückgabe in einem beschä-

122 Näher *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 253f.

123 So zu Recht *Bamberger-Roth/Ehlert*, 3. Aufl. 2012, § 546 Rn. 14.

124 Fall nach BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12.

125 BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, Rn. 14f. In Rn. 18 leitet der BGH den Anspruch aus §§ 535, 280 I, 241 II, 242 BGB her. Das Berufungsgericht sprach dem Vermieter noch einen Anspruch aus §§ 280 I, 546 I BGB gegen den Mieter wegen Verletzung seiner Rückgabepflicht zu, BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, Rn. 6.

126 BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, Rn. 17.

127 BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, Rn. 18f.

128 BGH, Urt. v. 6.11.2013 – VIII ZR 416/12, Rn. 15; so auch *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 111.

digten Zustand ist demnach keine Leistungspflicht, sondern nur eine Nebenpflicht verletzt. Der Vermieter kann die Rückgabe der Wohnung also nicht ablehnen, er kann nur Schadensersatz verlangen.¹²⁹ Das Szenario des sogenannten Zwangskaufes droht also nur dann, wenn die Mietsache derart beschädigt ist, dass ihm die Rückgabe durch den Mieter unzumutbar im Sinne von § 282 BGB ist.¹³⁰

bb) Orientierung an der Klagbarkeit der Pflicht

Historisch wurde die Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungspflichten nach der Klagbarkeit der Verhaltensanforderung vorgenommen, was sich bis heute auf die Stellungnahmen auswirkt.¹³¹ War die Pflicht klagbar, so galt sie als Leistungspflicht, fehlte es an der Klagbarkeit, so war es eine Nebenpflicht. Heute stößt die Abgrenzung jedoch überwiegend auf Ablehnung: Mittlerweile wird nämlich von der überwiegenden Ansicht auch die Klagbarkeit von Nebenpflichten aus § 241 II BGB nicht mehr kategorisch ausgeschlossen.¹³² So ist beispielsweise die theoretische Möglichkeit des Arbeitnehmers anerkannt, den Archetyp der Schutzpflicht – den Anspruch aus § 618 I BGB¹³³ – gerichtlich durchzusetzen.¹³⁴ Dies ist bisweilen sogar zwingend erforderlich, um der Nebenpflicht eine

129 S. bereits BGH, Urt. v. 10.1.1983 – VIII ZR 304/81, Rn. 14; jüngst auch BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 26.

130 Inwieweit dies überhaupt der Fall sein kann (BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 22: „*nur ausnahmsweise*“), muss an dieser Stelle nicht entschieden werden.

131 Strätz, FS Bosch, 1976, S. 999, 1003f.; vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 56; Gröschler, FS Konzen, 2006, S. 109, 113f.; Madaus, Jura 2004, 289, 290; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 158.

132 S.u., S. 146ff.

133 Bisweilen wird die Pflicht aus § 618 BGB auch als Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers angesehen, Gröschler, FS Konzen, 2006, S. 109, 117; MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 91. Je nach theoretischer Unterscheidung der beiden Absätze des § 241 BGB scheidet eine Einordnung als Nebenpflicht im Sinne dieser Arbeit dann aus. Historisch haben sich Nebenpflichten – und insbesondere § 618 BGB – zwar aus § 242 BGB heraus entwickelt (s. Bamberger-Roth/Fuchs, 3. Aufl. 2012, § 618 Rn. 1), was für die Kategorie der Nebenleistungspflicht spräche. Trotzdem erscheint unter Geltung des § 241 II BGB eine Einordnung von § 618 BGB als urtypischer Fall einer Nebenpflicht sinnvoller, so auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 492; Heinrich Stoll, AcP 136 (1932), 257, 300f.

134 Bamberger-Roth/Fuchs, 3. Aufl. 2012, § 618 Rn. 21. Aus verschiedenen Gründen ist dies in der Praxis aber sehr selten, näher zu alldem MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 6f., 84ff.

gewisse Schlagkraft zu verleihen.¹³⁵ Damit verliert das Kriterium seine Aussagekraft und wird praktisch unbrauchbar. Eine Unterscheidung der Pflichtarten anhand der Klagbarkeit der jeweiligen Pflicht ist daher abzulehnen.¹³⁶

cc) Orientierung an dem Begriff der Leistung

Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass des § 241 II BGB alle denkbaren Pflichtarten eines Schuldverhältnisses in den beiden Absätzen des § 241 BGB auffangen wollte, so könnte sich die Abgrenzung der beiden Absätze auch nach dem unterschiedlichen Wortlaut richten. § 241 I BGB charakterisiert die Leistungspflichten mit dem Begriff der Leistung. In § 241 II BGB fehlt dieser Begriff. Deshalb könnte man daran denken, die Unterscheidung von Leistungs- und Nebenpflicht nach dem Begriff der Leistung vorzunehmen.¹³⁷ Jede Nebenpflicht kann indes durch Vereinbarung der Parteien auch zur Leistungspflicht werden (z.B. Überwachungspflicht). Zudem müssen Nebenpflichten ebenso wie Leistungspflichten erfüllt werden.¹³⁸ Mit dem Begriff der Leistung lassen sich Nebenpflichten also weder überzeugend noch trennscharf von Leistungspflichten abgrenzen.¹³⁹ Die Abgrenzung ist daher abzulehnen.

dd) Orientierung an der Zielsetzung der Pflicht

Der entscheidende Unterschied zwischen Leistungs- und Nebenpflichten ist nach überwiegender Auffassung die Zielsetzung der Pflicht.¹⁴⁰ Während sich Leis-

135 Vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 25.

136 So auch *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 607 (Fn. 75); *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 45; *Hähnchen*, Obliegenheiten, 2010, S. 233f.; *Madaus*, Jura 2004, 289, 290f.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 159.

137 Vgl. *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 603.

138 So hat beispielsweise ein aufklärungspflichtiger Schuldner auf gewisse Umstände hinzuweisen. Kommt er dieser Pflicht – ähnlich einer Leistung – nicht nach, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

139 So auch *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 44f.; *Madaus*, Jura 2004, 289, 290f.; symptomatisch NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 77 („leistungsbegleitende[...] Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2“).

140 BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 6; *Madaus*, Jura 2004, 289, 291f.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 161; *Teichmann*, JA 1984, 545, 546; *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, 297f.

tungspflichten schon dem natürlichen Wortsinn nach auf eine Veränderung der Vermögenszusammensetzung des Gläubiger beziehen (Bezugsobjekt: *status ad quem*), haben Nebenpflichten die Erhaltung und Bewahrung des derzeitigen Güterstandes des Gläubigers zum Gegenstand (Bezugsobjekt: *status ad quo*).¹⁴¹ Tangiert eine Pflicht das Äquivalenzinteresse, so ist sie § 241 I BGB zuzuordnen, betrifft sie das Integritätsinteresse, so unterfällt sie § 241 II BGB. Diese grundlegende, dogmatische Unterscheidung könnte man auch heranziehen, um Nebenpflichten *in praxi* von Leistungspflichten abzugrenzen. Das Problem an einer solchen Abgrenzung ist ihre Unschärfe. Was genau dem *status ad quem* dient und was dem *status ad quo*, ist nicht näher zu präzisieren.¹⁴² Der Ansatz setzt eine praktische Unterscheidung von Leistungs- und Nebenpflichten vielmehr voraus, um ihr dann ein theoretisches Fundament zu verleihen. Die Unterscheidung von Äquivalenz- und Integritätsinteresse rein auf Basis der Zielsetzung der jeweiligen Pflicht ist im Einzelfall wenig vorhersehbar. Damit kann diese Abgrenzung in der Subsumtion nur bedingt überzeugen.

ee) Orientierung an der dogmatischen Herkunft der Pflicht

Nebenpflichten sind ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung.¹⁴³ Nachdem sie jahrzehntelang aus den Fallgruppenansammlungen der „positiven Forderungsverletzung“, der *culpa in contrahendo* oder der *culpa post contractum finitum* abgeleitet wurden, haben sie im Jahr 2002 mit Erlass des § 241 II BGB eine gesetzliche Regelung erfahren. Gesetzlich legitimierte richterliche Rechtsfortbildung im Bereich der Pflichten eines Schuldverhältnisses konstituiert fremdbestimmtes Rechts.¹⁴⁴ Die Hauptleistungspflicht – und mit ihr konsequenterweise

141 Grundlegend *Krefß*, Schuldrecht AT, 1929, S. 2ff., 578ff. (Unterscheidung zwischen „Erwerbsansprüchen“ und „unentwickelten Schutzansprüchen“); vgl. auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 79f., der Nebenpflichten aufgrund ihrer Zweckgebundenheit als „sekundäres subjektives Recht“ einstuft, welches nicht forderungsbezogen sondern rechtsgutsbezogen ist; zu dieser grundlegenden Unterscheidung bereits *Raiser* JZ 1961, 465, 466.

142 Krit. auch *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 8; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 162; a.A. *Madaus*, Jura 2004, 289, 291f.

143 *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 213ff.

144 Gesetzliche Anordnung, richterliche Rechtsfortbildung und ergänzende Vertragsauslegung durch die Gerichte sind die Quellen fremdbestimmten Rechts, näher *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 31; *Wiedemann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1281, 1287.

auch die leistungsbegleitenden Nebenpflichten – ist zumindest in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen Teil der *essentialia negotii* und damit Ausfluss des Parteiwillens.¹⁴⁵ Man könnte die Pflichten daher auch anhand ihres jeweiligen dogmatischen Ursprungs voneinander abgrenzen.¹⁴⁶ Ist eine Pflicht autonom, so unterfällt sie § 241 I BGB. Ist sie heteronom, so handelt es sich um eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB. Eine selbstbestimmte (autonome) Pflicht zeichnet sich dabei dadurch aus, dass sie in der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung wurzelt, während eine fremdbestimmte (heteronome) Pflicht die „*Unabhängigkeit vom Rechtsgeschäft*“ kennzeichnet.¹⁴⁷ Die Einstufung einer Pflicht als heteronom ist daher im Kern eine negative Abgrenzung zur autonomen Pflicht.¹⁴⁸

Die Abgrenzung ist aus einer dogmatischen Perspektive wohlüberlegt und hat durchaus Überzeugungskraft. Ob eine Pflicht aber *in concreto* heteronomen oder autonomen Charakter hat, ist nur äußerst schwierig zu bestimmen. Der Abgrenzungsmaßstab ist schließlich eher theoretischer Natur. Dass Nebenpflichten auch in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen fremdbestimmten Charakter haben, wird zudem auch heute noch bestritten.¹⁴⁹ Darüber hinaus kann die Abgrenzung Nebenpflichten nicht einheitlich erfassen: In gesetzlichen Schuldverhältnissen beruhen schließlich alle Pflichten auf gesetzlicher Anordnung. Dennoch fallen Leistungspflichten auch dort unter § 241 I BGB. Im Ergebnis kann diese Abgrenzung aus einer praktischen Perspektive nicht überzeugen.

ff) Orientierung an dem Zeitpunkt der konkreten Pflichtentstehung

Eine andere Ansicht unterscheidet zwischen Leistungs- und Nebenpflichten nach dem Zeitpunkt, in welchem die Pflicht als konkrete Verhaltensanforderung feststeht.¹⁵⁰ Lässt sich die Pflicht bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses konkretisieren, so handelt es sich um eine Leistungspflicht nach § 241 I

145 Vgl. MüKo-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 145 Rn. 6.

146 Näher *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 45.

147 *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 45.

148 Vgl. *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 31 („*Heteronom ist, was nicht autonom ist* [...]“). Vorteil dieser Abgrenzung soll insbesondere sein, dass sie die Drittwirkung von Nebenpflichten (vgl. § 311 III 1 BGB) legitimiert, näher *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 45f.

149 *Oechsler*, *Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. 245ff.

150 Näher *M.-P. Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. 256f.

BGB. Wird die Pflicht aber erst im Laufe des Schuldverhältnisses zu einer konkreten Verhaltensanforderung fixiert, so handelt es sich um eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB.¹⁵¹ Dagegen spricht indes, dass es auch Leistungspflichten gibt, die nicht bereits anfänglich fixiert sind: So gibt es eine Vielzahl von Nebenleistungspflichten – welche von der h.M. aufgrund ihrer Nähe zu den Hauptleistungspflichten grundsätzlich¹⁵² § 241 I BGB zugeordnet werden¹⁵³ –, die situativer Natur sind.¹⁵⁴ Sie sind damit auch nicht immer „absoluter“ Natur, sondern entstehen in relativer Beziehung zu den Gegebenheiten des Einzelfalls.¹⁵⁵ Gegen die Unterscheidung von absoluten und relativen Pflichten spricht zudem, dass auch Nebenpflichten in unbedingter Weise – und damit absolut – einzuhalten sind.¹⁵⁶ Der Zeitpunkt der konkreten Pflichtenstehung kann damit als (alleiniges) Abgrenzungsmerkmal ebenfalls nicht überzeugen.¹⁵⁷

gg) Orientierung an den Rechtsfolgen der Pflichtverletzung

Der zentrale Unterschied zwischen den beiden paradigmatischen Vorschriften für Leistungs- und Nebenpflichten – § 281 BGB und § 282 BGB sowie im Rück-

151 Diese zum Teil als heteronom bezeichnete Fixierung der Pflicht kann zum Beispiel über § 242 BGB erfolgen, so zumindest *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 256f. Dagegen spricht indes, dass § 242 BGB nach hier vertretener Ansicht lediglich Nebenleistungspflichten zum Entstehen bringt, die allesamt unter § 241 I BGB zu fassen sind. Ähnlich dieser Ansicht unterscheidet *Grigoleit* zwischen einer Nebenpflicht als „relativer“ Pflicht und einer Leistungspflicht als „absoluter“ Pflicht, *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 277f.; sich anschließend *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 132.

152 Die Leistungstreuepflichten, deren Bezug zu den Hauptleistungspflichten an sich schon begrifflich naheliegt, werden z.T. § 241 II BGB zugeordnet, so z.B. *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 94ff. Das überzeugt für die Fallgruppe der unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Schuldverhältnis-Partner, denn hier wird dem Integritätsinteresse des Gläubigers durch nachträgliche Entwertung des aus dem Schuldverhältnis gezogenen Vorteile geschadet. Weniger zu § 241 II BGB passen Fragen der Leistungsfähigkeit und –bereitschaft des Schuldners, da hier ein klarer Leistungsbezug gegeben ist und insoweit die auf Leistungspflichten zugeschnittenen §§ 281 II; III, 323 II, III, IV BGB eine Zuordnung zu § 241 I BGB passender erscheinen lassen.

153 Vgl. BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20, 22 („Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB“).

154 Oft werden sie deshalb erst durch den Richter im Wege der (ergänzenden) Auslegung unter Berücksichtigung der Wertungen des § 242 BGB bestimmt, *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 166.

155 *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 405.

156 Vgl. *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 406.

157 So auch *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 160.

trittsrecht § 323 BGB und § 324 BGB – ist das Erfordernis einer Fristsetzung. Die Abgrenzung der beiden Absätze des § 241 BGB voneinander könnte daher mit Blick auf die dadurch herbeigeführten Rechtsfolgen geschehen.¹⁵⁸ Die in § 281 I 1 BGB exemplifizierte Fristsetzung soll dem Schuldner ein „*Recht zur zweiten Andienung*“ im Rahmen der Leistungserbringung geben.¹⁵⁹ Würde das Fristsetzungserfordernis im Rahmen des Schadensersatzanspruchs wie ein Fremdkörper wirken¹⁶⁰ oder kommt eine Fristsetzung mit Blick auf die in Rede stehende Verhaltensanforderung nicht in Betracht¹⁶¹, so liegt eine Nebenpflicht vor.¹⁶² Lässt sich vor Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung

158 MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 57; Binder, AcP 211 (2011), 587, 603f.; Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 279f.; Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 76f. Blendet man terminologische und systematische Ambitionen der Diskursteilnehmer aus, so ist dies aus funktionaler Perspektive ohnehin die einzig relevante Frage, vgl. Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 83. Hinsichtlich einer konkreten Pflicht müsste dann gefragt werden, ob bei einem Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung eine gesetzlich vorgeschriebene (vgl. § 281 I 1 BGB) (Nach-)Fristsetzung sinnvoll wäre oder ob lediglich die wertende Auseinandersetzung mit dem Begriff der „*Unzumutbarkeit einer späteren Leistungserbringung*“ (§ 282 BGB) passend scheint.

159 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 86, 138; Faust, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 219, 222f.

160 Zwar gibt es auch Schuldverhältnisse ohne (gegenseitig verknüpfte) Leistungspflichten. In diesen kann gar kein Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden und ein Fristsetzungserfordernis kommt prinzipiell nicht in Betracht. Die Abgrenzung zwischen Leistungs- und Nebenpflichten ist in solchen Fällen aber auch gar nicht nötig, schließlich kann es dann ja nur eine Nebenpflicht sein. Zum anderen kann auch bei Verletzung einer Leistungspflicht ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, der schon tatbestandlich kein Fristsetzungserfordernis hat: ein einfacher Schadensersatzanspruch neben der Leistung nach § 280 I 1 BGB, der gleichwohl an eine Verletzung der Leistungspflicht anknüpft. Dadurch droht das Abgrenzungssystem aus den Angeln gehoben zu werden. Allerdings kommt es bei der Abgrenzung nicht auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch an, sondern auf die jeweilige Pflicht. Auch ein Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung aus § 280 I 1 BGB knüpft im Rahmen der Pflichtverletzung an die Leistungspflichten des Schuldners an, zum Beispiel die Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer sachmangelfreien Sache im Rahmen eines Kaufvertrags nach § 433 I BGB. Für diese Pflicht kommt eine Fristsetzung aber zumindest *prinzipiell* in Betracht. Lediglich der hier geforderte Schadensposten wäre selbst bei Leistung zum letztmöglichen Zeitpunkt nicht entfallen. Die Abgrenzung der Pflichtarten muss also vom jeweils im Raum stehenden Schadensersatzanspruch abstrahieren.

161 Ausweislich des § 283 BGB gibt es zwar auch Szenarien, in denen selbst bei Verletzung einer Leistungspflicht eine Fristsetzung nicht in Betracht kommt. Zu fragen ist dann nach der hypothetischen Sinnhaftigkeit der Fristsetzung. Die Ursache der Unmöglichkeit der Pflichterbringung ist also auszublenden. Schließlich geht es nicht um den in Betracht kommenden Schadensersatzanspruch, sondern um die in Rede stehende Pflicht.

162 Vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 57; Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 689.

sinnvoll eine Frist zur zweiten Andienung setzen, so liegt eine Leistungspflicht vor.

hh) Zwischenergebnis: Abgrenzung nach Rechtsfolgen praktisch sinnvoll

Festzuhalten bleibt, dass alle Ansätze gewisse Subsumtionsprobleme mit sich ziehen. Einer Entscheidung im Einzelfall muss daher eine gewisse Flexibilität eingeräumt werden. Aus dogmatischer Perspektive ist die grundlegende Abgrenzung von Leistungs- und Integritätsinteresse überzeugend. Aus einer praktischen Perspektive lassen sich jedoch nur mit derjenigen Ansicht nachvollziehbare Ergebnisse erzielen, die den Blick auf die mit der jeweiligen Einordnung einhergehenden, unterschiedlichen Rechtsfolgen der §§ 281f., 323f. BGB lenkt.

b) Überlappen von Leistungs- und Nebenpflicht

Streitig behandelt werden Fälle, in denen sowohl das Leistungs- als auch das Integritätsinteresse tangiert sind.

Beispiel 8 Ein Verkäufer verkauft einem Käufer einen hochdrehenden Winkelschleifer („Winkelschleiferfall“).¹⁶³ In der Bedienungsanleitung fehlt der Hinweis darauf, dass die Schutzklappe über dem Schleifstein zu arretieren ist, um beim Gebrauch das aufwärtige Funken sprühen in Richtung des Gesichts zu vermeiden. Der Käufer erleidet infolgedessen empfindliche Gesichtsverletzungen. In jedem Fall geht es hier auch um die Verletzung einer Leistungspflicht. Der fehlende Hinweis auf das Funkenrisiko kann aber auch die Verletzung einer Nebenpflicht durch den Verkäufer zum Schutz der Integrität des Käufers begründen. Dass eine solche Nebenpflicht bestehen kann, ist allgemein anerkannt, Streit besteht lediglich über das Konkurrenzverhältnis zwischen Ansprüchen aus Leistungs- und Nebenpflichtverletzung.¹⁶⁴

163 Fall nach BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

164 Gegenüber einem der Regelverjährung unterliegenden Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wird ein verdrängender Vorrang der Leistungspflicht vertreten, weil ansonsten die privatauto-

Wichtige Erkenntnis solcher Fälle ist, dass Leistungs- und Nebenpflichten parallel und grundsätzlich – vorbehaltlich etwaiger Konkurrenzprobleme sich überschneidender Leistungsstörungsregime¹⁶⁵ – unabhängig voneinander bestehen können. Voraussetzung ist aber, dass der Bezugsgegenstand der Pflicht jeweils ein anderer ist. Ausdrücke wie „*Schutzpflichtverletzung [...] durch Leistungserbringung*“¹⁶⁶ sowie „*doppeltrelevante[...] Pflichten*“¹⁶⁷ sind damit begrifflich unpräzise, eine Nebenpflicht kann lediglich in zeitlich engem Zusammenhang mit der Leistungserbringung verletzt werden. Ein Überlappen ist terminologisch ausgeschlossen, wenn die in Rede stehende Pflicht bereits als Leistungspflicht besteht. In diesem Fall ist der Integritätsschutz Teil des von den Parteien vereinbarten Pflichtenprogramms und kann nicht gleichzeitig Nebenpflicht nach § 241 II BGB sein. Schon im Hinblick auf das unterschiedliche Rechtsfolgenprogramm der §§ 281f., 323f. BGB ergeben sich ansonsten Wertungswidersprüche. Zudem schließen sich Äquivalenz- und Integritätsinteresse gegenseitig aus. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall indes schwierig sein.¹⁶⁸

nom veranlasste, kürzere Verjährung des § 438 BGB umgangen werden würde, *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 299f.; ähnlich auch NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 35 („äußerst bedenklich, die eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers für die kurze Verjährung aushebeln zu wollen“). Dieser Wertungswiderspruch lässt sich aber dadurch lösen, dass der Anspruch aus Nebenpflichtverletzung bei extensivem Wortsinnverständnis über § 437 Nr. 3 BGB begründet wird und damit den Schranken des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes unterworfen wird, *Bamberger-Roth/Faust*, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 144; grundsätzlich a.A., hier indes wegen einer „*Doppelwirkung*“ der verletzten Pflicht zustimmend *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 257f., 259f.

165 S.u., S. 232.

166 So beispielsweise *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 182 (Fn. 5).

167 MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 57 a.E.; ähnlich *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 259 („*Doppelwirkung*“).

168 *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 126 („*nicht streng voneinander abgrenzbar*“); Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 114 (Leistungs- und Nebenpflichten stehen „*nicht beziehungslos nebeneinander*“); *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 162 („*Grenzen [...] fließend und deshalb oft schwer zu bestimmen*“); *Bamberger-Roth/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 44 („*Teilweise [...] Einordnung einer Vertragspflicht als Nebenpflicht oder [...] als Hauptleistungspflicht [...] schwierig*“); *Teichmann*, JA 1984, 709, 712 („*Übergänge [...] fließend*“); *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, 297 („*im Einzelfall schwierig*“); missverständlich BAG, Urt. v. 15.4.2014 – 3 AZR 288/12, Rn. 43 („*nach § 241 Abs. 2 BGB und [!] aufgrund einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht [verpflichtet]*“)

Beispiel 9 Ein Steuerberater berät einen Mandanten im Rahmen eines Dauermandats seit Jahren („Fünfjahresfristfall“).¹⁶⁹ Die Eltern des Mandanten hatten ihm 2012 Gesellschaftsanteile geschenkt, deren Erwerb wegen der Verschonungsregelung des § 13a I 1 ErbStG zunächst keine Steuerpflicht ausgelöst hatten. Dass diese Steuerbefreiung bei Veräußerung der Anteile vor Ablauf einer Frist von 5 Jahren gem. § 13a V ErbStG wegfallen würde, erläuterte der Steuerberater dem Mandanten zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile und ging zusätzlich aus den Schenkungssteuerbescheiden hervor. 2014 entschied sich der Mandant aus geschäftlichen Gründen zum Verkauf der Anteile. Der Steuerberater beriet den Mandanten auch 2014 noch und übernahm die ertragsteuerliche Betreuung des Anteilverkaufs. Ein erneuter Hinweis auf die Frist des § 13a V ErbStG unterblieb. Der Mandant verlangte nun vom Steuerberater die mittlerweile festgesetzte Schenkungssteuer für die Gesellschaftsanteile als Schadensersatz für fehlerhafte Beratung.

Das OLG Karlsruhe gab der Klage in zweiter Instanz statt und stützte dies auf einen Anspruch aus „§§ 280 Abs. 1, 240 Abs. 2 [...] BGB“.¹⁷⁰ Im Rahmen der Pflichtverletzung stützt das OLG die Hinweispflicht zunächst auf die Natur des Dauermandats.¹⁷¹ Dieses verpflichtet zur Beratung auch über den isoliert betrachteten Arbeitsgegenstand hinaus.¹⁷² Zu einer umfassenden Aufklärung über steuerliche Risiken gehörte hier auch ein Hinweis auf die Behaltensfrist des § 13a V ErbStG. Die sich aus dem Dauermandat ergebenden Pflichten zählen indes zu den Leistungspflichten eines Steuerberaters.¹⁷³ Nur eine Zeile später wird die Pflichtverletzung

169 Fall nach OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12.

170 OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Rn. 29. Dabei kann es sich nur um einen Schreibfehler gehandelt haben, gemeint war sicherlich – § 240 BGB besitzt gar keine Absätze – ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB, also ein Anspruch aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung.

171 OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Rn. 32.

172 BGH, Urt. v. 11.5.1995 – IX ZR 140/94, Rn. 23 (BGHZ 129, 386, 396); BGH, Urt. v. 23.2.2012 – IX ZR 92/08, Rn. 9f.; OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, Rn. 34; D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 6.

173 BGH, Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, Rn. 10, 12 (BGHZ 54, 106, 107f.).

zusätzlich auf die Verletzung einer „vertragliche[n] Nebenpflicht“ gestützt, welche den Steuerberater verpflichtet habe, den für einen durchschnittlichen Steuerberater evident drohenden Schaden durch die Nachsteuer gem. § 13a V ErbStG vom Mandanten abzuwenden.¹⁷⁴ Das OLG sieht den Steuerberater damit „aufgrund des umfassenden Dauermandats und zusätzlich aus einer vertraglichen Nebenpflicht“ zur Information verpflichtet.¹⁷⁵ Da die Pflichten aber in ihrem Ansatzpunkt vollkommen identisch waren (Hinweis auf drohende Nachsteuer gem. § 13a V ErbStG), wäre eine Entscheidung des OLG für eine der beiden Pflichtenkategorie aus dogmatischer Perspektive – ungeachtet ihrer praktischen Relevanz – wünschenswert gewesen.

Dass ein Hinweis auf die Fünfjahresfrist zum Zeitpunkt der Schenkung bereits erfolgt war, entlastete den Steuerberater nach Ansicht des Gerichts nicht, da der Hinweis zu einem Zeitpunkt erfolgte, als ein Verkauf der Anteile gar nicht zur Debatte stand.¹⁷⁶ Relevant wurde der Hinweis für den Mandanten erst, als der Verkauf tatsächlich in die Planungs- und Ausführungsphase trat. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Steuerberater den Hinweis wiederholen müssen.¹⁷⁷ Diese Sachverhaltsbesonderheit könnte aber womöglich die terminologische Dopplung auflösen. So ließe sich die Ansicht vertreten, dass der Steuerberater seine aus dem Dauermandat fließenden Leistungspflichten erfüllte, indem er zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile auf die Frist hinwies.¹⁷⁸ Zu diesem Zeitpunkt ging die grundsätzliche Verantwortung für die Vermeidung der Nachsteuer vom Steuerberater auf den Mandanten über. Als der Mandant nun den Verkauf der Anteile vor Ablauf der Frist an-

174 OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Rn. 32.

175 OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Rn. 34.

176 OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Rn. 33.

177 Dass der unstreitig erfolgte Hinweis aber noch nicht einmal im Rahmen von § 254 BGB berücksichtigt wurde, wird indes in der Literatur kritisiert, *Meixner/Schröder*, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, DStR 2015, 92, 93.

178 Es besteht grundsätzlich keine Verpflichtung dazu, bereits erfolgte Hinweise zu wiederholen oder gar besonders zu betonen, *Meixner/Schröder*, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, DStR 2015, 92, 93 m.w.N. zur Rechtsprechung

strebte und hierbei den Steuerberater im Rahmen seiner Leistungsverpflichtungen einsetzte, wurde die unmittelbare Gefahr einer Belastung des Mandanten mit der Nachsteuer heraufbeschworen. Auf diese Gefahr hätte der Steuerberater schließlich ungefragt gem. § 241 II BGB hinweisen müssen. Schließlich befand er sich in einer langjährigen Geschäftsbeziehung mit dem Mandanten. Zudem bestand der dringende Verdacht, dass sich der Mandant dieser Gefahr nicht bewusst war. Gleichzeitig war die mitzuteilende Information dem Steuerberater aufgrund des vormals erfolgten Hinweises bereits bekannt. Damit war ein Hinweis dem Steuerberater auch (wirtschaftlich) zumutbar. Schließlich war der drohende Schaden ganz erheblich. In Gesamtschau dieser Sachverhaltsumstände bestand damit eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht des Steuerberaters den Mandanten auf die Gefahren des § 13a V ErbStG vor dem Verkauf hinzuweisen. Diese Lösung würde auch den Grundsatz, dass vormalige Hinweise nicht wiederholt werden müssen, für Leistungspflichten eines (steuerlichen) Beraters unbeeinträchtigt lassen.¹⁷⁹ Seine Leistungspflichten hätte der Steuerberater hier nämlich erfüllt. Für Nebenpflichten kann ein solcher Grundsatz ohnehin nicht gelten, schließlich entstehen diese erst situativ. Zum Zeitpunkt der ersten Belehrung bestand mangels drohender Gefahr (keine konkrete Veräußerungsabsicht des Mandanten) auch deshalb noch gar keine entsprechende Hinweispflicht aus § 241 II BGB.

c) Integritätsschutz als Leistungsgegenstand

Lediglich begriffliche Probleme bereiten Fälle, in denen der Schutz des Integritätsinteresses durch vertragliche Vereinbarung zum Leistungsgegenstand

¹⁷⁹ Wegen Gefährdung dieses Grundsatzes tendenziell eher kritisch zur Urteilsbegründung *Meixner/Schröder*, Anm. zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, DStR 2015, 92, 93.

wird. Der Schutz der Integrität ist dann aus Leistungspflicht geschuldet.¹⁸⁰ § 241 II BGB findet entsprechend keine Anwendung.

Beispiel 10 Ein Kunde vereinbart mit einem Unternehmer zum Schutz vor Dritten die Videoüberwachung seines Privathauses („Überwachungsfall“). Wegen fahrlässiger Beobachtung des Receiverbildschirms verkennt der Unternehmer die Annäherung einer Bande randalierender Fussballfans und es kommt zu erheblichen Sachschäden am Haus des Kunden. Hier wird der Integritätsschutz zum „status ad quem“. Im Raum stehen daher keinesfalls Ansprüche aus Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, III, 241 II, 282 BGB), sondern allein aus Leistungspflichtverletzung (§§ 280 I, III, 283 BGB). Entscheidend für die Pflichtenreichweite ist allein die Auslegung des Parteiwillens nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB). Bei präziser Betrachtung stellt sich also gar kein Abgrenzungsproblem. Es handelt sich eindeutig um Leistungspflichten, die deshalb aus dem näher zu betrachtenden Pflichtenkreis auszuschneiden sind.

Wird der Integritätsschutz zum Leistungsgegenstand, so wird indes die Abgrenzung von Leistungs- und Nebenpflichten zunehmend schwieriger. Schließlich ist bei allen Pflichtverstößen des Schuldners die Integrität des Gläubigers betroffen.

Beispiel 11 Ein Spieler schließt mit einer Spielbank einen (zulässigen) Sperrvertrag, welcher die Spielbank dazu verpflichtet, ihn deutschlandweit vom Spiel in den eigenen Räumlichkeiten abzuhalten („Spielsperrenfall“).¹⁸¹ Der Grund für den Sperrvertrag war eine Spielsucht des Spielers. Dies wurde der Spielbank gegenüber nicht ausdrücklich kommuniziert. Der Vertrag ist unbefristet. Zwei Jah-

180 Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 297f.; Katzenstein, Jura 2004, 584, 586 (Fn. 26); so beispielsweise BGH, Urt. v. 1.2.2013 – V ZR 72/11, Rn. 11ff. (vertraglich vereinbarte Informationspflicht geht über die vorvertraglichen Informationspflichten zum Integritätsschutz hinaus und kann eine Schadensersatzforderung allein nach § 280 I 1 BGB – ohne Zusatz von § 241 II BGB – bedingen); offenbar grundsätzlich a.A. Jauernig/Mansel, 17. Aufl. 2018, § 241 Rn. 10 („Schutzpflichten [können] allein den Vertragsgegenstand ausmachen (ohne jedoch zu Leistungspflichten zu erstarken)“).

181 Der Fall basiert auf BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10.

re später wendet sich der Spieler per Email an die Spielbank mit der Bitte den Sperrvertrag einvernehmlich aufzuheben. Die Spielbank holt eine Finanzauskunft von der Schufa ein, der wiederum in letzter Zeit keine Zahlungsauffälligkeiten des Spielers bekannt sind. Die Spielbank hebt den Spielsperrvertrag anschließend auf. Der Spieler verspielt in der Folge 250.000€ beim Roulette. Er verlangt nun Schadensersatz in der gleichen Höhe von der Spielbank. Die Spielbank hätte sich vor Aufhebung der Sperre vergewissern müssen, dass er nicht – wie tatsächlich der Fall – immer noch Opfer einer Spielsucht gewesen sei. Die Spielbank lehnt die Zahlung ab. Sie könne nicht noch über die Aufrechterhaltung des Spielsperrvertrags hinausgehende Kontrollpflichten schulden. Der Spieler sei schließlich ein „freier Mensch“.

Der Sperrvertrag an sich ist ein klassisches Beispiel für ein Schuldverhältnis, in welchem der Schutz der Integrität zum Leistungsgegenstand wird.¹⁸² Die Sperre an sich aufrechtzuerhalten und deren Einhaltung zu kontrollieren schuldet die Spielbank damit aus Leistungspflicht. Hier ging es jedoch um die Kontrollpflichten der Spielbank bei ordnungsgemäßer Aufhebung des Sperrvertrages. Der BGH sprach hierbei mehrfach von einer „Schutzpflicht“ der Spielbank.¹⁸³ Deshalb liegt es nahe, dass er von der Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Sperrvertrag ausging. Andererseits würde die vertraglich geschuldete Leistung – die Spielsperre gegenüber dem Vertragspartner – entscheidend entwertet, wenn diese Sperre jederzeit und ohne Kontrollpflichten aufhebbar wäre. Damit besteht durchaus ein enger Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und der Leistungspflicht. Man könnte also auch an eine Einordnung als Leistungsnebenpflicht denken.¹⁸⁴ Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung (vgl. § 281 I 1

182 A.A. Jauernig/Mansel, 17. Aufl. 2018, § 241 Rn. 10 a.E. (Schutzpflichten des Spielsperrvertrags machen den „Vertragsgegenstand“ aus „ohne jedoch zu Leistungspflichten zu erstarken“).

183 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Rn. 11f.

184 Methodisch leitete der BGH die Pflicht hier aus dem Sinn und Zweck des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses ab, welches diese Frage nicht explizit regelte. Das kann Indiz für eine er-

BGB) kommt hier nur hinsichtlich der Wiedereinsetzung der Spiel-sperre, nicht aber hinsichtlich einer Einhaltung der – nunmehr ir-relevant gewordenen – Kontrollpflichten in Betracht. Das spricht gegen eine Leistungspflicht. Gleichzeitig wird eine Fristsetzung selten Sinn ergeben oder überhaupt möglich sein, wenn die ver-traglich geschuldete Integrität des Gläubigers bereits beeinträch-tigt ist. Im Regelfall wird der Gläubiger nur den eingetretenen Schaden liquidieren wollen und können. Die Sinnhaftigkeit der Fristsetzung ist also in dieser Sonderkonstellation kein aussage-kräftiges Argument. Auch der begehrte Schadensersatz kann die Pflichteinordnung nicht tragen: Da das Integritätsinteresse hier bereits aus Leistungspflicht geschuldet ist, laufen die Ansprüche aus Leistungs- und Nebenpflichtverletzung auf das gleiche, „nega-tive“ Interesse heraus, nicht durch Spielen im Vermögen geschä-digt zu werden. Das schließt eine widerspruchsfreie Abgrenzung zwischen Leistungs- und Nebenpflichten praktisch aus.

d) Verortung der Treuepflichten

Im Rahmen eines Schuldverhältnisses hat ein Schuldner nicht nur die Pflicht die von ihm erwartete Leistung zu erbringen, sondern er muss diese auch in begrenztem Umfang sichern (z.B. Ermöglichung der Wartung eines Kaufgegenstands für einen angemessenen Zeitraum¹⁸⁵).¹⁸⁶ Beide Parteien treffen zudem Unterlas-sungspflichten hinsichtlich solcher Handlungen, die den Vertragszweck gefährden oder gar vereiteln können (z.B. vertragswidrige Überweisungsverlangen an den Notar durch einen Grundstückskäufer nach bereits erfolgter Zahlung des

gänzende Vertragsauslegung sein, so die Interpretation von *Schimmel*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, LMK 2012, 327365. Ebenso gut lassen sich die Ausführungen des BGH aber als Ausführungen zur Auslegung von § 241 II BGB – der in der Urteils-begründung nicht explizit zitiert wird – deuten.

185 Zu Softwarewartung LG Köln, Urt. v. 16.10.1997 – 83 O 26/97, NJW-RR 1999, 1285, 1286 („Leistungsbezogene[...] Nebenpflicht aus § 242 BGB“) sowie ausf. zum Sachkauf *Nietzsch*, JZ 2014, 229, 229ff.

186 Näher MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 85ff.; *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. 80ff.

Kaufpreises auf ein Anderkonto¹⁸⁷).¹⁸⁸ All diese Pflichten haben ihre dogmatischen Wurzeln in § 242 BGB und werden unter dem Begriff der (Leistungs-) Treuepflichten zusammengefasst. Ob und wie diese Pflichten in § 241 BGB einzuordnen sind, ist unklar.

aa) Treuepflichten von § 241 BGB erfasst?

Ob mit den beiden Absätzen des § 241 BGB sämtliche Pflichten innerhalb eines Schuldverhältnisses erfasst sind, ist unklar. Zum Teil wird geltend gemacht, dass die aus § 242 BGB abzuleitenden (Leistungs-)Treuepflichten eine dritte Pflichtenkategorie bilden.¹⁸⁹ Der Wortlaut des § 242 BGB („*Leistung so zu bewirken*“) legt im ersten Zugriff nahe, dass die Vorschrift leistungsbegleitende Pflichten kodifiziert.¹⁹⁰ Auf den zweiten Blick wirkt jedoch überzeugender, dass solche Pflichten ursprünglich auf die Leistungspflichten – und damit auf § 241 I BGB – zurückzuführen sind. § 242 BGB soll diese Pflichten nur konkretisieren und lässt in der Folge dann akzessorische Treuepflichten entstehen. Als Kategorie bleiben die Treuepflichten aber den Leistungspflichten zugeordnet. Eine Gegenansicht will alle „*leistungsf flankierenden*“ (Treue-)Pflichten innerhalb § 241 II als „*leistungsbezogene Rücksichtspflichten*“ erfassen.¹⁹¹ Zumindest dieses Problem bedarf aber keiner Entscheidung. Schließlich sind sich die beiden letzteren Ansichten zumindest darin einig, dass § 241 BGB die Pflichten abschließend erfasst. Gegen eine dritte Pflichtkategorie spricht die Systematik des § 241 BGB. Durch die Einfügung des zweiten Absatzes wirkt es deutlich stimmiger, alle Pflichten eines Schuldverhältnisses dieser Norm zu unterstellen. Damit muss jede Pflicht aus einem Schuldverhältnis einem der beiden Absätze des § 241 BGB zugeordnet werden können¹⁹², eine außerhalb der Norm verankerte Pflichtenkategorie gibt es nicht.¹⁹³

187 RG, Urt. v. 18.8.1941 – V 70/41, RGZ 167, 236, 240.

188 Bamberger-Roth/*Sutschet*, 3. Aufl. 201 2, § 241 Rn. 46.

189 *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, 118f., 123; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 19; Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 3; wohl auch HKK/*Dorn*, 2007, § 241 Rn. 81.

190 Vgl. MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 54.

191 *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 246, 249.

192 S. exemplarisch die Obersatzbildung in BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 19f.

193 So auch *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 83; *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 237.

bb) Treuepflichten von § 241 II BGB erfasst?

Ob Treuepflichten aber innerhalb von § 241 BGB dem ersten oder dem zweiten Absatz zuzuordnen sind, ist umstritten. Weil Nebenpflichten nicht nur Unterlassungspflichten, sondern auch aktive Handlungspflichten beinhalten, sollen nach einer Ansicht auch Treuepflichten § 241 II BGB zuzuordnen sein.¹⁹⁴ Selbst wenn sie sich inhaltlich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten sollten,¹⁹⁵ so sollen bei einer Treuepflichtverletzung die §§ 241 II, 282, 324 BGB einschlägig sein.¹⁹⁶ Wegen der oben festgestellten abschließenden Exklusivität von § 241 BGB können die Treuepflichten alternativ nur den Leistungspflichten aus § 241 I BGB zugeordnet werden. Dagegen wird eingewendet, dass durch eine Zuordnung zu § 241 I BGB eine Klagbarkeit aller Leistungstreuepflichten drohe.¹⁹⁷ Zudem würden die §§ 282, 324 BGB besser auf die Treuepflichten passen als die §§ 281, 323 BGB:¹⁹⁸ Das Interesse statt der Leistung sei bei diesen Pflichten schwierig zu bestimmen. Außerdem könnte sich der Gläubiger bei Verletzung der Pflicht dann schon bei Fristablauf¹⁹⁹ und nicht erst bei Unzumutbarkeit lösen. Schließlich wollte der Gesetzgeber mit § 241 II BGB mehr als nur Schutzpflichten erfassen.²⁰⁰

194 MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 94; M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 244f.

195 So zumindest M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 251f.

196 M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 252 (Fn. 263) zitiert dabei BGH, Urt. 16.1.2009 – V ZR 133/08 als Argument für seine eigene Ansicht. Im Umkehrschluss zur in BGH, Urt. 16.1.2009 – V ZR 133/08, Rn. 17 angegebenen Fußnote lässt sich aber vermuten, dass der BGH davon ausgeht, dass Leistungstreuepflichten gerade nicht von § 241 II BGB erfasst sind: „Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das ihr nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB (BGH, Urt. v. 23. Januar 2008, aaO; a.A. Hösl, aaO, S. 34: Leistungstreuepflicht)“. Die „a.A.“ ordnet diese Pflicht also nicht mit dem BGH als „Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB“ sondern als Leistungstreuepflicht ein. Um eine andere Ansicht zur Aussage des BGH darstellen zu können, kann die angesprochene Leistungstreuepflicht nicht gleichfalls § 241 II BGB unterfallen. In der zweidimensionalen Pflichtenwelt des § 241 BGB kommt dann nur eine Klassifizierung nach § 241 I BGB in Betracht. Für die Einordnung der Geltendmachung eines tatsächlich nicht bestehenden Gestaltungsrechts als Pflichtverletzung nach § 241 II BGB auch AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, Rn. 26 a.E.

197 M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 251.

198 Näher M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 250f.

199 Dagegen MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 55.

200 So MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 48, 55.

Dagegen lässt sich einwenden, dass der Wert einer Leistungstreuepflicht durch einen Vergleich mit dem Wert der Hauptleistungspflicht zumindest im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO bestimmbar sein sollte.²⁰¹ Auch ein sofortiger Rücktritt bei Fristablauf ist nicht zu befürchten: Handelt es sich innerhalb der einheitlich von § 323 I BGB erfassten Leistungspflichten um eine Nebenleistungspflicht, so ist für den Rücktritt die einschränkende Voraussetzung des § 323 V 1 BGB anzuwenden.²⁰² Leistungsbegleitende und -sichernde Nebenpflichten bilden schließlich gemeinsam mit den Hauptleistungspflichten ein Pflichten-sammelsurium, welches als Ganzes die Leistungspflichten repräsentiert. Ein Rücktritt ist also nur dann möglich, wenn die Verletzung der Treuepflicht das Interesse an der Erbringung aller anderen Leistungen entfallen lässt.²⁰³ Gleiches gilt für § 281 BGB: Schadensersatz statt der ganzen Leistung kann bei Verletzung einer Treuepflicht nur verlangt werden, wenn der Gläubiger nach § 281 I 2 BGB an der Erfüllung aller übrigen Leistungsverpflichtungen kein Interesse mehr hat.²⁰⁴ Die monierte Gefahr, dass der Gläubiger im Vergleich zu den §§ 282, 324 BGB zu früh großen Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder zurücktreten kann, besteht also nicht. Schließlich geben selbst Vertreter der Gegenansicht zu, dass Treuepflichten das Leistungsinteresse häufig zumindest streifen.²⁰⁵ Grenzt man § 241 I und II BGB voneinander danach ab, ob die Pflicht das Äquivalenzinteresse oder das Integritätsinteresse tangiert, so fallen Treuepflichten eher der ersten Kategorie – und damit § 241 I BGB – zu.²⁰⁶ Die Intention des Gesetzgebers spricht bei näherer Betrachtung auch nicht für eine Zuord-

201 Vgl. MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 145 a.E., 148.

202 MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 12. Alternativ kommt auch eine entsprechende Anwendung des § 323 V 2 BGB in Betracht. Bamberger-Roth/*H. Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 323 Rn. 4. MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 228 hält letzteres aber für „zu rücktrittsfreundlich“.

203 Wendet man § 323 V 2 BGB an, so darf die Verletzung der Treuepflicht nicht unerheblich im Verhältnis zum gesamten Leistungsgefüge sein, Bamberger-Roth/*H. Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 323 Rn. 39f.

204 MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 145f. Ebenfalls denkbar wäre die Anwendung der Schranke des § 281 I 3 BGB, dafür *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 607 (Fn. 75). Weil die fehlende Unerheblichkeit aber eine niedrigere Hürde als der Interessefortfall ist, hält MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 281 Rn. 145 diese Schranke aber für „zu rücktrittsfreundlich“ und daher „[w]eniger passend“.

205 MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 54.

206 So sogar als Vertreter der Gegenansicht *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 256, der das Abgrenzungskriterium deshalb aber als untauglich ablehnt.

nung der Treuepflichten zu § 241 II BGB: Vor Erlass des zweiten Absatzes waren es vor allem die klassischen Schutzpflichten, die einer Regelung entbehrten.²⁰⁷ Dass § 241 II BGB mehr als nur diese enthalten sollte, müsste sich konkret aus den Gesetzgebungsmaterialien ergeben. Diese sprechen indes an einer Stelle von „*nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten, also insbesondere die in § 241 Abs. 2 RE genannten Pflichten*“.²⁰⁸ Auch der BGH gibt bisweilen zu erkennen, dass § 241 II BGB seiner Ansicht nach nur Pflichten ohne Leistungsbezug enthält.²⁰⁹ Pflichten auch mit nur mittelbarem Leistungsbezug – und demnach auch Treuepflichten – unterfallen damit nach Ansicht des Gesetzgebers nicht § 241 II BGB.²¹⁰

II. Begriff der „schuldverhältnisbedingten“ Nebenpflicht

Der Begriff der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten soll deutlich machen, dass sich nichtleistungsbezogene Nebenpflichten nicht nur im Vertragsrecht finden. Gleichzeitig soll der zum Teil verwendete²¹¹, aber irreführende Begriff der schuldrechtlichen Nebenpflichten vermieden werden. Obwohl Bereicherungs- und Deliktsrecht ebenfalls Teil des Schuldrechts sind, setzen sie gerade kein Schuldverhältnis voraus, sondern gehören lediglich wegen der Rechtsfolge schuldverhältnisbedingter Ansprüche²¹² zu diesem Rechtsgebiet.²¹³ Häufig beschränken sich Arbeiten die sich mit Nebenpflichten auseinandersetzen, indem mindestens die gesetzlichen Schuldverhältnisse – zum Teil noch weitere – von der Bearbeitung ausgenommen werden. Dies trägt ohne Zweifel zur Konkretisie-

207 So auch MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 48.

208 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 141.

209 Vgl. jüngst BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20 („nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesprochene[...] Schutzpflichten [...] [begleiten] wirksame Schuldverträge [...] als Nebenpflichten [...], ohne selbst leistungsbezogen zu sein“).

210 So auch Binder, AcP 211 (2011), 587, 606f.; Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 342f.; Madaus, Jura 2004, 289, 290; Schmidt-Räntsch, Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 141, 169; letztlich auch Das neue Schuldrecht/Medicus, 2002, Kap. 3 Rn. 203 („*Mir ist aber schon fraglich, ob man [die Treuepflichten] [...] gegenüber den Leistungspflichten überhaupt verselbstständigen muss.*“).

211 S. beispielsweise Hähnchen, Obliegenheiten, 2010, S. 208f. (Fn. 32); Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 58f. (Fn. 2).

212 Z.B. nach den §§ 823, 249; 812, 818 BGB.

213 Vgl. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 1391

rung im Einzelfall bei, kann aber nicht helfen die Grundstruktur einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht an sich kenntlich zu machen, aus der sich abstrakte Vorgaben für die Reichweite der Pflichten ableiten ließen.²¹⁴ Wenn Nebenpflichten als Ganzes behandelt werden sollen, dann bedeutet dies, dass grundsätzlich alle Ursprünge solcher Nebenpflichten – seien es rechtsgeschäftliche, rechtsgeschäftsähnliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse – erfasst sind, obschon der Schwerpunkt auf den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen liegen soll. Sofern erforderlich, soll zwischen den einzelnen Schuldverhältnissen differenziert werden. Da aber dem BGB die Unterscheidung und Kategorisierung der Schuldverhältnisse nicht wörtlich innewohnt²¹⁵ und § 241 II BGB jede Nebenpflicht unabhängig von ihrem Ursprung erfasst, sollen schuldverhältnisübergreifende Gemeinsamkeiten gesucht werden.

1. Begriff des Schuldverhältnisses

a) Historie des Begriffs

Der Begriff des Schuldverhältnisses wird nach heutigem Verständnis des Schuldverhältnisrechts im BGB nicht einheitlich verwendet.²¹⁶ So spricht § 241 I 1 BGB von einem Schuldverhältnis kraft dessen „*der Gläubiger berechtigt [ist], von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*“. Dieses „*Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird*“, § 362 I BGB. Dieser Begriff des Schuldverhältnisses ist synonym mit dem aus dem römischen Recht entlehnten Begriff der *obligatio*.²¹⁷ Gemeint ist also ein Recht des Gläubigers, vom Schuldner eine konkrete, einzelne (Haupt-)Leistung zu fordern. Das wird auch als Schuldverhältnis i.e.S. bezeichnet.²¹⁸ Alternativ dazu wird der Begriff des Schuldverhältnisses i.w.S. gebraucht, um das Gesamtgefüge

214 Vgl. Picker, JZ 1987, 1041, 1050 (Fn. 57): „Frage [...], wie lange das Recht noch praktikierbar und damit konsensfähig bleibt, wenn bei jedem neuen Problemkomplex eine Unzahl von je spezifischen eigenen Gesichtspunkten und Regeln entscheidend sein soll“.

215 Vgl. Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 48.

216 HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 71; Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 7ff.; Hadding, FS Konzen, 2006, S. 193, 196f.; H. Lehmann, Unterlassungspflicht, 1906, S. 207; Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 32ff.

217 Zur Historie näher HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 6ff.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 3ff.

218 Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, Vor § 241 Rn. 4.

von Rechten und Pflichten zu bezeichnen, die zwei Parteien aus einem gemeinsamen Rechtsgrund miteinander verbinden.²¹⁹

§ 311 II BGB spricht davon, dass „*ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB*“ auch durch sonstige geschäftliche und vorvertragliche Kontakte entstehen kann. Dort wird der Begriff des Schuldverhältnisses offenbar in dem weiten Sinne gebraucht. Schließlich wird angedeutet, dass das aus § 311 II BGB folgende Schuldverhältnis alle – und damit potentiell mehrere – aus § 241 II BGB folgende Rechte und Pflichten enthält. Ebenso wird in § 273 I BGB und § 292 I BGB der Begriff des Schuldverhältnisses in einer Weise verwendet, die auf das Gesamtgefüge aller Rechte und Pflichten – und nicht nur einen einzelnen Anspruch – hindeutet. Schließlich werden u.a. der Kauf-, Dienst-, Miet- und Werkvertrag allesamt von der amtlichen Überschrift des achten Abschnitts des zweiten Buches des BGB („*Einzelne Schuldverhältnisse*“) erfasst. Auch hier wird der weite Begriff des Schuldverhältnisses gebraucht. Bereits vor Erlass des BGB bestand Streit darüber, welches Verständnis vom Begriff des Schuldverhältnisses überzeugend war.²²⁰ Der Gesetzgeber enthielt sich bei Erlass des BGB einer Stellungnahme und wies die begriffliche Systematisierung der Wissenschaft zu.²²¹ Er gebraucht den Begriff des Schuldverhältnisses aber durchaus in beiden Bedeutungsvarianten.²²² Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Begriff zwar zweideutig ist. Diese Zweideutigkeit ist aber unschädlich.²²³ Im

219 HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 72 („nur eine deskriptive Funktion“); Heinrich Stoll, LZ 1923, 531, 544 („Schuldverhältnis als Organismus“); Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, Vor § 241 Rn. 3 („Prozeß zwischen den Parteien“).

220 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 37f. m.w.N.

221 Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1 (keine „Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses“).

222 Vgl. einerseits Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 2 („*Unter Schuldverhältnis ist grundsätzlich die klagbare Obligation verstanden.*“) sowie andererseits Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 252, an welcher Stelle der Gesetzgeber vom „*Fortbestand des Schuldverhältnisses*“ trotz Tod des Verleihers spricht – und damit wohl den Fortbestand der Leihe als Pflichtenprogramm für beide Parteien (sowie deren Rechtsnachfolger) meint.

223 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 45 (Unterscheidung „*ohne große praktische wie auch theoretische Bedeutung*“). Zum Teil wird gefordert, für das Schuldverhältnis i.e.S. nur noch den Begriff der Forderung oder des Anspruchs zu verwenden, vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 4. Der geltende Wortlaut des § 362 I BGB schiebt dieser Vorgehensweise indes einen Riegel vor.

Kontext der Arbeit wird aber Schuldverhältnis grundsätzlich im Sinne eines weiten Verständnisses als Pflichtengefüge verstanden.²²⁴

b) Das Schuldverhältnis als Quell der Nebenpflichten

Schon der BGB-Gesetzgeber warf die Frage auf, ob die Nebenpflichten der *culpa in contrahendo* ihren Rechtsgrund im Jedermannsrecht oder im etwaigen (angestrebten) Rechtsgeschäft hatten, und wies das Problem zur Lösung an die Wissenschaft.²²⁵ Seitdem wird das Problem intensiv in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutiert.²²⁶ Auch über 100 Jahre später hat sich der Gesetzgeber bei Erlass des § 241 II BGB davor gescheut, eine Stellungnahme abzugeben.²²⁷ Die Frage stellt sich also, welches Schuldverhältnis als Quell der Nebenpflichten angesehen wird. Die Reichweite von Nebenpflichten soll schließlich mit Blick auf dasjenige Schuldverhältnis bestimmt werden, welches sie produziert. Gibt es zum Zeitpunkt der Integritätsbeeinträchtigung ein Schuldverhältnis, welches Leistungspflichten enthält, so ist dies der natürliche Anknüpfungspunkt für den Standort der Nebenpflichten. Nebenpflichten werden aber seit jeher auch im vor-

224 Ähnlich Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 8 („Zukunft hat allein das „Schuldverhältnis im weiteren Sinn““); Bamberger-Roth/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 3 („eigentliche Begriff des Schuldverhältnisses“). Grundsätzlich ausgeklammert wird schließlich die Behandlung der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten in Fällen der Dritthaftung (vgl. § 311 III 2 BGB) sowie in Fällen, in denen einem Dritten ein Anspruch zugesprochen wird (vgl. § 311 III 1 BGB). In beiden Konstellationen besteht zwar ohne Zweifel ein Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, welches eine Haftung aus § 241 II BGB möglich macht. Auch dort kommt der Reichweite des § 241 II BGB also Bedeutung für das Ausmaß der Haftung zu. Gleichzeitig steht in diesen Fallgruppen die Frage im Vordergrund, ob und wie sich ein Schuldverhältnis begründen lässt. Der Prüfungsschwerpunkt im Rahmen eines Anspruches aus §§ 280 I, 241 II BGB ist damit das Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen den Parteien. Damit konfligiert die Haftung in diesen Fällen mit der Privatautonomie sowie vor allem mit dem Grundsatz von der Relativität der Schuldverhältnisse, Westermann, AcP 208 (2008), 141, 153f. Die Arbeit will sich aber auf die Ebene danach, also die Verletzung einer Pflicht aus § 241 II BGB konzentrieren, zutreffend für eine präzise Trennung der beiden Fragen plädierend Faust, AcP 210 (2010), 555, 564. Die Relativität der Schuldverhältnisse bleibt in diesem Fall unbeeinträchtigt. Die miteinander in Einklang zu bringenden Rechtsprinzipien sind also auch nicht deckungsgleich.

225 Mugdan, Materialien, Bd. I, 1899, S. 460.

226 Statt aller Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 393ff. m.w.N.

227 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126 („Der neue Absatz 2 verzichtet bewusst auf eine Regelung der Frage, ob das die Schutzpflichten erzeugende Schuldverhältnis in jedem Fall auf Gesetz beruht oder auch auf einem wirksamen Rechtsgeschäft beruhen kann.“).

und nachvertraglichen Kontext angenommen. Auch nichtige Verträge können eine Haftung aus Nebenpflichtverletzung bedingen. Insbesondere bei Nebenpflichten zum Schutz absoluter Rechtsgüter wurde daher schon früh vertreten, dass diese Teil eines Schuldverhältnisses sein müssen, welches unabhängig von jeglichem rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen ist.²²⁸ Die heutige Literatur sieht ein etwaiges Begleitschuldverhältnis zumindest im rechtsgeschäftlichen Kontext als vom Vertrag verdrängt an.²²⁹

Wenn es bereits ein vertragliches Schuldverhältnis gibt, so ist ein parallel daneben bestehendes, gesetzliches Schuldverhältnis abzulehnen. Innerhalb des vertraglichen Schuldverhältnisses stehen die Nebenpflichten in unmittelbarem Zusammenhang zu Haftungserleichterungen und den (gegenseitigen) Leistungs-

-
- 228 Dölle, ZgStW 103 (1943), 67, 84; Larenz, MDR 1954, 515, 516. Grundlegend hat dann *Canaris* den Begriff vom „*einheitlichen Schuldverhältnis*“ entwickelt, welches unabhängig vom Verpflichtungswillen der Parteien, einem etwaigen späteren Vertrag und den unterschiedlichen Stadien des Vertrags (Anbahnung, Abschluss, Durchführung und Beendigung) existiert, *Canaris*, JZ 1965, 475, 478ff.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538 (Lehre vom „*einheitlichen gesetzlichen „Schutzverhältnis*“, *das seinen Rechtsgrund anders als das „Leistungsverhältnis*“ nicht in einem Rechtsgeschäft, sondern in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen findet“); *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 88f.; vgl. bereits *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 531, 544 („*Das Schuldverhältnis als Organismus aber kann die Erscheinungsform beliebig wechseln.*“). Der Gedanke dieses „*Begleitschuldverhältnisses*“ wurde im Anschluss an *Canaris* positiv in der Literatur rezipiert, s. *Thiele*, JZ 1967, 649, 653f.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 92, 95f. („*außervertragliches Schuldverhältnis*“). Damit kennzeichneten die *culpa in contrahendo* und die positive Forderungsverletzung nur unterschiedliche Zeitpunkte einer schuldverhältnisbedingten Pflichtverletzung, aber nichts kategorisch anderes mehr, vgl. schon *Richter*, JW 1921, 664, 665. *Medicus* kritisierte daran, dass man doch bei einem Vertrag nicht umhin komme, für die Bestimmung der Nebenpflichten auf vertragsspezifische Gesichtspunkte zurückzugreifen, näher *Medicus*, JuS 1986, 665, 669; *Medicus*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 835, 838f. (zudem Argument, „*dass dann der Wortlaut von § 29 ZPO eindeutig für die Schutzpflichten passt*“); ähnlich auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 27f.; *Oechsler*, RabelsZ 60 (1996), 91, 120f. Das widerspreche aber der von *Canaris* vorgeschlagenen, gedanklichen Trennung der zwei Schuldverhältnisse sowie der vermeintlich rein „*gesetzlichen*“ Natur des „*Begleitschuldverhältnisses*“. Auch *Larenz* hält beide Schuldverhältnisse bei Vertragsschluss letztlich nicht mehr voneinander abgrenzbar, *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 119f. (Abgrenzung „*gekünstelt*“). Es sei deshalb vorzugswürdig, dann nur noch von einem Schuldverhältnis auszugehen – dem Vertrag, *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 120.
- 229 Vgl. *Bodewig*, Jura 2005, 505, 508; *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 37f.; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 26ff.; *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, 191ff.; *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 365f.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 399; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7; *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. 110f.

pflichten.²³⁰ Geht man von einem Begleitschuldverhältnis aus, so muss dieser Zusammenhang erst mühsam hergestellt werden. Zudem wird so der Trugschluss vermieden, dass Nebenpflichten in vertraglichen Schuldverhältnissen ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls angenommen werden können. Ob eine Gegenleistung geschuldet ist und welchen Zweck der Vertrag für beide Parteien erreichen soll, sollte schließlich auch bei der Bestimmung der Nebenpflichten berücksichtigt werden. Sofern ein Schuldverhältnis Leistungspflichten enthält, sollten Nebenpflichten Teil eben dieses Schuldverhältnisses sein, denn beide Pflichtarten bilden zusammen das Bündel an Verhaltensanforderungen, das die Parteien voneinander erwarten können.²³¹ Schließlich sollte ein Grundprinzip des Schuldverhältnisrechts wie die Äquivalenz eines Schuldverhältnisses Leistungs- und Nebenpflichten gemeinsam berücksichtigen können. Entspringen aber Nebenpflichten einem eigenen Schuldverhältnis, so ist zunächst unklar, wie beide Pflichtarten gemeinsam auf die Waagschale gelegt werden können. Das Prinzip gilt unmittelbar nur innerhalb desselben Schuldverhältnisses. Lässt man Nebenpflichten bei solch einer Äquivalenzbetrachtung unberücksichtigt, so droht das Prinzip ausgehöhlt zu werden. Es kann schließlich nun nicht mehr alle vom Schuldner verlangten Handlungen erfassen. Im Ergebnis sollten daher Nebenpflichten immer Teil desjenigen Schuldverhältnisses sein, welches auch die Leistungspflichten enthält.²³²

2. Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse

Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse entstehen grundsätzlich durch Vertrag, § 311 I BGB.²³³ Auch im Rahmen rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse finden

230 Überzeugend *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 120; *Medicus*, JuS 1986, 665, 669; *Oechsler*, *RabelsZ* 60 (1996), 91, 120f.

231 So auch *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 26ff.; *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 365f.

232 Besteht zwischen zwei Parteien nur ein Schuldverhältnis aufgrund der gesetzlichen Anordnung der § 311 II, III BGB, so erübrigt sich eine weitere Abgrenzung. Es gibt dann schließlich ohnehin nur ein Schuldverhältnis.

233 Voraussetzung sind demnach zwei korrespondierende Willenserklärungen gem. §§ 145ff. BGB. Ausnahmen sind bspw. das Stiftungsgeschäft nach §§ 80 ff. BGB, die Auslobung nach den §§ 657ff. BGB sowie letztwillige Verfügungen nach den 1937, 1939 BGB welche die einseitige Begründung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses ermöglichen. Das rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis muss zur reinen Gefälligkeit abgegrenzt werden, welche mangels

sich regelmäßig keine Regelungen zu Nebenpflichten. § 241 II BGB ist schließlich eine Generalklausel für Nebenpflichten. Diejenigen gesetzlichen Regelungen, welche integritätsschützende Pflichten in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen anordnen oder zumindest voraussetzen, werden jedoch zum besseren Verständnis des § 241 II BGB vergleichsweise herangezogen.²³⁴ Eine wichtige solche Regelung bildet die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für die körperliche Integrität des Arbeitnehmers aus § 618 I BGB.²³⁵ Im Bereich derjenigen Nebenpflichten, welche die sachliche Integrität schützen, wird die Haftung des Gastwirts für in dessen Betrieb eingebrachte Sachen des Gastes aus § 701 I BGB als Paradebeispiel einer gesetzlichen Nebenpflicht angesehen.²³⁶ Im Bereich der integritätsschützenden Informationspflichten fehlt es zwar gänzlich an einer expliziten, allgemeinen Regelung,²³⁷ aus den §§ 444 Alt. 1, 524 I BGB wird aber bisweilen die Existenz einer allgemeinen Informationspflicht zum Schutz vor

Rechtsbindungswillen aufseiten mindestens einer Partei kein Schuldverhältnis auslöst. Kommt ein Rechtsbindungswille grundsätzlich in Frage, kann aber nicht festgestellt werden, so geht es – vorbehaltlich eines unter § 311 II, III BGB subsumierbaren Sachverhalts – nicht an, dieses Ergebnis zu unterlaufen, indem lediglich Nebenpflichten angenommen werden, präzise HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 64, 73. Entscheidende Abgrenzungskriterien für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens sind die (mittel- und unmittelbare) Entgeltlichkeit, die für den Schuldner erkennbare wirtschaftliche und rechtliche Relevanz seiner Leistung für den Gläubiger, der Grund und Zweck des Parteikontaktes sowie die – in Abwägungen ubiquitäre – Interessenlage der Parteien, BGH, Urt. v. 22.6.1956 – I ZR 198/54, Rn. 14f. (BGHZ 21, 102, 107); BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, Rn. 8; HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 63; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 618f.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 83ff. m.w.N. Welches konkrete rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis vorliegt, ist durch einen Vergleich des gem. §§ 133, 157 BGB ermittelten Parteiwillens mit dem jeweiligen Rechts(folgen)programm eines der im BGB – und außerhalb – geregelten, rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse zu bestimmen.

234 Vgl. die Aussagen von Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 444f., 491; zu anderen als den hier genannten Beispielen für gesetzlich angedeutete Nebenpflichten Kuhlmann, Schutzpflichten, 2001, S. 61ff.

235 Ob § 618 I BGB als Ausdruck der allgemeinen, arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitnehmers auch andere Interessen des Arbeitnehmers schützt, ist umstritten, vgl. MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 1 (Fn. 1) m.w.N., 3.

236 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 494. Als Argument für die integritätsschützende Natur der aus § 701 I BGB folgenden Pflichten für den Gastwirt lässt sich anführen, dass – sofern der Beherbergungsvertrag auch die Nebenleistungspflicht enthält, das Eigentum des Gastes zu schützen – die vertragliche Haftung lediglich neben den Anspruch aus § 701 I BGB tritt, vgl. MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2018, § 701 Rn. 5, 9.

237 Schon der BGB-Gesetzgeber enthielt sich einer solche Regelung bewusst, Mugdan, Materialien, Bd. I, 1899, S. 467.

(leistungsbedingten) Integritätsschäden gefolgert²³⁸. Zudem finden sich in § 312a II BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB zahlreiche Informationspflichten des Unternehmers gegenüber einem Verbraucher, die als vermögensschützend eingeordnet werden.²³⁹

3. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

Als rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis wird insbesondere²⁴⁰ das vorvertragliche Schuldverhältnis bezeichnet. Bisweilen wird das vorvertragliche Schuldverhältnis auch als gesetzliches Schuldverhältnis qualifiziert. Daran ist richtig, dass die *culpa in contrahendo* mangels abgegebener Willenserklärungen der Parteien in der Dichotomie der vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse nur ein gesetzliches Schuldverhältnis sein kann.²⁴¹ Gleichzeitig wird aber für ein vorvertragliches Schuldverhältnis ein zumindest hypothetischer Bezug zu einem späteren Vertrag gefordert. Dies ergibt sich in systematischer Zusammenschau mit § 311 II Nr. 3 BGB, der – als Mindeststandard eines Schuldverhältnisses – einen geschäftlichen Kontakt zwischen den Parteien voraussetzt. Damit wird die *culpa in contrahendo* zumindest in die Nähe der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse gerückt.²⁴² So erwähnt schließlich auch die amtliche Überschrift des § 311 BGB das „*rechtsgeschäftsähnliche*“ Schuldverhältnis. Diese Einordnung ist bei rechtsvergleichender Betrachtung nahezu

238 Vgl. *Kuhlmann*, Schutzpflichten, 2001, S. 60; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 445.

239 Vgl. HK-BGB/*Schulte-Nölke*, 9. Aufl. 2017, § 312d Rn. 9. Zudem finden sich beispielsweise in den §§ 469, 536c, 663, 694 BGB Informationspflichten, die im Kontext von § 241 II BGB zitiert werden, MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 111. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass viele gesetzliche geregelte Informationspflichten lediglich Nebenleistungspflichten eines Schuldverhältnisses darstellen und demzufolge dem Äquivalenz- und nicht dem Integritätsinteresse dienen, zutreffend *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 444.

240 Daneben wird auch die nachvertragliche Haftung, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die Sachwalterhaftung sowie die Eigenhaftung bei der Vorbereitung, Begründung oder Durchführung eines Schuldverhältnisses beteiligter Dritter nach § 311 III BGB als Bestandteil der rechtsgeschäftsähnlichen Haftung gesehen, hierzu *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 47.

241 So auch *Jauernig/Stadler*, 17. Aufl. 2018, § 311 Rn. 34.

242 *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 77; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 531; vgl. beispielsweise LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 28.1.2011 – 2 O 722/09, Rn. 18f. („*Einvernehmen beider Parteien*“ als Voraussetzung für vorvertragliche Schutzpflichten gegenüber Sacheigentum des Gläubigers).

einzigartig.²⁴³ Die meisten anderen Rechtssysteme erfassen die betroffenen Sachverhalte auf der Ebene des Jedermannsrechts, also häufig im Deliktsrecht. In der deutschen Schuldrechtsdogmatik ist die Einstufung der *culpa in contrahendo* als rechtsgeschäftsähnlich deshalb auch nicht unumstritten. Schließlich nimmt die *culpa in contrahendo* seit ihrer Kreierung als „*Wunderwaffe*“²⁴⁴ der Rechtsprechung einen zunehmend größeren Raum im Schuldverhältnisrecht ein – nicht zuletzt bestätigt durch die gesetzliche Anerkennung im Jahr 2002 in § 311 II, III BGB. Gleichzeitig passen viele Vorschriften des Schuldverhältnisrechts nicht oder nur mit Mühe auf rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse²⁴⁵, was deren dogmatische Ähnlichkeit zu den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen zumindest in den Augen Mancher zweifelhaft erscheinen lässt.²⁴⁶ Typisch für rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse ist, dass sie sich auf Nebenpflichten nach § 241 II BGB beschränken. In Umkehrschluss zur Formulierung in § 311 II, III BGB lässt sich schließlich folgern, dass rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse keine Leistungspflichten aufweisen. Anders als innerhalb rechtsgeschäftlicher oder (rein) gesetzlicher Schuldverhältnisse liegt bei rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen demnach der praktische Schwerpunkt auf der Subsumtion unter § 241 II BGB.

4. Gesetzliche Schuldverhältnisse

Der Begriff des gesetzlichen Schuldverhältnisses ist im BGB nicht definiert. Charakteristikum der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse ist indes, dass sie gem. § 311 I BGB grundsätzlich auf einem Vertrag basieren. Im Umkehrschluss lassen sich gesetzliche Schuldverhältnisse also als solche definieren, die nicht auf vertraglicher Basis entstehen.²⁴⁷ Vielmehr entstehen sie dadurch,

243 *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 20; *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 56; *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 48 (Fn. 88); *C. Krüger*, GPR 2014, 182, 190; *Matthias Lehmann*, ZEuP 2009, 693, 695f.; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 229f.; *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 132f.; *Medicus*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 489; *Nirk*, RaBELsZ 18 (1953), 310, 315ff., 351, 353f.

244 *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 223; vgl. auch *Schwenzer*, Obligationenrecht, 1999, S. 59, 68 („*Allheilmittel*“).

245 Z.B. die §§ 273f., 281-287, 307ff., 312ff., 320-322, 328ff., 362f.

246 Vgl. *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 48.

247 Ähnlich *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 61 („*Negativabgrenzung*“).

dass eine gesetzliche Regelung im Zivilrecht Pflichten zwischen zwei Parteien anordnet, wenn bestimmte Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.²⁴⁸ § 241 II BGB differenziert in seinem Anwendungsbereich nicht nach Schuldverhältnissen. Dementsprechend kann auch ein gesetzliches Schuldverhältnis nach § 241 II BGB Nebenpflichten enthalten.²⁴⁹

III. Zwischenergebnis: Rechtsfolgenbezogene Abgrenzung der Pflichten aus § 241 II BGB

Die aus § 241 II BGB folgenden Verhaltensanforderungen sind begrifflich als (schuldverhältnisbedingte) Nebenpflichten zu klassifizieren. Nebenpflichten sind von den Leistungspflichten primär mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen der §§ 281f., 323f. BGB und die Sinnhaftigkeit einer Fristsetzung abzugrenzen.

248 HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 53 a.E.; Krefß, Schuldrecht AT, 1929, S. 22. Innerhalb des BGB führen beispielsweise eine deliktische Handlung (§ 823ff. BGB), eine ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812ff. BGB) und eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff. BGB) zur Existenz von gesetzlichen Schuldverhältnissen. Strenggenommen sind deshalb auch die in § 311 II, III BGB angesprochenen Schuldverhältnisse gesetzlicher Natur. Schließlich basieren sie nicht auf einem Vertrag, sondern auf gesetzlich definierten Tatbestandsmerkmalen. Diese Tatbestandsmerkmale weisen aber eine spezifische Anbindung an rechtsgeschäftliche Vorgänge auf, welche ihre Sonderstellung außerhalb der typischen, gesetzlichen Schuldverhältnisse rechtfertigt. Entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, so folgen hieraus Hauptpflichten, welche den Leistungspflichten eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses zumindest ähnlich sind, zutreffend bereits E. Schmidt, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 144 („Auch die vom B.G.B. geregelten gesetzlichen Schuldverhältnisse [...] sind [...] auf „Leistungen“ bezogen“); a.A. Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 65, der nicht von „Leistungspflichten“ sprechen will, weil innerhalb gesetzlicher Schuldverhältnisse mangels vertraglicher Zusage kein „Äquivalenzinteresse“ betroffen sein könne. Dennoch gibt er zu, dass die unmittelbar aus dem Jedermannsrecht folgenden Restitutionspflichten in Abgrenzung zu § 241 II BGB auch nicht wirklich dem Integritätsinteresse dienen. Um die Dichotomie von § 241 BGB nicht zu gefährden, erscheint es sinnvoll, die Hauptpflichten eines gesetzlichen Schuldverhältnisses als Leistungspflichten einzuordnen. Wenn § 241 II BGB für die Bestimmung einer Nebenpflicht auf den „Inhalt“ des Schuldverhältnisses verweist, so sind schließlich auch und gerade die Leistungspflichten heranzuziehen, so dann i.E. auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 417 („Inhalt“ als „das konkret im Schuldverhältnis Geregelte“). Eine künstliche Differenzierung zwischen vertraglichen Leistungspflichten und gesetzlichen „Zwitterpflichten“ zwischen § 241 I BGB und § 241 II BGB ist folglich abzulehnen.

249 Vgl. beispielsweise explizit BGH, Urt. v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rn. 12 (für eine WEG); Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 399; s. bereits Picker, JZ 1987, 1041, 1044 (Fn. 15).

B. Haftung aus einem Schuldverhältnis im Vergleich zur Haftung aus Jedermannsrecht – Tendenz zur Konvergenz

Nur indem zunächst sauber herausgearbeitet wird, was aus der Anerkennung einer Verhaltenspflicht als schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht im Vergleich zu anderen, universell anwendbaren Haftungsinstituten folgt, kann sinnvoll untersucht werden, wann und mit welchen Gründen dieses zusätzliche Haftungsregime gerechtfertigt ist.²⁵⁰

I. Anspruchsgrundlage

1. Schuldverhältnisrecht

Die Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Nebenpflicht in einem Schuldverhältnis ist die Zentralnorm der schuld-

250 Zudem waren und sind Motivation von Rechtsprechung und Wissenschaft für die erstmalige Anerkennung und darauffolgende Ausweitung der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten im Schuldverhältnisrecht die haftungsrechtlichen Lücken des Deliktsrechts, *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 192f. (Fn. 52). Inwieweit das Deliktsrecht jedoch zum heutigen Zeitpunkt noch mangelhaft ist, wird regelmäßig nicht (näher) untersucht, krit. auch *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 597f. Vielmehr trifft man häufig auf die pauschale Aussage, dass die Haftung aus Nebenpflichtverletzung innerhalb eines Schuldverhältnisses wegen der §§ 278, 280 I 2 BGB und der Haftung für Vermögensschäden gegenüber dem Deliktsrecht schärfer sei (vgl. *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 47; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 38; *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 422f.; *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 40; *Picker*, JZ 1987, 1041, 1041), was die ursprüngliche Motivation des RG zur Schuldverhältnis-Haftung bei Nebenpflichtverletzungen weiterhin bestätigt. Zwar tritt die Haftung aus bestehendem Schuldverhältnis wegen des Grundsatzes der freien Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht nur zusätzlich neben die stets mögliche Haftung aus Deliktsrecht und kann deshalb die Situation des Gläubigers niemals verschlechtern, vgl. AK-BGB/*Dubischar*, 1980, vor §§ 275ff. Rn. 71; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 38; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 398; grundsätzlich a.A. für die hier interessierenden Anspruchsgrundlagen der §§ 280, 823 BGB *Bälz*, FS *Picker*, 2010, S. 39, 74ff. anders die Lage auch im französischen Recht, von *Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1727; *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 194ff.; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 205 („*non-cumul**“); MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 78 (Fn. 257: „*Hauptgrund [...] der Umstand, dass der Code civil eine deliktische Generalklausel und damit eine allg. Fahrlässigkeitshaftung (auch) für reine Vermögensschäden kennt**“). Dass das Schuldverhältnisrecht aber in seiner Haftungsintensität über das Deliktsrecht hinausgeht, ist nicht so evident wie häufig vermutet, ähnlich noch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 104 (keine vergleichbare Äußerung in der allein von *Lorenz* überarbeiteten Nachauflage).

rechtsreformierten Ära: § 280 I BGB.²⁵¹ Hinzuzuziehen ist § 241 II BGB, der erst kennzeichnet, dass es sich bei der verletzten Pflicht nicht um eine Leistungspflicht, sondern um eine Nebenpflicht handelt.

Beispiel 6 Im Haltefristfall²⁵² stellt sich die Frage nach der Art der verletzten Pflicht, welche gemäß der Systematik der §§ 280ff. BGB wiederum die korrekte Anspruchsgrundlage bestimmt. § 280 I BGB war hier offensichtlich einschlägig, weil es in der Sache um einen Schadensersatzanspruch aus Schuldverhältnis ging und § 280 I BGB seit der Schuldrechtsreform von 2002 hierbei stets Dreh- und Angelpunkt ist. Ob nun aber § 241 II BGB hinzuzuziehen war, hing davon ab, ob sich der Anspruch gegen den Steuerberater auf Leistungspflichtverletzung oder auf Verletzung einer Nebenpflicht stützte.²⁵³ Die Abgrenzung ist umstritten,²⁵⁴ die überwiegende Auffassung fragt jedoch wegen der Systematik der §§ 280ff. BGB danach, ob die Verletzung der Pflicht das Äquivalenzinteresse tangiert (dann Leistungspflicht) oder das Interesse des Gläubiger an der Leistung grundsätzlich²⁵⁵ unberührt lässt (dann kommt nur eine Nebenpflicht infrage). Die sich aus dem Auskunftsvertrag ergebende Leistungspflicht hatte hier zum Inhalt, den Mandanten über die Funktionsweise der Haltefrist zu informieren.²⁵⁶ Die Erfüllung

251 Canaris, JZ 2001, 499, 511f.; Faust, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 219, 219; Magnus, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 69; Schmidt-Räntsch, Schuldrecht, 2002, S. 21f. Bei einem Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung verliert deshalb auch die Abgrenzung der Leistungs- von den Nebenpflichten an Bedeutung, Madaus, Jura 2004, 289, 289; krit. zum Versuch des Gesetzgebers, Nebenpflichtverletzungen und Leistungspflichtverletzungen mit § 280 I BGB der gleichen Schadensersatznorm zu unterwerfen Katzenstein, Jura 2004, 584, 593f. (Fn. 136); HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 100.

252 S.o., S. 26.

253 Auch eine isolierte Anknüpfung an § 280 I BGB signalisiert ein Anknüpfen an eine Leistungspflichtverletzung. Anders als bei einem Vorgehen nach §§ 280 I, 281 BGB handelt es sich dann aber nicht um einen Schadensersatz statt der Leistung sondern neben der Leistung.

254 S.o., S. 31ff.

255 Wie die §§ 282, 324 BGB belegen, kann in Ausnahmefällen („Unzumutbarkeit“) auch durch die Verletzung einer Nebenpflicht das Interesse des Gläubigers an der Leistung betroffen sein.

256 Ob der Steuerberater darüber hinaus aus dem Auskunftsvertrag verpflichtet war zur Güte des Verkaufsangebots Stellung zu nehmen, erscheint dagegen fraglich. Der Steuerberater kann nämlich auch bei typisierender Betrachtung kein besonderes Fachwissen über die Immobilienpreisentwicklung unterstellt werden. Damit fehlt es an einem wichtigen Indiz für einen Rechtsbindungswillen, der besonderen Sachkunde des Auskünftigen. Dass der Rechtbin-

dieser Pflicht war dem Steuerberater – wie der Fall ja schließlich zeigt – unabhängig davon möglich, ob er darüber hinaus den Mandanten auch über das sich aus § 23 III 4 EStG ergebende Risiko aufklären würde. Damit bleibt das Leistungsinteresse des Mandanten von der Verletzung dieser zweiten Verhaltensanforderung unberührt und es handelt sich folglich um eine Nebenpflicht im Sinne von § 241 II BGB.²⁵⁷ Auch wenn der BGH dies nicht explizit erwähnte, so war die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch demnach §§ 280 I, 241 II BGB.²⁵⁸

Auch eine Leistungspflichtverletzung kann in einem einfachen Anspruch aus § 280 I BGB resultieren, nämlich dann, wenn der Gläubiger Schäden an anderen Rechtsgütern erlitten hat, die auf eine Verletzung der Leistungspflicht zurückzuführen sind.

Beispiel 12 Ein Verkäufer verkauft einem Käufer eine mongolische Rennmaus für seine Kollektion exotischer Mäuse („Rennmausfall“).²⁵⁹ Die Maus ist bereits bei Übergabe mit einer hoch ansteckenden Krankheit infiziert, welche vom Verkäufer aufgrund einer Unachtsamkeit übersehen wurde. Daraufhin stecken sich auch zwei der anderen sechs Mäuse an. Der Käufer verlangt vom Verkäufer Ersatz für die Tierarztkosten sowohl für die verkaufte als auch für die anderen zwei Mäuse. Die Heilungskosten für die verkaufte Maus

dungswille des Steuerberaters bezüglich der anderen Auskunft bejaht wurde, hilft darüber nicht hinweg, denn jede Leistungspflicht muss vom Rechtsbindungswillen der Parteien getragen sein.

257 Vgl. Menkel, DStR 2010, 2477, 2479.

258 So auch Faust, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 567; Geuß, BB 2013, 599, 601; Menkel, DStR 2010, 2477, 2479; a.A. Hirsch, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2018, Rn. 788c, der von einer Leistungspflicht und einem Schadensersatzanspruch neben der Leistung ausschließlich aus § 280 I BGB ausgeht. Er erkennt aber hierbei, dass die konkret dem Anspruchssteller gestellte Frage korrekt beantwortet wurde. Das sah der BGH wohl genauso, weil er im Rahmen der Pflichtverletzung erst über die Fallgruppe des „beschränkten Mandats“ zu einer Warnpflicht „auch vor außerhalb [!] seines Auftrages liegenden steuerlichen Fehlentscheidungen“ kam, vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Rn. 14f.; grundsätzlich für die Einordnung einer solchen Warnpflicht als Nebenleistungspflicht aus § 242 BGB – und dementsprechend auch für §§ 280, 281 BGB plädierend – Hdb. Anwaltschaft/Vill, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 13.

259 Fall nach BGH, Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 110/06.

sind – bei Vorliegen aller Voraussetzungen – nur nach §§ 90a, 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB ersatzfähig, weil es ein Schaden ist, der bei Nacherfüllung durch den Verkäufer im letztmöglichen Zeitpunkt (hier der Zeitpunkt der Schadensersatzverlangens, vgl. § 281 IV BGB) entfallen wäre.²⁶⁰ Gemäß der Systematik der §§ 280ff. BGB ist damit eine Fristsetzung zur Nacherfüllung (vgl. § 281 I 1 a.E. BGB) sinnvoll und der Schaden darf nicht unter Umgehung des Fristsetzungserfordernisses allein über § 280 I BGB liquidiert werden. Anderes gilt aber für die Heilungskosten der dem Käufer bereits vorher gehörenden Mäuse: Die Erkrankung dieser Mäuse wäre vom Verkäufer nicht im Rahmen der Nacherfüllung zu kurieren gewesen,²⁶¹ deshalb greift hier die systematische Schranke des Fristsetzungserfordernisses nicht und der Schaden kann über § 280 I BGB liquidiert werden (Schadensersatz „neben der Leistung“). Die Begrifflichkeit sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser Anspruch nach wohl noch überwiegender Auffassung an die Verletzung der Leistungspflicht aus § 433 I 2 BGB anknüpft²⁶². Ob darüber hinaus ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen Verletzung einer Nebenpflicht (Warnpflicht der Verkäufers gegenüber dem Käufer zur Vermeidung mangelbedingter Schäden) gegeben ist,²⁶³ betrifft eine spezifische Konkurrenzproblematik innerhalb des Kaufrechts und kann hier offen bleiben.

260 Vgl. Reischl, JuS 2003, 250, 252f.

261 Schäden an anderen Gegenständen als dem Kaufobjekt selbst sind nicht vom Anspruchsumfang des § 439 I BGB umfasst, weil diese nichts mit dem Ziel der Nacherfüllung – Ermöglichung der Nutzung eines mangelfreien Gegenstands für den Käufer – gemein haben, Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearbeitung 2014, § 439 Rn. 46.

262 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 225; BGH, Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 110/06, Rn. 7; Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 413; MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 56 („kein Fall der sog. positiven Vertragsverletzung“); Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500 („keinerlei Notwendigkeit, Schadensersatzansprüche aus der Verletzung einer nicht leistungsbezogenen (Neben-)Pflicht aus § 241 II BGB herzuleiten“); HK-BGB/Saenger, 9. Aufl. 2017, § 437 Rn. 10; Jauernig/Stadler, 17. Aufl. 2018, § 280 Rn. 10, 12; a.A. Bamberger-Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, § 439 Rn. 144ff. (Ersatz über §§ 280 I, 241 II BGB).

263 S.o., S. 40ff., s.u. S. 232f.

Die Pflicht für einen Anspruch aus Nebenpflichtverletzung ist folglich aus § 241 II BGB zu ziehen. Die Pflichtverletzung ist dann das „Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm“²⁶⁴, also der (Verhaltens-)Verstoß gegen eine vormals festgestellte (Neben-)Pflicht.

2. Jedermannsrecht

Geht es um den sachlichen Komplex der Nebenpflichten, so kommen im Jedermannsrecht primär Ansprüche aus den §§ 823 I, II, 824, 826, 831 BGB in Betracht. Als Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB kommen zahlreiche strafrechtliche Normen in Betracht (beispielsweise §§ 222, 229, 263, 266, 303 StGB). Im Kontext von (vorvertraglichen) Informationspflichten kommen zudem zahlreiche kapitalmarktrechtliche Aufsichtsnormen als Schutzgesetze in Betracht.

3. Zwischenergebnis: Trennung zwischen § 280 I BGB und §§ 823ff. BGB

Während im Schuldverhältnisrecht die §§ 280 I, 241 II BGB als Anspruchgrundlage dienen, kommen im sachlichen Kontext der Nebenpflichten aus dem Jedermannsrecht insbesondere die §§ 823ff. BGB in Betracht.

II. Verteilung der Beweislast

1. Schuldverhältnisrecht

Die in § 280 I 1 BGB konstatierte Schadensersatzpflicht des Schuldners bei „Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis“ gilt laut § 280 I 2 BGB nicht, „wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. § 280 I 2 BGB stellt damit für alle Pflichtverletzungen innerhalb eines Schuldverhältnisses eine Beweislastumkehr auf.

264 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 133, 135.

a) Wirkung einer Beweislastumkehr bei erfolgs- und verhaltensbezogenen Pflichten

Die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB greift, wenn die objektive Pflichtwidrigkeit (Pflichtverletzung) vom Kläger bewiesen wird.²⁶⁵ Erst dann wird vermutet, dass die Pflichtverletzung auch auf subjektiv pflichtwidrigem Handeln des Beklagten beruhte. Bei erfolgsbezogenen Pflichten ist die Bedeutung einer Beweislastumkehr damit viel größer als bei verhaltensbezogenen Pflichten: Schließlich muss der Kläger bei ersteren nur das Ausbleiben des ihm geschuldeten Erfolges (zum Beispiel die Lieferung einer sachmängelfreien Leistung) beweisen, was im Regelfall nicht das entscheidende Problem darstellt. Viel schwieriger ist es häufig, das Ausbleiben des Erfolges auch auf subjektiv pflichtwidriges Verhalten des Schuldners zurückzuführen. Genau an dieser Stelle hilft dem Kläger indes die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB.²⁶⁶

Beispiel 13 Ein Elektrofachartikelhändler verkauft einem Rentner einen Fernseher für 650€ und verspricht „eigenhändige Lieferung und Anschlusshilfe frei Haus“ in „ein paar Tagen“ („Flachbildschirmfall“). Nach Ablauf von fünf Werktagen meldet sich der Käufer telefonisch bei dem Verkäufer und fragt nach dem Verbleib des Fernsehers. Der Verkäufer weicht den Nachfragen des Käufers aus und nuschelt, dass die Sache eigentlich schon längst da sein müsste. Der Käufer lässt sich nicht abwimmeln und setzt dem Verkäufer eine Frist von weiteren fünf Werktagen zur Lieferung, ansonsten werde er sich „anderweitig umschauen“. Nach ergebnislosem Ablauf der Frist geht der Käufer zu Saturn und kauft sich einen vergleichbaren Fernseher für 800€. Die 150€ Aufpreis möchte er vom Verkäufer ersetzt bekommen.

Der Käufer macht demnach Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB geltend. Der Verkäufer schuldet ihm die Lieferung des Fernsehers aus § 433 I 1 BGB. Er hat – auch nach Ablauf einer durch die erneute Aufforderung des Käufers in Gang gesetz-

²⁶⁵ Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 220f.

²⁶⁶ Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1084f.; wegeisend die Überlegungen von Hans Stoll, AcP 176 (1976), 145, 149ff.

ten, angemessenen Frist – nicht geleistet. Damit liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB vor. Der Käufer hat hier aber keinerlei Einblick in die Abläufe. Der Verkäufer hat ihm die Lieferung eines Fernsehers versprochen und selbige ist unterblieben. Dem Käufer wäre es nicht ohne weiteres möglich, darzulegen, dass der Verkäufer die Leistung zumindest infolge von Fahrlässigkeit (§ 276 II BGB) unterlassen hat. § 280 I 2 BGB ordnet aber eine Beweislastumkehr an. Demnach wird vermutet, dass der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, solange er sich nicht exkulpieren kann. Umstände zur Entlastung des Verkäufers sind nicht ersichtlich. Damit kann er sich nicht exkulpieren. Der Käufer kann daher die 150€ vom Verkäufer aus §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB verlangen. Das Verlangen des Käufers wird daher dank der Beweislastumkehr nicht dadurch beeinträchtigt, dass er keinen Einblick in die Gründe für die Nichtleistung des des Verkäufers hat.²⁶⁷

Bei verhaltensbezogenen Pflichten liegt die eigentliche Hürde aber in der Begründung einer rechtlich gebotenen Verhaltensanforderung, deren Einhaltung den Schaden vermieden hätte. Nebenpflichten sind grundsätzlich verhaltensbezogene Pflichten.²⁶⁸ Schließlich ist nie schlechthin Integritätsschutz geschuldet, sondern immer nur die Einhaltung gewisser, bereits im Vorhinein durch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beschränkter Verhaltensstandards.²⁶⁹

Dies ist auch der Grund, warum die entscheidende Barriere für die Gewährung eines Schadensersatzanspruches aus Nebenpflichtverletzung die (objektive)

267 Grund ist das rechtsgeschäftliche Versprechen zur Leistung, präzise *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1096 („*Enttäuschung dieser Leistungserwartung alleine genügt, um prima facie von einer Haftung auszugehen*“).

268 Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 30; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 33; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 521f. (Fn. 28); *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 220f.

269 *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 220f. („insoweit besteht die Pflicht gerade darin, die Verletzung der Rechtsgüter des Vertragspartners durch Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu vermeiden“). Der Integritätsschutz wird zudem durch den sachlichen Zusammenhang zum Schuldverhältnis begrenzt. Schließlich gilt die Pflicht, den anderen Teil nicht körperlich zu schädigen, nicht unbedingt, sondern erfasst nur Schädigungen, die auch einen Anknüpfungspunkt im Schuldverhältnis besitzen.

Pflichtverletzung ist.²⁷⁰ Lässt sich eine Verhaltensanforderung als rechtlich geboten postulieren, welche die eingetretene Interessenbeeinträchtigung verhindert hätte, so ist diese im Rahmen des Prüfungspunktes Pflichtverletzung *per definitonem* auch verletzt.²⁷¹ Rein inhaltlich wird aber für die Frage, ob eine Neben- / Sorgfalts- / Verkehrspflicht zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung bestand, bereits die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aus § 276 II BGB fruchtbar gemacht.²⁷² Die Prüfungsvoraussetzung der Pflichtverletzung konsumiert damit geradezu das Vertretenmüssen.²⁷³ Während das Vertretenmüssen bei Nebenpflichten demnach nur eine marginale Rolle spielt²⁷⁴, steigt die Bedeutung der

270 So auch BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 136; *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 519.

271 HKK/*Schermaier*, 2007, §§ 280–285 Rn. 98

272 AG Bad Segeberg, Urt. v. 14.2.2013 – 17 C 219/12, Rn. 41f., 51f.; *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 223; *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 220ff.; krit. aus dogmatischer Perspektive *Hadding*, FS Konzen, 2006, S. 193, 203.

273 Vgl. *Grigoleit*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 275, 286f. (Vertretenmüssen hat „*keinen wesentlichen eigenständigen Gehalt*“); NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 69; *Riehm*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 280 Rn. 9 („*Verstoß [gegen Nebenpflichten] als solcher [kann] von der Beachtung der „erforderlichen Sorgfalt“ iSd § 276 tatbestandlich kaum sauber getrennt werden*“). Deshalb kann dem Gläubiger auch im Rahmen der Pflichtverletzung bereits nach der „*Sphärentheorie*“ eine Beweiserleichterung zugute kommen, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 136; *Canaris*, JZ 2001, 499, 512; *Grigoleit*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 275, 287. Nicht von der faktischen Konsumtion ist indes der Schaden umfasst. Trotz der verhaltensbezogenen Bestimmung der Pflichtverletzung hält sie als Prüfungsvoraussetzung lediglich die „*Rechtsgutsverletzung*“ fest, erst im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität wird konkret berechnet, welchen Schaden dies zur Folge hatte, näher *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 95f. Als Gegenstand der Exkulpation verbleiben dann schließlich nur noch ein Rechtsirrtum oder die mangelnde Zurechnungsfähigkeit des Schuldners nach §§ 276 I 2, 827f. BGB, MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 23; *Riehm*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 1079, 1102; vgl. zum Prüfungsstandard eines Rechtsirrtums BGH, Urt. v. 26.1.2005 – VIII ZR 79/04, Rn. 20 („*Rechtslage [...] in besonderem Maße unklar*“, „*einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen lagen bisher nicht vor*“); BGH, Urt. v. 29.4.2014 – XI ZR 130/13, Rn. 36f. („*Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen*“); BGH Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 23/14, Rn. 37f.; laut *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 223 verbleibt – wohl plakativ gemeint – „*überhaupt nichts*“ für den Entlastungsbeweis.

274 *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 223 („*oft keine eigenständige Bedeutung*“); MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 23; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 69; *Sonnenberger*, FS *Medicus*, 1999, S. 621, 622 („*interessiert im allgemeinen weniger*“); dagegen *Riehm*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f. („*Verlust an Rechtssicherheit*“ durch „*großes Bedürfnis nach einzelfallabhängigen Beweiserleichterungen*“).

Pflichtverletzung für die wertende Auseinandersetzung mit Verhaltensstandards.²⁷⁵

b) Definition der Nebenpflicht als rechtspraktische „Stellschraube“ der Beweislastverteilung

Eine Beweislastumkehr entfaltet bei einer erfolgsbezogenen Pflicht eine ungleich größere Wirkung als bei einer verhaltensbezogenen Pflicht. Die konkrete Definition einer Pflicht kann dabei maßgeblich beeinflussen, ob die Verhaltensanforderung primär einen Erfolgs- oder einen Verhaltensbezug aufweist.²⁷⁶ Zwar wurde oben darauf hingewiesen, dass Nebenpflichten grundsätzlich verhaltensbezogene Pflichten sind. In der Praxis gibt es aber verständlicherweise ein Bedürfnis, Nebenpflichten zu kanonisieren. Zwar muss sich schon ausweislich des Wortlauts von § 241 II BGB („Inhalt“) jede Nebenpflicht auf das individuelle Schuldverhältnis zurückführen lassen. Um die Rechtsfindung zu erleichtern, werden Nebenpflichten aus ähnlich gelagerten Schuldverhältnissen aber auf neue, vergleichbare Fälle übertragen. Aus dieser Kanonisierung von Nebenpflichten folgt wiederum die Möglichkeit, Nebenpflichten etwas erfolgsbezogener zu formulieren.²⁷⁷ Je stärker das Maß der inhaltlichen Konzentration der Verhaltensanforderung, desto erfolgsbezogener wird die Nebenpflicht in der Reproduktion. Welche Wirkung die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB entfaltet, kann dabei von Kleinigkeiten im Sachverhalt abhängen.²⁷⁸

Beispiel 14 Ein Möbelverkäufer betreibt ein Warenlager, von dem aus er teure Möbel per Internet anbietet („Parkplatzfall“). Er versendet nicht, sodass die Kunden sich die Kaufobjekte vom Lager abholen müssen. Ein Kunde erwirbt und bezahlt über das Internet einen Holz-

275 So auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 472 (Fn. 189) m.w.N. Ist die (Neben-)Pflicht präzise zugeschnitten, bleibt für Abweichungen im Ergebnis eigentlich nur dort Raum, wo der Schuldner wegen seiner besonders stark vom Verkehrsdurchschnitt nach unten abweichenden Fähigkeiten zum pflichtgemäßen Handeln außerstande war.

276 Vgl. *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f.; näher aus einer dogmatischen Perspektive *HKK/Schermaier*, 2007, §§ 280–285 Rn. 97.

277 Dafür mit Blick auf die Rechtssicherheit eindringlich *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f.

278 Vgl. *Canaris*, JZ 2001, 499, 512 (Zusammenwirken von § 280 I 1 BGB und § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichten „vertrackt“).

tisch. Bei der Abholung wird der Kunde auf dem frei zugänglichen Parkplatz von einem Dritten, der das Warenlager wegen der teuren Autos auf dem Parkplatz schon eine Weile beobachtet hatte, überfallen. Er erleidet hierbei einige behandlungsbedürftige Wunden. Fraglich ist nun, ob der Verkäufer dem Kunden Schadensersatz aus § 280 I, 241 II BGB schuldet.²⁷⁹

Entscheidend ist der Zuschnitt der Nebenpflicht: Formuliert man sie eher offen – und somit erfolgsbezogen – („Der Verkäufer hat seinen Parkplatz derart zu organisieren, dass etwaige Kunden dort nicht in ihrem Integritätsinteresse beeinträchtigt werden“), so lässt sich eine Pflichtverletzung bejahen.²⁸⁰ Dann entfaltet die Beweislastumkehr ihre Wirkung. Der Verkäufer muss nun darlegen, dass er ausreichende Schutzmaßnahmen getroffen hat. Hinsichtlich der erfolgsversprechenden Schutzmaßnahmen (zum Beispiel Anstellung eines Wachmanns) müsste er darlegen, dass diese die im Verkehr erforderliche Sorgfalt überstiegen hätten (zum Beispiel wegen ihn über Gebühr belastender Kosten). Fasst man die Nebenpflicht enger, so muss man die zur Abwendung des Schadens führenden Szenarien bereits an dieser Stelle thematisieren. Da dem Kunden die Beweislast für die Darlegung der Pflichtverletzung zukommt, müsste er beweisen, dass es dem Verkäufer möglich und zumutbar gewesen wäre den Überfall zu verhindern. Dies wird ihm nicht gelingen, schließlich wäre der Aufwand für den Verkäufer ganz erheblich und das Schadensrisiko eines Kundenüberfalls ist – anders als beispielsweise bei einem hochpreisigen Juweliergeschäft – bei einem Möbellager nicht besonders hoch. Im

279 Nicht überzeugend gegen die Inklusion des Geschäftsparkplatzes in ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB LG Bielefeld, Urt. v. 20.6.2007 – 5 O 161/07, Rn. 34; zutreffend OLG Saarbrücken, Urt. v. 18.10.2011 – 4 U 400/10, Rn. 50; LG Bonn, Urt. v. 4.3.2009 – 5 S 289/08, Rn. 12. Das Verhalten des Dritten kann dem Verkäufer in keinem Fall nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zugerechnet werden. Damit scheidet die Verletzung einer Nebenpflicht durch den positiven Akt der Schädigung aus.

280 Vgl. den Wortlaut von LG Bonn, Urt. v. 4.3.2009 – 5 S 289/08, Rn. 12 („Nebenpflicht, dem Käufer das gefahrlose [!] Abholen der Ware an dem Ort zu ermöglichen, an dem sie die Waren dem Kunden bereitstellt“).

Gegensatz zur offenen Formulierung der Pflichtverletzung scheidet die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs des Kunden.

Eine weite Formulierung der Nebenpflicht liegt hier eher fern. Modifiziert man den Fall in der Gestalt, dass der Dritte keinen Raub unternimmt, sondern Glasscherben auf dem Boden des Parkplatzes verteilt, so spitzt sich die Lage zu. Der Kunde wird nun erneut auf dem Parkplatz des Verkäufers in seiner Integrität verletzt (Schaden am Eigentum des PKW). Wie im praktischen Regelfall bleibt die Identität des Dritten unentdeckt. Der Verkäufer kann also nicht beweisen, dass die Glasscherben auf einen Betriebsfremden zurückzuführen sind. In beiden genannten Fällen ist die Gefahr auf das schädigende Verhalten²⁸¹ eines Dritten zurückzuführen und in beiden Fällen hätten dem Verkäufer durchaus Möglichkeiten offen gestanden, die Beeinträchtigung des Kunden zu verhindern. Im ersten Fall ist man geneigt, schon die Pflichtverletzung abzulehnen, weil die Ursache der Schädigung besonders fremd wirkt. Im zweiten Fall hingegen liegt es nahe, die Pflichtverletzung zunächst offener zu formulieren („Der Verkäufer hat es unterlassen die Glasscherben als potentielle Gefahrenquelle für seine Kunden zu entfernen“). Eine Pflichtverletzung ließe sich dann ohne Probleme bejahen. Das führt aber wegen § 280 I 2 BGB dazu, dass der Verkäufer nun beweisen muss, dass er ordnungsgemäße Kontrollen durchgeführt hat. Selbst wenn er beweisen könnte, dass die Scherben vom deliktisch handelnden sowie betriebsfremden Dritten stammten, müsste er betriebseigene Kontrollmechanismen darlegen, da der Aufwand einer sporadischen Kontrolle des Parkplatzuntergrundes relativ gering ist und die Schadenswahrscheinlichkeit für seine Kunden wiederum extrem hoch ist. Obwohl sich beide Fälle also lediglich in quantitativer Hinsicht (Kosten-Nutzen-Analyse einer Schadensabwendung fällt völlig zuungunsten des Klägers aus versus die Kosten-Nutzen-Analyse kann nur sehr begrenzte Schadensabwendungsmaßnah-

281 In Rede stehen § 826 BGB sowie §§ 823 II BGB, 223 I, 303 I StGB.

*men rechtfertigen) unterscheiden, lässt sich mit dem häufig intuitiv erfolgenden Zuschnitt der Nebenpflicht schnell ein – womöglich ungerechtfertigter – qualitativer Unterschied herbeiführen.*²⁸²

Das Beispiel zeigt, wie sich der Zuschnitt der Pflicht auf die Wirkung der Beweislastumkehr auswirken kann.²⁸³ Die Rechtspraxis verfolgt dabei manchmal eine großzügige Tendenz und lässt bei Nebenpflichten bisweilen in der Obersatzbildung einen gewissen Erfolgsbezug erkennen.²⁸⁴ Wie oben angedeutet, stärkt dies die praktischen Auswirkungen des § 280 I 2 BGB.

-
- 282 Vgl. zu den praktischen Schwierigkeiten einer Entlastung in einem ähnlichen Fall insoweit anschaulich OLG Hamm, Urt. v. 5.4.2016 – 9 U 77/15, Rn. 52 („Der von der Beklagten zu 1) gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu führende Entlastungsbeweis betrifft auch die Herkunft des schädigenden Objekts und die Frage, wie lange es sich vor dem Unfall an Ort und Stelle befunden hat. Steht in Rede, dass Glasscherben auf dem Boden einer Discothek erst kurz vor dem Unfall - und zwar nicht durch ein Verhalten des Geschädigten selbst - dorthin geraten sind, trägt der Discothekenbetreiber die Beweislast und muss insbesondere vortragen und beweisen, wann und von welchem Mitarbeiter der betreffende Bereich vor dem Unfallzeitpunkt zuletzt in Augenschein genommen worden ist [...]. Dass die Scherben erst so kurz vor dem Sturz der Klägerin auf den Boden gelangt sind, dass diese Gefahr bei Einhaltung der notwendigen Reinigungsintervallen nicht hätte beseitigt werden können, haben die Beklagten schon mangels Vortrags zu konkret angeordneten und eingehaltenen Kontrollintervallen nicht einmal dargelegt. Der Entlastungsbeweis ist insbesondere auch nicht durch die Angaben des Zeugen D geführt, der einerseits angegeben hat "wir" seien "immer" rumgegangen und hätten "überall" kontrolliert, was dort liege, und andererseits eingeräumt hat, er könne nicht sagen, wann er vor dem Unfall das letzte Mal die Tanzfläche kontrolliert habe.“).
- 283 Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f.; HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 97; zur Bedeutung des Anknüpfungspunktes der Pflichtverletzung für das Vertretenmüssen im Kontext von § 281 I 1 BGB bereits eindringlich Faust, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 219, 235ff., 245.
- 284 Vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2016 – I ZR 60/14, Rn. 41 („anerkannt, dass der Besteller einer Werkleistung alles ihm Zumutbare und Mögliche zu unternehmen hat, um den Werkunternehmer bei der Erfüllung seiner Vertragspflichten vor Schaden zu bewahren“); OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2003 – 21 U 97/03, Rn. 13 (im Kontext von § 241 II BGB und der Beschädigung eines PKW in einer Waschanlage: „erfolgsbezogene Pflicht, einen Schaden wie den eingetretenen zu verhindern“); OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.8.2017 – 3 U 20/17, Rn. 20 („Schutz- und Obhutspflichtige hat sich so zu verhalten, dass u. a. Körper und Gesundheit des Geschäftspartners nicht verletzt werden“); OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.5.1990 – 1 U 307/89, Rn. 4 („umfassende[r] Schutz“ geschuldet); OLG Köln, Urt. v. 29.9.2006 – 19 U 193/05, Rn. 26 (Nebenpflicht einer Spielbank „Gäste in ihren Räumlichkeiten vor Rechts- und Rechtsgutsverletzungen zu bewahren“); LG Bonn, Urt. v. 4.3.2009 – 5 S 289/08, Rn. 12 („Nebenpflicht, dem Käufer das gefahrlose Abholen der Waren [...] zu ermöglichen“); LG Krefeld, Urt. v. 30.7.2010 – 1 S 23/10, Rn. 8; für „abstrakt-generelle“ Nebenpflichten in Form von „Regeln der Kunst“ aus Beweislastrechtlichen Gründen auch Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f.; dagegen Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 221 („kann nicht ernsthaft behauptet werden“).

c) Anwendbarkeit des § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichtverletzungen

Die Anwendung des § 280 I 2 BGB ist bei einem Anspruch aus Nebenpflichtverletzung in bestehendem Schuldverhältnis nicht unumstritten. Bereits nach alter Rechtslage wurde § 282 BGB a.F. nämlich vom BGH nur eingeschränkt auf Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung angewendet²⁸⁵, weshalb der Bundesrat die pauschale Formulierung des § 280 I 2 BGB im Hinblick auf Nebenpflichtverletzungen kritisierte²⁸⁶. Dass die Beweislastumkehr analog § 282 BGB a.F. bei nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten nach altem Recht nicht ohne jede Einschränkung vorgenommen wurde, wird auch durch Stellungnahmen in der Literatur gespiegelt.²⁸⁷ Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum heute eine – von der überwiegenden Auffassung allerdings entweder abgelehnte oder ignorierte – teleologische Reduktion²⁸⁸ des § 280 I 2 BGB bei Ansprüchen aus

285 BGH, Urt. v. 18.12.1952 – VI ZR 54/52, Rn. 19f. (Unabhängig von der Anwendbarkeit des § 282 BGB ist maßgeblich, „ob [...] die Unfallursache aus einem vom beklagten Unternehmer zu verantwortenden Gefahrenkreise hervorgegangen ist und der beklagte Unternehmer daher den Beweis für mangelndes Verschulden zu führen hat“) (BGHZ 8, 239, 241f.); BGH, Urt. v. 26.9.1961 – VI ZR 92/61, NJW 1962, 31, 32 („Allerdings hat die Rspr. bislang keine generelle Regelung über die Umkehrung der Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen nach Art des § 282 BGB aufgestellt, sondern immer der Art der Vertragsbeziehungen und der Art der Schadensquelle Bedeutung beigemessen.“); BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, Rn. 39 (sowohl im Deliktsrecht als auch im Rahmen der positiven Forderungsverletzung „die in der jeweiligen Fallgruppe maßgebliche Interessenlage“ maßgeblich) (BGHZ 51, 91, 107); BGH, Urt. v. 14.6.1976 – III ZR 81/74, Rn. 29; BGH, Urt. v. 20.6.1990 – VIII ZR 182/89, Rn. 10 (Der Schuldner muss sich bei einer positiven Forderungsverletzung erst entlasten, „wenn sich aus der Sachlage zunächst der Schluß rechtfertigt, daß er die ihm obliegende Sorgfaltspflicht verletzt hat und die Schadensursache aus einem Gefahrenbereich hervorgegangen ist, für den er im Zweifel verantwortlich ist“.). Das galt insbesondere für den Bereich der Arzthaftung, Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 219. Eine ausführliche Analyse der Rechtsprechung findet sich bei Baumgärtel/Repgen, Beweislast, 3. Aufl. 2008, § 280 Rn. 19ff.; hingegen pauschal die analoge Anwendung von § 282 BGB a.F. bejahend BGH, Urt. v. 29.4.1994 – V ZR 280/92, Rn. 14.

286 BR-Drs. 338/01, SchRMdG, Stellungnahme, S. 16.

287 Hadding, FS Schlick, 2015, S. 153, 155; Heinrichs, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 518; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 661; Medicus, FS Keller, 1989, S. 205, 208; Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 371ff.; Müko-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 116 („wortlautgetreue Anwendung von § 280 BGB“ stelle im Bereich der Beweislastverteilung bei Nebenpflichtverletzungen gegenüber der bisherigen Handhabung durch die Rechtsprechung „eine grundsätzliche Veränderung der Beweislast“ dar); Schlechtriem, VersR 1973, 581, 583; Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1633ff.; Schur, Leistung, 2001, S. 210f. (Fn. 9); Sonnenberger, FS Medicus, 1999, S. 621, 624f.; Teichmann, JA 1984, 709, 712; *argumentum e contrario* Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 252 (Fn. 463).

288 Hierzu Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 210f.

Nebenpflichtverletzungen vertreten, die sich an der Abgrenzung des BGH nach Gefahrenbereichen orientiert und eine Beweislastumkehr nur bei der Verletzung erfolgsbezogener Leistungspflichten für angemessen hält.²⁸⁹ Der teleologischen Reduktion des § 280 I 2 BGB liegt die Sorge zugrunde, dass die allzu pauschale Anwendung des § 280 I 2 BGB bei gleichzeitig erfolgsbezogener Formulierung von Nebenpflichten die praktische Bedeutung des § 280 I 2 BGB über das Maß hinaus steigern könnte, welches der Gesetzgeber bei der Kodifizierung der Nebenpflichten im Jahr 2002 vor Augen hatte. Maßgeblich für die überwiegende Auffassung war nach alter Rechtslage schließlich eine Beweislastverteilung allein nach Gefahrenbereichen.²⁹⁰ Da der Erlass von § 241 II BGB keine Änderung der inhaltlichen Besonderheiten der Nebenpflichten herbeiführen sollte, sollten die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung auch hinsichtlich der Beweislastverteilung grundsätzlich fortgelten.²⁹¹

-
- 289 Detailliert *Keilmann*, Beweislastverteilung, 2006, S. 210ff., 220; Baumgärtel/*Reppen*, Beweislast, 3. Aufl. 2008, § 280 Rn. 40ff., 100, 106f.; krit. zur Pauschalität des § 280 I 2 BGB auch MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 79 („Die vorstehenden Ausführungen [zur Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB für das Vertretenmüssen bei Leistungspflichtverletzungen] gelten indes nicht, wenn der Käufer den Verkäufer wegen einer mit dem Sachmangel zusammenhängenden Schutzpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 schadensersatzpflichtig machen will. Dann liegt vielmehr die Beweislast dafür, dass der Verkäufer sich im Zusammenhang mit dem Sachmangel in einer pflichtwidrigen Weise verhalten und dadurch Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Käufers verletzt und diesen geschädigt hat, beim Käufer.“); *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 514; vgl. bereits *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 313 („Wenn dagegen nur das Schutzinteresse des Gläubigers verletzt ist, muß der Gläubiger auch das Verschulden des Schuldners nachweisen.“); zur Vereinbarkeit beider Ansichten mit dem Wortlaut des § 280 I 2 BGB *Heinrichs*, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 518f. („Beweislastverteilung stammt zwar nicht im dogmatischen Ansatz, aber in den praktischen Ergebnissen der Rechtsprechung der Zivilgerichte überein“).
- 290 BGH, Urt. v. 20.6.1990 – VIII ZR 182/89, Rn. 10; AK-BGB/*Dubischar*, 1980, § 282 Rn. 7; MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 142; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37; *Heinrichs*, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 518; HKK/*Schermaier*, 2007, §§ 276–278 Rn. 99. Zum Grund für die Beweislastumkehr instruktiv BGH, Urt. v. 26.9.1961 – VI ZR 92/61, NJW 1962, 31, 32 („Indem die Rspr. den Geschädigten so von einer Beweisführung freistellt, die für ihn durchweg an seinem fehlenden Einblick in die Organisation des Unternehmens scheitert, trägt sie dem erhöhten Vertrauens- und Verkehrsschutz Rechnung, auf den bei solchen Vertragsbeziehungen ein Anspruch besteht.“). Zur damaligen Kritik aus dem Schrifttum und einer „materiellrechtlichen Position“ als Alternativvorschlag, welche die Beweislastverteilung mit Rücksicht auf den Normzweck der verletzten Verhaltensanforderung vornimmt, *Sonnenberger*, FS Medicus, 1999, S. 621, 623ff.
- 291 So auch BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 15 (Grenze des § 280 I 2 BGB wird durch „Obhuts- und Gefahrenbereich“ der Schadensursache gezogen); BGH, Beschl. v. 1.8.2012 – XII ZR 87/11, Rn. 6 („Da hier nach der Behauptung der Beklagten die

Fälle, in denen die Ergebnisse des § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichtverletzungen und die – den Wortlaut des § 280 I 2 BGB letztlich vernachlässigende – Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen durch die Rechtsprechung tatsächlich voneinander abweichen, sind indes nicht ersichtlich.²⁹² Was die Ergebnisse anbelangt, so ähneln sich Rechtsprechung, die überwiegende Ansicht in der Literatur und diejenige Ansicht, welche eine teleologische Reduktion des § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichten fordert, demnach mehr als häufig eingestanden.²⁹³ Ob man eine teleologische Reduktion vornimmt oder nicht, wird deshalb praktisch gesehen kaum je eine Rolle spielen. Für die teleologische Reduktion spricht indes aus dogmatischer Perspektive, dass eine Beweislastverteilung allein nach Gefahrenbereichen von vornherein deutlich macht, dass § 280 I 2 BGB auf Leistungspflichtverletzungen zugeschnitten ist. Wendet man § 280 I 2 BGB auch auf Nebenpflichten an, so ist – wie gezeigt – bei der Obersatzbildung hinsichtlich der vom Gläubiger darzulegenden und beweisenden Pflichtverletzung mit größter Vorsicht zu verfahren, um nicht den Schuldner durch die Beweislastumkehr für die (allzu leicht erfolgsbezogen verstandene) Schädigung des Gläubigers unbillig zu belasten. Dieses fehleranfällige Vorgehen wird bei einer teleologischen Reduktion von § 280 I 2 BGB zugunsten einer Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen vermieden.

Schadensursache aus dem Herrschafts- und Einflussbereich der Kläger herrührt, liegt die Beweislast dafür, dass die Kläger kein Verschulden trifft, bei diesen“); BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 13 (Offenbar vom pauschalen Wortlaut des § 280 I 2 BGB losgelöste Frage, ob „die Schadensursache im Verantwortungs- bzw. Gefahrenbereich der Beklagten liegt“); Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37; Heinrichs, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, 518f.; Horst, ZAP Fach 4 (Nr. 23 v. 22.11.2012), 1461, 1464; jurisPK-BGB/Seichter, 8. Aufl. 2017, § 280 Rn. 151 („Bei der Verletzung von Schutzpflichten richtet sich die Beweislast danach, in wessen Gefahren- und Verantwortungsbereich die Schadensursache lag.“). Wenn nun ein Fall vorliegt, in welchem die Nebenpflichtverletzung nicht (nur) dem Gefahrenbereich des Schuldners zugeordnet werden kann, so geht der Wortlaut des § 280 I 2 BGB strenggenommen über den Zweck der Norm bei Nebenpflichten hinaus. Insofern ist der Ansatz einer teleologischen Reduktion durchaus nachvollziehbar.

292 Vgl. MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 142 a.E.

293 So auch MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 142 a.E.

2. Jedermannsrecht

Die Normen des Deliktsrechts sehen für den Bereich der Verkehrspflichtigen keine explizite Beweislastumkehr vor.²⁹⁴ Hierauf stützt sich die Aussage, dass § 280 I 2 BGB für den Schuldner einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht eine Haftungsverschärfung gegenüber dem deliktisch Handelnden darstellt. Mittlerweile findet sich aber auch im Deliktsrecht eine Vielzahl von Beweiserleichterungen für den deliktisch Geschädigten, die (insbesondere im Arzt- und Produkthaftungsrecht) bis zur vollständigen Beweislastumkehr reicht.²⁹⁵ Ganz grundsätzlich wird zudem bei Verletzung der äußeren Sorgfalt in Form einer Verkehrspflicht von der Rechtspraxis die Verletzung der inneren Sorgfalt vermutet: Nach überwiegender Auffassung „[indiziert] die *Verletzung der äußeren Sorgfalt* [...] *entweder die der inneren Sorgfalt oder es spricht ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt*“²⁹⁶.²⁹⁷ Zudem wird bei Verletzung der äußeren Sorgfalt eine Beweiserleichterung (in Form des Beweises des ersten Anscheins) für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Rechtsgutsverletzung gewährt, wenn die Verkehrspflicht typischerweise gerade Schäden wie den eingetretenen verhindern soll.²⁹⁸ Der Anscheinsbeweis kann bei typischen Geschehensabläufen sogar den Rückschluss von der Schadensentstehung auf eine

294 Um dem häufigen faktischen Gleichlauf auch gesetzlich Rechnung zu tragen und so Rechtsunsicherheit durch abweichende Einzelentscheidungen im Jedermannsrecht zu vermeiden, schlug *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1677f. vor, die Gefahrenbereichslehre in einem neuen § 823 III BGB zu verankern.

295 *Brüggemeier*, AG 1982, 268, 268; *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 391ff., 415ff.; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 119ff.; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, Vorb v § 249 Rn. 138; *Grünwald*, Garantpflichten, 2001, S. 122 (dadurch keine „*Verschuldenshaftung im eigentlichen Sinne des Wortes*“ mehr“); *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281, 318 (Fn. 142); *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 41f.; *MüKo-ZPO/Prütting*, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 123ff., 144, 156; *Erman/Wilhelmi*, 15. Aufl. 2017, § 823 Rn. 121f., 128; *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 165, 184f.; *Hans Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 162ff.

296 BGH, Urt. v. 11.3.1986 – VI ZR 22/85, Rn. 19.

297 *von Bar*, JuS 1988, 169, 173f.; *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 391f.; *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 201f.; *Soergel/Krause*, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh II Rn. 74; *Mertens*, VersR 1980, 397, 407; *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54; deshalb krit. gegenüber der Unterscheidung *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 120f.

298 BGH, Urt. v. 3.6.2008 – VI ZR 223/07, Rn. 17; *Soergel/Krause*, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh II Rn. 74; *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 221f.; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 88. Das lässt sich auch mit ökonomischer Wahrscheinlichkeitstheorie rechtfertigen, *Hay/Spier*, J. Leg. Stud. 26 (1997), 413, 427.

Verkehrspflichtverletzung rechtfertigen.²⁹⁹ Soweit eine Nebenpflicht rein tatbestandlich eine Parallele im Jedermannsrecht hat, liegt auch in den §§ 823ff. BGB demnach der Schwerpunkt der praktischen Begründungslast auf der – vom Gläubiger darzulegenden – objektiven Pflichtwidrigkeit. Diese strukturelle Gemeinsamkeit verringert die Unterschiede in der Beweislast bereits ganz erheblich.³⁰⁰ Wird ein absolutes Rechtsgut verletzt, so ist auch im Bereich des Deliktsrechts der Zuschnitt der (objektiven) Pflichtenforderung für die Beweislastverteilung entscheidend. Das zeigt erneut die strukturelle Gemeinsamkeit beider Bereiche.³⁰¹

Beispiel 15 Ein Vermieter begutachtet mit einem Interessenten eine ihm gehörende Wohnung („Bombenfall“). Die Wohnung wurde bis vor kurzem von einem Mieter bewohnt, dem der Vermieter ordnungsgemäß gekündigt hatte. Der wegen der Kündigung mit Hass erfüllte Mieter hatte kurz vor dem Auszug hinter dem Lichtschalter im Wohnzimmer eine Fernzündung für eine ebenfalls im Wohnzimmer versteckte Bombe montiert, was weder der Vermieter noch der Interessent wissen. Der Vermieter betätigt nichtsahnend den Lichtschalter und die Bombe explodiert. Der Interessent wird hierbei schwer verletzt. Wer die Bombe montiert hat, kann nicht nachgewiesen werden. Weil es dem Mieter ohnehin an Solvenz mangelt, möchte der Interessent gerne gegen den Vermieter vorgehen.

Es kommt ein Anspruch des Interessenten gegen den Vermieter aus § 823 I BGB in Betracht. Zunächst kann man daran anknüpfen, dass der Vermieter den Lichtschalter betätigt hat und so den Interessenten durch die entstehende Bombenexplosion verletzt hat. Die Beweislast für die Gesundheitsverletzung durch Handlung des Vermieters trägt zwar der Interessent. Stellt man auf die Gesundheitsverletzung durch Betätigung des Lichtschalters ab, so würde

299 Hierfür muss „konkret gefährliches und zur Verursachung des eingetretenen Schadens geeignetes Verhalten des Beklagten [...] zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen sein“, MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 90; näher BGH, Urt. v. 19.1.2010 – VI ZR 33/09, Rn. 11, 13.

300 So auch Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 158, 161; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 10f.

301 Dazu auch Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 221f.

dem Interessenten ein entsprechender Beweis leicht fallen. Das wäre schließlich das Äquivalent zur erfolgsbezogenen Formulierung einer Nebenpflicht. Erst im Verschulden würde die Frage relevant, ob dem Vermieter die Verursachung der Rechtsgutsbeeinträchtigung auch individuell vorzuwerfen ist.³⁰² Liegt die Schadensursache aber im Verantwortungsbereich des Schädigers, so kommt nach dem BGH auch im Rahmen von § 823 I BGB eine Beweislastumkehr in Betracht.³⁰³ Der Lichtschalter und die dahinterliegende Wand befinden sich im Verantwortungsbereich des Vermieters. Damit kommt eine Beweislastumkehr in Betracht. Wegen des beweisrechtlichen *non liquet* ließe sich so auch eine Haftung bejahen.

Bei präziser Betrachtung lässt dies aber die Besonderheiten der Kausalkette außer Betracht. Der Vermieter hat zwar den Lichtschalter unmittelbar betätigt. Dies hat aber nur deshalb eine Verletzung des Interessenten zur Folge gehabt, weil an den Lichtschalter die Zündung einer Bombe gekoppelt war. Erst die Zündung der Bombe hat unmittelbar zur Schädigung geführt. Dementsprechend ist hier von einer mittelbaren, mehraktigen Schädigung auszugehen, welche die Darlegung einer konkreten Sorgfaltspflichtverletzung über die rein äquivalente Kausalität für die Schädigung hinaus erfordert³⁰⁴. Weil der Betätigung eines Lichtschalters aber grundsätzlich keine Gefahr innewohnt³⁰⁵, wird dem Interessenten die Darlegung eines Verkehrsverstößes inoweit nicht

302 Anders als bei einer Verkehrspflichtverletzung muss bei einer unmittelbaren Rechtsgutsverletzung auch ebendiese vom Schädiger zu verschulden sein, vgl. Bamberger-Roth/*Spindler*, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 278.

303 Vgl. BGH, Urf. v. 9.7.1959 – VII ZR 149/58, Rn. 14.

304 jurisPK-BGB/*Lange*, 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 1 Rn. 53.

305 Anders beispielsweise die Lagerung von Tatmitteln aus Straftaten nach dem BtMG eines Mieters in der Mietwohnung, welche die naheliegende Gefahr einer mittelbaren Schädigung hervorruft, vgl. BGH, Urf. v. 14.12.2016 – VIII ZR 49/16, Rn. 15 („Mieter [...] [muss] ohne weiteres damit rechnen, dass es im Zuge aufgrund dessen durchgeführter strafprozessualer Maßnahmen zu Schäden an der Wohnung kommt“).

gelingen. Mangels Einschlägigkeit des Schutzzwecks der Norm³⁰⁶ kann die mittelbare Schädigung dem Vermieter nicht zugerechnet werden.

Das Beispiel zeigt, dass die unterschiedliche Behandlung der h.M. von unmittelbaren und mittelbaren Rechtsgutsverletzungen in der Struktur des § 823 I BGB wegen des bisweilen fließenden Übergangs und der unterschiedlichen Folgen für die Beweislastverteilung nicht unproblematisch ist: Liegt eine unmittelbare Rechtsgutsverletzung vor, so wird bereits das leicht darzulegende Erfolgsunrecht als tatbestandliche Verletzung im Sinne von § 823 I BGB angesehen.³⁰⁷ Handelt es sich hingegen um eine mittelbare Schädigung, so obliegt es dem Geschädigten, eine Sorgfaltspflichtverletzung darzulegen und zu beweisen.³⁰⁸ In Kombination mit der Beweislastverteilung der Rechtsprechung nach Gefahrenbereichen kann somit die Weichenstellung unmittelbare/mittelbare Verletzung maßgeblichen Einfluss auf die Erfolgsaussichten des Geschädigten vor Gericht haben. Vorteil einer Ansicht, die im Tatbestand stets eine Sorgfaltspflichtverletzung fordert – und damit nur Handlungsunrecht als haftungsbegründend anerkennt –, ist, dass sie auf diese wenig trennscharfe Abgrenzung verzichten kann.³⁰⁹

Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. *Lässt man die Abgrenzung der unmittelbaren von der mittelbaren Schädigung im Bombenfall³¹⁰ außen vor, so kann von vornherein nach einer Sorgfaltspflichtverletzung des Vermieters gesucht werden. Der Betätigung des Lichtschalters – die ohne Zweifel äquivalent kausal für die Rechtsgutsbeeinträchtigung war – wohnt an sich keine Gefahr inne. Man könnte aber auch an die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch Unterlassen anknüpfen. Vorwurf wäre hierbei die unterlassene Kontrolle der Räumlichkeiten, welche dazu*

306 Die Sorgfaltsmaßstäbe des jeweiligen Verkehrs konkretisieren die Lehre vom Schutzzweck der Norm als Einschränkung der äquivalenten Kausalität, HK-BGB/*Staudinger*, 9. Aufl. 2017, § 823 Rn. 50.

307 *jurisPK-BGB/Lange*, 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 1 Rn. 53 („unmittelbare Eingriffe in tatbestandlich geschützte Rechtsgüter [...] per se verityptes Zivilunrecht“); s. MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 7 (Fn. 15) m.w.N.

308 *jurisPK-BGB/Lange*, 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 1 Rn. 53.

309 Näher MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 21.

310 S.o., S. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

führte, dass eine unwissende Person – hier der Vermieter selbst – die Bombe durch Betätigen des Lichtschalters zündet. Eine solche Verkehrspflicht scheitert aber an dem unverhältnismäßigen Kontrollaufwand sowie an der außerordentlich geringen Schadenswahrscheinlichkeit. Es wird dem Interessenten daher nicht gelingen, eine Verkehrspflichtverletzung zu beweisen. Damit scheidet eine Haftung aus § 823 I BGB in Gänze aus.

Der Fall zeigt damit, dass der Zuschnitt und die Formulierung der Verletzungshandlung (wegen der fragwürdigen Unterscheidung der h.M. von unmittelbaren und mittelbaren Rechtsgutsverletzungen sowie Rechtsgutsverletzungen durch Unterlassen) auch im Deliktsrecht für die Beweislastverteilung maßgeblich sein können.

3. Zwischenergebnis: Annäherung zwischen § 280 I 2 BGB und § 823 BGB im Rahmen der Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilungen im Jedermannsrecht und im Rahmen der Haftung in bestehendem Schuldverhältnis für Nebenpflichtverletzungen sind ähnlicher als häufig angenommen.³¹¹ Im Bereich der Produkthaftung ist die Rechtsprechung auch im Jedermannsrecht schon immer großzügig mit Beweislastumkehren gewesen, weshalb hier ohnehin identische Maßstäbe gelten.³¹² Zwar ist nur in § 280 I 2 BGB – und damit im Schuldverhältnisrecht – eine Beweislastumkehr explizit geregelt. Im Bereich der Verkehrspflichten praktiziert die Rechtsprechung aber

311 von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 312; K. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 359, 376f. (Fn. 87: „Unterschied verwischt“); Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780; Schur, Leistung, 2001, S. 210f. („Annäherung beider Rechtsbereiche“); trotz geringerer Betonung der Verhaltensbezogenheit von Nebenpflichten grundsätzlich zustimmend Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f., 1095f., 1103 („dogmatische Parallelen unübersehbar“, „Unterschiede [...] vor allem im Hinblick auf erfolgsbezogene Leistungspflichten“). Interessant an dieser Stelle auch Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 150, der für seinen Ansatz zur Beschränkung von Nebenpflichten an den im Verhältnis zum Jedermannsrecht bestehenden Haftungsunterschieden ansetzt, dabei aber – bewusst oder unbewusst – die Beweislastumkehr nach § 280 I 2 BGB auslässt; vgl. zudem bereits Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 492 („Aber schon nach dem geltenden Recht ist es fraglich, ob das Recht der Sonderverbindung noch Beweislastvorteile gegenüber dem Deliktsrecht bringt [...]“).

312 So auch Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 360.

ebenfalls eine faktische Beweislastumkehr, sofern sich die Schadensursache im Verantwortungsbereich des Schädigers verorten lässt.³¹³ In anderen Fällen hilft sie dem Geschädigten häufig über einen Anscheinsbeweis und kommt so im sich tatbestandlich mit § 241 II BGB überschneidenden Bereich regelmäßig zu mit § 280 I 2 BGB identischen Ergebnissen.³¹⁴

Grundsätzlich ist zudem – völlig unabhängig von einer etwaigen teleologischen Reduktion des § 280 I 2 BGB – der sog. Gefahrenbereich im gesamten Zivilrecht das entscheidende, wertende Kriterium, um die Beweislast zu verteilen.³¹⁵ Auch der BGH geht davon aus, dass es in der „*Rechtsprechung seit langem anerkannt [ist], bei einzelnen vertraglichen, vorvertraglichen oder deliktischen Rechtsbeziehungen eine Verteilung der Beweislast nach Gefahrenbereichen vorzunehmen*“.³¹⁶ Damit gibt er zu verstehen, dass die der Beweislastverteilung zugrunde-

313 Vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, Rn. 37 („Diese Beweisregel [i.e. eine Beweislastumkehr] greift freilich erst ein, wenn der Geschädigte nachgewiesen hat, daß sein Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers, und zwar durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist. Dieser Beweis wird vom Geschädigten sogar dann verlangt, wenn er den Schädiger wegen Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Schutz- und Nebenpflichten in Anspruch nimmt [...]. Nichts anderes gilt, wenn er den Produzenten wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch nimmt. Hat er aber diesen Beweis geführt, so ist der Produzent "näher daran", den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.“); Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 201f.

314 Vgl. BGH, Urt. v. 20.6.1990 – VIII ZR 182/89, Rn. 10, 12; AG Bad Segeberg, Urt. v. 14.2.2013 – 17 C 219/12, Rn. 41f., 58; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 33; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, Vorb v § 249 Rn. 138, § 280 Rn. 37; *U. Huber*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737; *Kreuzer*, Verkehrspflichten, 1971, S. 161 („Die normativ erheblichen Divergenzen in der Beweislast sind bei näherem Zusehen dank der Grundsätze des Anscheinsbeweises in der praktischen Falllösung kaum relevant“); Palandt/*Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54, 80, 165, 230; *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 179 („beweisrechtliche Erleichterung, die eine Anwendung des § 282 im Vergleich zur Beweislastverteilung des § 823 zu gewähren schien, hat angesichts der jüngeren Rechtsprechung des BGH zur Beweislast nach Gefahrenbereichen ohne Rücksicht auf die Art des geltend gemachten Anspruchs an Bedeutung verloren“); zur beweisleichternden Funktion des Anscheinsbeweises instruktiv *Prütting*, *Karlsruher Forum* 1989, S. 3, 12f.

315 Hopt, *AcP* 183 (1983), 608, 661; *Wagner*, *Schuldrecht*, 2003, S. 203, 222 („Sowohl im Deliktsrecht wie auch bei der Verletzung vertraglicher Schutzpflichten erfolgt die Beweislastverteilung unabhängig von § 280 Abs. 1 BGB.“); zur korrespondierenden Irrelevanz von – damals noch § 280 I 2 BGB ersetzend – § 282 BGB a.F. (analog) *Teichmann*, *JA* 1984, 709, 712 („BGH verteilt jetzt stärker die Beweislast nach Gefahrenbereichen und ohne Rücksicht auf die Art des geltend gemachten Anspruchs“).

316 BGH, Urt. v. 9.12.1976 – II ZR 205/74, Rn. 13; explizit auch von einem einheitlichen Standard ausgehend auch BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, Rn. 37f.

liegenden Prinzipien im Schuldverhältnis- und im Jedermannsrecht nicht auf unterschiedliche Weise angewendet werden.³¹⁷ Da der Geltungsgrund für eine etwaige Beweislastumkehr damit rein normativ besehen stets derselbe ist, ließe sich durchaus folgern, dass die Beweislastverteilung im Schuldverhältnis- und im Jedermannsrecht faktisch (nahezu) gleichläuft.³¹⁸

Wenn noch ein Unterschied ausgemacht werden soll, so besteht dieser in der Praxis bei Nebenpflichten, welche ein absolutes Rechtsgut schützen sollen. Bei diesen kann man versucht sein, eine besonders erfolgsbezogene Formulierung zu wählen, was die Bedeutung der Beweislastumkehr aus § 280 I 2 BGB steigert.³¹⁹ Bei Nebenpflichten das Vermögen betreffend ist jedoch die Gefahr der völligen Haftungsausuferung im Schuldverhältnis sehr groß, wenn sich die Rechtsanwendung auf allzu abstrakte Phrasen beschränkt.

Eine Pflicht, die da lautet „Unterlasse Schädigungen der vermögenswerten Interessen des Schuldverhältnis-Partners“, weist einen deutlichen Erfolgsbezug auf. Dementsprechend würde auch die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB volle Wirkung entfalten. Sobald der Gläubiger die Beeinträchtigung eines vermögenswerten Interesses durch den Schuldner darlegt, könnte sich der Schuldner nur von der Haftung befreien, wenn er entweder beweist, dass das Interesse schon nicht schützenswert ist oder aber zumindest die geforderten Schadensvermeidungsmaßnahmen sämtlich unzumutbar sind. Das kehrt die verhaltensbezogene Natur von Nebenpflichten in ihr Gegenteil um und belastet den Schuldner in unzumutbarer Weise.

317 von Bar, JuS 1982, 637, 640.

318 So z.B. Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 11, der von einer „weitgehend praktiziert[en] [...] Gleichbehandlung“ der Beweislastverteilung im Schuldverhältnis- und im Deliktsrecht spricht; ähnlich bereits von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 312; von Bar, JuS 1982, 637, 640; Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 492f.; Hans Stoll, AcP 176 (1976), 145, 150f. (Fn. 21: Annahme, „daß alle pseudo- oder quasivertraglichen Schutzpflichten [...] strukturell sich überhaupt nicht von den deliktsrechtlichen Verkehrspflichten unterscheiden und deshalb beweisrechtlich ebenso zu behandeln sind wie diese“) Teichmann, JA 1984, 709, 712.

319 Bereits Schlechtriem, VersR 1973, 581, 583 weist auf diese Gefahr hin; indes dafür aus Gründen der „Rechtssicherheit“ plädierend Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f.

Deshalb erfolgt beim Schutzgut „Vermögen“ regelmäßig ein sehr präziser Zugschnitt des verbotenen Verhaltens.

In der Fallgruppe des Abbruchs von Vertragsverhandlungen nimmt der BGH eine vorvertragliche Pflichtverletzung nur an, „wenn ein Verhandlungspartner bei der Gegenseite zurechenbar das aus deren Sicht berechnete Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht“.³²⁰ Diese Nebenpflicht bezweckt Vermögensschutz. Der Gläubiger muss deshalb eine Reihe von (wertungsbeladenen) Tatsachen belegen, bis die Pflichtverletzung im Sinne von § 280 I 1 BGB bewiesen ist.

Wenn schon die Definition der Pflichtverletzung große Teile der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt konsumiert, schwindet auch die Bedeutung der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB erheblich. Zudem greift das Deliktsrecht in diesem Bereich ohnehin nur stark eingeschränkt.³²¹ Wenn das Deliktsrecht schon tatbestandlich nicht einschlägig ist, kann also auch nicht wirklich von einem Unterschied in der Handhabung der Beweislastverteilung ausgegangen werden.

III. Haftung für das Verhalten Dritter

1. Schuldverhältnisrecht

Häufig wird als zentrale Haftungserweiterung des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Deliktsrecht auf § 278 BGB³²² verwiesen.³²³ Die Haftung des Schuld-

320 BGH, Urt. v. 6.7.2004 – XI ZR 254/02, Rn. 26.

321 S.u., S. 95ff.

322 § 278 S. 1 BGB lautet: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.“

323 von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 58; Dauner-Lieb, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 310; U. Huber, AcP 177 (1977), 281, 318; Katzenstein, Jura 2004, 584, 586; Michaelis, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 200f.; Staub, Vertragsverletzungen, 1904, S. 38; Teichmann, JA 1984, 709, 712; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 192f. (Fn. 52). Auch eine der grundlegenden Entscheidungen aus der historischen Entwicklung der Nebenpflichten – der „Linoleumrollenfall“ – erging spezifisch, um wegen der Unzulänglichkeit des § 831 I BGB § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zur Anwendung gelangen zu lassen, RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240f.

ners für das Verhalten Dritter lässt sich damit auf § 278 S. 1 Alt. 2 BGB stützen. Weil der Schuldner selbstverständlich nicht für das Verhalten jedes Dritten haften soll, begrenzt § 278 S. 1 Alt. 2 BGB die Haftung auf „*Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient*“. Hiermit wird der sog. Erfüllungsgehilfe umschrieben. Wird ein Verhalten zugerechnet, so muss den Schuldner für seine Haftung kein eigenes Verschulden mehr treffen.³²⁴ § 278 BGB repräsentiert – anders als die §§ 823, 831 BGB – eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip.³²⁵ Zudem ermöglicht § 278 S. 1 Alt. 2 BGB – anders als § 831 BGB – auch die Zurechnung von dem Verhalten Dritter, welche selbständig und ohne Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn tätig sind.

Aufgrund ihrer systematischen Stellung im allgemeinen Schuldrecht ist die Norm zwar grundsätzlich auf Konstellationen mit schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten anwendbar.³²⁶ Dies entbindet aber nicht von der Prüfung der Voraussetzungen des § 278 BGB. Weil es sich bei Nebenpflichten regelmäßig um verhaltensbezogene Pflichten handeln wird,³²⁷ die dem Gläubiger keinen Anspruch auf einen Erfolg vermitteln, sondern dem Schuldner lediglich ein bestimmtes Verhalten abfordern oder ihm ein bestimmtes Verhalten verbieten, wird die Prüfung des § 278 BGB häufig bereits im Rahmen der Pflichtverletzung relevant. Die wortlautgetreue Subsumtion des § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen gestaltet sich indes holprig.³²⁸ Weder der Begriff der Verbindlichkeit noch die aktive Einschaltung des Erfüllungsgehilfen in die Erfüllung lassen sich bei Nebenpflichten ohne begriffliche Zugeständnisse bejahen. Dass § 278 BGB aber auf Nebenpflichten Anwendung finden kann, wird von Rechtsprechung und Literatur mittlerweile weithin selbstverständlich – und ohne Darlegung der

324 AG München, Urt. v. 25.3.2010 – 461 C 32968/09, Rn. 5.

325 *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 71.

326 Die Norm setzt lediglich ein Schuldverhältnis voraus, unabhängig davon, welchen Ursprungs dieses ist, *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 7f.

327 *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 93f.; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 521f. (Fn. 28). Das Gegenstück hierzu bilden die sog. „*Erfolgspflichten*“, die dem Gläubiger den Eintritt eines bestimmten (Leistungs-)Erfolgs versprechen. Bleibt dieser Erfolg aus, so liegt automatisch eine Pflichtverletzung vor.

328 *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77 geht davon aus, dass die h.M. bei der (unmittelbaren) Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten die „*Wortlautgrenze überschreitet*“; krit. auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 150f. (Fn. 1).

grundsätzlichen Subsumtionsschwierigkeiten – bejaht.³²⁹ Als Grenze der Zurechnung wird lediglich ein sachlicher Zusammenhang zwischen der übertragenen Aufgabe und der Nebenpflichtverletzung gefordert.³³⁰ Die herrschende Meinung knüpft an den Wortlaut des § 278 BGB an und verlangt, dass die Handlung des Erfüllungsgehilfen auch tatsächlich zur Erfüllung und nicht nur bei Gelegenheit der ihm übertragenen Aufgabe gehandelt hat.³³¹

2. Jedermannsrecht

Auch im Jedermannsrecht kann sich das Verhalten Dritter auf die Haftung des Nebenpflichtschuldners auswirken. Systematisch gibt es hierbei entweder die Möglichkeit, das Verhalten des Dritten dem Schuldner zuzurechnen, oder die Möglichkeit, den Schuldner für eigenes Verschulden zu belangen. § 831 I 1 BGB bietet dabei eine Anspruchsgrundlage, um den Schuldner auch bei schädigendem Verhalten eines Dritten haften zu lassen. Es ist aber eine Anspruchsgrundlage, welche das schuldhafte Verhalten des Schuldners selbst sanktioniert.³³² Letztlich wird nach § 831 I 1 BGB die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht vermutet, Gehilfen sorgfältig auszuwählen und zu überwachen.³³³ Aus diesem Grund gewährt § 831 I 2 BGB auch die Möglichkeit einer Exkulpation. Dogmatisch ist

329 Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 18; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 487 (Fn. 277) m.w.N.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 75.

330 Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 20.

331 RG, Urt. v. 29.5.1906 – III 465/05, RGZ 63, 341, 343f.; BGH, Urt. v. 14.2.1957 – VII ZR 287/56, BGHZ 23, 319, 323; BGH, Urt. v. 4.2.1997 – XI ZR 31/96, Rn. 18; BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 148/11, Rn. 19; *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 52 m.w.N.; *NK-BGB/Dauner-Lieb*, 3. Aufl. 2016, § 278 Rn. 8; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 662; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 20; *Hirsch*, Schuldrecht AT, 11. Aufl. 2018, Rn. 438; *Kreß*, Schuldrecht AT, 1929, S. 337f.; *HK-BGB/Schulze*, 9. Aufl. 2017, § 278 Rn. 11; *Jauernig/Stadler*, 17. Aufl. 2018, § 278 Rn. 12; *Bamberger-Roth/Unberath*, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 44. Diese Herangehensweise ist der US-amerikanischen Abgrenzung mittels der „*Scope of Employment*“-Regel gar nicht unähnlich, vgl. § 228 II *Restatement (Second) of Agency* („*Conduct of a servant is not within the scope of employment if it is different in kind from that authorized, far beyond the authorised time or space limits, or too little actuated by a purpose to serve the master.*“).

332 *Kupisch*, JuS 1984, 250, 251.

333 Aufgrund der Fortentwicklung der allgemeinen Pflichten zur Gefahrvermeidung im Rahmen einer geschäftlichen Unternehmung innerhalb von § 823 I BGB ist dabei die dogmatische Bedeutung des § 831 I BGB mit Ausnahme der angedeuteten Beweislastumkehr nahezu aufgehoben, vgl. *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 11.

der entscheidende Unterschied zu § 278 BGB, dass nach § 831 BGB für eigenes, nicht für fremdes Verhalten gehaftet wird. Zudem ist § 831 BGB – anders als § 278 S. 1 Alt. 2 BGB – nicht auf einen weisungsunabhängigen *independent contractor* anwendbar.³³⁴ Rechtspraktisch bildet die Möglichkeit der Exkulpation in § 831 I 2 BGB einen entscheidenden Nachteil gegenüber der Haftung aus Schuldverhältnis.³³⁵ An den Entlastungsbeweis werden aber von der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt.³³⁶ Durch die restriktive Handhabung des § 831 I 2 BGB durch die Rechtsprechung erfährt die dogmatisch stets betonte Schwäche des § 831 BGB eine praktische Aufwertung.³³⁷

Zudem wurde der Anwendungsbereich des § 31 BGB von der reinen Organhaftung hin zur Repräsentantenhaftung ausgeweitet³³⁸: In letztlich analoger Anwendung des § 31 BGB hat sich die Rechtsprechung vom Erfordernis der verfassungsmäßigen Berufung des Organs entfernt und fordert lediglich eine faktische Organstellung aufgrund selbstständiger und eigenverantwortlicher Wahrnehmung eines Aufgabenbereichs mit Außenwirkung.³³⁹ Dabei ging es dem BGH im hierzu grundlegenden Urteil gerade darum, eine Haftung aus §§ 823 I, 31 BGB dort zu ermöglichen, wo eine Haftung nach § 831 BGB womöglich ausgeschlie-

334 *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 87; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 16.

335 *Kupisch*, JuS 1984, 250, 254f.

336 Vgl. bspw. BGH, Urt. v. 30.1.1996 – VI ZR 408/94, Rn. 16.

337 Vgl. *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1717f.; *von Bar*, JuS 1982, 637, 645; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 661; *Horn*, JuS 1995, 377, 379; *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281, 318 (Fn. 142); *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 335f.; *Michael Lehmann*, Bürgerliches Recht, 1983, S. 95f.; *Schlechtriem*, FS Medicus, 1999, S. 529, 530.

338 *jurisPK-BGB/Matusche-Beckmann*, 8. Aufl. 2017, § 831 Rn. 21; *K. Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, S. 4, 7f.; *AK-BGB/Reich*, 1979, § 831 Rn. 11; *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 298f.; näher zu dieser bereits in den Materialien zu § 31 BGB erkennbaren Entwicklung *MüKo-BGB/Arnold*, 7. Aufl. 2015, § 31 Rn. 4f.; *Zimmermann/Verse*, Richter, 2000, S. 319, 338ff.

339 BGH, Urt. v. 30.10.1967 – VII ZR 82/65, Rn. 10f. („Verfassungsmäßig berufene Vertreter im Sinne des § 31 BGB sind nicht nur Personen, deren Tätigkeit in der Satzung der juristischen Person vorgesehen ist; auch brauchen sie nicht mit rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ausgestattet zu sein. Es braucht sich auch nicht um einen Aufgabenbereich innerhalb der geschäftsführenden Verwaltungstätigkeit der juristischen Person zu handeln. Vielmehr genügt es, daß dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, daß er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert“) (BGHZ 49, 19, 20f.)

den wäre.³⁴⁰ Anders als bei § 831 BGB ist dem Betrieb nämlich bei der Zurechnung einer Sorgfaltspflichtverletzung über § 31 BGB die Möglichkeit einer Exculpation wegen ordnungsgemäßer Überwachung des betreffenden Organs abgeschnitten.³⁴¹ Bereits das Reichsgericht hatte deutlich zu erkennen gegeben, dass das Zusammenspiel von § 31 BGB, § 823 BGB und der Rechtsfigur der Verkehrspflichten eine weitergehendere Betriebshaftung ermöglichen würde, als eine solche über § 831 BGB denkbar wäre.³⁴² Über § 31 BGB wird dem Schuldner der Verkehrspflicht dabei fremdes Verhalten zugerechnet. Genau wie bei § 278 BGB haftet der Schuldner hier für fremdes (Fehl-)Verhalten. Über das weite Verständnis der herrschenden Meinung von § 31 BGB findet der Gedanke des § 278 BGB damit zunehmend auch im Jedermannsrecht Verbreitung.³⁴³ Bereits in Verbindung mit der Auswahl- und Überwachungspflichten des § 831 I 2 BGB potenziert die Zurechnung jedes Fehlverhaltens eines Betriebsrepräsentanten mit jeweils eigenen Verrichtungsgehilfen in seinem Organisationsbereich die Unternehmenshaftung.³⁴⁴

Gleichzeitig ist § 823 I BGB mittlerweile³⁴⁵ Quell weitreichender Organisationspflichten für jeden, der Dritte in die Erfüllung eigener Aufgaben einspannt.³⁴⁶ So

340 BGH, Urt. v. 30.10.1967 – VII ZR 82/65, Rn. 11 („Bei einer solchen Sachlage wäre es unangemessen, der juristischen Person den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zu eröffnen.“) (BGHZ 49, 19, 21f.).

341 jurisPK-BGB/*Matusche-Beckmann*, 8. Aufl. 2017, § 831 Rn. 20.

342 RG, Urt. v. 15.1.1903 – VI 301/02, RGZ 53, 276, 280 („Sache des Beklagten, als des Eigentümers des Bahnhofsvorplatzes, ist es, für die Erfüllung der in der Straßenordnung den Eigentümern auferlegten Pflichten Sorge zu tragen, und von dieser Verhaftung kann sich der Beklagte nicht schlechthin durch den Nachweis befreien, daß er eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt habe. Für die Unterlassung im einzelnen Falle zwar kann er nach Maßgabe des § 831 B.G.B. die Verantwortung ablehnen, wenn er die Bestellung einer geeigneten Person dartut. [...] Davon verschieden ist aber die a l l g e m e i n e Beaufsichtigung der Beamten und ihrer Dienstverrichtungen, die dem Beklagten in seinen verfassungsmäßig berufenen Vertretern obliegt, und deren Unterlassung ihm als ein Verschulden dieser Vertreter zugerechnet werden muß. Wenn aus dieser Vernachlässigung ein Schade[n] erwächst, ist die juristische Person, obwohl sie eine geeignete Person zu der Verrichtung bestellt hatte, nach § 823 B.G.B. gleichwohl haftbar.“).

343 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 164 (Fn. 158) m.w.N.; vgl. auch *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 137 („Ausschluss der Exculpationsmöglichkeit des § 831 BGB“); *Schaub*, FS *Medicus*, 2009, S. 423, 425.

344 S. MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 102.

345 Zu den historischen, frühen Anfängen von Organisationspflichten eines Unternehmens innerhalb der reichsgerichtlichen Rechtsprechung instruktiv *Zimmermann/Verse*, Richter, 2000, S. 319, 338ff.

sind arbeitsteilige Prozesse wie Produktion, Verkauf und Vertrieb von Waren oder das Anbieten von Dienst- und Werkleistungen so zu organisieren, dass Schäden Dritter weitestgehend vermieden werden.³⁴⁷ Noch weitergehend ist jedes Unternehmensorgan verpflichtet, Schädigungen Dritter durch Gefahrensicherung innerhalb der eigenen Organisationsstruktur zu verhindern.³⁴⁸ Dabei genügt zur Gefahrensicherung nicht bereits die sorgfältige Auswahl und Bestellung von Verrichtungsgehilfen³⁴⁹, sondern die Organisationspflichten aus § 823 I BGB fordern auch eine laufende Überwachung und Instruktion aller ordnungsgemäß eingeschalteten Hilfspersonen dahingehend, dass Rechtsgutsverletzungen Dritter vermieden werden.³⁵⁰ Gerade im Bereich der Großbetriebe, in denen eine Exkulpation nach § 831 I 2 BGB lediglich die ordnungsgemäße Auswahl und Überwachung der jeweils nächsten Hierachiestufe – und nicht etwa die gesamte Hierarchieleiter hinunter – zur Voraussetzung hat (sog. dezentralisierter Entlas-

346 von Bar, JuS 1982, 637, 644f.; Brüggemeier, AG 1982, 268, 268; Michaelis, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 308ff.; AK-BGB/Reich, 1979, § 831 Rn. 10; Palandt/Sprau, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 50, 52 m.w.N. Dabei treffen die Organisationspflichten aus § 823 I BGB den Geschäftsherrn – anders als in § 831 BGB – „auch bei dem Einsatz weisungsunabhängiger Gehilfen“, zutreffend Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 119.

347 BGH, Urt. v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, Rn. 14, 23ff.; BGH, Urt. v. 30.5.1978 – VI ZR 113/77, Rn. 8f.; von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 96; Medicus/Petersen, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. 648ff., 656f.; Träger, Arbeitsteilung, 2012, S. 163 (Fn. 153) m.w.N.; zu den Organisationspflichten innerhalb eines Schuldverhältnisses BGH, Urt. v. 11.10.1994 – XI ZR 238/94, Rn. 20f.; zur Reichweite deliktsrechtlicher Herstellerhaftung Gsell, Substanzverletzung, 2003, S. 328 („sei daran erinnert, daß auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die deliktsrechtliche Herstellerhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB in mancher Hinsicht weiterreicht als die Vertragshaftung des Verkäufers“).

348 BGH, Urt. v. 30.1.1996 – VI ZR 408/94, Rn. 8 („Wer die Organisationsgewalt über ein betriebliches Unternehmen innehat, hat für Gefahrensicherung in seinem Organisationsbereich zu sorgen.“).

349 Werden zu wenig Hilfspersonen eingeschaltet, sodass es aufgrund unnötiger Überlastung des Betriebsablaufs zu gefahrenträchtigen Störungen kommt, oder deshalb Kontrollmaßnahmen unterlassen werden, so wirkt auch dies haftungsbegründend i.S.v. §§ 823 I, 31 BGB, MüKo-BGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, § 31 Rn. 9 („personalpolitischer Organisationsmangel“).

350 BGH, Urt. v. 25.10.1951 – III ZR 95/50, Rn. 7 („bleibt [...] Aufgabe des Gutsherrn, allgemeine Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten“) (BGHZ 4, 1, 2f.); BGH, Urt. v. 30.5.1978 – VI ZR 113/77, Rn. 9 („Den ihr so obliegenden Pflichten genügt die Beklagte nicht schon mit der Bestellung an sich geeigneter Personen, für deren Tun und Lassen sie sich nach § 831 BGB entlasten kann. Sie mußte vielmehr bei der Bedeutung, die der Verkehrssicherheit von Kraftfahrzeugen für die Allgemeinheit zukommt, durch ihre Organe oder durch sonstige Vertreter im Sinne der §§ 30, 31 BGB geeignete Anordnungen erlassen, die gewährleisten, daß die Reparaturen ordnungsgemäß vorgenommen wurden“).

tungsbeweis)³⁵¹, schließt die Rechtsprechung die mit Blick auf die gewaltigen Vorteile der Arbeitsteilung oftmals als unfair empfundenen Haftungslücken mittlerweile erfolgreich über § 31 BGB und die Rechtsfigur der Organisationspflichten.³⁵² Sogar der fehlende Einsatz einer Person zur konkreten Aufgabenerfüllung, deren Verhalten dem Unternehmen nach § 31 BGB zuzurechnen wäre – also die Flucht in die Möglichkeit einer Exkulpation nach § 831 BGB – kann als Organisationspflichtverletzung nach § 823 I BGB haftungsbegründend wirken.³⁵³ In manchen Sachbereichen führt die Organisationshaftung damit zu einer dem § 278 BGB ähnlichen Garantiehftung.³⁵⁴ Die Pflichtverletzung wird damit vom Zeitpunkt der Schädigung durch den Gehilfen auf die grundsätzliche Organisation des Betriebs vorverlagert.³⁵⁵ Damit erlaubt der Eintritt eines Schadens quasi den Rückschluss auf eine fahrlässige Vorgehensweise innerhalb des Betriebes, von der sich die Organe stellvertretend für das Unternehmen aktiv zu entlasten haben.³⁵⁶ Über die Kombination des weiten Anwendungsbereichs des § 31 BGB

-
- 351 RG, Urt. v. 14.12.1911 – VI 75/11, RGZ 78, 107, 108 („Wenn [...] der Umfang eines großen industriellen Betriebes [...] dem Geschäftsherrn selbst die Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich machen und diese einem Angestellten höherer Ordnung übertragen werden muß, dann hat sich insoweit der Entlastungsbeweis auf diese letztere Person zu richten.“).
- 352 jurisPK-BGB/Matusche-Beckmann, 8. Aufl. 2017, § 831 Rn. 124 („Anwendung der Grundsätze des dezentralisierten Entlastungsbeweises durch den Ausbau der Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen betrieblichen Organisationsmangels [unterliegt] zunehmenden Einschränkungen“); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 103 („dezentralisierte[r] Entlastungsbeweis [...] wieder rückgängig gemacht“).
- 353 BGH, Urt. v. 5.3.1963 – VI ZR 55/62, Rn. 15 („[Unternehmen wäre] verpflichtet gewesen, einen seiner vier Geschäftsführer oder ein Sonderorgan (§ 31 BGB) mit der Aufgabe zu betrauen“) (BGHZ 39, 124, 130).
- 354 Vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 164 (Fn. 159) m.w.N.
- 355 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 165. Das entspricht im Übrigen der dogmatischen Funktionsweise von § 831 BGB. Auch hier haftet der Geschäftsherr nicht wegen fremden, sondern wegen eigenen Verschuldens für die fahrlässige Auswahl oder Anleitung des Verrichtungsgehilfen, näher *Kupisch*, JuS 1984, 250, 252; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 831 Rn. 11.
- 356 Vgl. BGH, Urt. v. 13.5.1955 – I ZR 137/53, Rn. 14 („Schadensersatzpflicht der Bekl. nicht nur auf Grund der §§ 823, 831, sondern auch auf Grund der §§ 823, 89, 31 BGB [...] gegeben, da die Organe der Bekl. deren Bedienstete bei Bleifrachtentladungen nicht zu gehöriger Sorgfalt bei der Überprüfung der Reinigung angehalten haben. Die Bekl. hat nicht dargelegt, daß sie durch entspr. Dienstvorschriften der ihr in dieser Richtung obliegenden Pflicht genügt hat.“) (BGHZ 17, 214, 220f.); von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1718f. (Tendenz zu „einer in der Sache eher schuldunabhängigen Gehilfenhaftung“); Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780; Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 132 („Beweislastumkehr in den Fällen eines Organisationsverschuldens“); Schaub, FS Medicus, 2009, S. 423, 440. Organisationspflichten sind damit ein funkti-

mit den Organisationspflichten aus § 823 I BGB werden also heutzutage die Lücken des § 831 I BGB über weite Strecken kompensiert.³⁵⁷

3. Zwischenergebnis: Verringerte Unterschiede bei der Einstandspflicht für Dritte

Zusammenfassend lässt sich deshalb sagen, dass auch im Bereich der Haftung für das Verhalten Dritter eine Annäherung des Jedermannsrechts an das Schuldverhältnisrecht zu beobachten ist. Der Widerspruch zwischen § 278 BGB und dem deliktsrechtlichen Einstehen für Dritte ist heutzutage keineswegs mehr so groß wie häufig vermutet. Zwar ist im Ausgangspunkt § 831 I 1 BGB wegen seiner dogmatischen Struktur das deutlich weniger schlagkräftige haftungsrechtliche Instrument als die Zurechnungsnorm des § 278 BGB.³⁵⁸ Dafür ist aber § 823 I BGB Ursprung zunehmend wachsender Organisationspflichten, welche den Umfang der möglichen Delegation von Verkehrssicherungspflichten – mitsamt korrespondierender Haftungsfreistellung des Geschäftsherrn – erheblich

-
- onales Instrument, welches sich – nicht unähnlich der Nebenpflichten – flexibel einsetzen lässt, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, s. Wagner, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 299f.
- 357 Ähnliche Einschätzung auch von *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 610 („Defizite des deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutzes [...] des § 831 BGB weitgehend ausgeglichen“); *Medicus*, JuS 1986, 665, 668 (Fn. 31); *Medicus/Petersen*, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. 199 („Ersetzung des § 831 durch § 823 I“); *Schaub*, FS *Medicus*, 2009, S. 423, 440; *HKK/Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 157 („Schutz des Opfers gegenüber dem Fehlverhalten innerhalb komplexer Organisationen bei Lichte besehen statt durch die vorvertragliche Sonderverbindung [...] durch den Ausbau der Verkehrspflichten und insbesondere deren Spielart der Organisationspflichten innerhalb des Deliktssystems selbst durchaus gewährleistet“); *Schlechtriem*, FS *Medicus*, 1999, S. 529, 530; *K. Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, S. 4, 5 („Unternehmenshaftung findet außerhalb dieser einstigen Zentralnorm statt“); *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 55; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 519; *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 297 („Defizite der Unternehmenshaftung nach deutschem Deliktsrecht [...] überwunden“); vgl. bereits *Michaelis*, FS *Siber*, Bd. II, 1945, S. 185, 310 (allgemeine Überwachungspflicht hat „praktisch die Funktion [...], die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 [...] zu beschränken“); *Medicus*, FS *Kern*, 1968, S. 313, 334 (Fn. 74)
- 358 Vgl. aber bereits die Einschätzung von *Schlechtriem*, VersR 1973, 581, 582f. (Fn. 23: „Auch dürften heute die Fälle selten sein, in denen ein Entlastungsbeweis gelingt.“) sowie – speziell zur Produzentenhaftung – *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 337 („faktische[...] Elimination des Entlastungsbeweises“).

einschränken.³⁵⁹ Die Verletzung einer solchen Organisationspflicht kommt auch bei der Beauftragung eines weisungsunabhängigen Gehilfen in Betracht, was die Unterschiede zu § 278 BGB zumindest deutlich verringert.³⁶⁰ Zwar ist zu konstatieren, dass Unterschiede verbleiben können.³⁶¹ Mithilfe der aus § 823 I BGB abgeleiteten Organisationspflichten, der großzügigen Anwendung von § 31 BGB und praktischen Einschränkungen die Exkulpation in § 831 I 2 BGB betreffend wird der Spalt zwischen beiden Rechtsbereichen aber hinsichtlich der Einstandspflicht für Dritte in der Rechtspraxis merklich verkleinert.³⁶²

IV. Haftung für Vermögensschäden

1. Schuldverhältnisrecht

Als die zentrale Haftungserweiterung des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Deliktsrecht wird häufig der umfassende Schutz des Vermögens genannt.³⁶³ Dabei wird das Vermögen durchaus auch im Deliktsrecht geschützt – und zwar

359 Palandt/Sprau, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 52, 55 („Entlastungsmöglichkeiten“ des § 831 BGB werden „praktisch erheblich eingeengt durch die eigene allgemeine Aufsichtspflicht“); Schaub, FS Medicus, 2009, S. 423, 438; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 163f.

360 Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 104; so auch schon früher Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 491 („Allerdings sind im Deliktsrecht schon Wege zur Einschränkung der Exkulpationsmöglichkeiten gefunden worden.“); U. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 867.

361 Michael Lehmann, Bürgerliches Recht, 1983, S. 94; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 491; womöglich etwas ausdrucksstark Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 12f. (Deliktsrecht „immer noch weit hinter dem Standard des § 278“).

362 von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 312; von Bar, JuS 1982, 637, 645; K. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 359, 376f. (Fn. 87: „Unterschied verwischt“); Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 161 („Bei der Haftung für Leute verdrängt die unmittelbare Haftung des Zuordnungssubjekts (Geschäftsherr) wegen Organisations- oder Überwachungsverschuldens weit hin die Regel des § 831 BGB“); Schaub, FS Medicus, 2009, S. 423, 440 („§ 831 BGB heute weitgehend durch andere Regeln überlagert“).

363 RG, Urt. v. 22.1.1906 – VI 267/05, RGZ 62, 315, 317 („Eine Haftung aus schuldhaft fahrlässiger Vermögensschädigung außerhalb des Vertrages aber kennt das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht.“); AK-BGB/Dubischar, 1980, vor §§ 275ff. Rn. 40; Hadzimanovic, Nebenpflichten, 2006, S. 106; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 660; Katzenstein, Jura 2004, 584, 586; Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 533; Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 811; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 584; Staub, Vertragsverletzungen, 1904, S. 38; Teichmann, JA 1984, 709, 712; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 192f. (Fn. 52); Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 204; vgl. bereits Michaelis, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 324 („Bedeutung der Deliktshaftung [...] [im Bereich des Vermögensschutzes] sehr beschränkt“).

sogar auch durch § 823 I BGB³⁶⁴ –, nur womöglich nicht in gleichem Maße wie durch die §§ 280 I, 241 II BGB.³⁶⁵ Das Ausmaß der Unterschiede ist deshalb näher zu untersuchen. Der Gesetzgeber fügte die „*Interessen*“ des Gläubigers in den Wortlaut von § 241 II BGB ein, um deutlich zu machen, dass auch „*Vermögensinteressen sowie andere Interessen wie zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit*“ als Schutzobjekt von Nebenpflichten in Frage kommen.³⁶⁶ In der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist im Kontext von Nebenpflichten stets vom gegenüber dem Jedermannsrecht erweiterten Vermögensschutz des Schuldverhältnissrechts die Rede. Schaut man sich jedoch die Beispielfälle oder die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu an, so stellt man fest, dass der Begriff des Vermögens hier entweder verfehlt ist oder überaus weit verstanden wird.

Beispiel 7 Weil die Bemalung der Wände im Mietwohnungsfall³⁶⁷ laut BGH von § 538 BGB gedeckt war – und der Mieter somit während der Mietdauer berechtigt war, das Eigentum des Vermieters durch die Bemalung zu beeinträchtigen –, lässt sich eine Nebenpflicht zum Schutz des Eigentums des Vermieters nicht völlig widerspruchsfrei begründen. Die vom BGH im Ergebnis bejahte Nebenpflicht muss sich dementsprechend auf ein anderes Schutzgut bezogen haben. Mit der Pflicht des Mieters, die Wandfarbe weiß überzumalen, sollte die Wohnung im Zeitpunkt der Rückgabe in einen möglichst neutralen Zustand versetzt werden. Sie sollte also möglichst vielen potentiellen Mietern als geeignet erscheinen. Damit wird dem Vermieter die Weitervermietung erleichtert. Die (abstrakte) Möglichkeit des Vermieters aus seinem Eigentum Einkommen zu

364 Zwar ist das Vermögen grundsätzlich kein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut. Ausnahmen werden hiervon aber dann gemacht, wenn sich das Vermögen hinreichend absolut manifestiert, sodass eine Gleichstellung mit den in § 823 I BGB genannten Rechtsgütern gerechtfertigt ist. Die prominentesten Beispiele bilden der Unternehmensschutz sowie der Schutz (der vermögenswerten Bestandteile) des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, vgl. MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 316ff., 363ff.; allgemein zum Vermögensschutz im Deliktsrecht Deutsch, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 873ff.; Doobe, Vermögensschäden, 2014, S. 65ff.; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 430ff.

365 Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 90 („*Kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller Unterschied gegenüber dem Deliktsrecht*“); Faust, AcP 210 (2010), 555, 557; Faust, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 162; Faust, Gutachten DJT, 2016, S. 38f.

366 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126; Canaris, JZ 2001, 499, 519.

367 S.o., S. 33.

generieren, könnte also zu seinem Vermögen als von § 241 II BGB geschütztem Rechtsgut gehören. Allerdings konnte mangels konkreter Mietinteressenten, die allein von der Wandfarbe abgeschreckt wurden, noch nicht von einer im klassischen Sinne vermögenswerten Expektanz, welche durch die Rückgabe der Wohnung mit einer bunt gestrichenen Wand vernichtet worden wäre, ausgegangen werden. Demnach schützt die Nebenpflicht ein abstraktes, vermögenswertes Interesse des Vermieters, seine Wohnung weiterzuvermieten, ohne hierbei durch eine rücksichtslose Selbstverwirklichung des Vormieters beeinträchtigt zu werden. Schutzgut der Nebenpflicht ist damit das Vermögen des Vermieters, der dieser Annahme zugrundeliegende Vermögensbegriff ist aber sehr weit.³⁶⁸

Man muss sich also fragen, ob nicht der Begriff von Vermögensschutz auf tatbestandlicher Ebene schon im Ansatz unpräzise ist. Unmittelbarer Gegenstand einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht kann schließlich auch laut Gesetzgeber die rechtsgeschäftliche „*Entscheidungsfreiheit*“³⁶⁹ sein. Aufklärungspflichten bilden aber in der rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus Teil des erweiterten Vermögensschutzes im Schuldverhältnisrecht.³⁷⁰ Die fehlerhafte oder

368 Vgl. auch BGH, Urt. v. 5.3.2014 – VIII ZR 205/13, Rn. 13ff. Dort hatte ein Mieter innerhalb einer WEG seinen Schlüssel verloren. Die WEG wollte nun vom Eigentümer der Wohnung, der über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB für den Mieter einzustehen hatte, die Kosten für den Austausch der gesamten Schließanlage über §§ 280 I, 241 II BGB ersetzt verlangen. Der BGH nahm eine Nebenpflichtverletzung durch den Verlust des Schlüssels an, lehnte aber mangels konkreter Missbrauchsgefahr durch Dritte einen ersatzfähigen Schaden ab. Da es an einem Eingriff in die Sachsubstanz der Schließanlage laut BGH ja gerade fehlte, kann als Schutzobjekt der Nebenpflicht nur ein vermögenswertes Interesse der WEG in Betracht kommen. Der Schutzzweck dieser Pflicht erfasste aber offenbar nur dann den Ersatz der Schließanlage, wenn sich konkret eine Gefahr angebahnt hätte, dass der Schlüssel von einem Dritten missbraucht werden würde. In der Sache betraf auch der vom BGH im Schaden erörterte Teil die Frage, inwieweit das vermögenswerte Interesse der WEG schutzwürdig war.

369 BT-Drs. 14/6040, SchRMdG, Gesetzesbegründung, S. 126; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 347; hiergegen noch *Lieb*, FS Medicus, 1999, S. 337, 344ff.

370 *Grigoleit*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, 272; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 438. Im Bereich der Arzthaftung ist die ordnungsgemäße Aufklärung indes Voraussetzung für einen rechtmäßigen Eingriff in die körperliche Integrität, insoweit ist Schutzgut der Aufklärung regelmäßig ein zumindest auch über § 823 I BGB erfasstes Rechtsgut, vgl. beispielsweise die insoweit parallele Prüfung der §§ 280, 823 BGB des OLG Hamm, Urt. v. 30.5.2011 – 3 U 205/10, Rn. 27.

unzureichende Information durch die Gegenseite ist sogar der ganz regelmäßige Anknüpfungspunkt für einen möglichen Vermögensschutz durch Nebenpflichten.³⁷¹ Dem gegenüber stehen beispielsweise eine Nebenpflicht zum Schutz des Gläubigers vor der Verwendung unwirksamer AGB³⁷², eine Nebenpflicht zum Schutz des Gläubigers vor der fahrlässigen Ausübung eines in Wahrheit nicht bestehenden Gestaltungsrechts durch die Gegenseite³⁷³ oder eine Nebenpflicht des Schuldners, keine rechtswidrige Schufa-Meldung vorzunehmen³⁷⁴. Ein Vermögensbezug der jeweiligen Pflicht lässt sich hier ohne Zweifel herstellen. Nichtsdestotrotz fällt es schwer, das Vermögen als unmittelbares Schutzobjekt der Nebenpflicht zu fixieren.³⁷⁵ Ansatzpunkt der Verhaltensanforderung ist vielmehr der Schutz des Gläubigers vor einem bestimmten, als treuwidrig erkannten Verhalten des Schuldners, welches wiederum auf mehr oder weniger direktem Wege zu einer Vermögensminderung des Schuldners führt.³⁷⁶ Schutzobjekt von § 241 II BGB wäre dann nie das Vermögen als solches, sondern stets nur konkrete Ausformungen hiervon.³⁷⁷

All diese Ausformungen von Interessenschutz sollte man – in Abkehr vom wie gezeigt missverständlichen Begriff des Vermögensschutzes – sinnvoll unter dem Oberbegriff vermögenswerter Interessen zusammenfassen. Eine Unterteilung der unterschiedlichen, durch § 241 II BGB geschützten Interessen wird dann überflüssig.

371 Vgl. BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 26f.; AG Heidelberg, Urt. v. 1.9.2005 – 21 C 312/04, Rn. 26; *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 242; Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 14.

372 MüKo-BGB/*Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 76; Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 19.

373 C. *Weber*, DStR 2014, 213, 213; Staudinger/*Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 524.

374 AG Halle, Urt. v. 28.2.2013 – 93 C 3289/12, Rn. 20.

375 *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 319f. kritisiert, dass sich in diesem Bereich Verhaltensanforderungen „nur sehr mühsam als *Verstoß gegen eine Rücksichtnahmepflicht subsumieren*“ lassen.

376 Der Begriff des Integritätsinteresses passt bei Nebenpflichten vom natürlichen Wortsinn her nur auf den Schutz von absoluten Rechtsgütern im Sinne des § 823 I BGB. Geht es um sonstige vermögenswerte Interessen des Gläubigers, so sind diese nicht Teil einer irgendwie vorgeprägten Integrität. Erst das Marktversagen und die korrigierend eingreifende Nebenpflicht lassen das – häufig nur sehr umständlich zu beschreibende – vermögenswerte Interesse real werden. Das vermögenswerte Interesse ist also letztlich nur ein Vehikel, mit dem ein bestimmter Sachverhalt dem Integritätsschutz – und damit den Nebenpflichten – zugeordnet werden kann.

377 Vgl. auch *Keller*, Rechtskreiseröffnung, 2007, S. 219.

2. Jedermannsrecht

a) § 823 I BGB

§ 823 I BGB nennt das Vermögen nicht explizit als geschütztes Rechtsgut.³⁷⁸ Hintergrund ist die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, den allgemeinen Rechtsgüterschutz über die kleinen Generalklauseln der §§ 823 I, II, 826 BGB zu verwirklichen und nicht etwa nach dem Vorbild Frankreichs über eine große Generalklausel auch das Vermögen umfassend zu schützen.³⁷⁹ Ein umfassender Vermögensschutz – so die Befürchtung – würde das Haftungsrisiko des Einzelnen wegen der Vielzahl von potentiellen Gläubigern und der unvorhersehbaren Höhe der Schäden im Einzelfall in einem Maße erhöhen, welches die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) zu stark beschränken würde.³⁸⁰ Wegen dieser bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, das Vermögen nicht explizit in § 823 I BGB zu nennen, darf es auch nicht über den subsidiären Tatbestand des sonstigen Rechts in die Norm hineingelesen werden. Ein sonstiges Recht kommt immer dann in Betracht, wenn sich Interessen und Rechte in einer Weise verdichten, dass eine Gleichstellung mit den anderen in § 823 I BGB genannten, absolut zu schützenden Rechtsgütern gerechtfertigt ist.³⁸¹ Das sonstige Recht muss also weiterhin vom amorphen Begriff des Vermögens abzugrenzen sein.³⁸² Als sonstige Rechte im Sinne von § 823 I BGB, die tatbestandlichen Vermögensschutz

378 Dies betonend BGH, Urt. v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, Rn. 15; zur Historie dieses Grundsatzes *Zimmermann/Verse*, Richter, 2000, S. 319, 322ff.

379 Näher *Mugdán*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1073ff.; vgl. *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, 213 („wohlüberlegte Barriere“).

380 Vgl. mit Blick auf die fehlende Vorhersehbarkeit der Haftung für den Schädiger *Rödl*, *Gerechtigkeit*, 2015, S. 133f.

381 *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1698. Dabei wird verbreitet gefordert, dass das betroffene Interesse dem Geschädigten ausschließlich zugewiesen sein muss („*Zuweisungsfunktion*“) und dieses das absolute Recht haben muss, Dritte von der Nutzung auszuschließen („*Ausschlussfunktion*“), vgl. *Doobe*, Vermögensschäden, 2014, S. 68; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 267f.

382 Ansonsten droht die gesetzgeberische Grundentscheidung bei Erlass des BGB gegen eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden ausgehebelt zu werden, zutreffend *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 265. Zum interessanten Gedanken die „*Vertragsfreiheit*“ als (Teilausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht als) „*sonstiges Recht*“ im Sinne von § 823 I BGB anzuerkennen – und damit viele dogmatisch aufwändige Begründungen im allgemeinen Schuldrecht zumindest unnötig werden zu lassen – *J. Schmidt*, FS Lukes, 1989, S. 793, 803f., 806f.

ermöglichen, sind insbesondere das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkannt.³⁸³

Ersteres schützt den Bestand eines Unternehmens vor solchen Beeinträchtigungen, die sich gerade nicht (ausreichend) über die anderen, absolut geschützten Rechtsgüter abbilden lassen.³⁸⁴ Damit betreibt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb subsidiären Vermögensschutz, soweit die Voraussetzung des betriebsbezogenen Eingriffs gewahrt ist.³⁸⁵ Innerhalb des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sind unterschiedliche Fallgruppen³⁸⁶ zusammengefasst, die zum Teil durchaus von ähnlichen Beweggründen geleitet werden wie schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten.

Laut vom RG entwickelter und vom BGH fortgeführter Rechtsprechung bedeutet die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung, verbunden mit einem ernsthaften Unterlassungsbegehren, einen tatbestandlichen Verstoß gegen § 823 I BGB wegen Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs.³⁸⁷ Diese Fallgruppe erinnert deutlich an den Schutz des Gläubigers vor einem unberechtigten Nacherfüllungsverlangen durch eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht.³⁸⁸ In beiden Fällen wird die Haftung inhaltlich bedingt durch das ex ante erkennbare Potential der Handlung des Schädigers, für den Geschädigten fruchtlos aufgewendete Kosten durch Betriebseinbußen und Kontrollmaßnahmen zu verursachen.

383 Zur historischen Entwicklung dieser beiden Rechtsfiguren von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 83ff., 102ff.; Zimmermann/Vorse, Richter, 2000, S. 319, 326ff., 329ff.

384 Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1609f.

385 von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1719f.; von Bar, JuS 1982, 637, 645; Deutsch, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 873; zur damals zeitgenössischen Entwicklung skeptisch Raiser JZ 1961, 465, 469 („sichere Boden klar umgrenzter, die Widerrechtlichkeit des Eingriffs indizierender Deliktstatbestände verlassen“); vgl. auch Schwenger, Obligationenrecht, 1999, S. 59, 64 („Erfindung“).

386 Ausführlich MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 328ff.

387 BGH, Urt. v. 17.4.1997 – X ZR 2/96 („Chinaherde“), Rn. 10f.; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 328. Thole, AcP 209 (2009), 498, 536f. hält die „Sonderrolle“, welche der unberechtigten Verfolgung von Immaterialgüterrechten damit zugutekommt, hingegen für unberechtigt, weil andere Formen der unberechtigten Rechtsverfolgung mindestens genauso schadensträchtig sein können.

388 Hierzu BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 12ff. Beide Fälle bilden schließlich zudem eine Ausnahme zu der Regel, dass unberechtigte Rechtsverfolgung keine Schadensersatzansprüche nach sich zieht, näher Thole, AcP 209 (2009), 498, 509f.

Das aus Art. 2 I GG in Verbindung mit Art. 1 I GG abzuleitende allgemeine Persönlichkeitsrecht kann bei besonderer Schwere des Eingriffs einen Schmerzensgeldanspruch gewähren, um dem Verletzten Genugtuung zu verschaffen und den Verletzer von weiteren Beeinträchtigungen abzuhalten.³⁸⁹ Neben der Geldtendmachung eines Nichtvermögensschadens steht dem Verletzten aber stets die Möglichkeit zu, die vermögensrelevanten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Schaden geltend zu machen. Dieser letzte Aspekt stellt deliktischen Vermögensschutz dar.³⁹⁰

Das Deliktsrecht betreibt auch mit Informationspflichten Rechtsgüterschutz: So gibt es für den Hersteller eines gefährlichen Produkts eine aus § 823 I BGB abzuleitende Informationspflicht in Gestalt einer Warnpflicht.³⁹¹ Diese bezweckt zwar im Verhältnis zum Kunden primär den Schutz dessen körperlicher Integrität, kann aber im Hinblick auf die Haftung eines Abnehmers gegenüber Dritten (wegen derer Verletzungen) auch Vermögensschutz entfalten. Informationspflichten haben damit indes nicht immer den Schutz des Vermögens zum Gegenstand, sondern können sich auch auf ein in § 823 I BGB explizit genanntes Rechtsgut beziehen.

Beispiel 16 Ein Kunde benutzt mit seinem PKW die Waschanlage eines Tankstellenbetreibers („Waschanlagenfall“).³⁹² Durch die Wäsche wird der deutlich abstehende Heckspoiler des Kundenautos beschädigt, weil sich die Wascharme daran verkeilen. Der Betreiber haftet nach der Rechtsprechung wegen Verletzung einer Informationspflicht aus §§ 280 I, 241 II BGB.³⁹³ Ein identischer Anspruch ergibt sich aber auch aus § 823 I BGB.³⁹⁴ Aus dem Jedermannsrecht ergab sich daher ebenfalls eine Informationspflicht. Diese Pflicht sollte aber nicht unmittelbar das Vermögen, sondern das

389 von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1712ff.

390 von Bar, JuS 1982, 637, 645; deshalb zur Entwicklung skeptisch Raiser JZ 1961, 465, 470f.

391 Vgl. nur MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 846f. (Fn. 3699) m.w.N.

392 Fall nach AG Ludwigsburg, Urt. v. 2.11.2007 – 4 C 1536/07.

393 Der Betreiber einer Waschanlage ist aus § 241 II BGB verpflichtet darauf hinzuweisen, dass abstehende Teile des PKW, wie beispielsweise ein Heckspoiler, durch die – im Übrigen ordnungsgemäß betriebene Anlage – beschädigt werden können, AG Ludwigsburg, Urt. v. 2.11.2007 – 4 C 1536/07, Rn. 17.

394 AG Ludwigsburg, Urt. v. 2.11.2007 – 4 C 1536/07, Rn. 32.

Eigentum – als auch im Jedermannsrecht uneingeschränkt unmittelbar geschütztes Rechtsgut – des Kunden schützen.

b) § 823 II BGB

§ 823 II BGB kommt im Hinblick auf den Vermögensschutz durch das Deliktsrecht entscheidende Bedeutung zu.³⁹⁵ Typische vermögensschützende Schutzgesetze sind beispielsweise die §§ 263, 264 I, IV³⁹⁶, 266 StGB sowie § 15a IV, V InsO^{397, 398}. Mit Blick auf die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers gegen eine Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden hat sich *Canaris* grundsätzlich gegen die Berücksichtigung solcher Schutzgesetze mit Vermögensbezug ausgesprochen, die keine strafrechtliche Sanktion enthalten:³⁹⁹ Nur ein Strafgesetz biete „nach Unrechtsgehalt und tatbestandlicher Präzision eine hinreichende Gewähr gegen die Systemsprengung und die Aushöhlung der durch §§ 823 Abs. 1, 826 [BGB] vorgegebenen deliktsrechtlichen Grundentscheidungen“⁴⁰⁰. Richtig an dem Ansatz ist, dass er den Balanceakt, der bei der Anwendung des § 823 II BGB zu bewältigen ist, treffend hervorhebt: Zum einen muss die Norm kraft ihrer Existenz einen eigenständigen, nicht bereits von § 823 I BGB erfass-

395 Vgl. zur Möglichkeit, die unberechtigte Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen über § 823 II BGB i.V.m. §§ 17, 18 UWG anstatt über die – ohnehin mit Fallgruppen überfrachtete – *culpa in contrahendo* zu lösen, *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 232; zur Relevanz der Norm im Kontext sinnvollen Datenschutzes *Faust*, Gutachten DJT, 2016, S. 56ff.

396 Zur Haftung genügt die leichtfertige Falschankunft im Rahmen des Subventionsverfahrens. Damit erlaubt die Norm i.V.m. § 823 II BGB deliktischen Vermögensschutz unterhalb der Vorsatzschwelle, näher zu dieser Ausnahmestellung der Norm *Rödl*, Gerechtigkeit, 2015, S. 160f.

397 Zur Haftung genügt die fahrlässige Unterlassung des rechtzeitigen Insolvenzantrags, vgl. auch zur möglichen Haftung eines Beraters als Teilnehmer gem. § 830 II BGB *D. Fischer*, DB 2015, 1703, 1706; *Werner*, StBW 2013, 571, 575f. Damit repräsentiert die Norm Vermögensschutz, der auch dogmatisch über § 826 BGB hinausgeht, vgl. zum Charakter der Norm als vermögensschützendes Gefährdungsdelikt und der wachsenden praktischen Bedeutung der Haftung *MüKo-InsO/Klöhn*, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 144f., 158.

398 Vgl. auch *Ott*, FS Schäfer, 2008, S. 171, 175 (§§ 400, 403 AktG); zu weiteren praxisrelevanten Schutzgesetzen Hdb. *Anwaltshaftung/D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 89ff.; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 435ff. (insbesondere §§ 3, 9 UWG; 33 III 1 GWB; 37b, 37c WpHG); ausf. Liste bei *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 522ff.

399 Nur wenn die Norm als „verlängerter Arm“ von § 826 BGB zu sehen ist, soll sie in Verbindung mit § 823 II BGB eine Haftung wegen Vermögensschäden begründen können, näher zu alldem *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 50, 58ff., 68, 75f.

400 *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 58.

ten Anwendungsbereich haben. Zum anderen darf dieser Anwendungsbereich nicht so weit gezogen werden, dass die Auswahl der abschließend enumerierten Rechtsgüter in § 823 I BGB untergraben wird.⁴⁰¹ Hieraus aber den Schluss zu ziehen, nur strafrechtlich bewehrte Schutzgesetze anzuerkennen, erscheint – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung⁴⁰² – nicht gerechtfertigt. Zum einen widerspräche dieses Vorgehen dem Willen des BGB-Gesetzgebers, der einen entsprechenden Vorschlag explizit verworfen hatte.⁴⁰³ Auch die Rechtsprechung hat dieser Ansicht eine ausdrückliche Absage erteilt.⁴⁰⁴ Inhaltlich spricht zudem gegen eine Strafrechtsakzessorietät, dass der Strafgesetzgeber bei dem Erlass von Strafgesetzen keine zivilrechtlichen Verteilungserwägungen anstellt.

*So gibt es mit § 267 StGB (Urkundenfälschung) beispielsweise eine Norm, deren Schutzgesetzqualität gerade wegen ihrer spezifisch strafrechtlich-allgemeinheitlichen Zwecksetzung abgelehnt wurde.*⁴⁰⁵

Umgekehrt sollte die Tatsache, dass eine Verhaltensanforderung bloß in einer Ordnungsvorschrift kodifiziert ist, kein Indiz gegen einen hiermit möglicherweise bezweckten Individualschutz sein.⁴⁰⁶ Sinnvoller ist es daher, für jeden Einzelfall sorgsam zu prüfen, ob die Rechtsnorm von ihrem Zweck her zumindest auch die Vermögensinteressen des Einzelnen schützen will oder ob ein solcher Schutz nur reflexiver Natur ist und ob sich der Ersatz des Schadens unter Berücksichtigung der Rechtsfortbildungsfunktion des § 823 II BGB mit den Wertungen der §§ 823 I, 826 BGB verträgt.⁴⁰⁷

401 Ein ähnlicher Widerstreit der Interessen findet sich deshalb beim Anwendungsbereich der „sonstigen Rechte“ im Sinne von § 823 I BGB.

402 So auch; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 477 m.w.N.

403 Vgl. Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1073, 1076 („Vorschrift auf den Verstoß gegen Strafgesetze zu beschränken, sei nicht rathsam“).

404 BGH, Urt. v. 9.11.2004 – VI ZR 311/03, Rn. 11, 19 (Bußgeld- oder Strafbewährung „[o]hne Einfluß auf die Auslegung des Gesetzes“ hinsichtlich der Eigenschaft als Schutzgesetz).

405 Vgl. BGH, Urt. v. 3.2.1987 – VI ZR 32/86, Rn. 14ff. (BGHZ 100, 13, 16ff.).

406 So bereits RG, Urt. v. 20.3.1930 – VI 373/29, RGZ 128, 298, 300.

407 Ähnlich auch jurisPK-BGB/Hans, 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 2 Rn. 10.

c) § 824 BGB

§ 824 BGB macht wegen der Überschrift „*Kreditgefährdung*“ ebenfalls den Eindruck, als bezwecke er Vermögensschutz.⁴⁰⁸ Richtig ist daran, dass in der Rechtsfolge umfassender Ersatz der durch die Kreditgefährdung verursachten Schäden verlangt werden kann. Dies ist jedoch kein Charakteristikum primären Vermögensschutzes, sondern kennzeichnet lediglich sekundären Vermögensschutz. Ersterer findet bereits auf Tatbestandsebene statt, während letzterer auf der Rechtsfolgenseite eines Anspruchs anzusiedeln ist. Das deutsche Schadensrecht schützt in den §§ 249ff. BGB auf sekundärer Ebene stets auch das Vermögen und zwar völlig unabhängig von der dogmatischen Quelle des Anspruchs (Schuldverhältnisrecht oder Jedermannsrecht). Ob § 824 BGB aber primär Vermögensschutz bezweckt, ist umstritten.⁴⁰⁹ Praktische Relevanz hat diese Diskussion – außerhalb der hier versuchten Ermittlung der Reichweite primären, deliktischen Vermögensschutzes – nur in der Rechtsfolge. Sieht man das Vermögen als primäres Schutzobjekt, so muss man konsequenterweise die Möglichkeit eines Schmerzensgeldes aus Art. 2 I, 1 I GG verneinen, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht dann nur reflexiv geschützt sein kann.⁴¹⁰

408 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 446 behandeln § 824 BGB auch unter den „Fallgruppen des Vermögensschutzes“.

409 So wird zum einen vertreten, dass § 824 BGB lediglich eine spezialgesetzliche Ausformung des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1708; *Staudinger/Hager*, Neubearbeitung 2009, § 824 Rn. 1; vgl. auch zu den ohnehin gegebenen, tatbestandlichen Überschneidungen *Hdb. Anwaltshaftung/D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 105. Während beispielsweise ein Kläger versuchte einen Schadensersatzanspruch wegen einer ihm gegenüber rechtswidrigen Schufa-Meldung auf § 824 BGB zu stützen, zog das AG Halle, Urt. v. 28.2.2013 – 93 C 3289/12, Rn. 7, 20 es vor, den Anspruch aus dem das Schuldner und Gläubiger verbindende Schuldverhältnis – und damit aus §§ 280 I, 241 II BGB – herzuleiten. Diese Entscheidung ließe sich damit erklären, dass der Schutz vermögenswerter Interessen weniger durch § 824 BGB, sondern gegebenenfalls zumindest sachnäher durch die §§ 280 I, 241 II BGB verwirklicht werden soll. Zum anderen wird – auch unter Rekurs auf das geschützte Rechtsgut der kreditgefährdenden Verleumdung nach § 187 StGB – das Vermögen als primär von § 824 BGB geschützt angesehen, *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 3.

410 So dann auch *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 3, 62. *Staudinger/Hager*, Neubearbeitung 2009, § 824 Rn. 13 verweist auf die Kommentierung der Rechtsfolgen eines Anspruchs wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Damit geht er – insoweit ebenfalls konsequent – offenbar davon aus, dass ein Schmerzensgeld auch bei § 824 BGB in Betracht kommt.

d) § 826 BGB

Der einzige Anspruch im Deliktsrecht, der als Generalklausel auf primärer Ebene Vermögensschutz betreibt, ist der aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung (§ 826 BGB⁴¹¹).⁴¹² Der Anspruch stellt – nach § 823 I BGB und § 823 II BGB – die dritte der kleinen Generalklauseln dar, welche zusammengenommen nach Vorstellung des Gesetzgebers den Rechtsgüterschutz langfristig, und an die jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten angepasst, sichern sollen.⁴¹³ § 826 BGB ist dem Wortlaut nach grundsätzlich als Haftungsnorm für den (sittenwidrig handelnden) Vorsatztäter konzipiert. Sofern ein bestimmtes Verhalten von Rechtsprechung und Literatur überwiegend als sittenwidrige Vermögensschädigung eingestuft wird, erhält es zumindest faktisch das Siegel eines Verbots. Vor der erstmaligen Anerkennung eines Verhaltens als sittenwidrig ist zu fragen, was der Verkehr im Hinblick auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden erwarten durfte. Ist diese Wertung aber einmal vollzogen, so wird die Einhaltung des postulierten Verhaltensstandards Bestandteil einer existierenden Verkehrserwartung. Die innerhalb von § 826 BGB etablierten Fallgruppen könnten dann als akzeptierte Verhaltensstandards gegenüber Vermögensinteressen Dritter theoretisch zu Verkehrspflichten im Sinne von § 823 II BGB werden.⁴¹⁴ Dieser Schritt wird aber von der herrschenden Meinung wegen der scharfen Trennlinie zwischen Fahrlässigkeits- und Vorsatzhaftung und der Prerogative des Gesetzgebers für den Erlass von Schutzgesetzen nicht vollzogen. § 826 BGB ist dem Wortlaut nach schließlich als Haftungsnorm für den (sittenwidrig handelnden) Vorsatztäter konzipiert.⁴¹⁵ Würde über die Rechtsanwendung aus § 826 BGB eine Haftung für (grobe) Fahrlässigkeit gemacht, so widerspräche dies dem

411 § 826 BGB lautet: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

412 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 250 („Zentralnorm des deliktischen Vermögensschutzes“); vgl. zur Praxisrelevanz der Norm im Bereich der Beratungsleistungen generell Hdb. Anwaltshaftung/*D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 128ff.

413 *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 173f.; *jurisPK-BGB/Reichold*, 8. Aufl. 2017, § 826 Rn. 6 („Entwicklungsfunktion“).

414 Dafür letztlich *K. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 359, 383f.; *Mertens*, AcP 178 (1978), 227, 251ff.

415 Hdb. Anwaltshaftung/*D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 117; krit. *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 438 („sehr hohe Hürde [...], die nicht immer angemessen ist“).

Haftungsgrund der Norm.⁴¹⁶ Stattdessen ist eine Tendenz zu beobachten, das Vorsatzerfordernis in § 826 BGB zumindest faktisch zu entwerten⁴¹⁷, was wiederum Teile der Literatur in der Ansicht bestärkt, dass ein Übergang einer Verhaltensanforderung von § 826 BGB zu § 823 II BGB möglich sein müsse⁴¹⁸: So wird in der Rechtsprechung gerade im Bereich der Gutachterhaftung bisweilen die Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit des Handelns als Indiz für die Annahme bedingten Vorsatzes genommen.⁴¹⁹ Hierin ist zwar keinesfalls eine formale Aufgabe des Vorsatzerfordernisses zu sehen.⁴²⁰ Dennoch ist es als faktische Verquickung der tatsächlichen Umstände zu sehen, welche die Begründung von sittenwidrigem Verhalten und vorsätzlicher Schädigung (jeweils separat) tragen sollen.⁴²¹ In der Subsumtion ist bei einer solcher Vorgehensweise die Prüfung des Vorsatzes – obschon formal unangetastet – nur zweitrangig, entscheidend für den gerichtlichen Erfolg ist das beweisbare Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit.⁴²²

416 BGH, Urt. v. 21.4.2009 – VI ZR 304/07, Rn. 24; von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1705; Honsell, FS Medicus, 1999, S. 211, 215f.

417 Krit. hierzu Honsell, FS Medicus, 1999, S. 211, 215ff.

418 So jüngst Staudinger/Oechsler, Neubearbeitung 2014, § 826 Rn. 36.

419 BGH, Urt. v. 12.12.1978 – VI ZR 132/77, Rn. 10 („ein besonders leichtfertiges, gewissenloses Verhalten eines Wirtschaftsprüfers [...] [kann] als sittenwidrig zu bezeichnen sein, und, wenn er es selbst erkannt hatte, den Schluß auf bedingten Vorsatz zulassen“); BGH, Urt. v. 24.9.1991 – VI ZR 293/90, Rn. 25 („Auf bedingten Vorsatz läßt ein leichtfertiges, gewissenloses Verhalten bei Ausstellung unrichtiger Gutachten [...] schließen“); BGH, Urt. v. 6.5.2008 – XI ZR 56/07, Rn. 46 („Gemäß § 826 BGB haftet allerdings nicht nur, wer die die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründenden Umstände positiv kennt, sondern auch, wer sich dieser Kenntnis bewusst verschließt [...] und etwa seine Berufspflichten in solchem Maße grob fahrlässig und leichtfertig verletzt, dass sein Verhalten als bedenken- und gewissenlos zu bezeichnen ist [...]. Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist [...]. Von vorsätzlichem Handeln ist auszugehen, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss“) (BGHZ 176, 281, 294f.); BGH, Urt. v. 9.3.2010 – XI ZR 93/09, Rn. 39 (BGHZ 184, 365, 375); wohl restriktiver BGH, Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, Rn. 25 („genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen“).

420 Das belegt die Obersatzbildung der Rechtsprechung, vgl. BGH, Urt. v. 24.9.1991 – VI ZR 293/90, Rn. 20, 23f.; BGH, Urt. v. 21.4.2009 – VI ZR 304/07, Rn. 24 („Sittenwidrigkeit und Vorsatz getrennt festzustellen“).

421 Vgl. auch Hopt, AcP 183 (1983), 608, 633 („Denaturierung“); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 31f. („Aufweichungstendenzen“).

422 Anschaulich zu dieser Vorgehensweise BGH, Urt. v. 14.4.1986 – II ZR 123/85, Rn. 17 („Sollte die Beweisaufnahme [...] [den] Befund [eines unrichtigen Gutachtens] bestätigen, so ist es

Beispiel 17 Ein Wirtschaftsprüfer erstellt für ein Unternehmen die Jahresabschlüsse („Wirtschaftsprüferfall“).⁴²³ Auf einer internen Veranstaltung, an der hauptsächlich Vertriebsmitarbeiter des Unternehmens teilnehmen, hält der Wirtschaftsprüfer über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens einen Vortrag und erwähnt unter anderem, dass es sich bei den Unternehmensanleihen um „Blue Chips“ handle und die Eigenkapitalausstattung des Unternehmens ausgezeichnet sei. In Wahrheit bestand das Eigenkapital des Unternehmens fast ausschließlich aus Forderungen gegen (Privat-)Anleger, die als atypisch stille Gesellschafter des Unternehmens ihre Einlageverpflichtung lediglich in monatlichen Raten über einen Zeitraum von bis zu 30 Jahren erbringen mussten. Aufgrund des hochkomprimierten Risikos eines Zahlungsausfalls wegen eines Vertrauensverlusts der Anleger und eines nur unzureichend vorhandenen Forderungsmanagements war die wirtschaftliche Situation des Unternehmens von der eines erstklassigen Anlagegeschäfts (Blue Chip) weit entfernt. Die Äußerungen des Wirtschaftsprüfers wurden von den Vertriebsmitarbeitern aufmerksam aufgenommen und in die (vorbereiteten) Beratungsgespräche zum Verkauf der Anlage integriert. Ein Vertriebsmitarbeiter überzeugt einen Anleger zur Beteiligung an dem Unternehmen als atypisch stiller Gesellschafter über eine Einlage von 100.000€. Wenige Wochen später stellt das Unternehmen wegen inkompetenter Geschäftsleitung und dem überraschenden Wertabfall einiger Anla-

möglich, daß die Art der Mängel auf ein grob leichtfertiges Verhalten des Beklagten zu 2 hinweist, aus dem wiederum gefolgert werden könnte, daß der Beklagte eine Schädigung der Anleger in Kauf genommen, also - zumindest bedingt - vorsätzlich gehandelt haben muß“); BGH, Urt. v. 20.3.1995 – II ZR 205/94, Rn. 98 („Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlußfolgerung ergeben, daß mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist [...]. Steht daher nicht fest, ob den Schädiger der Vorwurf sittenwidrigen Handelns trifft, kann nicht ohne weiteres festgestellt werden, daß er nicht mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Das ist nur dann zulässig, wenn ausgeschlossen werden kann, daß sich aus Art und Weise des Handelns ein Rückschluß auf den (bedingten) Vorsatz des Handelnden ergeben würde“) (BGHZ 129, 136, 177); BGH, Urt. v. 9.3.2010 – XI ZR 93/09, Rn. 43 („Die Beklagte hat zumindest so leichtfertig gehandelt, dass sie die als möglich erkannte Schädigung der Klägerin in Kauf genommen haben muss.“) (BGHZ 184, 365, 376).

423 Fall nach BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12.

gen Insolvenzantrag. Der Anleger möchte nun mangels anderer, liquider Anspruchsgegner gegen den Wirtschaftsprüfer vorgehen.

Es kommt mit § 826 BGB ein Anspruch aus dem Jedermannsrecht in Betracht.⁴²⁴ Zunächst ist zu prüfen ob der Wirtschaftsprüfer sittenwidrig gehandelt hat. Der Maßstab ist hierbei für den BGH das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“. In der Fallgruppe der Expertenhaftung aufgrund unrichtiger Gutachten ist in Konkretisierung dieser Formel für den BGH Voraussetzung, „dass der Auskunfterteilende aufgrund des Expertenstatus ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, selbst aber nicht im Mindesten den an einen Experten zu richtenden Maßstäben genügt“^{425, 426}. Die Informationen waren zur Weitergabe an die Anlageinteressenten bestimmt und dem Wirtschaftsprüfer „war auch ohne weiteres ersichtlich, dass seine Aussagen [...] jedenfalls grob unvollständig und damit irreführend waren“⁴²⁷. Damit handelte dieser sittenwidrig. Auf Basis dieser objektiv rücksichtslosen Vorgehensweise wies der Wirtschaftsprüfer auch Vorsatz hinsichtlich

424 Ansprüche aus § 280 I, 241 II, 311 II, III BGB wurden vom BGH – mit Blick auf den fehlenden geschäftlichen Kontakt zwischen dem Wirtschaftsprüfer und dem Anleger zurecht – nicht erwo-gen.

425 BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 10.

426 Damit wird bereits deutlich, dass das Anstandsgefühl letztlich durch die Verkehrserwartungen bestimmt wird. Jene wiederum werden um Vertrauensschutzgesichtspunkte angereichert. Diese Haftungsgrundsätze sind zwar mangels (Wert-)Gutachtens des Wirtschaftsprüfers nicht unmittelbar anwendbar. Der Wirtschaftsprüfer vermittelte den späteren Verkäufern der Anleihe hier aber mündlich irreführendes Wissen, welches er (vermeintlich) aufgrund einer Jahresabschlussprüfung erlangt hatte. „Hierdurch setzte er sich rücksichtslos über die Interessen potentieller Anlageinteressenten hinweg, die mit seinen Äußerungen zwangsläufig in Berührung kamen und diese im Vertrauen auf seine berufliche Integrität und seine fachliche Autorität zur Grundlage ihrer Entscheidung machten“, BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 11. Insbesondere der zweite Halbsatz weckt vom Wortlaut her Erinnerungen an § 311 III 2 BGB. Dass die Rechtsprechung hier dennoch offensichtlich nicht von einem Schuldverhältnis zwischen dem Wirtschaftsprüfer und dem Anleger ausgeht, bedeutet eine Absage an die unnötige Ausdehnung der Schuldverhältnis-Haftung im Bereich der Dritthaftung und ist begrüßenswert. Es zeigt, dass die Rechtsprechung ihr Prüfungsinteresse in neuen Sachverhaltskonstellationen wieder eher auf das Jedermannsrecht konzentriert und das Schuldverhältnisrecht ruhen lässt. Die Äußerungen des Wirtschaftsprüfers gegenüber den Vertriebsmitarbeitern hatten auch deshalb besonderes Gewicht, weil er als Abschlussprüfer des Unternehmens zur Objektivität verpflichtet war, vgl. § 323 I 1 Hs. 1 HGB.

427 BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 20, 23.

der Schadenszufügung⁴²⁸ auf: Hierfür „genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der für möglich gehaltenen Schadensfolgen“⁴²⁹. Bezugspunkt des Vorsatzes ist für den BGH hier also die Beeinträch-

- 428 Weil die Geldanlage hier „weder so hochwertig noch so risikoarm“ war, wie der Wirtschaftsprüfer sie dem Vertriebsmitarbeiter – und dieser später dem Anleger – gegenüber bezeichnet hatte, war der Anleger „bereits durch die Zeichnung der Anlagen unmittelbar geschädigt“, BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 29. Der BGH stellt hier explizit auf die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Anlegers ab. Die zitierte Formulierung ließe sich aber ebenso gut für die Begründung eines wirtschaftlichen Schadens im Sinne eines Gefährdungsschadens nutzen. Schließlich war das Anlageobjekt – das Unternehmen – noch nicht insolvent, aber die der Anlage inhärenten Risiken waren viel größer als dem Anleger bewusst. Damit war die „Gegenleistung“ für seine Anlage bereits derart in ihrem vermeintlichen Wert gefährdet, dass sich dies bilanziell bereits in einem Schaden erfassen ließe, vgl. Soergel/Ekkenga/Kuntz, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 63. Ob der BGH wirklich andere Folgen als einen (wirtschaftlichen) Schaden für § 826 BGB genügen ließe, lässt sich damit nicht allein aus diesem Urteil folgern, explizit aber BGH, Urt. v. 21.12.2004 – VI ZR 306/03, Rn. 14ff. (Vermögensschaden, wenn der Gläubiger „zum Abschluß eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, und die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist“). Der BGH deutet aber mit diesem Urteil an, dass auch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Anlegers vom Schadensbegriff umfasst ist. Ob generell auch die Dispositionsfreiheit von § 826 BGB geschützt werden sollte, ist allerdings fraglich. So bietet bereits die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB eine Möglichkeit sich von unter falschen Vorzeichen eingegangenen Verbindlichkeiten zu lösen. Insbesondere bei Ablauf der Anfechtungsfrist aus § 124 I BGB stößt die Anwendung der potentiell zeitlich weitergehenden (vgl. §§ 195, 199 I BGB) Haftung aus §§ 826, 249 I BGB auf Bedenken, Staudinger/Oechsler, Neubearbeitung 2014, § 826 Rn. 149. Ein Unterlaufen der Anfechtungsvoraussetzungen und –rechtsfolgen droht hier aber ohnehin nicht, weil jemand in Anspruch genommen wird, der nicht Vertragspartei – und damit auch nicht Anfechtungsgegner ist. Die Anfechtung hätte dem Anleger im Übrigen wirtschaftlich nicht weitergeholfen, denn eine Rückforderung nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB wäre gegen das insolvente Unternehmen gerichtet gewesen. Der Schaden lag hier letztlich in der Tatsache, dass die Anleihe (erheblich) negativ vom Vorstellungsbild des Anlegers abwich. Die Problematik stellt sich ebenso bei einer Haftung aus *culpa in contrahendo*: Im Rahmen eines Anspruchs aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB ist nämlich ebenfalls ein Schaden erforderlich, dessen Annahme bei wirtschaftlicher Ausgeglichenheit eines Geschäfts auch bei fehlerhafter Aufklärung auf den ersten Blick fragwürdig sein kann, näher Lieb, FS Medicus, 1999, S. 337, 339. Der BGH bejaht auch hier den Schutz der Dispositionsfreiheit, vgl. im Rahmen der Prospekthaftung schon BGH, Urt. v. 5.7.1993 – II ZR 194/92, Rn. 9: „Der Schutzzweck der Verpflichtung [...] zur [...] Aufklärung [...] beschränkt sich nicht darauf, den Anleger nur vor einigen ganz bestimmten mit der Anlage verbundenen Risiken, nämlich gerade diejenigen, die sich später tatsächlich verwirklichen, zu warnen. Vielmehr soll durch eine umfassende Aufklärungspflicht gegenüber den mit dem Prospekt erworbenen Interessenten deren Recht zur Selbstbestimmung über die Verwendung ihres Vermögens sichergestellt werden“. Dieser Ansicht ist auch der Gesetzgeber bei Erlass des § 241 II BGB gefolgt, s. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126; Heinrichs, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 425; insoweit unpräzise C. Krüger, GPR 2014, 182, 190 („Erfordernis eines eingetretenen Vermögensschadens“).
- 429 BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 33.

tigung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Anlegers durch die Zeichnung einer fälschlich beworbenen Anleihe und nicht die wirtschaftliche Fehlentwicklung der Anlage.⁴³⁰ Auch in diesem Fall gab der BGH zu erkennen, dass die tatsächliche Art und Weise der sittenwidrigen Handlung für ihn ein wichtiges Indiz für den Vorsatz hinsichtlich einer späteren Schädigung war.⁴³¹ Zumindest Eventualvorsatz ließ sich also auf Basis der Feststellungen zum Verhalten des Wirtschaftsprüfers bejahen.

Im Ergebnis haftet hier ein Wirtschaftsprüfer späteren Anlegern aus §§ 826, 249 I BGB auf Rückgängigmachung der Beteiligung für mündliche Aussagen, die er gegenüber Mitarbeitern des geprüften Unternehmens getätigt hat. Diese fanden zwar in einem der Objektivität eines Wirtschaftsprüfers unangemessenen Rahmen statt.⁴³² Dennoch vergrößert sich damit das Haftungsrisiko eines Gutachters ganz erheblich.⁴³³ Tätigt er mündlich fachlich leichtfertige Aussagen, die sich aufgrund ihrer Plakativität für den Gebrauch in Vertriebsgesprächen eignen („Blue Chip“, „solid as a rock“, „IA-Anleihe“, „Triple-A-Geschäft“, etc.), so wird ihm eine Weiterleitung der Angaben an den Kunden häufig ersichtlich sein (müssen).⁴³⁴ In Konsequenz dessen muss er damit rechnen, von allen späteren Anlegern auf Ersatz des Anlagevolumens in Anspruch genommen zu werden.⁴³⁵

430 Ebenso *Meixner/Schröder*, Anm. zu BGH, Urt. v. 19. 11. 2013 – VI ZR 336/12, DStR 2014, 551, 552.

431 Die kausale Satzverbindung spricht insoweit Bände, BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 34 („Da der Beklagte zu 2 seine Äußerungen bei Vorträgen und Veranstaltungen mit Vertriebsmitarbeitern getätigt hat, nahm er billigend in Kauf, dass [...]“)

432 Der Wirtschaftsprüfer nahm an Seminarveranstaltungen der Vertriebsmitarbeiter des Unternehmens unter anderem auf Malta teil, vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Rn. 3.

433 Ähnlich *Eschenfelder*, Anm. zu BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, BB 2014, 306.

434 Vgl. *D. Fischer*, WM 2014, SBeil. 1, S. 42; *Meixner/Schröder*, Anm. zu BGH, Urt. v. 19. 11. 2013 – VI ZR 336/12, DStR 2014, 551, 552.

435 Vgl. auch BGH, Urt. v. 17.3.2015 – VI ZR 11/14, Rn. 25 (Haftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft nach § 826 BGB bei Ausgabe wirtschaftlich wertloser Aktien); BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, Rn. 4ff. (zur – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fraglichen – Haftung eines Rechtsanwalts nach § 826 BGB wegen treuhänderischer Investition von Fremdkapital in ein nach § 32 KWG unzulässiges Einlagengeschäft); OLG Dres-

Dieser Fall zeigt, dass die Rechtsprechung in § 826 BGB mittlerweile ein überaus schlagkräftiges Haftungsinstrument sieht, welches einen Rückgriff auf schuldverhältnisbedingte Haftung als Notnagel zumindest in Teilen überflüssig macht. Die unter anderem im Wirtschaftsprüferfall (Beispiel 17) illustrierte Haftung aus § 826 BGB für (objektiv) leichtfertiges Verhalten mit einem letztlich aus ebendieser Leichtfertigkeit abgeleiteten Vorsatz rechtfertigt zwar noch nicht den Schluss, dass die Rechtsprechung auch grobe Fahrlässigkeit für § 826 BGB genügen lässt.⁴³⁶ Dennoch ist im Bereich des § 826 BGB eine haftungsausweitende Tendenz zu beobachten.⁴³⁷ Ähnlich wie im Rahmen von § 123 I Alt. 1

-
- den, Urt. v. 6.2.2014 – 8 U 954/11, Rn. 39ff. (Haftung eines Wirtschaftsprüfers gegenüber späteren Anlegern nach § 826 BGB wegen Erteilung eines später im Wertpapierprospekt abgedruckten, uneingeschränkten Bestätigungsvermerks); *S. Krüger*, Anm. zu OLG Dresden, Urt. v. 6.2.2014 – 8 U 954/11, EWIR 2014, 487, 487f.
- 436 *D. Fischer*, WM 2014, SBeil. 1, S. 42f.; *HKK/Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 144; *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 826 Rn. 10; *Wenner*, Anm. zu BGH, Urt. v. 15.10.2013 – VI ZR 124/12, BB 2014, 212. Anders sieht dies *Honsell*, FS Medicus, 2009, S. 181, 183. Zum einen lässt sich leichtfertiges Verhalten aber auch als eine Angabe ins Blaue hinein verstehen, was nach h.M. auch im Rahmen von § 123 I Alt. 1 BGB für die Arglist genügt, BGH, Urt. v. 21.1.1975 – VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 388; *MüKo-BGB/Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 15. Dass § 123 I Alt. 1 BGB auch grob fahrlässige Täuschungen erfasst, wird hingegen nicht behauptet. Zum anderen kann aus der Leichtfertigkeit eines Verhaltens die tatsächliche Vermutung gezogen werden, dass der in Anspruch Genommene zumindest unter wissentlicher Inkaufnahme des Risikos – und damit mit (Eventual-) – gehandelt hat, zum Ganzen *Sack*, NJW 2006, 945, 948.
- 437 *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1705; *von Bar*, JuS 1982, 637, 645; *Brüggemeier*, AG 1982, 268, 268f.; *Doobe*, Vermögensschäden, 2014, S. 76; *Eschenfelder*, Anm. zu BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, BB 2014, 306; *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1965 („*Haftungsschreck für Experten*“); *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 558ff.; Hdb. Anwaltshaftung/*D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 132 („*Anforderungen [der Rechtsprechung] an den Sittenverstoß sowie an den Vorsatz und dessen Beweis nach und nach gesenkt*“); *Honsell*, FS Medicus, 2009, S. 181, 183; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 661; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 435; *Mertens*, AcP 178 (1978), 227, 238f.; *Ott*, FS Schäfer, 2008, S. 171, 177f. („*Haftungsvoraussetzungen [...] deutlich abgemildert*“); *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 836f.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 325; *Schwenzer*, Obligationenrecht, 1999, S. 59, 64. So plädieren beispielsweise *Bagger/Kober*, jM 2015, 360, 363 jüngst dafür, den zündelnden Fußballfan für die einem Verein deswegen auferlegte Vereinsstrafe gem. § 826 BGB haften zu lassen – ein Sachverhalt, der bislang primär über die §§ 280 I, 241 II BGB reguliert wurde. Ähnlich spricht sich *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 96 a.E. dafür aus, die unberechtigte Rechtsberühmung als bisherige Domäne der §§ 280 I, 241 II BGB auf die „*ein-fachere Lösungsrichtung*“ der „*vorsätzlichen, rechtsmissbräuchlichen Rechtsberühmung*“ – also auf einen Verstoß gegen § 826 BGB – zu reduzieren. Zur Flexibilität des § 826 BGB und der damit korrespondierenden Möglichkeit, von konstruierter Vertragshaftung insbesondere im Gefälligkeitsbereich abzusehen bereits *Michaelis*, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 330f.

BGB können damit auch Aussagen ins Blaue hinein für eine vorsätzliche Schädigung genügen.⁴³⁸ Zwischen aus einer fachlichen Perspektive grob fahrlässigen Handlungen und Handlungen, die zu einer Haftung nach § 826 BGB führen können, besteht damit zumindest ein zunehmend schmaler werdender Grat.⁴³⁹

e) Umfassender Vermögensschutz in der Rechtsfolge

Gleichzeitig ist zu bedenken, dass das Deliktsrecht das Vermögen in der Rechtsfolge absolut umfassend schützt. Wird also ein Rechtsgut i.S.v. § 823 I BGB verletzt und entsteht dadurch ein vom Schutzzweck der verletzten Haftungsnorm gedeckter Vermögensschaden, so steht der Vermögensschutz des Deliktsrechts dem des Schuldverhältnisrechts in nichts nach. So kann mancher Vermögensschaden bei präziser Betrachtung auf eine Eigentums- oder Gesundheitsbeeinträchtigung des Gläubigers zurückgeführt werden.⁴⁴⁰ In diesem Fall ist er dann – entgegen erster Annahme – über die §§ 249, 252 BGB sehr wohl vom Schutz des Jedermannsrechts erfasst.

3. Zwischenergebnis: Zunehmend auch Vermögensschutz im Deliktsrecht

Das Dogma, dass Vermögensschäden im Deliktsrecht nicht ersatzfähig sind, ist mittlerweile mit zahlreichen Ausnahmen versehen.⁴⁴¹ Zusammenfassend lässt

438 Hdb. Anwaltshaftung/*D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 130; *Juretzek*, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, DStR 2015, 1646; *Sack*, NJW 2006, 945, 948; *Seibt/Wollenschläger*, DB 2011, 1378, 1381; für eine normative Legitimation dieser vorherrschenden Rechtspraxis durch die Aufnahme des Wortes „leichtfertig“ in den Tatbestand des § 826 BGB von *Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1722, 1761, 1770.

439 *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1965; Hdb. Anwaltshaftung/*D. Fischer*, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 132; *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, 217 (§ 826 BGB von der Rechtsprechung „zumindest de facto schon bei grober Fahrlässigkeit angewandt“); *Ott*, FS Schäfer, 2008, S. 171, 177 („Grenze [...] verschwimmt zusehends“); *Sack*, NJW 2006, 945, 950; vgl. auch die Betonung des Faktischen bei *D. Fischer*, WM 2014, SBeil. 1, S. 43 (bei der „Beweisführung kann sich [...] aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insbesondere dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat“); *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 826 Rn. 11a („Aus der Art und Weise, in der sich das sittenwidrige Verhalten kundtut, lässt sich häufig folgern, dass der Täter bezüglich der Schädigung vorsätzlich gehandelt hat.“).

440 *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 209; *Medicus*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 493.

441 Vgl. *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 661; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 329.

sich aber dennoch sagen, dass der Ersatz von Vermögensschäden im Bereich der Nebenpflichten – praktisch besehen – eine zentrale Rolle spielt. Zwar gibt es auch im Deliktsrecht Anknüpfungspunkte für den tatbestandlichen Schutz des Vermögens. Im Bereich der Vermögensschäden verbleiben aber – verglichen mit der Haftung aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung – ganz erhebliche Lücken des Jedermannsrechts.⁴⁴² Ist das Schutzgut einer Nebenpflicht ein vermögenswertes Interesse, fehlt es mitunter an einem Pflichtpendant im Jedermannsrecht.⁴⁴³ Nebenpflichten haben damit hier einen originären Anwendungsbereich.⁴⁴⁴ Dennoch geht auch hier die Tendenz zur Annäherung der Haftungssysteme: Mit einem zunehmend weiten Verständnis von § 826 BGB, der Anerkennung und Ausweitung sonstiger Rechte im Sinne von § 823 I BGB und dem Erlass vermögensschützender Schutzgesetze nach § 823 II BGB ist der Vermögensschutz im Deliktsrecht nicht mehr so spärlich ausgestattet wie einst.⁴⁴⁵

V. Verhältnis deliktsrechtlicher Verkehrssicherungspflichten zu schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten

1. Problemstellung: Wechselbezug von Nebenpflichten und Verkehrssicherungspflichten?

Wie bereits eingangs angedeutet, findet im sachlichen Kontext der Verkehrssicherungspflichten in der Praxis wie auch in der Wissenschaft ein reger Import der deliktsrechtlichen Dogmatik in das Schuldverhältnisrecht statt.⁴⁴⁶ Ob „vertragliche“ Verkehrssicherungspflichten aber in ihrer Intensität über das Maß ihrer deliktsrechtlichen Pendanten hinausgehen, bleibt unklar.⁴⁴⁷ Diese Frage wird

442 Katzenstein, Jura 2004, 584, 595f.; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 16f. (Vermögensschäden im Deliktsrecht immer noch „nur sehr begrenzt zu ersetzen“); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 81.

443 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 220f.; Katzenstein, Jura 2004, 584, 595f.

444 So auch Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 209; Katzenstein, Jura 2004, 584, 595f.; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 584.

445 Ähnlich Hopt, AcP 183 (1983), 608, 661; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 325f.

446 Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 28; Medicus, FS Keller, 1989, S. 205, 209; Bamberger/Roth/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 92.

447 S. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 323, die darauf hinweisen, dass die Voraussetzungen einer Haftungserweiterung gegenüber deliktischen Verkehrssicherungs-

in einem präzisen Zuschnitt auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur kaum behandelt.⁴⁴⁸ So wird von einigen Autoren durchaus ein höheres Schutzniveau bei Vorliegen eines Schuldverhältnisses vorausgesetzt.⁴⁴⁹ Als Argument wird häufig auf den Gesetzgeber verwiesen, der in der Gesetzesbegründung zu § 241 II BGB folgendes äußert: „*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.*“⁴⁵⁰ Der Wortlaut dieser Aussage lässt den Schluss durchaus zu, dass der Gesetzgeber an den Schuldner einer Nebenpflicht im Schuldverhältnisrecht quantitativ höhere Anforderungen stellt als für eine im qualitativen Ansatzpunkt identische Verkehrspflicht im Jedermannsrecht.⁴⁵¹ Zudem bestehen die Verhaltensanforderungen der Nebenpflichten in einer Sonderverbindung. Aus der besonderen Qualität der Verbindung zwischen den Parteien könnte man systematisch schließlich auch auf besondere Pflichten schließen. Aus einer rechtspraktischen Perspektive ist indes die Handhabung der Frage durch die Rechtsprechung entscheidend.⁴⁵²

pflichten weiterhin unklar („*noch nicht konkret bezeichnet*“) sind; krit. auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 63.

448 Noch 2007 ausdrücklich *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 211 („*Im Schrifttum wurde diese Frage, soweit ersichtlich, bislang nur wenig – und wenn, dann unzureichend – beleuchtet.*“). Die Arbeit von *Gerecke* blieb – soweit ersichtlich – die einzige konkrete Auseinandersetzung mit diesem Thema.

449 *MüKo-BGB/Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 48; *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 45; *Karampatzou*, Berufsbezogene Vertrauenshaftung, 2005, S. 250; *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014, § 282 Rn. 29 („*Die Rücksichtnahme, die die Parteien eines Schuldverhältnisses sich schulden, umfasst, solange anderes nicht vereinbart ist, mindestens die kraft allgemeiner Verkehrssicherung zu beachtende Sorgfalt*“); *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 298 („*durch die Eingehung des Schuldverhältnisses [erwachsen] beiden Parteien besondere Rechtspflichten gegenüber der Person [!] und dem Vermögen des Gegners*“); *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 242 (Fn. 190); unklar *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 53; dies als ungeklärte Streitfrage explizit kennzeichnend *LG Saarbrücken*, Urt. v. 15.4.2011 – 13 S 5/11, Rn. 13.

450 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

451 So auch *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 211.

452 So letztlich auch *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 212.

2. Parallelität von Neben- und Verkehrspflicht?

In einem Urteil aus dem Jahr 1916 befindet das Reichsgericht: „*Das allgemeine Verbot widerrechtlicher Körperverletzung wird dadurch [durch eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht] nur individualisiert und verstärkt [...]*“.⁴⁵³ Die Frage ist nun, wie diese Sentenz zu deuten ist. Man könnte die angesprochene „Verstärkung“ zum einen auf (damalige) funktionale Vorteile wie § 278 BGB oder die Verjährung beziehen. Diese Vorteile waren indes im Fall nicht relevant und vermögen die Aussage daher eigentlich auch nicht zu rechtfertigen. Mangels Alternativen muss also angenommen werden, dass das RG von einer inhaltlichen Verstärkung der Pflicht im Schuldverhältnisrecht ausging. Ein Jahr später spricht das RG davon, dass durch eine Nebenpflicht die „*allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, [...] nur verstärkt*“ werde.⁴⁵⁴ Auch hier kann sich die Verstärkung vom Kontext her nur auf den Inhalt der Pflicht beziehen.⁴⁵⁵ Diese Äußerungen lassen also zumindest vermuten, dass das RG in einem Schuldverhältnis höhere Maßstäbe für die Wahrung der körperlichen Integrität als im Jedermannsrecht ansetzt. Fraglich ist aber, ob diese Sentenzen des RG auch in der heutigen Rechtsprechung noch Wiederhall finden. Zwar streifen Gerichte in ihren Formulierungen mitunter das ungeklärte Verhältnis zwischen schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten: Sie zeigen mitunter große Unsicherheit bei dieser Frage.⁴⁵⁶ Nach Sichtung der aus neuerer Zeit zu Nebenpflichten ergangenen Rechtsprechung findet sich hingegen kein expliziter Nachweis dafür, dass in einem Schuldverhältnis für die Wahrung der

453 RG, Urte. v. 13.10.1916 – III 145/16, RGZ 88, 433, 435.

454 RG, Urte. v. 6.2.1917 – III 306/16, RGZ 89, 384, 385.

455 Vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 216.

456 Exemplarisch für eine große Unsicherheit in der Differenzierung von Ansprüchen aus §§ 280 I, 241 II BGB und § 823 I BGB: OLG Hamm, Urte. v. 10.11.2008 – 2 U 155/08, Rn. 19 („Auch wenn man davon ausgeht, dass an vertragliche Schutzpflichten höhere Anforderungen als an allgemeine Verkehrssicherungspflichten außerhalb einer Sonderbeziehung zu stellen sind [...]“); OLG Saarbrücken, Urte. v. 18.10.2011 – 4 U 400/10, Rn. 56 („Gegebenenfalls ergeben sich aus einer derartigen Sonderbeziehung sogar weitergehende Schutzpflichten als die allgemeine Verkehrssicherungspflicht.“); LG Saarbrücken, Urte. v. 15.4.2011 – 13 S 5/11, Rn. 13 („Unabhängig von der Frage, ob an vertragliche Schutzpflichten höhere Anforderungen als an allgemeine Verkehrssicherungspflichten außerhalb einer vertraglichen Sonderbeziehung zu stellen sind [...]“); AG Potsdam, Urte. v. 2.3.2007 – 32 C 349/06, Rn. 14 („vertraglich keine weiter gehende Verkehrssicherungspflicht [...], die über die allgemeinen Verkehrspflichten hinaus geht, vereinbart [...]“).

körperlichen oder sachlichen Integrität tatsächlich einmal ein höherer Maßstab angelegt wurde als im Jedermannsrecht.⁴⁵⁷

Beispiel 18 Ein Landwirt nennt ein mehrere Hektar großes Rapsfeld – aber keinen Traktor – sein Eigen („Rapsfeldfall“).⁴⁵⁸ Er beauftragt einen Unternehmer damit, den Raps gegen Entgelt zu ernten. Weil der Raps schon etwas überreif war, hatte er sich abgesenkt (sog. „Lagerraps“). Der Bewuchs war daher nahe des Bodens zu ernten. Beim Mähen gerät eine verdeckt auf dem Feldboden liegende Hacke in die Haspel. Der Mähdrescher des Unternehmers wird erheblich beschädigt. Der Unternehmer will den Landwirt für den entstandenen Schaden in Anspruch nehmen. Die Herkunft der Hacke ist im Nachhinein nicht mehr aufzuklären.

Der BGH lehnte eine Haftung aus werkvertraglicher Nebenpflichtverletzung ab.⁴⁵⁹ Da nicht erwiesen war, dass der Landwirt oder einer seiner Gehilfen die Hacke im Feld hatte liegen lassen, konnte sich allein aus der Präsenz der Hacke keine Pflichtverletzung ergeben.⁴⁶⁰ Auch die Verletzung einer Kontrollpflicht lehnte der BGH ab⁴⁶¹: Ohne konkrete Anzeichen für die Präsenz fremder Gegenstände müsse der Schuldner nicht das gesamte Feld absuchen. Dies gelte umso mehr, als durch den tief liegenden Raps die Sicht auf den Boden bei einer Suche erschwert gewesen wäre. Schließlich sei die Schadensursache auch nicht ausschließlich dem Verantwortungsbereich des Schuldners zuzuordnen.⁴⁶² Das

457 Einen ähnlichen Befund macht Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 218f. AG Potsdam, Urt. v. 2.3.2007 – 32 C 349/06, Rn. 14 spricht die Möglichkeit zwar an, verlangt aber hierfür eine „weiter gehende“ Vereinbarung der Parteien. Dann würde es sich indes gar nicht mehr um eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB handeln, sondern um eine Leistungspflicht nach § 241 I BGB.

458 Fall nach BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12.

459 BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 11ff.

460 BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 10.

461 Näher BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 12f.

462 Das wiederum hätte nach Ansicht des BGH dazu geführt, dass die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB nicht nur für das Vertretenmüssen, sondern auch für die objektive Pflichtverletzung gegolten hätte, vgl. explizit BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 15f. Der Landwirt hätte dann für seine Exkulpation beweisen müssen, dass die Hacke nicht von ihm oder einem seiner Angestellten dort liegengelassen wurde. Weil der Sachverhalt nicht mehr

*Feld sei schließlich ungesichert und habe auch Fremden potentiell offen gestanden. Die Verletzung einer – offenbar neben der werkvertraglichen Fürsorgepflicht im Schuldverhältnis existierenden – Verkehrssicherungspflicht lehnte der BGH ebenfalls ab, da diese in keinem Fall weiter als die vertragliche Pflicht reichen könne.*⁴⁶³

*Während sich der BGH im Ergebnis anders als die Vorinstanzen⁴⁶⁴ entschied, war doch die Prüfung der Gerichte von §§ 280, 241 II BGB mit der des § 823 I BGB stets identisch, ohne die Frage nach einer eigenständigen Bestimmung der „vertraglichen“ Verkehrssicherungspflicht auch nur anzureißen. Hier wäre indes eine gute Gelegenheit gewesen, zu differenzieren. Das Fahren des Mähers auf dem Feld wurde schließlich nur durch das Schuldverhältnis ermöglicht. Ein höherer Verhaltensmaßstab bei der Kontrolle des Feldes nach § 241 II BGB als nach § 823 I BGB wäre durchaus denkbar gewesen. Obwohl der BGH die Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht und einer Verkehrssicherungspflicht separat prüfte⁴⁶⁵, erfolgte keine Differenzierung vom Haftungsmaßstab her. Zum Verhältnis der beiden Haftungsregime sagte der BGH lediglich, dass die Verkehrssicherungspflicht in keinem Fall weiter reiche als die schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht.*⁴⁶⁶

Ob sich also überhaupt ein Fall finden ließe, in welchem die Rechtsprechung zwischen Verkehrs- und Nebenpflicht differenziert, erscheint mit Blick auf das im Rapsfeldfall (Beispiel 18) behandelte Urteil durchaus fraglich. Weil der Schutz fremden Eigentums primär im Jedermannsrecht verankert ist, erscheint

aufzuklären war und eine Spitzhacke im Übrigen auf landwirtschaftlichen Gebrauch – und keinen völlig Fremden – hingedeutet hätte, wäre seine Exkulpation gescheitert, vgl. die Vorinstanz LG Bonn, Teilurt. v. 24.6.2011 – 2 O 17/11, Rn. 27.

463 BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 15.

464 OLG Köln, Urt. v. 9.3.2012 – 1 U 48/11 und LG Bonn, Teilurt. v. 24.6.2011 – 2 O 17/11.

465 Vgl. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 9, 15.

466 BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 15.

dieser Befund aber stimmig.⁴⁶⁷ Der nicht zu führende Nachweis einer Differenzierung der Gerichte zwischen Neben- und Verkehrssicherungspflicht könnte zum einen darauf zurückzuführen sein, dass sich die Rechtsprechung mit der deliktischen Haftung begnügt und einen etwaig höheren Verhaltensmaßstab im Schuldverhältnis mangels Relevanz dahinstehen lässt. Zum anderen könnten die Gerichte stillschweigend einen strengeren Haftungsmaßstab für die Wahrung körperlicher und sachlicher Integrität anlegen, wenn ein Schuldverhältnis neben das Jedermannsrecht tritt. Einen strengeren Haftungsmaßstab im Schuldverhältnis dürften die Gerichte aber nicht ohne eine zumindest im Ansatz oder durch Verweise verständliche Begründung anlegen.⁴⁶⁸ An dieser Begründung fehlt es – wie gezeigt – komplett. Als Schluss bleibt dann nur noch, dass die heutige Rechtsprechung – entgegen den ohnehin kryptischen Äußerungen des RG hierzu – keinen inhaltlichen Unterschied zwischen Neben- und Verkehrspflichten bei der Wahrung der körperlichen und sachlichen Integrität sieht.⁴⁶⁹

a) Rechtspraktische Ähnlichkeit von Neben- und Verkehrspflicht am Beispiel des Unbefugten

Um das Verhältnis von Neben- und Verkehrspflichten näher auszuleuchten, ist exemplarisch der Schutz des Unbefugten durch beide Pflichttypen zu thematisieren.

467 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 520 (Fn. 16) spricht insoweit etwas zaghaft von einem „denkbaren inhaltlichen Gleichlauf“ der Verhaltensanforderungen in Schuldverhältnis- und Deliktsrecht.

468 Zutreffend *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 219.

469 S. bereits früh und dezidiert LG Schweinfurt, Urt. v. 11.2.1977 – 1 O 290/76, Rn. 20 („Beide Anspruchsgrundlagen [§§ 280 I, 241 II BGB und § 823 I BGB] unterscheiden sich lediglich in der Beweislast und der Anspruchsrichtung. [...] Die Tatbestandsvoraussetzungen sind ansonsten identisch“) sowie BGH, Urt. v. 28.4.1976 – VIII ZR 244/74, Rn. 7ff. (BGHZ 66, 208, 210ff.), der im Rahmen eines Anspruchs wegen positiver Forderungsverletzung wegen gefährdeter Versendung von Batterien nur von der Verletzung eines „Verkehrssicherungspflicht“ spricht; aus jüngerer Zeit OLG Hamm, Urt. v. 29.8.2012 – 12 U 52/12, Rn. 20; OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2013 – 7 U 22/12, Rn. 19 (Nebenpflichten zum Schutz der körperlichen Integrität „entsprechen [...] inhaltlich den Verkehrssicherungspflichten“); OLG Hamm, Urt. v. 13.4.2016 – 11 U 127/15, Rn. 33 („vertraglichen Schutzpflichten der Beklagten gegenüber der Klägerin deckungsgleich [...] mit den sich aus § 823 Abs. 1 BGB ergebenden Verkehrssicherungspflichten“); OLG München, Urt. v. 3.2.2009 – 5 U 5270/08, Rn. 9; OLG München, Urt. v. 18.3.2015 – 20 U 3360/14, Rn. 43; AG Potsdam, Urt. v. 2.3.2007 – 32 C 349/06, Rn. 14.

aa) Schuldverhältnisrecht

Im Schuldverhältnisrecht ist hierbei die erste Frage, ob überhaupt ein Schuldverhältnis mit dem Unbefugten entsteht. Anders als im Jedermannsrecht ist dies die entscheidende Weichenstellung. Lässt sich ein (vorvertragliches) Schuldverhältnis mit dem Unbefugten nicht bejahen, so kommt eine schützende Nebenpflicht – anders als eine Verkehrssicherungspflicht – schon von vornherein nicht in Betracht. Ein vorvertragliches Schuldverhältnis hat regelmäßig nur den Zweck, Nebenpflichten entstehen zu lassen. Aus diesem Grund tauchen in der Diskussion über die Frage, ob ein Schuldverhältnis mit dem Unbefugten zustande kommt, auch Aspekte auf, die üblicherweise die Pflichtenreichweite determinieren. Im Jedermannsrecht kann die Problematik in der Frage gebündelt werden, ob eine Verkehrssicherungspflicht besteht. § 311 II Nr. 3 BGB macht symbolisch deutlich, dass ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Nebenpflichten eine irgendwie geartete Geschäftlichkeit der Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzt. Damit scheiden bereits viele Konstellationen aus, die im Jedermannsrecht unter dieser Rubrik problematisiert werden.

Ob die Sicherungspflichten auf einer Baustelle auch unbefugte Eindringlinge – insbesondere Kinder – schützen sollen,⁴⁷⁰ spielt im Kontext schuldverhältnisbedingter Haftung keine Rolle. Allein durch den tatsächlichen Rechtsgüterkontakt – und die damit vorausgesetzte Einwirkungsmöglichkeit – zwischen Schädiger und Geschädigtem kommt kein Schuldverhältnis zustande. Mit dem Betreiben einer Baustelle ist schließlich keine konkrete⁴⁷¹, geschäftliche Kontaktaufnahme gegenüber Dritten intendiert.

470 Instrukтив OLG Koblenz, Urt. v. 5.3.2014 – 5 U 1090/13, Rn. 41 („Angesichts der häufigen Diebstähle von Baumaterial aus Roh- und Neubauten war zwar zu erwägen, dass Straftäter im Obergeschoss nach Stehlenswertem suchen würden. Dieser durchaus naheliegenden Gefahr war man jedoch dadurch begegnet, dass man die Gerüstleiter zwischen dem Erdboden und der ersten Gerüstebene entfernt hatte. Mithin konnte man auf die erste Gerüstebene und von dort auf die darüber liegende Ebene und in das Obergeschoss nur gelangen, indem man an den senkrechten Gerüststangen emporkletterte. Mit etwas derart Ungewöhnlichem mussten die Beklagten aber nicht rechnen und demzufolge auch keine Sicherungsvorkehrungen für den Fall treffen, dass jemand gleichwohl auf diesem Weg in das Obergeschoss gelangte.“); näher MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 434, 438, 612.

471 Eine abstrakte Geschäftlichkeit ließe sich durchaus bejahen: So wird auf Baustellen häufig Werbung für die tätig werdenden Firmen gemacht. In Verbindung mit dem von Woche zu

Unbefugte kann es deshalb im Kontext eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB nur geben, wenn ein rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis in Frage kommt. Der Schutz des Unbefugten endet im Schuldverhältnisrecht nach überzeugender Auffassung erst dort, wo sich die sachfremde, dem Zweck des rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses zuwiderlaufende, Intention äußerlich manifestiert.⁴⁷²

Beispiel 4 Im Diebstahlsfall⁴⁷³ kommt mit dem (späteren) Ladendieb bei seinem erneuten Eintritt in den Laden des Buchhändlers kein zweites, rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis zustande. Seine Verummung und der regelwidrige Eintritt lassen ihn bei objektiver Betrachtung erkennbar aus dem Raster derjenigen fallen, die der Ladenbetreiber mit seiner Geschäftseröffnung ansprechen will.

Allgemein gesprochen wird der Schutz des Unbefugten im Schuldverhältnisrecht also durch die Reichweite des rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses nach § 311 II BGB bestimmt. Die rechtsgeschäftsähnliche Kontaktaufnahme durch den Unternehmer endet an der Stelle, an welcher Personen erfasst würden, von denen sich der Unternehmer aus einer ex ante Perspektive keinen Vertragschluss erhoffen kann.⁴⁷⁴

Woche beobachtenden Fortschritt des Baus und der Qualität des entstehenden Produkts lässt sich eine Baustelle durchaus nutzen, um Kunden anzuwerben, vgl. *Hölzle*, Desinformation, 2012, S. 129 („*Werbung als Informationsmotor*“). Das Erreichen dieses möglichen, geschäftlichen Zwecks setzt aber – andern als der Verkauf von Waren in einem Geschäft – nicht voraus, dass Dritte die Baustelle betreten.

472 So auch MüKo-BGB/*Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 46, 61; a.A. *Bamberger-Roth/Gehrlein/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 53, die alle Besucher „ohne eine echte Kaufabsicht“ vom Schutzbereich des Schuldverhältnisses ausschließen wollen. Das birgt indes immense Beweisprobleme. Zudem kann die Ansicht auch dogmatisch nicht überzeugen, denn das „Geschäftskonzept“ des Betreibers umfasst bei lebensnaher Auslegung eben sinnvollerweise auch gerade solche Besucher, die durch die Auslage erst noch zu einem Kaufinteresse „motiviert“ werden sollen; nicht überzeugend daher AG Bad Segeber, Urt. v. 6.3.2014 – 17 C 13/13, Rn. 22f. („*vorvertragliches Schuldverhältnis* [...], wenn ein Kunde sich mit einer Kaufabsicht auf einen Supermarktplatz begibt“); zutreffend OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.4.2012 – 7 U 254/10, Rn. 6 (Kontakt mit „*potentiellen Kunden*“ genügt).

473 S.o., S. 7.

474 Dass diese Personen nicht in sein Raster passen, muss dabei auch für einen objektiven Dritten erkennbar sein. Anderenfalls würde die Existenz eines Schuldverhältnisses nach § 311 II BGB an geheimen Vorbehalten scheitern (so zutreffend unter Berufung auf das Kriterium der Ge-

bb) Jedermannsrecht

Im Jedermannsrecht ist fraglich, ob Verkehrspflichten auch Unbefugte schützen.

Beispiel 4 Im Diebstahlsfall⁴⁷⁵ müsste man sich eigentlich fragen, ob der Ladeninhaber dem Ladendieb möglicherweise eine geringere „Buchsicherungspflicht“ (z.B. Kontrollen auf gefährliche Stapel nur alle 2 Stunden) als einem regulären Kunden (z.B. jede Stunde) schuldet. Das setzt indes voraus, dass die allgemeine Verkehrspflicht aus § 823 I BGB auch dem Unbefugten gegenüber gilt. Anderenfalls würde der Ladeninhaber dem Ladendieb nämlich gar keine „Buchsicherungspflicht“ schulden.

Gegen die Inklusion des Unbefugten in den Schutz der Verkehrspflichten spricht zunächst die Privatautonomie des Verkehrssicherungspflichtigen. Schließlich stellt die Eröffnung eines bestimmten Verkehrs eine privatautonome Handlung dar. Diese beruht auf einer implizit vollzogenen Abwägung zwischen den Kosten, den Verkehr zu unterhalten (Versicherungskosten, Sicherungskosten, etc.), und dem mit dem Verkehr angestrebtem Gewinn (Befriedigung von Affektionsinteresse, Generierung von Geschäftsinteresse, etc.). In diese rein private Abwägung würde direkt eingegriffen, wenn man mit dem Federstrich des Richters auch völlig Unbefugte in den Schutzbereich einbeziehen würde.⁴⁷⁶ Mit der Verkehrseröffnung – oder eben auch der Abwesenheit einer solchen – steht dem Sicherungspflichtigen damit das Recht zu, die Anzahl möglicher Gläubiger – und damit das Haftungsrisiko – durch erkennbare Exklusion zu begrenzen.⁴⁷⁷ Erneut

schäftlichkeit Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 313f. für den – wohl kaum äußerlich erkennbaren – „Gerichtsvollzieher, der beim Prinzipal eine Lohnpfändung gegen einen Angestellten ausbringen möchte“, welche gem. § 116 S.1 BGB selbst im rechtsgeschäftlichen Kontext irrelevant sind.

475 S.o., S. 7.

476 Vgl. Bamberger-Roth/Spindler, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 247.

477 Vgl. RG, Urt. v. 2.7.1915 – III 30/15, RGZ 87, 128, 129 („Der Kläger verunglückte, als er den „Damen“-Abort betreten wollte. Dort hatte er nichts zu suchen. Er war nicht befugt, diesen nach der Aufschrift erkennbar nur für „Damen“ bestimmten Ort zu benutzen, und der Beklagte brauchte auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht damit zu rechnen, daß der Kläger diesen Ort betreten werden, statt den unmittelbar daneben befindlichen, ebenso bequem zu erreichenden, für Männer bestimmten Raum aufzusuchen. Für eine gefahrfreie Beschaffenheit des „Damen“-Aborts hatte daher der Beklagte dem Kläger nicht einzustehen.“); BGH, Urt. v. 11.12.1984 – VI ZR 218/83, Rn. 16 („Grundsätze [...], nach denen in aller Regel

spielt die Tatsache eine Rolle, dass die Exklusion für einen objektiven Dritten unter Berücksichtigung von dessen Einsichtsfähigkeit⁴⁷⁸ erkennbar sein muss.⁴⁷⁹

Beispiel 19 Im Diebstahlsfall (Beispiel 4)⁴⁸⁰ hat der Ladeninhaber bei angemessener Würdigung der Interessen die Verkehrseröffnung auf potentielle Kunden beschränkt. Offensichtliche Eindringlinge sind nicht von der Verkehrseröffnung erfasst. Das war sowohl für einen objektiven Dritten als auch für den Dieb selbst erkennbar. Damit ist er auch nicht vom Schutzbereich der im Geschäftsbereich geltenden Verkehrssicherungspflichten umfasst. Folglich schuldet ihm der Ladeninhaber keinerlei „Buchsicherungspflicht“.

cc) Zwischenergebnis: Allgemein kein Schutz des erkennbar Unbefugten

Das Ergebnis ist folglich im Schuldverhältnis- und im Deliktsrecht das gleiche: Der erkennbar Unbefugte wird nicht geschützt.⁴⁸¹

b) Dogmatische Ähnlichkeit von Neben- und Verkehrspflicht

Verkehrssicherungspflichten werden umschrieben als die unter dem Vorbehalt des Zumutbaren stehende Pflicht des Einzelnen, sein Verhalten sowie seinen Herrschaftsbereich so zu organisieren, dass die Beeinträchtigung fremder

Sicherungsmaßnahmen nur für den zugelassenen Verkehr zu treffen sind“); Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 328; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 439; präzise zum Interessenwiderstreit Bamberger-Roth/Spindler, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 247 („Entgegen der Lehre ist der [Rechtsprechung] weitgehend beizupflichten, da nicht nur die Gefährerhöhung durch den Unbefugten in Rede steht, sondern auch die Befugnis des Pflichtigen, den Benutzerkreis zu bestimmen und damit sein Haftungsrisiko einzugrenzen. Das Äquivalenzverhältnis zwischen Ab- und Versicherung gegenüber Haftungsrisiken und Anzahl der Benutzer wird ohne Not gestört, wenn auch Schäden der nicht zugelassenen, auf eigene Gefahr ein Grundstück oder Anlage betretenden Unbefugten liquidiert werden können.“).

478 Ist die unbefugte Nutzung durch Kinder oder andere Menschen mit verminderter Einsichtsfähigkeit vorhersehbar, so darf der Verkehrssicherungspflichtige nicht auf Verbotsschilder vertrauen, sondern muss die Gefahrenquelle eigenständig absichern, s. MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 438 m.w.N.

479 Arg. e contrario BGH, Urt. v. 11.12.1984 – VI ZR 218/83, Rn. 16 („[...] daß der Kläger sich nicht für einen unbefugten Benutzer [...] halten mußte, solange er keine Kenntnis von einem [...] Verbot hatte“).

480 S.o., S. 7.

481 Vgl. auch Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 490f.

Rechtsgüter weitestgehend vermieden wird.⁴⁸² Sie werden im Einzelfall bestimmt durch einen bunten Strauß an Kriterien wie Vorhersehbarkeit, Beherrschbarkeit und Ausmaß der drohenden Gefahr, Vertrauensschutz, wirtschaftliche und tatsächliche Zumutbarkeit der Gefahrvermeidung, sowie den Gedanken der Einheit von Chance und Risiko.⁴⁸³ Kontrastiert man diese Obersätze mit den für die Annahme einer Nebenpflicht maßgeblichen Leitlinien⁴⁸⁴ wie die Verkehrssitte, die Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen innerhalb des Schuldverhältnisses, die Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs, das Ausmaß der drohenden Gefahr, die besondere Fachkunde des Schuldners sowie der für die Pflichterfüllung erforderliche Aufwand, so wird offenbar, dass Neben- und Verkehrspflicht ähnlichen Voraussetzungen unterliegen – und damit auch dogmatisch Ähnlichkeit aufweisen.

aa) Flexibilisierung der Verkehrspflichten

Beim Vergleich von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und deliktischen Jedermannspflichten fällt zudem auf, dass Verkehrssicherungspflichten sich ganz konkret an die individuelle Situation der beteiligten Personen anpassen.⁴⁸⁵

Beispiel 18 Im Rapsfeldfall⁴⁸⁶ wird deutlich, dass sich der Verkehrskreis einer Verkehrssicherungspflicht auch auf eine einzige Person beschränken kann. Schließlich ging der BGH offenbar davon aus, dass ein Anspruch aus § 823 I BGB wegen Verletzung einer Verkehrssiche-

482 Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1975 – III ZR 108/73, Rn. 23 (BGHZ 65, 221, 224); BGH, Urt. v. 16.5.2006 – VI ZR 189/05, Rn. 6 m.w.N.; plakativ Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 137f. („weitestgehende und zumutbare Verhinderung der Schädigung Dritter“, welche durch die „Berührung menschlicher Interessenkreise“ ausgelöst wird).

483 Bamberger-Roth/Spindler, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 225a.

484 Exemplarisch BGH, Urt. v. 30.9.2010 – VIII ZR 238/08, Rn. 15f.; MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 52.

485 Trotz der umfangreichen Kanonisierung abstrakter Verkehrspflichten in der Kommentarliteratur passen sie sich stets an die Gegebenheiten des Einzelfalls an und stellen damit keine Konstante, sondern eine Variable dar, vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 133; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 582f. (Fn. 24) sowie AG Bad Segeberg, Urt. v. 27.6.2013 – 17a C 5/13, Rn. 16ff., 23 (gleicher Maßstab für §§ 280 I, 241 II BGB und § 823 I BGB für die Frage, ob der Inhaber einer Ballettschule Aufbewahrungsmöglichkeiten für Wertsachen der Schüler anbieten muss); zur historischen Entwicklung von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 71ff.

486 S.o., S. 112.

rungspflicht zumindest prinzipiell in Betracht kommt.⁴⁸⁷ Verneint wurde er lediglich sofort, weil sich aus dem Deliktsrecht keinesfalls höhere Anforderungen zur Sicherung des Feldes ergaben als aus Schuldverhältnisrecht. Weil das Feld jedoch Privatgrund darstellt, scheidet eine „Öffnung“ desselben dem allgemeinen Verkehr gegenüber aus. Einem beliebigen Dritten hätte der Landwirt damit aus § 823 I BGB keinerlei „Felduntersuchungspflicht“ geschuldet. Die „Öffnung“ geschah damit nur gegenüber seinem Schuldverhältnis-Partner, dem Werkunternehmer. Die Begründung eines Schuldverhältnisses – hier: eines Werkvertrags – ist keinesfalls Voraussetzung für die Verkehrseröffnung im deliktsrechtlichen Sinne. Entscheidend ist vielmehr die nicht-rechtsgeschäftliche Komponente, nämlich der Realakt des willentlichen Teilens der aus dem Besitz⁴⁸⁸ folgenden Befugnis, das Grundstück zu betreten.

Wie der Rapsfeldfall zeigt, ist eine stete Verkleinerung der Verkehrskreise im Jedermannsrecht zu beobachten. Auch die Intimität eines Schuldverhältnisses sperrt damit nicht die Anwendung der aus § 823 I BGB abzuleitenden Verkehrssicherungspflichten, welche grundsätzlich den gefahrlosen Alltag amorpher Menschenmengen ermöglichen sollten. Die Umstände des Einzelfalls, welcher sich eben auch auf die Beziehung zwischen zwei *ex ante* feststehenden Personen beschränken kann, sind damit auf Schuldverhältnis-Ebene wie auch im Jedermannsrecht die entscheidenden Faktoren für die Reichweite der Haftung. Die individuelle Nähe der Parteien und die Qualität der Sonderverbindung werden damit auch bei § 823 I BGB berücksichtigt. Die dogmatische Nähe zwischen Neben- und Verkehrspflicht lässt sich am Beispiel der *culpa in contrahendo* in den sogenannten Warenhausfällen fortführen: Dort wird in einer wertenden Abwägung festgestellt, ob der Gläubiger auf einen gefahrlosen Aufenthalt oder umgekehrt der Schuldner auf zureichende Selbstschutzmaßnahmen des Gläubigers vertrauen darf. Diese Abwägung wird aber trotz der vertrauensbasierten Dogmatik der Nebenpflichten von der Rechtsprechung in § 823 I BGB verortet.

487 Vgl. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 15.

488 Das Eigentum spielt hierbei nur eine untergeordnete Rolle, schließlich hat nur der (unmittelbare) Besitzer die direkte Kontrollmöglichkeit über den gefahrerzeugenden Gegenstand.

Beispiel 20 Ein Kunde kauft im Supermarkt eines Betreibers regelmäßig ein („Schiebetürfall“).⁴⁸⁹ Eines Tages läuft er beim zügigen Verlassen des Supermarktes gegen die sich grundsätzlich automatisch öffnende Schiebetür. Die Schiebetür öffnet sich erst, nachdem der Kunde – der in einem schrägen Winkel auf die Tür zugesteuert hatte – mit Verletzungen zurücktaumelt. Der Kunde macht Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II, 823 I BGB geltend. Das OLG Koblenz lehnte die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ab. Es bestehe „kein Vertrauenstatbestand dahin, daß eine automatische Tür in jedem Fall geöffnet ist, wenn der Türbereich erreicht ist“.⁴⁹⁰ Es berücksichtigte hierbei auch die Tatsache, dass dem Kunden der Supermarkt des Betreibers und die Funktionsweise der Schiebetür wohlbekannt waren.⁴⁹¹ Mangels atypischer Funktionsweise der Öffnungsautomatik war der Selbstschutz des Kunden hier also vorrangig gegenüber etwaigen Gefahrvermeidungsmaßnahmen⁴⁹² des Supermarktbetreibers.⁴⁹³ Letzterer durfte damit umgekehrt darauf vertrauen, dass sich der Kunde mit einer gewissen Alltagsschläue verhalten würde. Der ebenfalls geltend gemachte Anspruch aus „positive[r] Vertragsverletzung“ hatte nach Ansicht des Gerichts offensichtlich keine eigene inhaltliche Dynamik, denn geprüft wurde nur, ob eine Verkehrssicherungspflicht bestand.⁴⁹⁴

Die für die *culpa in contrahendo* typischen Warenhausfälle weisen damit keine gegenüber dem Deliktsrecht auffallenden Besonderheiten auf. Alle auch für die Haftungsreichweite des Schuldverhältnisses relevanten Faktoren lassen sich innerhalb von § 823 I BGB mit dem vom Gläubiger zu erwartenden Selbstschutz und dem Maß des redlichen Vertrauens des Gläubigers auf Gefahrenvorsorge

489 Fall nach OLG Koblenz, Urt. v. 15.3.2000 – 7 U 778/99.

490 OLG Koblenz, Urt. v. 15.3.2000 – 7 U 778/99, Rn. 9.

491 OLG Koblenz, Urt. v. 15.3.2000 – 7 U 778/99, Rn. 6.

492 Auch eine Warnpflicht zum Aufkleben von Stickern auf die Tür wurde wegen der gut sichtbaren Türrahmen abgelehnt, OLG Koblenz, Urt. v. 15.3.2000 – 7 U 778/99, Rn. 10.

493 Ähnlich auch OLG Hamm, Urt. v. 13.4.2016 – 11 U 127/15, Rn. 21ff. (keine Nebenpflichtverletzung eines Theaterbetreibers gegenüber Stöckelschuhabsatzträger durch Verwendung von Schmutzfangmatten im Eingangsbereich, da die Gefahrenquelle für den Besucher erkennbar und beherrschbar war).

494 Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 15.3.2000 – 7 U 778/99, Rn. 5ff.

durch den Schuldner auffangen.⁴⁹⁵ Der Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB weist hierbei keine zu beobachtende Eigendynamik gegenüber den deliktsrechtlichen Verhaltensanforderungen auf.⁴⁹⁶

bb) Verhaltensbezogenheit von Verkehrspflichten

Verkehrssicherungspflichten werden durch eine Abwägung zwischen der Gefahrenintensität und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der möglichen Schadensverhinderungsmaßnahmen für den Schädiger bestimmt.⁴⁹⁷ Damit werden sie zum einen durch die Zumutbarkeit einer entsprechenden Sicherung für den Sicherungspflichtigen begrenzt.⁴⁹⁸ Darüber hinaus finden sie ihre Grenze aber auch dort, wo ein (abstraktes) Vertrauen des Verletzten nicht mehr schutzwürdig ist.⁴⁹⁹ An dieser Stelle wird implizit ein bestimmter Verhaltensmaßstab vom Opfer gefordert, der sich ganz konkret an den Umständen der Verletzung orientiert. Ein Vertrauen des Opfers auf einen gefahrlosen Aufenthalt ist nämlich dann nicht mehr schutzwürdig, wenn die konkreten Umstände des Einzelfalls dem Opfer selbst eine entsprechende Vorsichtshaltung abverlangen.⁵⁰⁰

495 Vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 141.

496 Deshalb will U. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 866 auch den häufig für Nebenpflichten verwendeten Begriff der „Schutzpflicht“ durch den seiner Meinung nach treffenderen Begriff der „allgemeine[n] Verkehrspflicht“ ersetzen.

497 BGH, Urt. v. 3.6.2008 – VI ZR 223/07, Rn. 9; OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2013 – 7 U 22/12, Rn. 20; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 134 (Fn. 473) m.w.N.

498 Teichmann, JA 1984, 709, 713. Die finanzielle Belastung des Schuldners kann unter dem Gesichtspunkt der „Zumutbarkeit“ aber regelmäßig nur dann eine Verkehrspflicht begrenzen, wenn das Schutzobjekt weder Leben noch Gesundheit ist, Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 142 (Fn. 503) m.w.N.; Steffen, VersR 1980, 409, 411 („Bestandsschutz geht vor Werterhaltung.“). Dem Schuldner bleibt schließlich stets die Möglichkeit die „Verkehrseröffnung“ zu unterlassen, wohingegen der Gläubiger von der *ex ante* für erlaubt erklärten Schädigung seiner körperlichen Integrität gar nichts mitbekommen würde. Das kann zumindest dann nicht angehen, wenn die Dispositionsbefugnis über ein Rechtsgut höchstpersönlicher Natur ist.

499 Vgl. von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 84; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 133; Teichmann, JA 1984, 709, 713; Ulmer, JZ 1969, 163, 177 („in § 823 Abs. 1 geschützte Vertrauen des Verkehrs“); deshalb im Fall eines gestürzten Passagiers mangels Schaffung einer besondere Aufmerksamkeit verdienenden Gefahrenquelle mit Recht gegen eine Pflicht der Fluggesellschaft, die Verpackungsfolien der Decken auf einem Langstreckenflug kontrolliert und systematisch wieder einsammeln zu lassen, KG Berlin, Urt. v. 4.7.2008 – 3 U 17/07, Rn. 12, 14.

500 Die zu erwartende Vorsorge des Verkehrspflichtgläubigers ist als Korrelat zum (abstrakt verstandenen) Vertrauen zu verstehen, was redlicherweise in die Gefahrlosigkeit der Umge-

Beispiel 21 Eine Kundin stürzte in dem kleinen Lebensmittelgeschäft eines Händlers, weil sie über eine in den Gang hineinragende Apfelsinenkiste stolperte („Apfelsinenkistenfall“).⁵⁰¹ Das Gericht lehnte eine Verkehrssicherungspflichtverletzung durch den Ladeninhaber – und infolgedessen eine Haftung – ab.⁵⁰² Hier sei der konkrete Laden der Geschädigten bereits von „zahlreichen Besuchen“ bekannt gewesen.⁵⁰³ Ihr war damit eine besondere Raumkenntnis zu unterstellen, welche wiederum den Grad an schutzwürdiger Arglosigkeit sinken ließ. Mit guten Argumenten ließe sich aber auch in die entgegengesetzte Richtung argumentieren: Schließlich verlässt sich jemand, der eine gewisse Situation häufig schadlos überstanden hat, womöglich in besonderer Weise auf die Gefahrlosigkeit der Umstände.⁵⁰⁴ Generell ist unklar, ob Verkehrspflichten außerhalb besonderer „Gefahrenbereiche“ eher schwach oder eher stark ausgeprägt sein sollten.⁵⁰⁵ Für ersteres spricht, dass die Gefahrenintensität grundsätzlich gering ist. Folglich kann auch nur eine geringere Kontrolldichte erwartet werden. Für letzteres spricht, dass eine Gefahr für den Gläubiger besonders schadensträchtig sein wird, weil er eben gerade keine Gefahr erwartet hatte.

Der Gedanke des § 254 I BGB findet damit nicht erst in der Rechtsfolge Anwendung, sondern beschränkt unmittelbar die tatbestandliche Verhaltensanforde-

bung gesetzt werden darf, vgl. von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 84; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 140; insoweit folgerichtig LG Köln, Urt. v. 7.3.2007 – 4 O 99/06, Rn. 36ff. (keine Erweiterung der Warn- und Sicherungspflichten eines Reiseveranstalters dadurch, dass der Reisende den abgegrenzten Schwimmbereich verlässt). Die Rechtsprechung weist dabei häufig darauf hin, dass eine vollkommene Sicherung aller denkbaren Gefahren nicht erwartet werden kann, exemplarisch OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2013 – 7 U 22/12, Rn. 20.

501 Fall nach OLG Koblenz, Urt. v. 13.7.1995 – 5 U 295/95, MDR 1996, 265.

502 OLG Koblenz, Urt. v. 13.7.1995 – 5 U 295/95, MDR 1996, 265, 265f.

503 OLG Koblenz, Urt. v. 13.7.1995 – 5 U 295/95, MDR 1996, 265, 265f.

504 Vgl. auch OLG Koblenz, Urt. v. 13.7.1995 – 5 U 295/95, MDR 1996, 265, 266, das aber selbst bei unterstellter Verkehrspflichtverletzung durch den Ladeninhaber eine weit überwiegende Verantwortlichkeit der Geschädigten nach § 254 I BGB annahm, weil sie die Kisten bereits beim Betreten des Ladens gesehen hatte.

505 Zum Problem Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 147f.

zung.⁵⁰⁶ Hier fließen also Umstände ein, die aufgrund ihrer situativen Natur durchaus auch der schuldverhältnisbedingten Ebene vorbehalten sein könnten.⁵⁰⁷ Die in § 276 II BGB konkretisierte Fahrlässigkeit begrenzt als verkehrserforderliche Sorgfalt also – genau wie bei Nebenpflichten – bereits auf einer tatbestandlichen Ebene die deliktische Verhaltensanforderung.⁵⁰⁸ Die deliktischen Verkehrssicherungspflichten weisen damit inzwischen einen Spielraum zur Berücksichtigung von Einzelumständen auf, der dem der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten in nichts nahesteht.⁵⁰⁹

cc) Verstärkung von Nebenpflichten durch Verkehrspflichten

Zwar laufen Nebenpflichten – wie gezeigt – rechtspraktisch mit Verkehrspflichten parallel und gehen – sofern es um den Schutz absoluter Rechtsgüter geht – nicht über diese hinaus. Denkbar wäre aber, dass das Schutzniveau der absoluten Rechtsgüter des Gläubigers durch Nebenpflichten grundsätzlich niedriger wäre,

506 Vgl. *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 140. Gleiches gilt, wenn es um die Erkennbarkeit von vermögenswerten (Informations-)Interessen des Gläubigers geht, für deren Beeinträchtigung er im Nachhinein Schadensersatz verlangen möchte, s. BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 11. Das ist auch rechtspolitisch schlüssig, denn im Rahmen der Verkehrspflichten geht es um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen. Auch im Rahmen einer kommerzialisierten Gesellschaft geht es aber nicht an, dem Verbraucher stets jede Verantwortung für sein Handeln abzunehmen, plakativ gegen eine „Vollkasko-Mentalität“ plädierend *Edenfeld*, *VersR* 2002, 272, 272; krit. auch *Klinck*, *Information*, 2013, S. 103, 104; *Nirk*, *RabelsZ* 18 (1953), 310, 354 („im deutschen Recht zu beobachtende Bereitwilligkeit zur ausdehnenden Schadenshaftung“); deshalb gegen eine halbstündige Kontrollangriffspflicht eines Fitnessstudio-betreibers für den hauseigenen Saunabereich plädierend OLG Hamm, Urt. v. 29.8.2012 – 12 U 52/12, Rn. 30ff.

507 Die Begrenzung von Verkehrspflichten findet auf einer objektiven Ebene statt, um nichts Unmögliches zu verlangen, *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 135.

508 Eine Differenzierung zwischen Verkehrspflicht und Fahrlässigkeit findet nicht mehr statt, so auch *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 394 (Fn. 1653) m.w.N. zur i.E. zustimmenden Literatur. Nach *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 519f. gehen die Verhaltensanforderungen die Verkehrssicherungspflichten betreffend in keinem Fall über die entsprechenden Pflichten aus dem Schuldverhältnisrecht hinaus. Damit sieht er als implizite Grenze der Verkehrssicherungspflichten die entsprechenden Nebenpflichten aus dem Schuldverhältnisrecht an. Das setzt allerdings voraus, das zwischen Nebenpflichten und Verkehrssicherungspflichten überhaupt ein Unterschied besteht. Bei einem völligen Gleichlauf der Pflichten sowohl, was den praktischen Umfang betrifft, als auch, was deren theoretisches Begründungskonstrukt anbelangt, kommt eine gegenseitige Begrenzung schon rein logisch nicht in Betracht.

509 Zutreffend *Paßmann*, *Schutzpflichtverletzungen*, 2010, S. 64f., nach dem sich die Bestimmung des Pflichtinhalts sowohl im Schuldverhältnis als auch im Jedermannsrecht allein an den tatsächlichen Umständen orientiert.

wenn ein höheres Schutzniveau nicht gleichzeitig durch eine in das Schuldverhältnis gespiegelte Verkehrspflicht vorgegeben wird. Man könnte schließlich argumentieren, dass der Gläubiger – anders als ein Unbeteiligter im Jedermannsrecht – durch die Begründung eines Schuldverhältnisses mit dem Schuldner seine Rechtsgütersphäre freiverantwortlich einer Gefahr ausgesetzt hat. Durch diese Entscheidung könnte seine Integritätssphäre im Vergleich zu den Rechtsgütern Dritter weniger schutzwürdig sein. Dass aber ausgerechnet innerhalb eines Schuldverhältnisses – also im Rahmen einer über das Jedermannsrecht hinausgehenden Bindung – der Schutz absoluter Rechtsgüter weniger gut ausgeprägt sein soll als im allgemeinen Verkehr, erscheint nicht sinnvoll. Weder darf der Gläubiger sein Sorgfaltsniveau im Hinblick auf die absolut geschützte Integrität des Schuldners billigerweise herabsenken, noch ist dem Schuldner eine korrespondierend höhere Integritätsgefahr allein wegen seines Schuldverhältnis-Kontakts zuzumuten.

Man könnte sich jedoch fragen, ob die Präsenz einer Verkehrspflicht eine Nebenpflicht verstärken kann. Schließlich dienen Nebenpflichten – mit der Ausnahme des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritten – lediglich dem Schutz der Parteien des Schuldverhältnisses und nicht dem Schutz unbeteiligter Dritter. Deren Interessen können in der Dichotomie Schuldner-Gläubiger nicht ohne Weiteres Berücksichtigung finden. Von rechtspraktischer Relevanz wäre dabei, ob nicht bei Bestimmung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht zu berücksichtigen ist, inwieweit auch außerhalb des Schuldverhältnisses befindliche Personen einer möglichen Schädigung ausgesetzt sind. Sind neben dem Schuldverhältnis-Partner auch Dritte einer Rechtsgütergefahr durch die Sorgfaltsverpflichtung ausgesetzt, so steigt das Ausmaß der drohenden Gefahr. Korrespondierend zur erhöhten Gefahr steigt zumindest im Rahmen der Verkehrspflichten auch das Maß an dem Verkehrspflichtigen zumutbaren Vermeidungsbemühungen.⁵¹⁰ Weil diese Gefahr für Dritte aber in der Abwägungsmatrix für Nebenpflichten – die ausschließlich die Interessen der am Schuldverhältnis Beteiligten

510 BGH, Urt. v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05, Rn. 11 a.E. („Sicherungsmaßnahmen umso eher zumutbar, je größer die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung“).

oder von dessen Schutz Umfassten erfasst⁵¹¹ – eigentlich keine Berücksichtigung finden kann, stellt sich die Frage, ob so nicht die Verkehrspflichten den Schutz absoluter Rechtsgüter im Schuldverhältnisrecht inhaltlich verstärken oder gar verdrängen.

Beispiel 2 Im Seniorenfall⁵¹² schuldet der Heimbetreiber den Bewohnern eine schuldverhältnisrechtliche Nebenpflicht, unter zumutbarem Aufwand für deren körperliche Sicherheit zu sorgen.⁵¹³ Dabei sind insbesondere Schutzmaßnahmen gegen vorhersehbare Selbstgefährdungen der Heimbewohner zu ergreifen.⁵¹⁴ Die Verhaltensanforderung, die Senioren unter zumutbarem Aufwand am unbeaufsichtigten Verlassen des Geländes zu hindern, besteht also bereits zum Selbstschutz der Heimbewohner.

Gegenüber am Schuldverhältnis unbeteiligten Dritten wie den Autofahrern ist der dem Heimbetreiber zumutbare Vermeidungsaufwand aber womöglich höher. Weil sich die Seniorenresidenz in der Nähe einer Schnellstraße befindet und die Bewohner aufgrund eingeschränkter Reaktionsfähigkeiten zudem besonders große Gefahren im laufenden Schnellstraßenverkehr darstellen, rechtfertigen hier eine erhöhte Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und ein drohender Mehrpersonenschaden zusätzliche Sorgfaltsbemühungen aufseiten des Verkehrspflichtigen.⁵¹⁵ Die Tatsache, dass bei Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht nicht nur der Schuldverhältnis-Partner zu Schaden kommen kann, sondern

511 Vgl. bereits den auf die Rücksicht gegenüber der Integrität „des anderen Teils“ begrenzten Wortlaut des § 241 II BGB sowie exemplarisch AG Schwalmstadt, Urt. v. 17.3.2017 – 8 C 429/15, Rn. 16 („Gebot der gegenseitigen [!] Rücksichtnahme“).

512 S.o., S. 5.

513 BGH, Urt. v. 28.4.2005 – III ZR 399/04, Rn. 6 (BGHZ 163, 53, 54f.); OLG München, Urt. v. 23.2.2006 – 8 U 4897/05, Rn. 21 („Obhutspflichten des Heimträgers zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit der ihm anvertrauten Heimbewohner“); AG Schwalmstadt, Urt. v. 17.3.2017 – 8 C 429/15, Rn. 16.

514 OLG München, Urt. v. 23.2.2006 – 8 U 4897/05, Rn. 24ff. (Erfordernis einer Temperaturbegrenzung an der Dusche, um Verbrühungen der Heimbewohner durch unbeaufsichtigtes Betätigen des Heißwasserhahns zu verhindern).

515 Vgl. allgemein den Gedanken des OLG München, Urt. v. 23.2.2006 – 8 U 4897/05, Rn. 30, dass „die Verkehrspflicht grundsätzlich an den schutzbedürftigsten Personen ausgerichtet werden muss, die mit der Gefahrenquelle in Kontakt kommen können“.

darüber hinaus absolut geschützte Rechtsgüter unbeteiligter Dritter gefährdet werden, muss also dazu führen, dass die dem Verkehrssicherungspflichtigen abzuverlangenden Sorgfaltsbemühungen (noch) höher sind. Wegen des besonders großen drohenden Schadens hätte der Heimbetreiber also beispielsweise nicht nur alle 2 Stunden einen Kontrollgang durch die Zimmer veranlassen und nachts einen Wachmann am Eingang postieren lassen müssen, sondern die Kontrollgänge jede Stunde durchführen lassen und auch tagsüber einen Wachdienst an den Ausgängen des Heims einrichten müssen.

Auch aus ökonomischer Sicht wäre dies sinnvoll, da für den sinnvollen Schadensvermeidungsaufwand egal ist, ob der Schaden dem Schuldverhältnis-Partner oder einem Dritten droht, solange es nicht zu einer Quersubventionierung kommt, der Schuldverhältnispartner also letztlich kostenlos vermögenswerte Vorsorge für Dritte betreiben muss. Weil es sich um die Abwehr einer für Dritte völlig unbekanntem Gefahr handelt, die der Verkehrssicherungspflichtige als wirtschaftlicher Nutznießer dieser Gefahrenquelle zudem am besten beherrschen kann, besteht hier kein Risiko einer unbilligen Quersubventionierung.

Kommt nur der Heimbewohner wegen sorgfaltswidrig unterlassener Kontrollmaßnahmen zu Schaden, so muss auch dieser sich auf den erhöhten Sorgfaltsmaßstab berufen können, da der Heimbetreiber allgemein zu einem höheren Sorgfaltsniveau verpflichtet war. Eine Schlechterstellung gerade des Vertragspartners wäre insoweit nicht interessengerecht. Auch eine unzulässige Quersubventionierung durch die Berufung auf den ihn vermeintlich gar nicht schützenden Sorgfaltsmaßstab droht hier nicht, da allein der Heimbewohner als Schuldverhältnis-Partner von Preiserhöhungen aufgrund durch die erhöhte Sorgfaltspflicht etwaig gestiegener Unterbringungskosten betroffen wäre und ihm kein gegenüber den Autofahrern unbilliger Vorteil entsteht.

Die Maßstäbe der Verkehrspflichten, insbesondere das drohende Ausmaß der Gefahr für die Allgemeinheit – und nicht nur für den Gläubiger der Nebenpflicht – als Hebel des dem Sicherungspflichtigen zumutbaren Vermeidungsaufwand,

sind damit bei präziser Betrachtung denen der schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht im Bereich des Schutzes absoluter Rechtsgüter wegen des weiteren Fokus überlegen und sollten diese zumindest überlagern. Ob die Rechtspraxis dies bereits so praktiziert, lässt sich nicht sicher feststellen. Viel spricht indes dafür, da stets betont wird, dass die Verkehrspflichten innerhalb Schuldverhältnissen zu Nebenpflichten werden⁵¹⁶ – und damit Nebenpflichten im Bereich absolut geschützter Rechtsgüter ohnehin von den Maßstäben der Verkehrspflichten vollständig repräsentiert werden.

Da sich für eine Differenzierung zwischen Neben- und Verkehrspflicht in der Rechtspraxis keinerlei Anhaltspunkte finden lassen, bleibt demnach der Schluss, dass die Rechtspraxis auch im Schuldverhältnisrecht den (bisweilen) höheren Sorgfaltsmaßstab der Verkehrspflicht anwendet. Würde das Gericht nämlich einen niedrigeren Maßstab im Schuldverhältnisrecht anwenden, so müsste es dies bei (impliziter) Abweisung des Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB zu erkennen geben: Die Entscheidungsgründe müssten dann schließlich Ausführungen dazu enthalten, ob entweder zumindest ein Anspruch aus § 823 I BGB gegeben ist (dann wäre die Entscheidung über den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB nicht tragend und damit irrelevant) oder aber auch nach dem höheren Maßstab des § 823 I BGB keine Sorgfaltspflichtverletzung festzustellen ist (was den bisweilen differierenden Pflichtenmaßstab der §§ 241 II, 823 I BGB eindeutig kennzeichnen würde). Beides ist – soweit ersichtlich – noch nie vorgekommen. Vielmehr wird entweder ein Anspruch aus den §§ 280 I, 241 II BGB – häufig neben einer strenggenommen überflüssiger Nennung des § 823 I BGB – zugesprochen⁵¹⁷ oder, es werden Ansprüche aus den §§ 280 I, 241 II, 823 I BGB in Gänze abgewiesen⁵¹⁸.

516 Exemplarisch für Rechtsprechung und Schrifttum AG Potsdam, Urt. v. 2.3.2007 – 32 C 349/06, Rn. 14 („Innerhalb eines Vertragsverhältnisses handelt es sich bei den Verkehrssicherungspflichten im Sinne des 823 Abs. 1 BGB zugleich um Vertragspflichten“); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 57 („deliktische[...] Sorgfaltspflichten werden durch § 241 Abs. 2 als sog. Schutzpflichten in das Vertragsrecht gespiegelt“).

517 Vgl. OLG München, Urt. v. 23.2.2006 – 8 U 4897/05, Rn. 19 („Klägerin steht [...] sowohl ein vertraglicher Schadensersatzanspruch zu wegen Verletzungen von Schutz- und Obhutspflichten des mit dem Geschädigten abgeschlossenen Pflegevertrags (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) wie ein deliktischer Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und Organisationspflicht gegenüber dem Geschädigten“); OLG München, Urt. v. 18.1.2017 – 20 U 4062/16, Rn. 11 („Schadensersatzverpflichtung der

3. Bilanz

a) Kaum tatsächliche Unterschiede wahrnehmbar

Bei Vergleich der beiden Haftungsregime im tatbestandlichen Geltungsbereich der Verkehrssicherungspflichten ist eindeutig, dass bestehende Abgrenzungsprobleme, was die Reichweite sinnvoller Haftung anbelangt, das Schuldverhältnis- und das Deliktsrecht in identischer Weise plagen. Das ist aufgrund ihrer strukturellen Ähnlichkeit auch nicht verwunderlich.⁵¹⁹ Ein kategorialer Unterschied ist demnach keinesfalls auszumachen. Fraglich ist, ob eine inhaltliche Trennung überhaupt möglich ist. Historisch gesehen haben Verkehrspflichten im Vergleich zu Nebenpflichten die längere Entwicklung hinter sich.⁵²⁰ Das deutet zunächst einmal darauf hin, dass kein inhaltlicher Unterschied besteht. Man kann schließlich vermuten, dass die ältere Verhaltensanforderung (Verkehrspflicht) die jüngeren Nebenpflichten inhaltlich determiniert. Eine Abweichung könnte sich nur ergeben, wenn Nebenpflichten nach dem Import deliktsrechtlicher Verkehrspflichten eine eigene Entwicklung in diesem Bereich vollzogen hätten. Verkehrspflichten werden durch die fehlende Schutzwürdigkeit von Vertrauen in eine gefahrlose Situation begrenzt. Nebenpflichten haben nach herrschendem Verständnis ihre dogmatische Wurzel im Vertrauensschutz.⁵²¹ Damit

Beklagten wegen Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten und aus Delikt“); AG Detmold, Urt. v. 10.11.2006 – 8 C 338/06, Rn. 2 (Anspruch auf „Zustimmung zur Rücknahme der negativen [ebay-]Bewertung aus §§ 280 I, 241 II, 823 I, II [BGB]“).

518 Vgl. BGH, Urt. v. 28.4.2005 – III ZR 399/04, Rn. 5ff. (BGHZ 163, 53, 54ff.); BGH, Urt. v. 14.12.2016 – VIII ZR 49/16, Rn. 12, 24; OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.8.2017 – 3 U 20/17, Rn. 19 („dürfte bereits an einer kausalen Schutz- bzw. Verkehrssicherungspflichtverletzung der Beklagten fehlen, an welche sowohl die vertragliche Haftung gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB als auch die deliktische Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB anknüpft“).

519 von Bar, JuS 1982, 637, 644; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 264 (Neben- und Verkehrssicherungspflicht „phänotypisch ähnlich“); Grünwald, Garantpflichten, 2001, S. 124 („Angleichung“); Hadzimanovic, Nebenpflichten, 2006, S. 106; U. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 865f.; Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Deliktisch geschützte Interessen „doppelt geschützt“); Medicus, FS Keller, 1989, S. 205, 211; Medicus/Petersen, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. 199; M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 248f.; M. Weller, Leistungen, 2012, S. 424 (Keine grundlegende „Unterscheidung zwischen Jedermannspflichten des Deliktsrechts und den besonderen Schutzpflichten aus bestehender Sonderverbindung“).

520 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 200.

521 BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VII ZR 119/71, Rn. 12 (BGHZ 60, 221, 226); Ballerstedt, AcP 151 (1950/1951), 501, 507ff.; Canaris, JZ 1965, 475, 476f.; Canaris, Vertrauenshaftung, 1971,

werden auch sie durch fehlende Schutzwürdigkeit von Vertrauen begrenzt. Zudem wird bei beiden Pflichten die nach § 276 II BGB im Verkehr erforderliche Sorgfalt bereits in die tatbestandliche Prüfung integriert.⁵²² Was im jeweiligen Verkehr nicht mehr erforderlich war, stellt damit in beiden Bereichen schon keine Verhaltensanforderung dar. Diese gemeinsamen Wurzeln deuten bereits dogmatisch auf einen inhaltlichen Gleichlauf hin. Auch Unbefugte werden im sich tatbestandlich überschneidenden Bereich von Neben- und Verkehrspflicht von beiden Haftungsregimen in identischer Weise (nicht) geschützt.⁵²³ Ist der Bezugsgegenstand der Verhaltensanforderung derselbe, so besteht zwischen deliktischen Verkehrsrückgriffspflichten und schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten demnach kein Unterschied.⁵²⁴ Nur wenn es um ein rechtliches Interesse geht, welches schon im Ansatz im Jedermannsrecht nicht in gleicher Weise geschützt wird, kommt es zu Haftungsunterschieden. Das Vermögen wird im Schuldverhältnisrecht deutlich breiter als im Jedermannsrecht geschützt. Ein weitergehender Schutz des Gläubigers einer Nebenpflicht lässt sich also nur auf der Ebene des Schutzguts, nicht der Schutzintensität, ausmachen.⁵²⁵ Die Sentenz des Gesetzgebers, welche die Diskussion vermutlich erst in Gang setzte – „*Sie [die Nebenpflichten] verpflichten die Beteiligten zu einem gesteigerten Schutz*

S. 424ff., 440ff.; *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 74, 84; MüKo-BGB/*Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 40 (Fn. 69) m.w.N.; *Frost*, Schutzpflichten, 1981, S. 93ff.; *Kuhlmann*, Schutzpflichten, 2001, S. 80f., 86ff.; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 222; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 400; *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 187ff.; *Schur*, Leistung, 2001, S. 230f.; *Hans Stoll*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 741, 747ff., 774; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 288; *Thiele*, JZ 1967, 649, 650.

522 Explizit im Kontext eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB OLG Hamm, Urt. v. 29.8.2012 – 12 U 52/12, Rn. 23.

523 Ähnlich bereits *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 328f.; *Medicus*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 490f.

524 So explizit auch von *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 312 („*vollkommen identisch*“); *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 199, 264 (Neben- und Verkehrsrückgriffspflicht bei Schutz von Eigentum und Gesundheit „*inhaltlich gleich*“); *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 66 („*vollkommen identisch*“); *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 179 („*Sorgfaltsmaßstab [...] grundsätzlich identisch*“); MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 396; vgl. auch BGH, Urt. v. 21.12.1965 – VI ZR 161/64, Rn. 29 („*Verletzung der besonderen Pflichten, die nach Gegenstand und Umfang [...] nicht weiterreichen als die oben erörterten allgemeinen Pflichten*“); so bereits vor über 50 Jahren von *Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 57f.

525 Ähnlich auch *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 220f.

der Rechtsgüter des jeweils anderen“⁵²⁶ – müsste demnach in Gedanken abgewandelt werden zu „*Sie verpflichten die Beteiligten zu einem [...] Schutz [einer gesteigerten Anzahl] der Rechtsgüter des jeweils anderen*“.

b) Keine dogmatischen Unterschiede erkennbar

Die herrschende Lehre befürwortet dennoch eine dogmatische Trennung von Nebenpflichten und Verkehrssicherungspflichten.⁵²⁷ Die Rechtsprechung pflichtet der Argumentation der herrschenden Lehre implizit bei, indem sie die Nebenpflichten im Schuldverhältnis seit 1911 im Linoleumrollenfall kontinuierlich ausbaut.⁵²⁸ Der Gesetzgeber hat die Praxis der Rechtsprechung mit Erlass des § 241 II BGB explizit gebilligt.⁵²⁹ Die Begründung für die dogmatische Trennung ist aber angreifbar⁵³⁰: Im tatbestandlichen Anwendungsbereich der Ver-

526 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

527 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 206 (Fn. 117) m.w.N.; NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 20; Das neue Schuldrecht/Medicus, 2002, Kap. 3 Rn. 165 a.E.; Medicus/Petersen, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. 199; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 66 (Fn. 25); Thiele, JZ 1967, 649, 651; a.A. Katzenstein, Jura 2004, 584, 586 (Anspruch aus Nebenpflichtverletzung als „*stets eine der deliktischen im Prinzip homogene*“ Haftung). Nebenpflichten würden gegenüber Verkehrspflichten eine eigene Existenzberechtigung aufweisen, weil im Jedermannsrecht weiterhin Haftungslücken gegenüber dem Schuldverhältnisrecht bestünden, vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 205f. (Fn. 116). Nebenpflichten würden schließlich nur einen durch das Schuldverhältnis beschränkten Personenkreis betreffen, wohingegen Verkehrssicherungspflichten den abstrakten Schutz einen anonymen Personenkreises bezwecken würden, vgl. Gerhardt, JuS 1970, 597, 598f. Ersteres erlaube eine größere Reichweite der Haftung während letzteres aus Rücksicht auf die allgemeine Handlungsfreiheit nur eine geringere Haftungsintensität zulasse. Zudem zeige § 618 BGB, dass Verhaltensanforderungen zum Schutz von körperlicher Integrität auch eine spezifisch-schuldverhältnisbedingte Stoßrichtung aufweisen könnten, Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 85f.; Kuhlmann, Schutzpflichten, 2001, S. 76. Schließlich sei für Nebenpflichten – anders als für integritätsschützende Jedermannspflichten – eine gewisse „*Leistungsspezifität der Gefährdung*“ erforderlich, Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 64f.

528 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 207.

529 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

530 So auch von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 312 (Verkehrs- und Nebenpflichten „*volkommen identisch*“); von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 57f. („*Obhutspflichten für Gesundheit und Eigentum des Vertragspartners [...] sind aber im Grunde identisch mit der allgemeinen Pflicht, für die Sicherheit der Räume zu sorgen, die man dem Verkehr eröffnet.*“); U. Huber, AcP 177 (1977), 281, 319f.; Hans Stoll, AcP 176 (1976), 145, 150f. (Fn. 21 a.E.). Auch das Deliktsrecht kann über das Kriterium der „*Verkehrseröffnung*“ eine Begrenzung des Gläubigerkreises erreichen, welche auf das Niveau eines Schuldverhältnisses hinunterreichen kann, s.o., 0, S. 119; vgl. bereits U. Huber, AcP 177 (1977), 281, 318f.; Medicus,

kehrssicherungspflichten unterscheiden sich die Verhaltensanforderungen von Neben- und Verkehrspflicht nämlich – wie eben gezeigt – überhaupt nicht.⁵³¹ Dieser Befund findet sich zwar mittlerweile in einigen Monographien, hat die Dogmatik der Nebenpflichten aber noch nicht auf breiter Front beeinflussen können.⁵³² Damit ist kein überzeugender Grund ersichtlich, zwischen Neben- und Verkehrspflichten zu differenzieren. Vielmehr entspringen die innerhalb eines Schuldverhältnisses von der Rechtspraxis geforderten Verkehrspflichten inhaltlich allein dem Deliktsrecht.

VI. Originär schuldverhältnisbedingte Verhaltensanforderungen

In Kommentierungen zu § 241 II BGB finden sich viele Pflichten, die schon im Ansatz kein Pendant im Jedermannsrecht aufweisen. In der Sache entschei-

FS Kern, 1968, S. 313, 328; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 490f.; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 582f. § 618 BGB stellt eine Sondernorm im Arbeitsrecht dar. Wegen historischer Rückstände und einem extremem Marktungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber musste dort das Erhaltungsinteresse des schutzwürdigen Arbeitnehmers besonders betont werden, vgl. zum fehlenden, eigenen Regelungsgehalt der Norm MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016 § 618 Rn. 1 („Teilausprägung der allgemeinen arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht, die ihrerseits wiederum die arbeitsvertragliche Ausprägung der allgemeinen Pflicht jedes Vertragspartners zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2) ist“). Das erlaubt indes keinen Rückschluss auf das dogmatische Zusammenspiel von Neben- und Verkehrspflicht insgesamt. Zudem zeigt der eine vergleichbare Interessenlage implizierende Verweis in § 618 III BGB, dass kerdeliktsische Aufgaben wahrgenommen werden. Dass Nebenpflichten schließlich schon ausweislich der Gesetzesystematik (§ 241 BGB) einen – wie auch immer ausgestalteten – Bezug zu den Leistungspflichten aufweisen können, vermag einen strukturellen Unterschied ebenfalls nicht zu begründen. Zum einen gibt es wegen § 311 II, III BGB auch Nebenpflichten in Schuldverhältnissen ohne Leistungspflichten. Zum anderen begrenzt das einzelne Schuldverhältnis die sachliche Reichweite der Nebenpflichten. Dass die Nebenpflichten insgesamt aber inhaltlich (teilweise) identisch mit den Jedermannspflichten sind, wird durch die Begrenzung im Einzelfall nicht widerlegt.

531 Plastisch MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 80 („in der gerichtlichen Praxis [...] Anspruchsgrundlage dem Vertragsrecht entnommen [...], während Umfang und Intensität der für die Haftungsbegründung erforderlichen Sorgfaltspflichten auf [...] einen Kommentar zu § 823 Abs. 1 gestützt werden“).

532 Krit. gegenüber immer noch vorherrschenden Fehlvorstellungen auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 63; vgl. aber bereits die korrekte Einschätzung von *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 312; *von Bar*, JuS 1982, 637, 644; *U. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 865f.

dend⁵³³ ist die Frage, ob es schuldverhältnisbedingte Pflichten gibt, die eine vom Jedermannsrecht unabhängige Dynamik aufweisen.

Die Rechtsprechung befürwortet einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 618 BGB gegen den Arbeitgeber, wenn dieser das Mobbing eines Arbeitnehmers entgegen seiner Garantienpflicht schuldhaft nicht unterbunden hat.⁵³⁴ Fraglich ist aber, ob sich die Nebenpflicht nicht auch im Jedermannsrecht wiederfinden lässt. Die Pflichtbegründung beruht nämlich richtigerweise auf „vertragsunabhängigen Erwägungen“⁵³⁵. So ist der Arbeitnehmer der Möglichkeit von Mobbing im theoretischen Kontext des Arbeitsvertrags rechtstatsächlich dadurch ausgeliefert, dass er in den Betrieb des Arbeitnehmers eingebunden ist. Ausweichmöglichkeiten stehen ihm alleine nicht offen. Der Arbeitgeber hat dagegen großen Handlungsspielraum in der ihm nutzenbringenden Betriebsgestaltung. Die Garantienpflicht des Arbeitgebers lässt sich folglich allein mit allgemeinen Gefährüberlegungen herleiten.⁵³⁶ Sie

533 Etwas unklar ist auch, was der Anknüpfungspunkt für diese Pflichten im Wortlaut des § 241 II BGB sein könnte. Zunächst kommen die „Rechte [...] und Interessen des anderen Teils“ in Betracht. Das dritte Schutzobjekt der Nebenpflichten – die „Rechtsgüter [...] des anderen Teils“ – ist mangels anderslautender Anhaltspunkte so wie im sonstigen Zivilrecht zu verstehen. Gerade in Abgrenzung zu dem offenen Begriff der Interessen könnte man für ein Rechtsgut voraussetzen, dass es absolut – also gegenüber jedermann – geschützt ist, vgl. *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 778f. Der Gesetzgeber ist bei Erlass des § 241 II BGB hingegen davon ausgegangen, dass das Vermögen als nicht (uneingeschränkt) absolut geschützte Position durch die Rechtsgüter begrifflich aufgefangen werden soll: Ohne explizite Begrenzung umfasse der Begriff der Rechtsgüter schließlich auch den Vermögensschutz, BT-Drs. 14/6040, SchR-ModG, Gesetzesbegründung, S. 125; *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 778f. Blättert man eine Seite in der Gesetzesbegründung weiter, so soll hingegen der Begriff der Interessen aufgenommen worden sein, „um deutlich zu machen, dass auch Vermögensinteressen sowie andere Interessen wie zum Beispiel die Entscheidungsfreiheit zu schützen sein können“, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126; näher *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 107. Das wiederum deutet auf ein enges Verständnis des Rechtsguts hin sowie eine korrespondierende Auffangfunktion der Interessen für andere vermögenswerte Belange des Gläubigers, so wohl auch *Canaris*, JZ 2001, 499, 519f. Der Gesetzgeber ist sich also anscheinend selbst nicht ganz sicher, auf welchen der beiden Begriffe der Vermögensschutz zu stützen ist, so auch *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 345. Im Ergebnis ist aber auch nur wichtig, zu erkennen, dass das Vermögen im Ansatz unbeschränkt von § 241 II BGB geschützt ist.

534 BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, Rn. 72 (BAGE 122, 304, 322).

535 *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 68f.

536 Vgl. auch *LAG Thüringen*, Urt. v. 10.4.2001 – 5 Sa 403/2000, Rn. 139.

entstammt also letztlich § 823 I BGB.⁵³⁷ Ein deliktischer Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers kann also lediglich daran scheitern, dass kein nach § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt ist, was insbesondere mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers keineswegs die Regel sein wird.⁵³⁸ Für die materielle Reichweitenbestimmung ist demnach die deliktische Garantenpflicht maßgeblich. Das Schuldverhältnisrecht bietet für diese Abgrenzung der Verantwortungsbereiche bei präziser Betrachtung gar keine eigenständige Dynamik, sondern rekuriert auf Abgrenzungskriterien des Jedermannsrechts. Auch bei einem schuldverhältnisbedingten Anspruch aus § 280 I BGB ist nämlich die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Gesundheit des Gläubigers erforderlich.⁵³⁹ Eine unterhalb dieser Schwelle liegende Belästigung wird auch innerhalb eines Schuldverhältnisses nicht geschützt.

Eine vermeintlich spezialvertragliche Nebenpflicht kann damit auf den zweiten Blick inhaltlich doch von Prinzipien des Jedermannsrechts determiniert sein. Umgekehrt kann aber auch ein Sachverhalt, der augenscheinlich vom Jedermannsrecht determiniert wird, eine besondere, schuldverhältnisrechtliche Komponente enthalten.

Beispiel 22 Ein Kunde kauft seit vielen Jahren im Großmarkt des Betreibers ein („Hubwagenfall“).⁵⁴⁰ Der Betreiber lässt gerade von einer Baufirma Umbauarbeiten in den Lagerräumen durchführen. Die Mitarbeiter der Baufirma müssen mitunter die Einkaufsräume passieren. Während ein Angestellter der Baufirma eines Tages mit ei-

537 In diesem Kontext interessant auch die Aussage von *Loyal*, Anm. zu BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 255/11, JZ 2014, 306, 308f. (Ablehnung der Schutzgesetzqualität von § 323c StGB, aber Herleitung eines Ersatzanspruchs aus einem Verstoß gegen eine „Garanten- oder Verkehrspflicht“ gem. § 823 I BGB); zust. MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 416f.

538 In besonders schweren Fällen mag die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität durch psychische Schäden in Betracht kommen. Häufiger wird hingegen die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht kommen, näher zu alldem MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 185.

539 BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, Rn. 72 (BAGE 122, 304, 322)

540 Fall nach OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.1997 – 3 U 65/97.

nem Hubwagen Metallschränke durch die Einkaufsräume transportiert, ist der Kunde gerade mit der Auswahl in der Gemüseabteilung beschäftigt. Der Angestellte der Baufirma fährt mit dem Hubwagen unmittelbar an dem ihm mit dem Rücken zugewandten Kunden vorbei. Dieser spürt, dass etwas an ihm „vorbeidüst“, dreht sich um und gerät dabei mit dem linken Fuß unter eine Gabel des Hubwagens. Er stürzt und erleidet in der Folge einen Bänderriss. Wegen seiner starken Schmerzen rufen Umstehende einen Krankenwagen, der den Kunden abholt, bevor er die persönlichen Daten vom Angestellten der Baufirma aufnehmen kann. Im Nachhinein kann der Kunde weder klären, welcher Handwerker den Unfall verursacht hat, noch, ob dieser Handwerker ein Angestellter der Baufirma oder eines von dessen Subunternehmern war. Der Betreiber des Baumarkts weist jede Verantwortung von sich. Schließlich habe er mit den Bauarbeiten „nichts zu tun“. Der Kunde will nun gegen den Betreiber vorgehen.

Auslöser des Streitfalls war die vermeintliche Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch ein Kaufhaus. Die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch den Betreiber konnte indes nicht bewiesen werden, weil dieser durch die Beauftragung eines geeigneten Bauunternehmers die konkreten Verkehrspflichten im Umgang mit den Handwerkern wirksam delegiert hatte.⁵⁴¹ Die durch den Gläubiger geltend gemachte Pflichtverletzung stützte sich deshalb auch nicht auf die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, sondern auf eine Pflicht des Kaufhauses, bei der Ursachenforschung mitzuwirken.⁵⁴² Schutzgut der Pflicht war hier nicht

541 OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.1997 – 3 U 65/97, NJW-RR 1998, 602, 602.

542 Zwischen dem Kunden und dem Betreiber bestand schließlich im Zeitpunkt der Schädigung ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB. Das OLG Braunschweig erzog hierbei nicht, dem Supermarktbetreiber die Handlung des Bauarbeiters nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen. Es ging also offenbar davon aus, dass der Supermarktbetreiber sich der Bauarbeiter nicht bei der Erfüllung der ihm gegenüber den Kunden obliegenden Nebenpflichten bedient hat. An diesem Schluss könnte man zweifeln: So hat der Betreiber zumindest die Baufirma aktiv und willentlich eingeschaltet und ihr bewusst die Möglichkeit gewährt, weitere Subunternehmer einzuschalten. Zudem hat der Betreiber den Bauarbeitern offenbar die Möglichkeit gewährt, die Verkaufsräume zu durchqueren. Nur deshalb kam der Angestellte

die körperliche Integrität sondern das Interesse des Gläubigers, die unmittelbar schadensstiftende Handlungskette aufzudecken.⁵⁴³ Dieses Interesse war für das Vermögen des Gläubigers relevant, weil ihm nur so eine Inanspruchnahme des bis dato unbekannt gebliebenen Bauarbeiters möglich gewesen wäre. Der Betreiber wäre hier also aus § 241 II BGB dazu verpflichtet gewesen, die Baufirma zu kontaktieren und dabei den Namen und das Beschäftigungsverhältnis des Schädigers ausfindig zu machen.⁵⁴⁴ Der Ausgangsachverhalt der körperlichen Beeinträchtigung war in identischer Weise durch das Jedermannsrecht erfasst. Die sich anschließende Pflicht den Schadenshergang zu ermitteln gibt es nur im Schuldverhältnisrecht. Vorbehaltlich des Verbots vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) verfügt das Jedermannsrecht über kein Haftungsinstitut, welches diesen Sachverhalt regulieren kann.

Damit kann der Fall als Beispiel einer originär schuldverhältnisbedingten Verhaltensanforderung dienen. Viele vermögenswerte Interessen sind eben nur über das Schuldverhältnisrecht geschützt.⁵⁴⁵ Dabei kann es manchmal durchaus unklar sein, ob eine Nebenpflicht primär Vermögensschutz oder sonstigen Integritätsschutz bezweckt.

Beispiel 23 Ein Fußballfan besucht ein Heimspiel seines Lieblingsvereins („Fußballfanfall“).⁵⁴⁶ Vor Wut über die drohende Niederlage zündet der Fan in der 89. Spielminute einen hochexplosiven Feuerwerkskörper und wirft ihn in die unter ihm liegenden Ränge, die

überhaupt in Kontakt mit den Rechtsgütern des Kunden. Die Schädigung des Kunden wurde dem Angestellten daher durch das willentliche Tätigwerden des Betreibers zumindest erleichtert. Die Lösung des Falles über § 278 BGB erscheint damit durchaus denkbar.

543 Vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2003 – I-10 U 67/03.

544 Weil die Haftung des Angestellten nach Aktenlage als wahrscheinlich einzustufen war, umfasste das durch diese Nebenpflicht verletzte Integritätsinteresse der Kundin sämtliche Kosten ihrer Heilung, vgl. OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.1997 – 3 U 65/97, NJW-RR 1998, 602, 603.

545 Deshalb für die Anerkennung vermögensschützender Verkehrspflichten plädierend von Bar, JuS 1982, 637, 644f.

546 Fall nach LG Köln, Urt. v. 8.4.2015 – 7 O 231/14.

den Auswärtsfans gewidmet sind. Fünf Menschen werden verletzt. Zudem verhängt das Sportgericht des DFB eine Strafe gegen den Heimverein wegen wiederholter, gefährlicher Fanausschreitungen.⁵⁴⁷ Der Heimverein verlangt die anteilig auf das Verhalten des Fans berechnete Strafe in Höhe von 30.000€ vom Fan ersetzt. Das LG bejahte eine Haftung des Fans aus §§ 280 I, 241 II BGB.⁵⁴⁸ Der Fan habe durch das hochgefährliche Zünden des Knallkörpers gegen die aus § 241 II BGB folgende Rücksichtnahmepflicht verstoßen.⁵⁴⁹

Das Gefährdungspotential von Pyrotechnik und Knallkörpern in Stadien ist der Grund für eine Strafe des DFB gegenüber dem Verein.⁵⁵⁰ Als Schutzgut der Nebenpflicht hat das LG Köln deshalb auch vordergründig auf die körperliche Gesundheit der anderen Zuschauer abgestellt. Wie die spätere, ausführliche Beschäftigung des Gerichts mit dem Schutzzweck zeigte, hatte die Nebenpflicht aber offensichtlich vermögensschützenden Charakter.⁵⁵¹ Dass die

547 Nach § 9a Nr. 2 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB (RuVO, abrufbar unter http://www.dfb.de/fileadmin/dfbdam/2014124_08_Rechts-Verfahrensordnung.pdf, zuletzt eingesehen am 24.7.2018) haftet sowohl der Heimverein als auch ein Gastverein für „Zwischenfälle jeglicher Art“ ohne eine Möglichkeit der Exkulpation, näher *Bagger/Kober*, jM 2015, 360, 361.

548 Bestätigt durch BGH, Versäumnisurt. v. 22.9.2016 – VII ZR 14/16, Rn. 10ff. (BGHZ 211, 375, 377ff.) und BGH, Urt. v. 9.11.2017 – VII ZR 62/17, Rn. 9ff. Zugrundeliegendes Schuldverhältnis ist hier entweder der Vertrag zwischen dem Fan und dem Heimverein oder aber ein vertragsähnliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 3 BGB, welches durch den tatsächlichen Stadionbesuch des Fans entstand, LG Köln, Urt. v. 8.4.2015 – 7 O 231/14, Rn. 24. Beim Handeln eines Auswärtsfans wird zum Teil befürwortet, den Zuschauervertrag zwischen Fan und seinem eigenen Heimverein mit Drittwirkung zugunsten des Auswärtsclubs auszustatten, LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2011 – 11 O 339/10, Rn. 22; *Bagger/Kober*, jM 2015, 360, 360. Auch hier lässt sich indes ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 3 BGB bejahen, was die Subsumtionsschwierigkeiten im Rahmen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vermeidet.

549 LG Köln, Urt. v. 8.4.2015 – 7 O 231/14, Rn. 25; knapp LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2011 – 11 O 339/10, Rn. 23f. (Verstoß gegen die Hausordnung). Schließlich sei der Ersatz der Strafe des DFB auch vom Schutzzweck der verletzten Pflicht umfasst, näher LG Köln, Urt. v. 8.4.2015 – 7 O 231/14, Rn. 27ff.; diese Fragestellung vernachlässigend LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2011 – 11 O 339/10, Rn. 36.

550 Vgl. http://www.faszination-fankurve.de/index.php?head=Wie-funktioniert-das-Strafensystem-des-DFB&folder=sites&site=news_detail&news_id=8653&gal_id=543&bild_nr=1, zuletzt eingesehen am 24.7.2018.

551 LG Köln, Urt. v. 8.4.2015 – 7 O 231/14, Rn. 30.

Nebenpflicht vermögensschützende Wirkung haben musste, zeigte ja schon das Klagebegehren des Vereins, welches nicht auf den Ersatz eines durch eine Gesundheitsbeeinträchtigung verursachten Schadens gerichtet war. Der Verein wollte vom Fan schließlich die vom DFB verhängte Strafe als Folge des Verstoßes gegen die Stadionordnung verlangen. Beinhaltet der Schutzzweck der Pflicht auch den Ersatz einer Verbandsstrafe, so wäre es vorzugswürdig, diesen Vermögensbezug auch im Rahmen der Pflichtbestimmung schon herauszustellen.⁵⁵² Die Integrität⁵⁵³ des Vereins wird hier schließlich dadurch beeinträchtigt, dass der Schuldner eine Handlung begeht, welche eine Verbandsstrafe nach sich ziehen kann. Eigentliches Schutzgut der Pflicht ist damit nicht die körperliche Gesundheit der anderen Fans, sondern das vermögenswerte Interesse des Vereins, nicht vom DFB für das Verhalten seiner Anhänger in Anspruch genommen zu werden.⁵⁵⁴

Dementsprechend ist der Fall ein erneutes Beispiel für originär schuldverhältnisbedingte Verhaltensanforderungen. Man muss sich jedoch fragen, ob diese Pflichten nicht allesamt nur die Kehrseite des (erweiterten) Vermögensschutzes

552 Vgl. auch die methodische Kritik bei Mäsch, Anm. zu BGH, Urt. v. 22.9.2016 – VII ZR 14/16, JuS 2017, 261, 262 („Frage, worin die rücksichtslose Störung des Spielablaufs lag, denn das Fußballspiel selbst war weder ab- noch unterbrochen worden. Hierzu schweigt der BGH, weshalb man nur Vermutungen anstellen kann“).

553 Ein Rechtsgut aus § 823 I BGB wurde hier nicht beeinträchtigt. Zu denken wäre lediglich an einen Eingriff in das Recht auf einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Handeln des einzelnen Fans hat aber keine auf den Betrieb des Vereins bezogene Finalität, vgl. *Bagger/Kober*, jM 2015, 360, 362f.; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 323. Obwohl vom Gericht nicht angesprochen, soll auf die Möglichkeit hingewiesen werden, den Sachverhalt über § 826 BGB zu erfassen. Schließlich hat auch das LG in der haftungsausfüllenden Kausalität herausgearbeitet, dass die Verhängung einer Geldstrafe durch den DFB für den Fan vorhersehbar war. Damit könnte man durchaus an Eventualvorsatz hinsichtlich der Strafe denken. Die Intention hinter den Handlungen des Fans war natürlich nicht die sittenwidrige Schädigung des Vereins. Sein Verhalten und seine Inkaufnahme der vorhersehbaren Konsequenzen sprechen aber eine andere Sprache, deshalb auch für die Anwendung von § 826 BGB plädierend *Bagger/Kober*, jM 2015, 360, 363; *Mäsch*, Anm. zu BGH, Urt. v. 22.9.2016 – VII ZR 14/16, JuS 2017, 261, 264 („wird man auch eine Haftung nach § 826 BGB annehmen können“).

554 Ähnlich auch AG Lingen, Urt. v. 17.2.2010 – 4 C 1222/09, Rn. 7 („Der Kläger durfte dabei davon ausgehen, dass der Beklagte [...] die Vereinsinteressen des Klägers nach außen hin wahr.“); etwas vage LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2011 – 11 O 339/10, Rn. 23ff.

im Schuldverhältnisrecht darstellen. Eine eigene Dynamik könnten die originär schuldverhältnisbedingten Verhaltensanforderungen nur entfalten, wenn sie nicht deckungsgleich mit den Folgen des erweiterten Vermögensschutzes wären. Das wiederum hängt entscheidend davon ab, wie weit man den Begriff des Vermögensschutzes im Schuldverhältnisrecht fasst. Versteht man den Begriff – wie hier – als vermögenswerte Interessen aller Art, so ist ein weites Spektrum von Schutzinteressen mit dem Vermögensschutz erfasst. Auch die geldwerte Entscheidung des Gläubigers, sich rechtsgeschäftlich zu binden – also die bereits in der Gesetzesbegründung zu § 241 II BGB erwähnte rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit –, stellt ein solches vermögenswertes Interesse dar. Konsequenz ist, dass kaum ein Szenario einer originär schuldverhältnisbedingten Verhaltensanforderung vorstellbar ist, welches nicht Ausfluss des erweiterten Vermögensschutzes ist.⁵⁵⁵

VII. Verantwortlichkeit

1. Schuldverhältnisrecht

Angelehnt an den Wortlaut des § 280 I 2 BGB wird die Verantwortlichkeit im Schuldverhältnisrecht mit dem Begriff des Vertretenmüssens bezeichnet. Das Vertretenmüssen kann sich dabei entweder auf das Ausbleiben eines Erfolgs beziehen (erfolgsbezogene Pflicht) oder auf die Differenz zwischen dem geforderten Verhalten und dem tatsächlichen Verhalten (verhaltensbezogene Pflicht).⁵⁵⁶ Weil die Bedeutung des Vertretenmüssens bei verhaltensbezogenen Pflichten – wie zum Beispiel Nebenpflichten nach § 241 II BGB – gering ist,⁵⁵⁷ hat die Verantwortlichkeit nur noch geringe Relevanz: Nur ein unentschuldbarer

555 Das „zentrale Problem“ bleibt, inwieweit wegen § 241 II BGB „die Vermögensinteressen des anderen Teils wahrzunehmen“ sind, *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 320.

556 *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. D 21.

557 *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 223; *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014 § 276 Rn. 6; *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. F 31, F 38; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 222f.; dagegen mit einem etwas vagen Alternativkonzept der „zweistufigen Bewertung ein und desselben Verhaltens“ auf den Ebenen der Pflichtverletzung und des Vertretenmüssens mit stärkerer Erfolgsbezogenheit der Nebenpflichten *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f, 1095f., 1101f.

Rechtsirrtum⁵⁵⁸, die subjektive Unmöglichkeit der von ihm objektiv geforderten Handlung⁵⁵⁹, oder eine Beschränkung der Verschuldensfähigkeit gem. §§ 276 I 2, 827f. BGB lassen das Vertretenmüssen dann noch entfallen.

Ausweislich des § 276 I 1 BGB kann sich aus einer Vereinbarung oder dem jeweiligen Schuldverhältnis auch ein Haftungsmaßstab ergeben, der über das Verschulden hinausgeht, wie beispielsweise eine Garantiehaftung.⁵⁶⁰ Nebenpflichten grenzen sich aber gerade dadurch von Leistungspflichten ab, dass sie nicht auf der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung beruhen. Damit wird eine solche Haftungsverschärfung im Rahmen von Nebenpflichten kaum in Betracht kommen.⁵⁶¹ Die Annahme einer Haftungsverschärfung aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses beruht auf einer Wertung, die unabhängig vom konkreten, rechtsgeschäftlichen Willen vollzogen wird⁵⁶², und spielt im Kontext von Nebenpflichten keine Rolle.⁵⁶³ Die gesetzliche Haftungsverschärfung des § 287 S. 2 BGB wegen Schuldnerverzugs erstreckt sich auf explizite Anordnung des Gesetzgebers hin nicht auf Nebenpflichten.⁵⁶⁴

Auch eine Haftungsmilderung ist ausweislich des § 276 I 1 BGB möglich. Vertragliche Haftungsbeschränkungen können sich zwar grundsätzlich auch auf

558 Hier gilt – insbesondere im Dienstleistungssektor – ein strenger Maßstab, um den Schuldner nicht vorschnell wegen eines Verweises auf die stets der kontradiktorischen Auseinandersetzung ausgesetzte Rechtsordnung zu entlasten, Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014 § 276 Rn. 55ff.; Staudinger/*Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. F 47; vgl. auch *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 519f.

559 OLG Koblenz, Urt. v. 17.6.2014 – 3 U 1447/13, Rn. 45; vgl. zum (hohen) Standard hierfür BAG, Urt. v. 21.5.1992 – 2 AZR 10/92, Rn. 31f. (BAGE 70, 262, 269ff.); BAG, Urt. v. 3.11.2011 – 2 AZR 748/10, Rn. 22f.

560 BT-Drs. 14/7052, SchRModG, Empfehlung des Rechtsausschusses, S. 184.

561 Vgl. Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014 § 276 Rn. 112, 141ff.; explizit gegen die Erstreckung von Garantie und Übernahme eines Beschaffungsrisikos auf Nebenpflichten Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 12.

562 In § 276 I 1 BGB wird schließlich explizit differenziert zwischen solchen Haftungsänderungen, die bestimmt sind – und damit rechtsgeschäftlich oder gesetzlich intendiert sind – und solchen, die dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen sind.

563 Die wichtigsten Fallgruppen bei Leistungspflichten sind hier die Übernahme eines Beschaffungsrisikos, das unbegrenzte Entstehen für Geldschulden und die Zusicherung von Eigenschaften durch eine Garantie, näher BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 132; Staudinger/*Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. D 31ff.

564 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 148. Bereits der Wortlaut der Norm („wegen der Leistung“) legt dies nahe.

Nebenpflichtverletzungen beziehen⁵⁶⁵, der Zweck der Beschränkung muss diesen Schluss aber auch im Einzelfall tragen.⁵⁶⁶ Die Reichweite gesetzlicher Haftungsmilderungen ist umstritten.⁵⁶⁷ So ist trotz des eindeutigen Leistungsbezugs der Norm unklar, ob die Haftungsmilderung des Schuldners wegen Annahmeverzugs des Gläubigers nach § 300 I BGB auch auf Nebenpflichten angewendet wird.⁵⁶⁸ Stellvertretend für Haftungsmilderungen im Rahmen unentgeltlicher Schuldverhältnisse⁵⁶⁹ hat der BGH zur gesetzlichen Haftungsmilderung des § 521 BGB entschieden, dass die Norm Nebenpflichtverletzungen umfasst, wenn die Schädigung im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand steht.⁵⁷⁰ In Anlehnung hieran ist der einzig erkennbare, allgemeine Maßstab, ob der *telos* der vertraglichen oder gesetzlichen Haftungsmilderung auch eine Verkürzung desjenigen Haftungsregimes trägt, welches für Integritätsschäden verantwortlich zeichnet.⁵⁷¹

565 Skeptisch *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 157 („Die Privatautonomie hat hier nichts zu suchen.“).

566 Eine pauschale Aussage verbietet sich hier folglich, näher *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, 202f.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 531ff.; *Schlechtriem*, VersR 1973, 581, 585f.; *Thiele*, JZ 1967, 649, 654.

567 Instruktiv *Gerhardt*, JuS 1970, 597, 599ff.; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 847; für eine Klärung der Frage durch den Gesetzgeber plädierend *Faust*, Gutachten DJT, 2016, S. 14.

568 Näher MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 300 Rn. 2 (Fn. 2) m.w.N.

569 Hoch umstritten ist die Frage, ob auf Handlungen aus Gefälligkeit eine Haftungsmilderung anzuwenden ist, näher zu den unterschiedlichen Möglichkeiten *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 65; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 544ff.; *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1621f. Das betrifft aber Fälle, in denen mangels Rechtsbindungswillen kein Schuldverhältnis festgestellt werden konnte. Ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB kommt damit in diesen Fällen gar nicht in Betracht. Folglich liegt das Problem außerhalb der Fragestellung der Arbeit.

570 BGH, Urt. v. 20.11.1984 – IVa ZR 104/83 (Kartoffelpülpe), Rn. 17 (BGHZ 93, 23, 27ff.); krit. zum Anknüpfungspunkt des BGH MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 84f.; interessant *Schlechtriem*, VersR 1973, 581, 590 („Soweit die positive Vertragsverletzung deliktsrechtliche Funktionen übernommen hat, bleibt sie grundsätzlich von Sonderregeln für die vertragliche Verantwortlichkeit unberührt.“); zur – abzulehnenden – Anwendung solcher Haftungsmilderungen im vor- und nachvertraglichen Stadium *Strätz*, FS Bosch, 1976, S. 999, 1008ff.

571 Ähnlich *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, 202; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 532, 534 m.w.N.

2. Jedermannsrecht

Die Verletzung eines absoluten Rechts im Sinne von § 823 I BGB ist grundsätzlich erfolgsbezogen. Deshalb ist von Bedeutung, ob der Erfolg vom Schädiger zumindest fahrlässig verursacht wurde. Verkehrssicherungspflichten sind aber bereits verhaltensbezogene Pflichten innerhalb des Tatbestands des § 823 I BGB. Deshalb muss sich das Verschulden hier nicht auf die Rechtsgutsverletzung, sondern nur auf die Verkehrssicherungspflichtverletzung beziehen.⁵⁷² Lässt sich eine Verkehrssicherungspflichtverletzung im Sinne von § 823 I BGB bejahen, so hat der Schädiger die Rechtsgutsverletzung regelmäßig nach § 276 II BGB zu vertreten.⁵⁷³ Umstritten ist schließlich die Auswirkung vertraglicher oder gesetzlicher Haftungsmilderungen auf Ansprüche aus dem Jedermannsrecht. Fixpunkt der Diskussion ist das – nicht stets für stichhaltige gehaltene⁵⁷⁴ – Argument, dass eine bestimmte Haftungsmilderung ihren praktischen Sinn verlöre, wenn zwar der schuldverhältnisrechtliche, nicht aber der im Ergebnis identi-

572 Bamberger-Roth/*Spindler*, 3. Aufl. 2012, § 823 Rn. 278.

573 *Mertens*, VersR 1980, 397, 407; Palandt/*Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 193. Das liegt daran, dass Verkehrssicherungspflichten inhaltlich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt repräsentieren, plakativ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 129 („*nur ein anderer Name*“); *Rödl*, Gerechtigkeit, 2015, S. 125 (Verkehrspflichten als „*typisierte Artikulationen*“ von § 276 II BGB). Da die objektiv entscheidenden Wertungen des § 276 II BGB bereits in die Subsumtion der Verkehrssicherungspflichtverletzung fließen, verliert die Prüfung des Verschuldens somit entscheidend an Bedeutung. Eine Abweichung ist nur denkbar, wenn der Schädiger wegen fremdgesteuerter Ereignisse der Verkehrspflicht individuell nicht genügen konnte, näher und krit. zu dogmatischen Verwüchsen aufgrund der „*Proliferation der Verkehrspflichten*“ MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 392f.

574 So Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014 § 276 Rn. 117; MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 84f. Das von *Caspers* hierzu vorgetragene Beispiel vermag aber das Argument nicht ernsthaft zu entkräften. Sollte sich die Haftungsmilderung nämlich von ihrem Zweck her auf die Leistungspflichten zwischen den Parteien beschränken, so ist sie richtigerweise nicht auf einen deliktischen Anspruch wegen Integritätsbeeinträchtigung anzuwenden, zutreffend MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 85 („*erst rech*“). Sie ist aber dann schon nicht auf den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB anwendbar, so sogar explizit auch Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014 § 276 Rn. 117 a.E. Die Haftungsmilderung erstreckt sich dann von ihrem Zweck her einfach insgesamt nicht auf Integritätsverletzungen. Das Argument, dass eine Haftungsmilderung praktisch leerläuft, wenn sie nicht auf den deliktischen Anspruch angewendet wird, setzt aber logisch voraus, dass die Haftungsmilderung *zunächst* auf den schuldverhältnisrechtlichen Anspruch anwendbar ist. Ist das nicht der Fall, so fehlt es an der Basis für das Argument.

sche Anspruch aus dem Jedermannsrecht durch sie beschränkt würde.⁵⁷⁵ Im Ergebnis ist für die Frage, ob eine Haftungsmilderung auf einen deliktischen Anspruch anzuwenden ist, die Reichweite der Beschränkung im schuldverhältnisrechtlichen Kontext entscheidend. Ist die gesetzliche oder vertragliche Beschränkung auf den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB anwendbar, so ist sie richtigerweise auch auf einen Anspruch aus §§ 823ff. BGB anzuwenden.⁵⁷⁶

575 MüKo-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 521 Rn. 6; Staudinger/*Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 541, 543

576 So auch BGH, Urt. v. 20.11.1984 – IVa ZR 104/83 (Kartoffelpülpe), Rn. 18 (BGHZ 93, 23, 28f.); MüKo-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 521 Rn. 6; Staudinger/*Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 542f.; a.A. MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 85, der – anknüpfend an seine Kritik am Kartoffelpülpe-Fall des BGH – Haftungsmilderungen nur dann auf das Deliktsrecht „durchschlagen“ lassen will, wenn es um Schädigungen des Vertragsgegenstands selber geht (sog. Weiterfresserschäden). Alle anderen Integritätsschäden (also insbes. alle Mangelfolgeschäden) will er nach isoliert nach den Maßstäben des Deliktsrechts behandeln, so bereits *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1621. Das verkürzt jedoch die Anreizwirkung von § 521 BGB für Schenkungen (vgl. hierzu MüKo-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 521 Rn. 1) ganz erheblich. Wenn beiden Parteien bei der Schenkung erkennbar ist, dass der geschenkte Gegenstand mit einem Rechtsgut des Beschenkten in Berührung kommen wird, so würde der BGH die spätere Integritätsverletzung an genau diesem Rechtsgut zu Recht im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand sehen – und eine Haftung folgerichtig verneinen. Verwehrt man dem Schenker nun die Haftungsmilderung, so „bestraft“ man ihn quasi über den Umweg des Deliktsrechts. Betrachtet man beispielsweise die aktuelle Problematik der unnötigen Entsorgung abgelaufener Lebensmittel, so ließe sich viel für hungernde Menschen in Deutschland tun, wenn die Händler ihre unverkäuflichen Lebensmittel an hungerrige Menschen verschenken würden. Dass hin und wieder jemand von den geschenkten Lebensmitteln Unwohlsein erfährt, lässt sich dabei nicht ausschließen. Schuldet der Schenker nun die im Verkehr erforderliche Sorgfalt – und nicht nur die Beachtung von solchen Regeln, die jedem sofort einleuchten würden –, so wird er häufig für die im Zusammenhang mit verschenkten, abgelaufenen Lebensmitteln stehenden Schädigungen Dritter haftbar sein, dafür dezidiert *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1619. Damit wird ihm der Anreiz genommen, überhaupt zu schenken, und die Entsorgung der Lebensmittel wird aus betriebswirtschaftlicher Perspektive die einzig vertretbare Alternative sein. Verkürzt man die Privilegien im Rahmen unentgeltlicher Schuldverhältnisse, so geht dies also stets mit größerer Zurückhaltung des Verkehrs einher, solche überhaupt einzugehen, ähnlicher Gedanke bei *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 847.

3. Zwischenergebnis: Kein nennenswerter Unterschied im Rahmen der Verantwortlichkeit

Im Rahmen der Verantwortlichkeit besteht zwischen Neben- und Jedermannspflichten kein nennenswerter Unterschied.⁵⁷⁷ Beide Pflichtarten speisen sich primär aus der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, welche üblicherweise erst im Vertretenmüssen/Verschulden relevant wird. Damit stellen sich in beiden Bereichen nur noch einige wenige der im Rahmen der Verantwortlichkeit üblicherweise thematisierten Fragen. Diese werden aber im Schuldverhältnis- und im Jedermannsrecht in identischer Weise entschieden. Insbesondere ist zwar die Auswirkung von Haftungsmilderungen auf Neben- und Deliktspflichten jeweils umstritten, die überwiegende Auffassung legt aber den gleichen Maßstab an und kommt in beiden Ansprüchen jeweils zum identischen Ergebnis: Die entscheidende Frage ist in beiden Haftungsregimen, ob sich die Haftungsmilderung im Einzelfall von ihrer Zwecksetzung her auch auf Integritätsschäden erstreckt.

VIII. Anwendbarkeit der §§ 282, 324 BGB

Die §§ 282, 324 BGB sind die einzigen Normen im BGB⁵⁷⁸, die explizit eine Nebenpflicht als Tatbestandsvoraussetzung haben. Damit stellt ihre Anwendbarkeit im Bereich der Schuldverhältnis-Haftung einen wichtigen Unterschied zur Jedermannshaftung dar.⁵⁷⁹ Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Nebenpflicht kann ausweislich des Gesetzeswortlauts auch aus §§ 280 I, III, 282, 241 II BGB resultieren. Dieser Anspruch ist auf Schadensersatz statt der Leistung gerichtet, liquidiert also das Äquivalenzinteresse des Gläubigers. Voraussetzung eines solchen Anspruchs ist die Unzumutbarkeit der weiteren Leistungs-

577 Teichmann, JA 1984, 709, 712 („Verschuldensmaßstäbe [...] identisch“); Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 219 („dogmatisches Interesse daran, die Zurechnungsprinzipien der beiden Rechtsbereiche nicht zu weit auseinanderlaufen zu lassen“); zutreffend aus systemischer Perspektive HKK/Schermaier, 2007, §§ 276–278 Rn. 109 („Das „Verschulden“ misst heute nicht mehr die Abweichung vom Idealverhalten, sondern ist reduziert auf die willentheoretische Zurechnung eines pflichtwidrigen Verhaltens.“).

578 § 311 II, III 1 BGB nimmt zwar auch auf § 241 II BGB unmittelbar Bezug. Die Norm regelt jedoch das Entstehen eines (vorvertraglichen) Schuldverhältnisses. Eine Nebenpflicht ist indes Folge eines solchen Schuldverhältnisses, nicht etwa dessen Voraussetzung.

579 Vgl. auch von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 313f.; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 582 (Fn. 5); für eine größeren Anwendungsbereich der Normen in der Praxis plädierend Schmidt-Räntsch, Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 141, 168ff.

erbringung durch den Schuldner. Das Durchschlagen der Integritätsverletzung auf das Äquivalenzinteresse ist nur über eine umfassende Interessenabwägung zu rechtfertigen, die zu dem Schluss kommt, dass eine Leistung von genau *diesem* Schuldner dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist.⁵⁸⁰ Dem Normzweck nach setzt § 282 BGB demnach die Entstehung eines Leistungsanspruchs voraus. § 282 BGB ist also nicht auf rein vorvertragliche Schuldverhältnisse anwendbar.⁵⁸¹ Dass sich die Anwendung von § 282 BGB in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis auch auf eine Pflichtverletzung des Schuldners im vorvertraglichen Stadium⁵⁸² stützen kann, wird zwar bestritten⁵⁸³, ist aber mit Blick auf den umfassenden Schutzzweck des § 282 BGB anzunehmen⁵⁸⁴. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass auch vorvertragliche Nebenpflichtverletzungen im späteren rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis über die §§ 282, 324 BGB berücksichtigt werden können.⁵⁸⁵

§ 324 BGB ermöglicht dem Gläubiger einer Nebenpflicht innerhalb eines gegenseitigen Vertrags zurückzutreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist.⁵⁸⁶ Weil die §§ 282, 324 BGB nur dann zur Anwendung

580 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 141f.

581 Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 282 Rn. 32.

582 Hier wird es häufig um Aufklärungspflichtverletzungen gehen.

583 Es wird vorgebracht, dass § 282 BGB nicht nur generell nicht auf vorvertragliche Schuldverhältnisse anwendbar sei, sondern ein ausreichendes Schutzniveau bereits über einen Vertragsaufhebungsanspruch aus vorvertraglichem Verschulden (§§ 280 I, 311 II BGB, 241 II BGB) gewährleistet sei, s. Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 282 Rn. 32.

584 So auch Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 282 Rn. 21; NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 282 Rn. 13; MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 282 Rn. 4 („nicht undenkbar“); Schaub, AcP 202 (2002), 757, 780. Der Wortlaut des § 282 BGB („wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist“) setzt lediglich voraus, dass noch ein Teil der Leistungserbringung aussteht, Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 282 Rn. 22. Zu welchem Zeitpunkt die Pflichtverletzung begangen wurde, welche die Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit begründet, ist nicht vorgegeben. Zudem entstünden anderweitig – falls eine vorvertragliche Aufklärungspflicht nicht zu begründen ist – Schutzlücken.

585 So dem Wortlaut nach auch OLG Hamm, Urt. v. 13.5.2003 – 28 U 150/02, Rn. 16.

586 Das Kriterium der Zumutbarkeit wird hier genauso verstanden wie bei § 282 BGB. Auch hier spielt also das Prognoseelement eine Rolle, weshalb ein Rücktritt nach dem beiderseitigen Erbringen der Leistungen nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommen wird, so bereits zutreffend Coing, Anm. zu OGHBrZ, Urt. v. 18.11.1948 – II ZS 16/48, NJW 1949, 262. Mit der Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) werden zwar Ansprüche aus den §§ 346ff. BGB begründet, diese unterscheiden sich jedoch nicht von denen, die bei einem Rücktritt gem. §§ 323, 326 BGB begründet werden, Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2015, § 324 Rn. 54. Insoweit kann also auf einschlägige Kommentarliteratur verwiesen werden.

kommen können, wenn tatsächlich Leistungsansprüche zwischen den Parteien bestehen, haben sie naturgemäß kein Pendant im Jedermannsrecht. Auch zwischen Parteien, die durch ein Schuldverhältnis verknüpft sind, ermöglicht das Deliktsrecht niemals die Durchsetzung des positiven Interesses. Damit haben Nebenpflichten im Anwendungsbereich der §§ 282, 324 BGB die wichtige Funktion, den Schutz des Integritätsinteresses des Gläubigers und dessen Leistungsinteresse zu verknüpfen.

IX. Rechtstatsächliche Durchsetzungsmöglichkeit der Verhaltensanforderungen

1. Schuldverhältnisrecht

In der Literatur findet sich eine Vielzahl von Meinungen zur Klagbarkeit von Nebenpflichten. Die Klagbarkeit einer Nebenpflicht⁵⁸⁷ ist aber nur ein Aspekt ihrer tatsächlichen Rechtsnatur.

a) Einforderbarkeit

Zunächst ist die Einforderbarkeit von Nebenpflichten zu untersuchen. Diese ist gegenüber der Klagbarkeit vorrangig, denn was schon nicht eingefordert werden kann, lässt sich erst recht nicht einklagen.⁵⁸⁸ Die Einforderbarkeit von Nebenpflichten wird nur selten thematisiert. Wird sie angesprochen, so wird sie – regelmäßig ohne Angabe von Gründen – eher abgelehnt.⁵⁸⁹ Sie könnten deshalb nicht einforderbar sein, weil sie zu unbestimmt sind. Sie sind aber aufgrund ihrer situativen Konkretisierung zu bestimmten Verhaltensanforderungen zumindest bestimmbar.⁵⁹⁰ Gegen die Möglichkeit, Nebenpflichten einzufordern, könnte aber sprechen, dass dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen Gläubiger und

587 Die Klagbarkeit des aus einer Nebenpflichtverletzung resultierenden Anspruchs ist selbstverständlich und wird hier nicht näher behandelt.

588 Zutreffend *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 399f.

589 *L. Müller*, JuS 1998, 894, 895; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77f.; unentschlossen *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 16; detaillierter *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 289ff.

590 *Bodewig*, Jura 2005, 505, 512; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7, § 242 Rn. 25; *Stürner*, JZ 1976, 384, 386; *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 401

Schuldner zerrüttet wird.⁵⁹¹ Dieses Argument verfängt indes nicht, schließlich können auch Leistungspflichten eingefordert werden, ohne dass ein Vertrauensschwund zu befürchten ist. Ein Totalausschluss ist auch nicht erforderlich, um die Handlungsfreiheit des Schuldners im Schuldverhältnis zu gewährleisten.⁵⁹² Die Wahl der Mittel, die Nebenpflicht zu erfüllen, bleibt ihm schließlich durch die Einforderung der Verhaltensanforderung durch den Gläubiger weiterhin selbst überlassen. Ähnlich wird schließlich für einen bestimmten Klageantrag im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 BGB nur gefordert, dass die zu beseitigende oder zu unterlassende Beeinträchtigung – mithin das verletzte oder gefährdete Rechtsgut – benannt wird: Die Wahl der konkret zu ergreifenden Maßnahmen obliegt im Regelfall jedoch dem Schuldner und wird von § 253 II Nr. 2 ZPO nicht verlangt.⁵⁹³

Schließlich könnte die Einforderbarkeit dem Schuldner gegenüber unzumutbar sein: Um die Nebenpflicht unter Wahrung der Bestimmtheiterfordernisse einfordern zu können, muss sich schließlich bereits eine konkrete Gefahr abzeichnen. In diesem Moment sollte der Gläubiger womöglich lieber der Gefahr ausweichen oder auf andere Weise reagieren, als auf die Erfüllung der Nebenpflicht zu pochen und damit unter Umständen die Entstehung eines gegen den Schuldner gerichteten Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB in Kauf zu nehmen.⁵⁹⁴ Hierfür muss die Einforderbarkeit indes nicht komplett ausgeschlossen werden⁵⁹⁵: Nimmt der Gläubiger die Realisierung der Gefahr bewusst in Kauf, so verstößt es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB geltend zu machen. War das Schadensrisiko für ihn zumindest erkennbar, so kommt auf seinen Anspruch die Anwendung von § 254 I BGB wegen Mitverschuldens bei der Schadensentstehung in Betracht. Der Schuldner wird durch die

591 Vgl. NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 68; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 524.

592 Vgl. *Bodewig*, Jura 2005, 505, 512; *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 400f.

593 MüKo-BGB/*Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 304f.

594 Zu diesem interessanten Gedanken *Köhler*, AcP 190 (1990), 496, 511; *Stürner*, JZ 1976, 384, 386. Zweideutig an dieser Stelle *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77f., der ein fehlendes Forderungsrecht damit begründen will, dass der Gläubiger „den Eintritt eines Schadens abwarten“ müsse. Das ist indes ein Zirkelschluss.

595 Näher *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 402f. Umgekehrt würde schließlich der generelle Ausschluss, Nebenpflichten einfordern zu können, der Schadensprävention eine noch deutlichere Absage erteilen, so zu Recht *Bodewig*, Jura 2005, 505, 512.

Einforderbarkeit der Nebenpflicht sogar womöglich vor einer späteren Inanspruchnahme durch den Gläubiger gem. §§ 280 I, 241 II BGB geschützt. Eine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Schuldners ist deshalb letztlich nicht zu befürchten.⁵⁹⁶

Die Einforderbarkeit von Nebenpflichten könnte aber im Umkehrschluss zu solchen Normen ausgeschlossen sein, welche dem Gläubiger explizit die Möglichkeit geben Nebenpflichten einzufordern. Zu diesen Normen zählen die §§ 541, 618 BGB, 62 HGB. Ein gemeinsamer Zweck all dieser Normen, die Forderbarkeit sonstiger Nebenpflichten auszuschließen, ist aber nicht erkennbar.⁵⁹⁷ Wenn überhaupt, so sind die Normen expliziter Ausdruck einer nicht als selbstverständlich verstandenen Forderbarkeit aller Nebenpflichten. Kritisch könnte man noch einwenden, dass die Erfüllung von Nebenpflichten praktisch irrelevant ist und damit auch deren Einforderbarkeit ein rein akademisches Problem ist.⁵⁹⁸ Eine praktische Rolle spielt die Einforderung von Nebenpflichten jedoch häufig durchaus:

So lässt sich das Beispiel des Fluggastes vorbringen, der bei Start und Landung inständig auf die Wahrung aller integritätsschützenden Nebenpflichten durch die Fluggesellschaft hofft.⁵⁹⁹ Auch wenn die Hoffnung auf die Erfüllung der Nebenpflichten häufig nur mit-schwebt, so ist sie dennoch nicht von der Hand zu weisen.

Das Einfordern einer Nebenpflicht ist auch praktisch keineswegs so unvorstellbar wie häufig dargestellt.

Beispiel 24 Ein Kunde kauft von einem Elektrokaufhausbetreiber einen neuen Kühlschrank für seine Wohnung („Kühlschrankfall“).⁶⁰⁰ Im Preis

596 M. Weller, Leistungen, 2012, S. 401.

597 So auch AG Marbach, Urt. v. 15.10.1987 – 1 C 401/87, Rn. 21 („Aufwertung unselbständiger Nebenpflichten zu selbständigen und damit einklagbaren Nebenpflichten“ nach dem Vorbild des § 618 BGB möglich); Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 25; Stürmer, JZ 1976, 384, 385; M. Weller, Leistungen, 2012, S. 411.

598 S. zu diesem Gedanken Canaris, JZ 2001, 499, 523; Forschner, Wechselwirkungen, 2013, S. 112 (Fn. 93: „in der Praxis [...] kaum denkbar“); Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 290; Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 25; Medicus, Schuldverhältnis, 1987, S. 16; Das neue Schuldrecht/Medicus, 2002, Kap. 3 Rn. 201 („weithin theoretisch“).

599 Beispiel nach M. Weller, Leistungen, 2012, S. 411f. (Fn. 599).

600 Fall nach M. Weller, Leistungen, 2012, S. 412.

enthalten sind die Demontage und der Abtransport des Altgerätes sowie die Montage des Neugerätes. Während die Mitarbeiter des Verkäufers den bereits ausgepackten Kühlschrank in die Küche des Kunden tragen wollen, kommen sie in der Diele an einem echten Biedermeier-Sekretär vorbei. Obwohl die Diele gute 6 Meter breit ist, nähern sie sich dem Sekretär mit dem scharfkantigen Kühlschrank bis auf wenige Zentimeter. Der Kunde – das nahende Unglück beobachtend – ruft „Halt! Bewegen Sie sich keinen Zentimeter weiter und stellen Sie den Kühlschrank sofort ab!“ Die Fachmitarbeiter des Verkäufers leisten verdutzt Folge.

Die Handlung des Kunden könnte man als panischen Ausruf abtun. In Wahrheit hat er jedoch die Beachtung einer aus § 241 II BGB folgenden Nebenpflicht (Schutz der sachlichen Integrität der Gegenstände des Gläubigers) eingefordert. Die Nebenpflicht schuldet zwar allein der Verkäufer. Seine Mitarbeiter sind hierbei jedoch seine Erfüllungsgehilfen. Soweit eine Verletzung der Nebenpflicht durch ihre Handlungen droht, sind sie richtige Adressaten der Pflichteinforderung.

Im Ergebnis ist die Einforderbarkeit von Nebenpflichten daher zu bejahen.⁶⁰¹

b) Erfüllbarkeit

§ 362 I BGB spricht davon, dass „[d]as Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“. Nach heute herrschender Ansicht liegt dieser Norm ein eng verstandener Begriff vom Schuldverhältnis zugrunde. Das Schuldverhältnis im weiteren Sinne umfasst alle Pflichten der beiden Parteien. Schließlich bestehen auch Nebenpflichten, nachdem die gegenseitigen Hauptleistungspflichten bereits erfüllt sind.⁶⁰² In der Literatur wird zur Erfüllbarkeit von Nebenpflichten nur selten Stellung genommen. Geschieht dies, so wird mangels konkret vom Schuldner zu leistender Vermeidungshandlung

601 So auch *Stürner*, JZ 1976, 384, 388; wohl a.A. *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77f.

602 *Bodewig*, Jura 2005, 505, 506ff.; *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. C 63.

eher selten von einer Erfüllbarkeit ausgegangen.⁶⁰³ Es gibt aber mittlerweile auch zahlreiche Nebenpflichten, die dem Schuldner eine konkrete (Vermeidungs-) Handlung abverlangen.⁶⁰⁴ Selbst bei einer reinen Unterlassungspflicht kann dieser Einwand nicht überzeugen: Schließlich kann die im Umgang mit den Rechtsgütern des Gläubigers zu beachtende Sorgfalt mindestens genau so viel Aufmerksamkeit fordern wie das Ableisten einer einzelnen, konkreten Handlung.⁶⁰⁵

Die Nebenpflicht, die körperliche Integrität des Gläubigers nicht durch Yoghurtpfützen vor den Kühlregalen zu beschädigen,⁶⁰⁶ verlangt dem Schuldner positive Handlungen ab, wie beispielsweise die Anweisung an seine Mitarbeiter, den Fußboden in regelmäßigen Abständen zu überprüfen.

Zudem kann das Erlöschen des Schuldverhältnisses nach § 362 I BGB bei Nebenpflichten durchaus eine praktische Rolle spielen.

Beispiel 25 Ein Steuerberater nimmt im Zuge eines Dauermandats die steuerlichen Angelegenheiten einer Ein-Mann-GmbH eines Mandanten wahr („Insolvenzfall“). In einem Gespräch lässt der Mandant einige Hinweise darauf fallen, dass seiner Firma die Zahlungsunfähigkeit droht, er aber noch nicht genau weiß, wie er reagieren soll. Mit diesem Hinweis löst der Mandant laut BGH die Nebenpflicht des Steuerberaters aus, entweder selbst eine Insolvenzprüfung vorzunehmen oder dem Mandanten externe Hilfe anzubie-

603 Vgl. E. Schmidt, Schuldverhältnis, 2004, Rn. 45f., 78; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 78 (Fn. 33). Den Nebenpflichtschuldner treffe schließlich „keine vertragliche Erfüllungspflicht“, so exemplarisch Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 181. Vgl. aber bereits H. Lehmann, Unterlassungspflicht, 1906, S. 205, der darauf hinweist, dass für den Begriff der „Erfüllung“ „ein positives Element nicht wesentlich ist“.

604 S. beispielhaft diejenigen Nebenpflichten, welche den Schuldner zum Abschluss einer Versicherung verpflichten, Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 502, 504, 512.

605 M. Weller, Leistungen, 2012, S. 404; sogar die Erfüllbarkeit gesetzlicher Unterlassungspflichten befürwortend Fritzsche, Unterlassungsanspruch, 2000, S. 366f.

606 Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.7.2004 – 7 U 18/03, Rn. 8 zur Verkehrssicherungspflicht des Supermarktbetreibers gegenüber den aus herunterfallendem Obst und Gemüse entstehenden Gefahren; näher Grams, NZM 2011, 460, 462f.

ten.⁶⁰⁷ In jedem Fall muss er die Gefahr, dass der Mandant eine mögliche Insolvenz verschleppt, abwenden.

Der Steuerberater geht in dem Gespräch nun auf den Mandanten ein und erklärt ihm, dass er sich selbst nicht in der Lage sieht, zu prüfen, ob ein Insolvenzgrund vorliegt. Er verweist den Mandanten aber an einen ihm bekannten Insolvenzrechtler und rät ihm nochmals eindringlich dazu, die Frage nicht auf sich beruhen zu lassen. Der Steuerberater hat durch sein Handeln in jedem Fall dafür gesorgt, dass er keine Nebenpflicht verletzt – er hat dem Mandanten Hilfe zur Selbsthilfe gegeben und damit das aus § 241 II BGB folgende Gebot gewahrt. Mit anderen Worten hat er die konkrete Nebenpflicht erfüllt. Die logische Art und Weise dies zu erklären, ist, dass das Forderungsrecht des Mandanten durch die Handlung des Steuerberaters gem. § 362 I BGB erloschen ist.

Darüber hinaus wird im Kontext von § 269 BGB durchaus für möglich gehalten, dass Nebenpflichten ein eigener, von der Leistungspflicht unabhängiger Erfüllungsort zukommen kann.⁶⁰⁸ Das setzt aber die Erfüllbarkeit der Pflicht bereits begrifflich voraus. Im Ergebnis ist daher die Erfüllbarkeit von Nebenpflichten zu bejahen.⁶⁰⁹

607 Vgl. BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 4f.

608 So explizit MüKo-BGB/Krüger, 7. Aufl. 2016, § 269 Rn. 43; ähnlich im Kontext der Frage, ob § 29 ZPO auf Nebenpflichten anwendbar ist, Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 560.

609 So auch Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 851f. („kein Grund, den § 362 Abs. 1 BGB generell für unanwendbar zu halten“); Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 2004, S. 287, 295; zumindest im Ansatz ähnlich auch Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 161f., der die „Erfüllung“ von Nebenpflichten allerdings nur dann für möglich hält, wenn sie dem Schuldverhältnis zumindest über eine ergänzende Schuldvertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu entnehmen sind. Mit diesem Verständnis von Nebenpflichten droht indes die Grenze zu Leistungspflichten nach § 241 I BGB zu verschwimmen.

c) Klagbarkeit

Ist eine Nebenpflicht – wie beispielsweise in § 618 BGB – gesetzlich geregelt, so ist die Klagbarkeit dieser Verhaltensanforderung anerkannt.⁶¹⁰ Die Klagbarkeit von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten aus § 241 II BGB ist indes umstritten.⁶¹¹ Früher wurde sie vor allem wegen fehlender Bestimmtheit der Pflichten überwiegend abgelehnt.⁶¹² Dass Nebenpflichten nicht klagbar sind, wird auch heute noch vertreten.⁶¹³ Die mittlerweile wohl herrschende Lehre schließt die Klagbarkeit der Nebenpflichten aber nicht mehr grundsätzlich aus.⁶¹⁴ Begrenzt wird die Klagbarkeit vielmehr nur noch durch eine Abwägung im Einzelfall.⁶¹⁵ Das Argument der ablehnenden Auffassung, dass Nebenpflichten für eine klagbare Pflicht zu unbestimmt seien, kann bei näherer Betrachtung auch nicht überzeugen. *In realiter* spielen Nebenpflichten nämlich in der geltenden Rechtsanwendung vor allem beim Schutz der Gesundheit oder des Eigentums des Schuldverhältnis-Partners eine große Rolle.⁶¹⁶ Die zum Schutz der körperlichen oder

610 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 555; Stürner, JZ 1976, 384, 385.

611 Bodewig, Jura 2005, 505, 512; Stürner, JZ 1976, 384, 385ff.

612 Krefß, Schuldrecht AT, 1929, S. 6; vgl. Stürner, JZ 1976, 384, 385f.; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 518 (Fn. 7) m.w.N.

613 MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 146 („Aufklärungspflicht [...] nicht klagbar“); Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7 („in der Regel nicht klagbar“); NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 68 („entgegen hM nur in Ausnahmesituationen einklagbar“); Looschelders, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 25 („wird [...] im Regelfall schon aus praktischen Gründen ausscheiden“); L. Müller, JuS 1998, 894, 895; R. Weber, FS Giger, 1989, S. 735, 754 („in der Regel nicht erzwingbar“). Ist der Gläubiger sich der Verletzung einer Aufklärungspflicht durch den Schuldner bewusst, so stellt sich allerdings in der Tat das Problem, ob überhaupt noch eine situative Informationsasymmetrie – und damit eine der Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Nebenpflicht – vorliegt, in diese Richtung bereits Stürner, JZ 1976, 384, 386.

614 S. Bodewig, Jura 2005, 505, 512; HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 94; Fritzsche, Unterlassungsanspruch, 2000, S. 73f.; Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 24f.; Gröschler, FS Konzen, 2006, S. 109, 116f.; Hähnchen, Obliegenheiten, 2010, S. 236f. (Fn. 26); Herresthal, GS Unberath, 2015, S. 179, 209f.; Köhler, AcP 190 (1990), 496, 509ff.; Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 839; Stürner, JZ 1976, 384, 388; Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 189; Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 2004, S. 287, 295; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 59 (Fn. 139) m.w.N.

615 Vgl. Stürner, JZ 1976, 384, 388; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 518 (Fn. 8) m.w.N.

616 Zutreffend weist Das neue Schuldrecht/Medicus, 2002, Kap. 3 Rn. 201 darauf hin, dass die „Klagbarkeit“ von Informationspflichten häufig daran scheitern wird, dass die für einen Klageantrag erforderliche Kenntnis über das jeweilige Problem die Informationsasymmetrie zwischen Schuldner und Gläubiger fraglich erscheinen lässt. Systemische Überzeugungskraft hat das rein faktische Argument aber nicht.

sachlichen Integrität des Geschäftspartners geltenden Standards sind jedoch *ex ante* durchaus bestimmbar: In Kommentierungen zu § 241 II BGB finden sich viele als konkrete Verhaltensanforderung kanonisierte Pflichten.⁶¹⁷ Auch der Schutz vermögenswerter Interessen wurde von der Literatur ausführlich katalogisiert. Anstatt die Klagbarkeit von Nebenpflichten generell auszuschließen, erscheint es daher sinnvoller, im Grundsatz von einer Bestimmtheit auszugehen.⁶¹⁸ Gleiches gilt für die Frage, ob das Einklagen einer Nebenpflicht durch einen Gläubiger überhaupt eine rechtsschutzbedürftige Prozesshandlung sein kann: Anstelle eines generellen Ausschlusses sollte ein fehlendes Rechtsschutzbedürfnis die Klage lieber im Einzelfall scheitern lassen.⁶¹⁹ Eine dritte Auffassung hält Nebenpflichten dann für klagbar, wenn eine konkrete Gefahr für das geschützte Interesse vorliegt.⁶²⁰ Mit Blick auf § 253 II Nr. 2 ZPO und die praktische Durchsetzbarkeit einer klagbaren Nebenpflicht sei die konkrete Gefährdung als Voraussetzung anzuerkennen.⁶²¹ Vergleicht man die Lage mit dem Anspruch aus § 1004 BGB, so entsprechen Nebenpflichten am ehesten dem Anspruch auf die Unterlassung einer drohenden zukünftigen Beeinträchtigung.⁶²² Ähnlich wird

617 Vgl. die Auflistung bei Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 464ff., 500ff. Die Fallgruppenbildung schafft aus einer methodischen Perspektive ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit, vgl. Teichmann, JA 1984, 545, 545.

618 Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 25 (im Rechtsstaat bedarf „nicht die Klagbarkeit des Beweises, sondern deren Ausschluß“). Es besteht dann immer noch die Möglichkeit, die Klagbarkeit im Einzelfall an einer fehlenden Bestimmtheit der geforderten Pflichterfüllung scheitern zu lassen, so zu Recht M. Weller, Leistungen, 2012, S. 409f.

619 Bodewig, Jura 2005, 505, 512; M. Weller, Leistungen, 2012, S. 410f. Ähnlich wird schließlich auch ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 I 2 BGB nicht generell für unklagbar gehalten, sondern entweder über das Rechtsschutzbedürfnis oder eine tatsächliche Anspruchsvoraussetzung an den Beweis der Besorgnis einer zukünftigen Beeinträchtigung gekoppelt, Stürner, JZ 1976, 384, 385f. Näher zum praktisch bedeutungslosen Streit MüKo-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 293.

620 Bodewig, Jura 2005, 505, 512; Hähnchen, Obliegenheiten, 2010, S. 247f.; Stürner, JZ 1976, 384, 388; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 518.

621 Köhler, AcP 190 (1990), 496, 509f.; Zenz, Vertragspflichten, 1975, S. 160.

622 Schließlich geht es in beiden Fällen darum, zukünftige Verletzungen der Integrität zu verhindern. Im Rahmen von § 1004 I 2 BGB wird die Besorgnis einer zukünftigen Beeinträchtigung von der überwiegenden Auffassung aber als Anspruchsvoraussetzung gesehen, BGH, Urt. v. 9.11.1979 – I ZR 24/78, Rn. 6 („Wiederholungsgefahr als weitere - materiell-rechtliche - Voraussetzung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs“); MüKo-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 293. Das wird vor allem damit begründet, dass es ansonsten eine Vielzahl völlig vager materiell-rechtlich bestehender Unterlassungsansprüche ohne jede Rechtsgutsgefahr geben würde, die alle nur an der prozessualen Geltendmachung scheitern würden, MüKo-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 293.

man daher auch im Rahmen von § 241 II BGB erst dann von einer tatsächlichen Pflicht des Schuldners – und einem korrespondierenden Anspruch des Gläubigers – ausgehen können, wenn ein schützenswertes Interesse unmittelbar droht, durch eine Handlung des Schuldners beeinträchtigt zu werden.⁶²³ Wenn die Nebenpflicht aber erst bei der Gefahr einer Beeinträchtigung materiell-rechtlich entsteht, können Bedenken gegen die prozessuale Geltendmachung nicht darauf gestützt werden, dass § 253 II Nr. 2 ZPO entgegenstehe.⁶²⁴ Folglich ist die Klagbarkeit von Nebenpflichten nicht generell ausgeschlossen.⁶²⁵

d) Exkurs: Nebenpflichten als Verpflichtung zur Leistung?

Schließlich soll noch die Frage angerissen werden, ob sich Nebenpflichten unter den Leistungsbegriff des allgemeinen Schuldrechts fassen lassen. Für eine Integration in den Leistungsbegriff spricht der Wortlaut des dem § 241 BGB vorangestellten Titels („*Verpflichtung zur Leistung*“). Als Teil dieses Titels müsste eigentlich auch § 241 II BGB zur Leistung verpflichten. Dagegen spricht indes ein Umkehrschluss zu § 241 I BGB: § 241 II BGB grenzt sich ja gerade von dem den Leistungsbegriff prägenden ersten Absatz ab. Im Ergebnis ist der Wortlaut der Norm daher unergiebig.⁶²⁶ Auch der Historie der Norm lässt sich kein ein-

623 Vgl. AG Marbach, Urt. v. 15.10.1987 – 1 C 401/87, Rn. 21 („Die Gefahr der Popularklage besteht nicht. Klagebefugt, weil anspruchsberechtigt, ist nur derjenige Inhaber eines subjektiven Rechts bzw. derjenige Rechtsgutträger, der selbst unmittelbar konkret gefährdet ist.“); Bodewig, Jura 2005, 505, 512.

624 Insofern unpräzise Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 25 („*Anspruch des materiellen Rechts den Anforderungen des Prozessrechts [häufig] nicht gewachsen*“). Auch ein Anspruch aus § 1004 I 2 BGB lässt sich nach allgemeiner Ansicht in Einklang mit § 253 II Nr. 2 ZPO einklagen. Dem Schuldner darf nur nicht die Wahl genommen werden, auf welche Weise er die Unterlassung erreicht, MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 42 a.E.; näher MüKo-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 304ff.

625 Um § 253 II Nr. 2 ZPO zu genügen, bedarf es aber für die praktische Durchsetzung einer konkreten Gefahr für das geschützte Interesse, überzeugend Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 13 a.E. („*angesichts der Tatsache, dass § 241 II BGB ausdrücklich von einer Verpflichtung spricht, [ist die grundsätzliche Klagbarkeit der Nebenpflichten] nicht mehr zu leugnen, so dass es nur noch auf das Rechtsschutzbedürfnis nach allgemeinen Regeln ankommt*“). Die Klagbarkeit einer Verhaltensanforderung hat nach allen Ansichten keinen Einfluss auf den Inhalt der Verhaltensanforderung selbst: In keinem Fall führt die Klagbarkeit dazu, dass der Inhalt der Verhaltensanforderung über denjenigen hinauswächst, welcher bei einer Pflichtverletzung als Maßstab angelegt wird, so zu Recht Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 518.

626 So auch M. Weller, Leistungen, 2012, S. 394.

deutiger Schluss entnehmen.⁶²⁷ Aus systematischer Perspektive kann auf die bereits geprüften Wirkungsweisen von Nebenpflichten verwiesen werden: Da Nebenpflichten einforder-, erfüll- und klagbar sind, spricht kein gravierender Einwand systematischer Natur dagegen, in Nebenpflichten eine Verpflichtung zur Leistung zu sehen.⁶²⁸ Entscheidend ist daher die Auslegung nach dem Zweck des Leistungsbegriffs. Was die konkreten Verhaltensanforderungen anbelangt, so kann keine kategorische Unterscheidung zwischen einer Neben- und einer Leistungspflicht festgestellt werden. Schließlich kann jede Nebenpflicht durch Vereinbarung zur Leistungspflicht werden.⁶²⁹ Auch der wortlautgetreue Zweck einer Leistung hat mit der Unterscheidung nichts zu tun: Dem Sprachgebrauch nach ist es womöglich gar eine „größere Leistung“, alle aus den Nebenpflichten folgenden Verhaltensanforderungen zu wahren, als die tatsächlichen Leistungspflichten zu erfüllen.⁶³⁰ Schließlich ist die Frage, ob Neben- und Leistungspflicht sich funktional unterscheiden. Dafür könnte auf den ersten Blick sprechen, dass der Schuldner einer Leistungspflicht einen klar definierten Erfolg schuldet, während Nebenpflichten nur das diffuse Prinzip des *neminem laedere* im Schuldverhältnis verkörpern⁶³¹. Bei präziser Betrachtung führen Nebenpflichten aber dazu, dass der Schuldner einen „Vermeidungserfolg“ schuldet: An den vom Schutzbereich des Schuldverhältnisses umfassten Rechtsgütern des Gläubigers hat ein durch die Sphäre des Schuldners hervorgerufener Schaden als positiver Erfolg auszubleiben.⁶³² Neben- und Leistungspflichten sind damit beide Teil „*des vom Schuldner zu bewirkenden Handlungsbündels*“.⁶³³ Schließlich bleibt noch der Einwand, dass der Gesetzgeber mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz unterschiedliche Rechtsfolgen für die Verletzung von Leistungs- und Nebenpflichten angeordnet hat: Für Nebenpflichten gelten die §§ 280, 282, 324, 241 II BGB, während für Leistungspflichten die §§ 280, 281, 283, 286, 311a II, 323, 241 I BGB gelten. Zwar haben die Pflichten ausweislich der gesetzlichen Systematik unter-

627 Näher *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 395f.

628 Vgl. zur Prüfungsreihenfolge *M. Weller*, Leistungen, 2012, S.396ff.; grundsätzlich a.A. *L. Müller*, JuS 1998, 894, 895.

629 *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 397.

630 So zumindest *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 397f.

631 *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 586.

632 Ähnlich auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 161f.

633 So überzeugend *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 396f.; vgl. auch *AK-BGB/Dubischar*, 1980, § 241 Rn. 6 (Nebenpflichten „mitgeschuldet“).

schiedliche Charakteristika. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass sie einen grundsätzlich unterschiedlichen Pflichtentyp verkörpern.⁶³⁴ Die Begriffspaare der Leistung als Erfüllung und Nichtleistung als Pflichtverletzung könnte man daher einheitlich auf Leistungs- und Nebenpflichten angehen.⁶³⁵

Als letzte Konsequenz könnte man dann auch die §§ 281, 286 BGB (analog) auf Nebenpflichten anwenden.⁶³⁶ Ob Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung oder Schadensersatz neben der Leistung wegen Verzögerung der Leistung bei Nebenpflichten verlangt werden kann, wird in der Literatur kaum thematisiert. Die herrschende Meinung geht schließlich explizit oder implizit davon aus, dass Nebenpflichten eben in keinem Fall unter den Begriff der Leistung im allgemeinen Schuldrecht zu fassen sind.⁶³⁷ Selbst wenn man – wie hier – Nebenpflichten nicht kategorisch aus dem Leistungsbegriff ausschließt, so mag ein Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 I BGB oder §§ 280 I, II, 286 I 1 BGB zwar regelmäßig ausscheiden. Nebenpflichten entstehen schließlich situativ bei einer Gefahr für die Rechtsgüter des Gläubigers. Bleibt die Leistung der Nebenpflicht

634 So zumindest *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 407.

635 Näher *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 408f. Der Begriff der „*Nichterfüllung*“, der von *U. Huber* im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz anstelle der „*Pflichtverletzung*“ vorgeschlagen wurden, wurde vom Gesetzgeber indes genau deshalb abgelehnt, weil er „*nur schwer*“ auf Nebenpflichten passen würde, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 134.

636 Für die Anwendung von § 286 BGB auch *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 408; vgl. zum parallelen Problem im Deliktsrecht *jurisPK-BGB/Seichter*, 8. Aufl. 2017, § 286 Rn. 5 („*Auch mit der Erfüllung des Beseitigungsanspruches aus § 1004 BGB kann der Störer in Verzug geraten.*“). Zumindest § 286 BGB wird auf den Archetyp der gesetzlich geregelten Nebenpflicht – § 618 BGB – zum Teil ohne Bedenken angewendet wird, vgl. *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 292 („*analog*“). Fälle, in denen die Erfüllung einer Nebenpflicht vor Eintritt eines Schadens unmöglich wird (§ 283 BGB), sind zwar vorstellbar. Es müssten Umstände vorliegen, welche es dem Schuldner unmöglich i.S.v. § 275 BGB machen würden, den Gläubiger nicht zu schädigen (z.B. Umkippen eines mitgebrachten Ölkannisters während einer Auftragsarbeit beim Kunden und unauffhaltsames Durchsickern in Richtung eines wertvollen Teppiches). Kommt es aber dann zur Schädigung, so ist jede Integritätsbeeinträchtigung bereits nach §§ 280 I, 241 II BGB ersatzfähig. § 283 BGB ist hier zum Ersatz eines Schadens gar nicht erforderlich. Zudem ist die Frage der Unmöglichkeit bei Nebenpflichten nur schwierig zu bestimmen. Die Anwendung von § 283 BGB schafft damit mehr Fragen als Antworten und sollte deshalb unterbleiben.

637 Mit dieser Begründung die Anwendbarkeit der §§ 286ff. BGB auf Nebenpflichten explizit ablehnend *Soergel/Benicke/Nalbantis*, 13. Aufl. 2014, § 286 Rn. 16; *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 6; skeptisch auch *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 291 („*grundsätzlich nicht*“); *Krefß*, *Schuldrecht AT*, 1929, S. 590; *Medicus*, *Schuldverhältnis*, 1987, S. 15; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 843.

aus, so kommt es regelmäßig zum zu vermeidenden Schadenseintritt. Der Schuldner kann im Falle des Schadenseintritts (nur) aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen Verletzung der Nebenpflicht vorgehen. Ein Verzögerungsschaden kann dann nicht vorliegen, denn die Erfüllung der Nebenpflicht kann nicht mehr nachgeholt werden, sondern ist unmöglich geworden.⁶³⁸ Schadensersatz statt der (Nebenpflicht-)Leistung scheidet dann ebenso aus, weil alle Schadensposten, die auf dem Ausbleiben der Nebenpflichterfüllung beruhen, sinnvollerweise nach §§ 280 I, 241 II BGB zu ersetzen sind. Verpflichtet die Nebenpflicht den Schuldner zu einer konkreten Handlung, so ist ein Fall aber denkbar, in dem die §§ 281, 286 BGB bei Nebenpflichten relevant werden könnten.⁶³⁹

Beispiel 26 Ein Supermarktkunde entdeckt eine Yoghurtpfütze vor dem Kühlregal eines Supermarktbetreibers („Yoghurtpfützenfall“). Wegen der Breite seines Rollators kann er die Stelle, die relativ nah am Ausgang des Supermarkts liegt, nicht passieren, ohne durch die Yoghurtpfütze zu fahren. Aus Angst davor, wegzurutschen und sich zu verletzen, ruft er einen Angestellten hinzu, um die Pfütze entfer-

638 Bei Unmöglichkeit der Leistung kann mangels wirksamer Forderung (vgl. § 275 I BGB) kein Verzug entstehen, MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 35. Generell kann aus diesem Grund bei Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht nur in Ausnahmefällen ein Verzögerungsschaden vorliegen. Das Unterlassen kann grundsätzlich nicht nachgeholt werden, so auch für Nebenpflichten Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 2004, S. 287, 294; die Unmöglichkeit nach § 275 BGB bei der „Schutzpflicht als abstrakt-relative „Pflichtenquelle““ generell für ausgeschlossen haltend Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 293; ähnlich Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 842. Ist die Unterlassungspflicht von einer fortdauernden Natur, so kommt zumindest für den in die Zukunft gerichteten Teil der Pflicht nach umstrittener Ansicht ein Verzug in Betracht, so bereits H. Lehmann, Unterlassungspflicht, 1906, S. 265; näher MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 286 Rn. 43 m.w.N.; dagegen Köhler, AcP 190 (1990), 496, 517ff.

639 So auch Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 292; Köhler, AcP 190 (1990), 496, 522 („begrifflich nicht ausgeschlossen“); Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 2004, S. 287, 294f.; zu kurz gegriffen Soergel/Benicke/Nalbantis, 13. Aufl. 2014, § 286 Rn. 16, nach denen die Anwendung von § 286 BGB ausscheidet, weil „das Mahnungserfordernis [den Gläubiger] über Gebühr belasten würde“ und die den Gläubiger stattdessen auf die Liquidierung eines etwaig entstehenden Integritätsschadens verweisen wollen. Wenn aber noch kein Schaden eingetreten ist und der Gläubiger – zugegebenermaßen praktisch ein seltener Fall – den drohenden Integritätsschaden durch Mahnung des Schuldners abwenden will, so belastet die Anwendung von § 286 BGB den Gläubiger aber nicht, sondern ermöglicht ihm allein auf der Verzögerung beruhende Schäden zu liquidieren, anstatt, den anderweitig drohenden Integritätsschaden sehenden Auges eintreten zu lassen.

nen zu lassen. Der Angestellte des Supermarktbetreibers weigert sich und lässt den Kunden wieder allein.

Der Kunde hat hier erfolglos versucht, die Erfüllung einer Nebenpflicht einzufordern.⁶⁴⁰ Die Frage stellt sich, ob der Supermarktbetreiber diesbezüglich wegen Nichtleistung trotz Fälligkeit und Mahnung in Verzug nach § 286 I 1 BGB geraten kann. Der Anspruch auf Erfüllung der Nebenpflicht ist nach der Grundregel des § 271 I BGB sofort fällig. In der Aufforderung zur Erfüllung ist zudem eine Mahnung zur Erfüllung zu sehen.⁶⁴¹ Anders als der Schuldner einer Leistungspflicht wusste der Supermarktbetreiber hier vor dem Hinweis des Kunden zwar noch nichts von der konkreten Pflicht. Die im Verhältnis Kunde-Supermarktbetreiber konkret geschuldete Verhaltensanforderung entstand schließlich erst im Moment der Gefährdung des Kunden.⁶⁴² Es handelt sich hier aber um eine leicht zu erledigende Handlung. Der Supermarktbetreiber hat durch die vorsätzliche Weigerung seines Personals (§§ 278, 286 IV BGB) trotzdem nicht dafür gesorgt, dass die Pfütze in der zu erwartenden Zeit entfernt wird. Damit hat er schließlich auch nicht geleistet.⁶⁴³ Die Voraussetzungen des Verzugs liegen also sämtlich vor. Es wird dem Kunden zwar regelmäßig an einem ersatzfähigen Schaden fehlen. Ein Schaden wäre aber

640 Schließlich trifft den Supermarktbetreiber nach §§ 311 II Nr. 2, 241 II BGB gegenüber seinen Kunden die Pflicht, seinen Supermarkt so zu organisieren, dass diese keine körperlichen Gefahren bei der Warenbegutachtung erleidet, vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.7.2004 – 7 U 18/03, Rn. 8 (Verkehrssicherungspflicht des Supermarktbetreibers gegenüber den aus herunterfallendem Obst und Gemüse entstehenden Gefahren); Grams, NZM 2011, 460, 462f. In dem Moment, in dem sich der Kunden der Pfütze nähert, droht die unmittelbare Verletzung dieser Pflicht. Mit der konkreten Gefährdung konkretisiert sich auch die abstrakte Pflicht aus § 241 II BGB zur Verhaltensanforderung, die Yoghurtpfütze entfernen zu lassen. Selbst wenn ein anderer Kunde hierfür verantwortlich war, trifft den Supermarktbetreiber zumindest dann die Pflicht zur Beseitigung, wenn er oder einer seiner Angestellten auf die Gefahr aufmerksam gemacht wird.

641 Vgl. Staudinger/Löwisch/Feldmann, Neubearbeitung 2014, § 286 Rn. 29.

642 Der Supermarktbetreiber hat hier also nicht bereits ab Fälligkeit leistungsbereit zu sein, vgl. Staudinger/Löwisch/Feldmann, Neubearbeitung 2014, § 286 Rn. 60.

643 Dagegen L. Müller, JuS 1998, 894, 895 („Kaufhausbesucher kann nicht die Reinigung des Bodens verlangen“).

durchaus vorstellbar⁶⁴⁴: So könnte der Kunde aufgrund der vom Supermarktbetreiber zu vertretenden Wartezeit im Laden eine Lieferung wichtiger Medikamente verpassen und in der Folge Gesundheitsschäden erleiden, eine wichtige Zahlungsfrist verpassen und in der Folge selbst schadensersatzpflichtig werden, oder aufgrund eines verpassten Busses Taxikosten aufwenden müssen. Diese Aufwendungen wären mangels Verletzung der Integrität des Kunden (er ist ja gerade nicht gestürzt) auch nicht über §§ 280 I, 241 II BGB ersatzfähig. Es besteht also eine konkrete Haftungslücke, welche nur durch die Anwendung von §§ 280 I, II, 286 BGB sinnvoll geschlossen werden kann.

Ebenso ist ein Anspruch aus §§ 280 I, 281 I 1 Alt. 1, II BGB denkbar: Wenn nämlich der Kunde nach einigem Zuwarten beschließt, einem zufällig vorbeigehenden Nachbarsjungen 5€ dafür zu zahlen, dass dieser die Pfütze entfernt, so ist dies als Selbstvornahme zu werten, mit der er die Nebenpflicht des Supermarktbetreibers nach § 275 I BGB erlöschen lässt. Diese Selbstvornahme wäre hier auch ohne Fristsetzung zulässig, da der Supermarktbetreiber hier durch seinen Angestellten (§ 278 BGB) die Erfüllung der Nebenpflicht verweigert hat (§ 281 II BGB). Da der Schadensposten (herausgeforderte Aufwendung von 5€) das Leistungsinteresse des Kunden an der Erfüllung der Nebenpflicht repräsentiert und allein Folge der Nichtleistung ist, ist der Anspruch auf Ersatz als Schadensersatz anstelle der Leistung nach § 281 BGB einzuordnen.

Gegen die Anwendbarkeit von § 281 BGB spricht auch nicht eine etwaige Sperrwirkung des § 282 BGB: Schließlich geht es bei § 282 BGB um den Ersatz des Interesses des Gläubigers an der Hauptleistung, § 281 BGB soll hier lediglich das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Nebenpflicht schützen. Vor einem Vertragsschluss an der Kasse schuldet der Supermarktbetreiber zwar ohnehin noch keine Hauptleistung. Auch danach stellt sich jedoch kein Konkurrenzproblem, da § 282 BGB weiterhin das ein-

644 So auch *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, 295.

zige Werkzeug bleibt, um über einer Nebenpflicht(-verletzung) das Interesse des Gläubigers an der (Haupt-)Leistung zu liquidieren. Die Anwendung von § 281 BGB auf Nebenpflichten unterläuft somit nicht die spezifischen Voraussetzungen des § 282 BGB, sondern füllt eine von § 282 BGB gar nicht erfasste Haftungslücke.

Im Ergebnis lässt sich also auch aus Nebenpflichten eine Verpflichtung zur Leistung im Sinne der §§ 281, 286 BGB ableiten. Schließlich teilen Pflichten aus § 241 II BGB viele Gemeinsamkeiten mit der Natur von Leistungspflichten. Nach hier vertretenem Verständnis bedeutet dies indes nicht, dass die kategorische Unterscheidung von Leistungspflichten im Sinne des § 241 I BGB und Nebenpflichten im Sinne des § 241 II BGB aufgegeben wird.⁶⁴⁵ Diese Unterscheidung ist gesetzgeberisch intendiert und kann damit nicht aufgegeben werden.

2. Jedermannsrecht

Anknüpfungspunkt für einen klagbaren Anspruch aus Jedermannsrecht ist § 1004 BGB. Die Norm ist unmittelbar nur auf Beeinträchtigungen des Eigentums anwendbar. Sie wird aber von der herrschenden Meinung auf alle im Jedermannsrecht geschützten Rechtsgüter analog angewendet. Der Wortlaut der Norm setzt für einen Unterlassungsanspruch drohende weitere Beeinträchtigungen voraus. Nach herrschender Meinung entsteht⁶⁴⁶ aber auch ein Unterlassungsanspruch, wenn sich dem potentiellen Störer eine konkrete Einwirkungsmöglichkeit auf das deliktisch geschützte Rechtsgut eröffnet (Erstbegehrungsgefahr).⁶⁴⁷

645 So aber *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 428f., 429 (Fn. 644), der Nebenpflichten entweder aus einer rechtsvergleichenden Perspektive dem Deliktsrecht zuordnen will oder sie als „systematisch nicht zu sondernde Bestandteile der Leistungspflicht“ sieht; zutreffend hingegen *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, 294f., die darauf hinweisen, dass sich die Anwendbarkeit der Regeln über Verzug und Unmöglichkeit nicht zwingend mit der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nebenpflichten decken muss.

646 Nach anderer Ansicht lässt sich allein aus dem Eigentum stets ein Unterlassungsanspruch (vgl. § 903 BGB) ableiten, der sich bei einer fehlenden Gefahr mangels Rechtsschutzbedürfnis nur nicht gerichtlich durchsetzen lässt, *MüKo-BGB/Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 293.

647 RG, Urt. v. 18.12.1920 – I 188/20, RGZ 101, 135, 137f.; *MüKo-BGB/Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 289; *HK-BGB/Schulte-Nölke*, 9. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 10 a.E. Mit der drohenden Gefahr entsteht durch den Unterlassungsanspruch ein Schuldverhältnis zwischen Störer und

Nach der überwiegenden Auffassung ist für diesen Anspruch die konkrete, durch Tatsachen gestützte, unmittelbar drohende Gefahr einer Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts Voraussetzung.⁶⁴⁸ Im Kontext der Nebenpflichten wird es im Jedermannsrecht regelmäßig um die zu befürchtende Verletzung von Verkehrssicherungspflichten gehen. Im Ansatz kann hierfür kein anderer Maßstab gelten als für die für die Beispiele maßgeblich verantwortlichen Fälle aus dem Wettbewerbs- und dem Persönlichkeitsrecht.⁶⁴⁹ Zwar ist – ebenso wie bei Nebenpflichten – die Klagbarkeit von Verkehrspflichten ein nur selten beleuchtetes Thema.⁶⁵⁰ Wenn die Verletzung der körperlichen Integrität wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht unmittelbar droht, so muss indes auch die gerichtliche Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nach § 1004 I 2 BGB möglich sein.⁶⁵¹ Auch § 253 II Nr. 2 ZPO steht dann nicht im Weg, denn für einen bestimmten Unterlassungsantrag ist lediglich die geforderte Handlung möglichst präzise zu umschreiben.⁶⁵² Schließlich würde der von der Rechtsprechung anerkannte, allgemeine Grundsatz des vorbeugenden Rechtsschutzes⁶⁵³ missachtet, wenn der Gläubiger die bereits drohende Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts sehenden Auges hinnehmen müsste.⁶⁵⁴ Im Er-

Rechtsgutsinhaber, näher *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 421; dagegen noch *von Caemmerer*, *FS DJT*, Bd. II, 1960, S. 49, 55.

648 BGH, *Urt. v. 19.6.1951 – I ZR 77/50 (Widia/Ardia)*, BGHZ 2, 394, 395; *MüKo-BGB/Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 289, 292; *Bamberger-Roth/Fritzsche*, 3. Aufl. 2012, § 1004 Rn. 88; vgl. bereits *H. Lehmann*, *Unterlassungspflicht*, 1906, S. 221.

649 Krit. hingegen *MüKo-BGB/Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 291, der die Maßstäbe der Rechtsprechung „*nur mit Vorsicht*“ auf den Eigentumsschutz anwenden will.

650 *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 842 („[w]enig geklärt“).

651 So beispielsweise explizit LG Gießen, *Urt. v. 30.11.1994 – I S 449/94*, *NJW-RR* 1994, 543, 543f. im Kontext einer Verletzung der winterlichen Streupflicht sowie AG Marbach, *Urt. v. 15.10.1987 – I C 401/87*, Rn. 19ff. für die Sicherungspflicht des Eigentümers eines Teiches gegenüber den Nachbarskindern; näher *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 42.

652 *Bamberger-Roth/Fritzsche*, 3. Aufl. 2012, § 1004 Rn. 133; großzügiger AG Marbach, *Urt. v. 15.10.1987 – I C 401/87*, Rn. 19 („[es muss] *ein Klageantrag gestattet sein*[,] *der Beides – Gefahrenbeseitigung durch positives Tun und durch Unterlassen [–] einschließt*“).

653 Grundlegend RG, *Urt. v. 5.1.1905 – VI 38/04*, *RGZ* 60, 6, 7f.; vgl. zudem *MüKo-BGB/Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 34f.

654 Treffend AG Marbach, *Urt. v. 15.10.1987 – I C 401/87*, Rn. 21 a.E. („Dogmatisch kann dieses Ergebnis als weiterer Anwendungsfall der Rechtsanalogie zu §§ 12 Satz 2, 862 Abs. 1, Satz 2, 1004 Abs. 1, Satz 2 BGB eingeordnet werden, als eine Ausdehnung der quasi negatorischen bzw. quasi deliktischen Unterlassungsklage. Der Sache nach handelt es sich um Fortentwicklung von Richterrecht. Die Verkehrssicherungspflicht tritt nunmehr in zwei Erscheinungsfor-

gebnis ist daher ein Anspruch aus § 1004 I 2 BGB wegen drohender Integritätsbeeinträchtigung klagbar.⁶⁵⁵

3. Zwischenergebnis: Durchsetzungsmöglichkeiten von Neben- und Verkehrspflichten ähnlich

Zwar sind die rechtstatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeiten von Neben- und Verkehrspflichten auch heute noch umstritten bis ungeklärt. Im Ergebnis unterscheiden sich die Herangehensweisen der überwiegenden Auffassung bei Neben- und Verkehrspflichten aber wohl nicht.⁶⁵⁶ In beiden Rechtsbereichen ist die entscheidende Hürde, ob bereits ein Abwehranspruch wegen einer (unmittelbar) drohenden Gefahr besteht. Lässt sich ein solcher Abwehranspruch – egal aus welcher Quelle – bejahen, so steht § 253 II Nr. 2 ZPO der gerichtlichen Durchsetzung nicht mehr prinzipiell im Wege.⁶⁵⁷

men auf: repressiv als Instrument zur Haftungsbegründung, präventiv dient sie der Begründung eines Gefahrenabwehranspruchs.“)

655 So auch AG Marbach, Urt. v. 15.10.1987 – 1 C 401/87, Rn. 21 („Eine deliktsrechtliche Verhaltenspflicht zur Schadensverhütung ist im Grundsatz eine unselbständige Pflicht die eine Rechtsfolge (Schadensersatz) nur bei schuldhafter Verletzung und bei Schadenseintritt auslöst (§ 823 BGB). Sie kann – in Grenzen – qualitativ umschlagen in eine selbständig einklagbare Gefahrenabwehrpflicht. Der tragende Grund liegt darin, daß sich die repressive Sanktion einer Schadensersatzleistung als unzulänglich erweist, um Rechtsgüter im Range von Leben und Gesundheit ausreichend zu schützen.“). Zur Anwendbarkeit von § 286 BGB jurisPK-BGB/Seichter, 8. Aufl. 2017, § 286 Rn. 5. Darüber hinaus – unter Anlehnung an die Theorie der realen Leistungsbewirkung – auch für die generelle Erfüllbarkeit von Unterlassungsansprüchen aller Art plädierend Fritzsche, Unterlassungsanspruch, 2000, S. 359ff., 367.

656 Ähnlich NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 67; Stürner, JZ 1976, 384, 385ff. MüKo-BGB/Baldus, 7. Aufl. 2017, § 1004 Rn. 293 a.E. rechnet dem Unterlassungsanspruch aus § 1004 I 2 BGB einen „Charakter [...] als Sonderverbindung“ zu. Das zeigt erneut die strukturelle Ähnlichkeit zwischen Nebenpflichten und Jedermannspflichten. Schließlich wird der Begriff „Sonderverbindung“ als Synonym für ein Schuldverhältnis verwendet, aus dem Nebenpflichten erwachsen können.

657 So auch AG Marbach, Urt. v. 15.10.1987 – 1 C 401/87, Rn. 21 („Die Gefahr der Popularklage besteht nicht. Klagebefugt, weil anspruchsberechtigt, ist nur derjenige Inhaber eines subjektiven Rechts bzw. derjenige Rechtsgutträger, der selbst unmittelbar konkret gefährdet ist.“). Ob die Pflichten einforder- und erfüllbar sind, ist dabei eher ein akademisches Problem.

X. Verjährung

Während die Verjährung früher ein häufig genannter Unterschied zwischen der Haftung aus Schuldverhältnis und der Haftung aus Jedermannsrecht war,⁶⁵⁸ so wurde die Verjährungsfrist der §§ 823ff. BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform derjenigen der schuldverhältnisbedingten Ansprüche in den §§ 195, 199 BGB weitgehend angepasst.⁶⁵⁹ Ein nennenswerter Unterschied, der es rechtfertigen könnte Nebenpflichten unter diesem Aspekt anzunehmen⁶⁶⁰, ist in diesem Bereich nicht auszumachen.

XI. Rechtsfolgen eines Ersatzanspruchs

Nach geltender Rechtslage⁶⁶¹ richtet sich die Rechtsfolge sowohl für einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB als auch für einen Schadensersatzanspruch aus dem Jedermannsrecht uneingeschränkt nach den §§ 249ff. BGB (Grundsatz der

658 Vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 66 a.E.; von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 313, 315ff.; von Bar, JuS 1982, 637, 640; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 660; Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778; Leible, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 221; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 491f.; Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1670f.; Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 205 („Brennpunkt der Abstimmungsprobleme“)

659 MüKo-BGB/Grothe, 7. Aufl. 2015, § 195 Rn. 2; Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 158); Leible, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 227; Schmidt-Räntsch, Schuldrecht, 2002, S. 15ff.; schon zur alten Rechtslage skeptisch gegenüber einer Überbetonung der Unterschiede im Verjährungsrecht Schur, Leistung, 2001, S. 210. Auch die eigenständige Verjährungsregel des § 68 StBerG a.F. wurde beispielsweise 2004 zugunsten der einheitlichen Verjährung von Haftungsansprüchen nach den §§ 195ff. BGB aufgehoben, MüKo-BGB/Heermann, 7. Aufl. 2018, § 675 Rn. 44; Meixner/Schröder, Anm. zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, DStR 2015, 848; D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 25ff.; Zugehör, WM 2010, SBeil. 1, S. 24ff. Zur damaligen Problemlage instruktiv Schlechtriem, VersR 1973, 581, 583f.

660 Zwar ist sowohl umstritten, ob sich die wegen des Fristbeginns kürzere, kaufrechtliche Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB bei einem „Weiterfresserschaden“ auch auf einen Anspruch aus § 823 I BGB erstrecken sollte, als auch, ob § 438 I Nr. 3 BGB auf Ansprüche aus Nebenpflichtverletzungen nach §§ 280 I, 241 II BGB Anwendung finden soll, hierzu Teichmann/Weidmann, FS Hadding, 2004, S. 287, 303f.; Wagner, Schuldrecht, 2003, S. 203, 208ff.; MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 438 Rn. 5, 9f. Das eine betrifft jedoch einen Vorteil des Jedermannsrechts gegenüber dem Schuldverhältnisrecht und das andere eine Konkurrenzproblematik innerhalb des Kaufrechts. Weder das eine noch das andere betrifft eine Haftungslücke im Jedermannsrecht, die sich mit einer Nebenpflicht füllen ließe.

661 Entfallen ist ein früherer, großer Unterschied zwischen Schuldverhältnis- und Deliktsrecht: Immaterieller Schadensersatz (§ 253 II BGB), der vor der Schadensrechtsreform in § 847 a.F. BGB dem Deliktsrecht vorbehalten war –, kann nun in beiden Rechtsgebieten geltend gemacht, Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 158); Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 42f.

Naturalrestitution nach § 249 I BGB). Insoweit ist also kein Unterschied auszumachen. Die Verletzung von Pflichten, welche sowohl im Schuldverhältnis- als auch im Jedermannsrecht (inhaltsgleich) existieren, zieht damit nach allen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen identische Rechtsfolgen nach sich.

XII. Zwischenergebnis: Materiell-rechtliche Annäherung von Neben- und Verkehrspflicht

Im materiell-rechtlichen Querschnitt wird deutlich, dass sich das Jedermannsrecht in seiner Haftungsintensität der Haftung aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung deutlich – und zwar mehr als im rechtswissenschaftlichen Diskurs erkennbar – angenähert hat. Nebenpflichten sind daher häufig gar nicht mehr notwendig, um ein bestimmtes, haftungsrechtliches Ergebnis zu erreichen. Haftungsvorteile des Schuldverhältnisrechts verbleiben vor allem im Bereich des Schutzes vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten.

C. Umgang mit schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten im Verfahrens- und Kollisionsrecht

Nachdem die materiell-rechtlichen Unterschiede zwischen schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten beleuchtet wurden, soll der Umgang mit diesen Pflichten im Verfahrens- und Kollisionsrecht untersucht werden.

I. Zivilprozessrecht – Örtlicher Gerichtsstand

1. Schuldverhältnisrecht

Sofern kein ausschließlicher Gerichtsstand einschlägig ist, besteht für alle Klagen gegen eine Person der allgemeine Gerichtsstand des § 12 ZPO.⁶⁶² Voraussetzung für die klageweise Durchsetzung einer Pflicht ist stets deren Klagbar-

662 Dieser ist für eine natürliche Person nach § 13 ZPO der Wohnsitz. Für juristische Personen ist dies gem. § 17 I ZPO der (Verwaltungs-)Sitz.

keit. Die Klagbarkeit einer Nebenpflicht an sich ist zwar umstritten.⁶⁶³ Mit der mittlerweile wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur ist die Klagbarkeit von Nebenpflichten aber zumindest nicht mehr kategorisch ausgeschlossen, sodass § 12 ZPO auch hierfür in Betracht kommt.⁶⁶⁴ Es ist zudem fraglich, ob der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) auf die gerichtliche Durchsetzung von Nebenpflichten anwendbar ist. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit bei der Einführung des § 241 II BGB erwähnt, die Frage aber bewusst offen gelassen.⁶⁶⁵ In der Literatur wird die Frage selten problematisiert, die Anwendbarkeit von § 29 ZPO auf Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB wird jedoch sowohl für vertragliche als auch für vorvertragliche Schuldverhältnisse bejaht⁶⁶⁶. Ein „Vertragsverhältnis“ setzt dabei nach dem Verständnis des BGH „[eine] auf eine Verpflichtung gerichtete[...] Vereinbarung[...]“ voraus, gesetzliche Schuldverhältnisse fallen ausdrücklich „nicht darunter“.⁶⁶⁷

Beispiel 27 Ein Schädiger schuldet aus §§ 823 I, 249 I BGB Schadensersatz für die Beschädigung eines Wollmantels des Geschädigten („Wollmantelfall“). Während der Übergabe des Geldes in der Wohnung des Geschädigten nutzt der Schädiger eine sich ihm bietende Gelegenheit und entwendet einen Füllfederhalter des Geschädigten. Damit verletzt er eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB aus dem deliktisch begründeten Schuldverhältnis nach §§ 823 I, 249 I BGB.

Für den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB mit dem deliktischen Schuldverhältnis als Grundlage ist kein Gerichtsstand nach § 29 ZPO eröffnet. Anders als § 241 BGB trennt die ZPO demnach strikter zwischen rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen.

663 S.o., S. 152f.

664 Vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 202 (Fn. 99) („unter Umständen“).

665 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126 („Für die Zuständigkeit nach § 29 ZPO soll keine Festlegung getroffen werden.“).

666 HK-ZPO/Bendtsen, 7. Aufl. 2017, § 29 Rn. 3; Benedict, Internationales Recht, 2013, S. 19, 21f. m.w.N.; Musielak/Voit/Heinrich, 15. Aufl. 2018, § 29 Rn. 4; Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 839 („wenigstens analog“); Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 3, 8, 11; Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1672f.

667 BGH, Urt. v. 28.2.1996 – XII ZR 181/ 93, Rn. 13 (BGHZ 132, 105, 109f.).

Mit Blick auf die Ansicht des BGH ist es auch – wenig überzeugend – umstritten, ob ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* auch dann § 29 ZPO unterfällt, wenn der Vertrag nicht zustande kommt.⁶⁶⁸ Das einzige Schuldverhältnis, welches für § 29 ZPO in Frage kommt, ist schließlich im Kern gesetzlicher Natur. Weil es aber in einem engen Sachzusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Einigung steht – und nicht zuletzt die amtliche Überschrift des § 311 BGB das rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnis der *culpa in contrahendo* terminologisch in die Nähe eines Rechtsgeschäfts rückt –, wird die Anwendung von § 29 ZPO auch in einem solchen Fall befürwortet.⁶⁶⁹ In der Folge ist bei rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen nach § 29 I ZPO ein besonderer Gerichtsstand am gesetzlichen Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung eröffnet. Was genau das bei Nebenpflichten bedeutet, ist unklar.⁶⁷⁰ Wohl überwiegend wird dabei eine akzessorische Anknüpfung an die primäre – im Falle der *culpa in contrahendo*, spätere – Leistungspflicht vertreten.⁶⁷¹ Das ist aber nur bei Nebenleistungspflichten, nicht bei den hier besprochenen Nebenpflichten überzeugend.⁶⁷² Wie oben angedeutet, lässt sich die Erfüllbarkeit von Nebenpflichten durchaus bejahen.⁶⁷³ Damit muss sich auch ein Erfüllungsort bestimmen lassen, der unabhängig von den Leistungspflichten ist.⁶⁷⁴ Sinnvollerweise ist der Erfüllungsort von Nebenpflichten an dem Ort, an welchem die Integrität des Gläubigers beeinträchtigt zu werden droht.⁶⁷⁵

668 Vgl. Musielak/Voit/Heinrich, 15. Aufl. 2018, § 29 Rn. 4 m.w.N.

669 Instruktiv OLG München, Urt. v. 30.11.1979 – 19 U 3044/79, Rn. 15ff.

670 Explizit auch BayObLG, Beschl. v. 24.5.2002 – 1Z AR 52/02, Rn. 11; *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 30f.

671 So OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.6.2017 – 17 U 144/16, Rn. 44; OLG München, Urt. v. 30.1.2009 – 25 U 3097/07, Rn. 26 („Soweit die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten im Raum steht, wären diese vor Unterzeichnung der Anlage in Deutschland vorzunehmen gewesen. [...] Bei Ansprüchen aus vorvertraglichen Verschulden handelt es sich jedoch um Aufklärungspflichten und insoweit um Nebenpflichten, die die Zuständigkeit der Hauptsache teilen. [...] Soweit bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo auf den Verhandlungsort abgestellt wird [...], kann dem nicht gefolgt werden, da dies zur Zersplitterung der Gerichtsstände wegen einzelner aus einem Vertrag hergeleiteter Ansprüche führen würde. Als Erfüllungsort im Sinne von § 29 ZPO ist der vertragliche Leistungsort anzusehen.“); HK-ZPO/Bendtsen, 7. Aufl. 2017, § 29 Rn. 6; Musielak/Voit/Heinrich, 15. Aufl. 2018, § 29 Rn. 4, 28, 33; Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 3, 70.

672 So auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 560.

673 S.o., S. 149ff.

674 Dies ebenfalls andeutend MüKo-BGB/Krüger, 7. Aufl. 2016, § 269 Rn. 43.

675 Ähnlich Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 560 a.E.

2. Jedermannsrecht

Für Ansprüche aus Deliktsrecht greift der besondere⁶⁷⁶ Gerichtsstand der unerlaubten Handlung aus § 32 ZPO. Hiernach ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die (deliktische) Handlung begangen ist.⁶⁷⁷ Der besondere Gerichtsstand des § 32 ZPO kann dabei neben § 29 ZPO bestehen, wenn die vertragliche Streitigkeit zugleich als deliktisch qualifiziert werden kann.⁶⁷⁸ Das ist im Bereich der Nebenpflichtverletzungen häufig der Fall. Wegen der Wirkung des im Jahr 1991 eingefügten § 17 II 1 GVG hat der BGH zudem entschieden, dass am deliktischen Gerichtsstand auch schuldverhältnisrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können, wenn mit der Klage ein einheitlicher prozessualer Anspruch geltend gemacht wird.⁶⁷⁹ Von dem Grundsatz, dass sich eine Gerichtszuständigkeit nicht aus dem Sachzusammenhang ableiten lässt⁶⁸⁰, macht der BGH für § 32 ZPO damit offenbar eine Ausnahme.⁶⁸¹ Im Kontext des hier interessierenden Zusammenspiels von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten ließe sich hieraus folgern, dass ein schuldverhältnisrechtlicher Anspruch keine zwingende Eigendynamik aufweist, wenn er mit einem identischen Anspruch aus dem Deliktsrecht konkurriert.

676 Mangels Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstands greift zudem der allgemeine Gerichtsstand des § 12 ZPO.

677 Der Begehungsort liegt dabei für den Kläger wahlweise am Handlungs- oder am Erfolgsort, näher Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 20; zur Schwierigkeit den Tatort bei der Verletzung vermögensschützender Nebenpflichten zu bestimmen *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 30f.

678 Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 18.

679 BGH, Beschl. v. 10.12.2002 – X ARZ 208/02, Rn. 8ff. (BGHZ 153, 173, 175ff.); vorher wurde dies von der Rechtsprechung abgelehnt, vgl. *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1672f.

680 Dieser Grundsatz gilt im Bereich des § 29 ZPO von § 17 II 1 GVG ungebrochen fort, sodass ein über einen konkurrierenden, deliktischen Anspruch nicht nach § 29 ZPO „mitentschieden“ werden dürfte, vgl. Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 22 (Fn. 57). Gegen diesen Grundsatz wendet sich die h.L., vgl. nur Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 19 (Fn. 38) m.w.N.

681 So auch Müko-ZPO/Patzina, 5. Aufl. 2016, § 32 Rn. 19 a.E.

3. Zwischenergebnis: Zivilprozessual sind Nebenpflichten eher deliktisch einzuordnen

Im Zivilprozessrecht fällt auf, dass sich Nebenpflichten nur mit großer Mühe in einen vertraglichen Gerichtsstand einfügen lassen. Zudem lässt sich aus der Handhabung des deliktischen Gerichtsstands durch die Rechtsprechung folgern, dass die Haftung aus Nebenpflichtverletzung im Hinblick auf den Gerichtsstand in einer das gleiche Verhalten sanktionierenden, deliktischen Haftung aufgehen kann. Das legt eine inhaltliche Determinierung der Dogmatik schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten durch das Deliktsrecht nahe.

II. Internationales Privat- und Verfahrensrecht

1. Recht der internationalen Zuständigkeit

a) Schuldverhältnisrecht

Das Recht der internationalen Zuständigkeit in der europäischen Union wird seit 2015 von der Brüssel Ia-VO geregelt. Nach Art. 7 Nr. 1 a) Brüssel Ia-VO ist dabei das Gericht des Erfüllungsortes der betroffenen Pflicht für zuständig, wenn es sich um Ansprüche aus einem Vertrag handelt.⁶⁸² Vertragliche Nebenpflichten wurden dabei der insoweit identischen Vorgängernorm Art. 5 Nr. 1 Brüssel I-VO zugeordnet.⁶⁸³ Ein Vertragsschluss ist laut EuGH nicht zwingend Voraussetzung dafür, dass die Norm zur Anwendung kommt – sodass Ansprüche aus *culpa in contrahendo* prinzipiell in Betracht kommen⁶⁸⁴ – wohl aber, „*dass eine von einer Person gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene rechtliche Verpflichtung*“

682 Der EuGH hat dabei entschieden, dass der Begriff des „*Vertrags*“ autonom auszulegen ist, und nicht nach dem jeweiligen, womöglich differierenden mitgliedstaatlichem Verständnis, EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – 189/87, Rn. 15f.; EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – C-334/00, Rn. 19f.; EuGH, Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13, Rn. 37. Eine Anknüpfung an den Vertrag – und nicht an ein Delikt – liegt nach EuGH, Urt. v. 13.3.2014 – C-548/12, Rn. 25 dann vor, „*wenn eine Auslegung des Vertrags zwischen dem Beklagten und dem Kläger unerlässlich erscheint, um zu klären, ob das dem Beklagten vom Kläger vorgeworfene Verhalten rechtmäßig oder vielmehr widerrechtlich ist*“, zustimmend *Wendenburg/Schneider*, NJW 2014, 1633, 1635. Insbesondere das nur im deutschen Recht derart weite Verständnis von „Schuldverhältnis“ konnte deshalb den Vertragsbegriff auf europäischer Ebene nicht entscheidend beeinflussen.

683 *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 405.

684 Dafür *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 128.

„*tung bestimmt werden kann*“.⁶⁸⁵ Letzteres ist indes bei Nebenpflichten aus einem rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis problematisch. Diese beruhen schließlich nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung. Der EuGH hat die Anwendung des Vertragsgerichtsstands auf einen Anspruch aus *culpa in contrahendo* wegen des treuwidrigen Abbruchs von Vertragsverhandlungen deshalb auch verneint.⁶⁸⁶ Der „*Verstoß gegen Rechtsvorschriften [...], namentlich diejenige, wonach die Parteien bei Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben handeln müssen*“, sei schließlich „*nicht vertraglicher Natur*“.⁶⁸⁷ Der EuGH spricht sich also dafür aus, dass gesetzliche Pflichten wie das Gebot von Treu und Glauben nicht vertraglicher Natur sind. Nebenpflichten hatten ursprünglich ihre dogmatische Wurzel in § 242 BGB. Zwar sind sie mittlerweile in § 241 II BGB geregelt, dennoch sind sie nach herrschendem Verständnis gesetzlichen Ursprungs und nicht Ausfluss des Parteiwillens.⁶⁸⁸ Damit lässt sich vertreten, dass Nebenpflichten insgesamt – also unabhängig davon, ob sie aus einem vorvertraglichen oder einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis heraus geltend gemacht werden – nicht vom Vertragsbegriff der Brüssel Ia-VO umfasst sind.⁶⁸⁹ Die Lite-

685 EuGH, Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13, Rn. 39; *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 129; *Palandt/Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 1 Rn. 3.

686 EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – C-334/00, Rn. 25f.

687 EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – C-334/00, Rn. 25f.; eindeutig auch *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 237 („*Systematisierung [...] als (Quasi-)Vertragsrecht [...] nicht europafähig*“); *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 232 („*vertragliche Qualifikation bei Vertragsanbahnung begangener Delikte [...] nicht europafähig*“); näher *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 26ff.

688 *Bälz*, FS Picker, 2010, S. 39, 47; *Canaris*, JZ 1965, 475, 479f.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538; *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 36, 38; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 140; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 116, 325; *Faust*, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 162; *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 164; *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 283f.; *Hadding*, FS Schlick, 2015, S. 153, 155, 161; *U. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 865f.; *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 586; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 381f.; *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 20; *Kuhlmann*, Schutzpflichten, 2001, S. 159f.; *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 324; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 395, 398; *Schlechtriem*, FS Medicus, 1999, S. 529, 539ff.; *AK-BGB/Teubner*, 1980, § 242 Rn. 56; a.A. für nachvertragliche Pflichten *Bodewig*, Jura 2005, 505, 508. Nachvertragliche Pflichten haben aber im Regelfall einen Leistungsbezug und sind deshalb häufig gar keine Nebenpflichten, vgl. *Teichmann*, JA 1984, 709, 712. Aus ökonomischer Perspektive für einen mit dem deliktsrechtlichen Integritätsschutz identischen Haftungsgrund plädierend *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 249.

689 *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 20 a.E.; *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 432ff.; *Palandt/Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 1 Rn. 3 („*bleibt abzuwarten*“, ob der EuGH seine Rechtsprechung „*angesichts der Entwicklung im IPR aufgibt*“ und mit der Bereichsaus-

ratur befürwortet eine Differenzierung: Handelt es sich um Nebenpflichten, welche vermögenswerte Interessen des Schuldners betreffen (insbesondere Aufklärungs- oder Beratungspflichten), sollen Ansprüche aus ihrer Verletzung vertraglich qualifiziert werden. Lediglich Ansprüche aus der Beeinträchtigung bereits absolut geschützter Rechtsgüter sollen mit dem EuGH als außervertraglich eingeordnet werden.⁶⁹⁰ Auf Basis einer Entscheidung des EuGH, die eine Annexkompetenz des Deliktsgerichtsstands für vertragliche Ansprüche verneint hat⁶⁹¹, wird auch eine Annexkompetenz des Vertragsgerichtsstands für deliktische Ansprüche für unwahrscheinlich gehalten.⁶⁹²

b) Jedermannsrecht

Nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO ist für unerlaubte Handlungen – und alles, was ihnen gleichgestellt ist – das Gericht des Ortes international zuständig, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Der Kläger kann dabei wählen, ob er an den Ort des Handlungs- oder des Erfolgsunrechts anknüpft.⁶⁹³ Als unerlaubte Handlung wird dabei vom EuGH jede Schadenshaftung

nahme des Art. 1 II i) Rom I-VO für die culpa in contrahendo im internationalen Verfahrensrecht gleichzieht); vgl. bereits *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 107 („deliktsrechtliche Sichtweise“ angemessen); interessant aber auch der wohl gegenläufige Gedanke von *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 131f., der mit einem „ökonomischen Vertragsbegriff“ auch auf (dispositivem) Gesetzesrecht beruhende Pflichten als vertraglich klassifizieren will, wenn sie „eine vertragsergänzende Funktion“ haben.

690 HK-ZPO/Dörner, 7. Aufl. 2017, EUGVVO Art. 7 Rn. 10; Müko-ZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, EuGVO Art. 5 Rn. 11, 64 m.w.N.; *Mankowski*, IPRax 2003, 127, 134f.; *Musielak/Voit/Stadler*, 15. Aufl. 2018, EUGVVO nF Art. 7 Rn. 3.

691 EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – 189/87, Rn. 19f.

692 Müko-ZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, EuGVO Art. 5 Rn. 13; *Musielak/Voit/Stadler*, 15. Aufl. 2018, EUGVVO nF Art. 7 Rn. 5 m.w.N. Dem EuGH lag bis vor kurzem ein Fall zur Entscheidung vor, in welchem ihm vom Handelsgericht Wien genau diese Frage gestellt wurde. Mittlerweile hat der EuGH zwar entschieden, die Frage der Annexkompetenz des Vertragsgerichtsstands aber offen lassen können, weil es nach dem Befund des Gerichts an einer vertraglichen Verpflichtung im Fall gänzlich mangelte, vgl. EuGH, Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13, Rn. 40f.; auch EuGH, Urt. v. 13.3.2014 – C-548/12, Rn. 20ff. musste diese Frage – aus anderen Gründen – nicht entscheiden, näher *Baumert*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 13.3.2014 – C-548/12, EWIR 2014, 435, 436; *Sujecki*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 13.4.2014 – C-548/12, EuZW 2014, 384, 385.

693 HK-ZPO/Dörner, 7. Aufl. 2017, EUGVVO Art. 7 Rn. 32. Der Erfolgsort ist dabei nicht zwingend gleichzusetzen mit dem Ort eines Schadenseintritts, vgl. Müko-ZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, EuGVO Art. 5 Rn. 71.

qualifiziert, die sich nicht vertraglich einordnen lässt.⁶⁹⁴ Insbesondere die im deutschen Recht als dritte Spur zwischen Vertrags- und Deliktsrecht umschriebene Schiene – also die Haftung aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung – wird dabei mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH als unerlaubte Handlung zu qualifizieren sein, wenn sie sich nicht auf ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis stützen lässt.⁶⁹⁵ Anders als der BGH im Bereich von § 32 ZPO lehnt der EuGH es ab, die internationale Zuständigkeit bei einem Delikt auch auf damit zusammenhängende, nichtdeliktische Ansprüche zu erstrecken, weil jede Ausnahme von der Wohnsitzzuständigkeit im europäischen Kontext einschränkend auszulegen sei.⁶⁹⁶

- c) Zwischenergebnis: Vertragsbegriff des internationalen Verfahrensrechts ordnet Nebenpflichten eher deliktisch ein

Weil der Vertragsbegriff im internationalen Verfahrensrecht deutlich enger ist als das deutsche Verständnis von Schuldverhältnis, werden Nebenpflichten – insbesondere außerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse – zum Teil als rein deliktisch eingestuft. Auch innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse bestehen gewisse Zweifel, ob die Haftung aus Nebenpflichtverletzung unter den Vertragsbegriff der Brüssel Ia-VO fällt. Damit wird eine Tendenz der internationalen Rechtsgemeinschaft deutlich, Nebenpflichten zum reinen Integritätsschutz als inhaltliche Domäne des Jedermannsrechts einzustufen.

2. Internationales Privatrecht

a) Schuldverhältnisrecht

Im Kollisionsrecht werden im europäischen Raum vertragliche Schuldverhältnisse mittlerweile⁶⁹⁷ von der Rom I-VO erfasst. Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, bestimmt Art. 4 II Rom I-VO das anzuwendende Recht primär nach dem gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Person, welche die für den

694 EuGH, Urt. v. 17.9.2002 – C-334/00, Rn. 21; EuGH, Urt. v. 28.1.2015 – C-375/13, Rn. 44.

695 Ähnlich auch Miko-ZPO/Gottwald, 5. Aufl. 2017, EuGVO Art. 5 Rn. 64.

696 EuGH, Urt. v. 27.9.1988 – 189/87, Rn. 19f.

697 Zum Meinungsbild im EGBGB detailliert *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 31ff. m.w.N.

Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat.⁶⁹⁸ Nach Art. 12 I c) Rom I-VO erfasst das Vertragsstatut grundsätzlich auch die Folgen und Voraussetzungen einer Vertragsverletzung. Ob aber auch Nebenpflichten⁶⁹⁹ darunter fallen, ist ungeklärt: So wird der Integritätsschutz in einem vertraglichen Schuldverhältnis zum Teil vertraglich⁷⁰⁰ und zum Teil deliktisch⁷⁰¹ qualifiziert. Ursprung dieses Problems ist, dass integritätsschützende Nebenpflichten zwar nach deutschem Verständnis Teil eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis sein können, die autonome Auslegung des Vertragsbegriffs diese Besonderheit aber nicht berücksichtigen muss. Aus diesem Grund erscheint es überzeugend, Nebenpflichten grundsätzlich deliktisch zu qualifizieren.⁷⁰² Im Einzelfall kann die vertragliche Nebenpflicht dann gem. Art. 4 III 2 Rom II-VO nämlich immer noch unter das Vertragsstatut fallen, wenn zwischen dem Vertrag und der unerlaubten Handlung eine enge Verbindung besteht.⁷⁰³

Für die *culpa in contrahendo* findet sich in der Rom II-VO mit Art. 12 eine eigene Regelung.⁷⁰⁴ Nach Art. 12 I Rom II-VO ist für das anzuwendende Recht das angestrebte Rechtsgeschäft in den Blick zu nehmen. Dasjenige Recht, welches auf den zu schließenden Vertrag anwendbar gewesen wäre, ist dann auch auf für die *culpa in contrahendo* maßgeblich. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob das vertragliche Schuldverhältnis tatsächlich zustande kommt.⁷⁰⁵ Die Regelung für

698 Die vorrangig anzuwendenden Regelungen zu einzelnen Vertragstypen bauen auf dieses Prinzip auf, vgl. beispielsweise Art 4 I a), b) Rom I-VO, näher Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 4 Rn. 4ff.

699 Nebenleistungspflichten unterfallen hingegen nach allgemeiner Meinung dem Vertragsstatut, MüKo-BGB/*Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 54.

700 So Staudinger/*Magnus*, Neubearbeitung 2016, Rom I-VO Art. 12 Rn. 33; Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 7 (für die „positive Vertragsverletzung“).

701 So MüKo-BGB/*Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 75; Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 5 (für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter); vgl. auch *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 232.

702 Dafür auch *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 109; *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 237.

703 So auch MüKo-BGB/*Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 55; von einer solchen Möglichkeit hat jüngst auch der EuGH im internationalen Verfahrensrecht Gebrauch gemacht, näher EuGH, Urt. v. 13.3.2014 – C-548/12, Rn. 20ff.; zustimmend *Wendenburg/Schneider*, NJW 2014, 1633, 1635.

704 Von der Rom I-VO sind Ansprüche aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen explizit nicht erfasst, vgl. Art. 1 II i) Rom I-VO; Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 1 Rn. 15.

705 Der EU-Gesetzgeber hat den Abbruch der Vertragsverhandlungen als Fallgruppe ausdrücklich von Art. 12 Rom II-VO erfasst gesehen, vgl. Erwägungsgrund Nr. 30 S. 2 Rom II-VO.

die *culpa in contrahendo* findet sich indes in der Rom II-VO, welche – im Gegensatz zur Rom I-VO – die Einordnung der Ansprüche aus dem Jedermannsrecht leistet. Im Tatbestand wird die *culpa in contrahendo* also deliktisch eingeordnet⁷⁰⁶, in der Rechtsfolge hingegen vertraglich.⁷⁰⁷ Damit ist bezüglich der dogmatischen Einordnung der *culpa in contrahendo* im europäischen Kontext eine zweideutige Aussage getroffen worden.⁷⁰⁸

Über die Sonderregelung des Art. 12 I Rom II-VO richten sich Ansprüche aus *culpa in contrahendo* zwar grundsätzlich nach dem Vertragsstatut – und somit eben nicht nach den für das Jedermannsrecht geltenden Regeln. Insbesondere die Verletzung von „*Offenlegungspflichten*“ sowie der „*Abbruch von Vertragsverhandlungen*“⁷⁰⁹ sollen nach Auffassung des EU-Gesetzgebers von der Norm erfasst sein.⁷¹⁰ Interessant ist aber, dass der EU-Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen hat, dass diejenigen Ansprüche aus *culpa in contrahendo*, welche sich auf den Ersatz von Personenschäden richten, nicht nach Art. 12 Rom II-VO, sondern nach der allgemeinen deliktsrechtlichen Regel des Art. 4 Rom II-VO qualifiziert werden sollen.⁷¹¹ Insbesondere der Bereich der

706 Vgl. *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 237; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 232 („*vertragliche Qualifikation bei Vertragsanbahnung begangener Delikte [...] nicht europafähig*“); dafür bereits *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 109.

707 Vgl. *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 259.

708 *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 233f. sah dies bereits vor Erlass der VO als „*Gefahr*“, weil der deutschen Rechtswissenschaft bislang „*keine dogmatisch überzeugende Aufschlüsselung der von der cic erfassten und sehr heterogenen Fallgruppen*“ gelungen war; näher zu den Folgen dieses „*perplexe[n] Rätsel[s]*“ *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 38f.

709 Im internationalen Privatrecht wird damit mit Billigung des EU-Gesetzgebers genau umgekehrt verfahren, wie der EuGH im internationalen Verfahrensrecht entschieden hat, s.o., S. 168f.

710 Erwägungsgrund Nr. 30 S. 2 Rom II-VO. Neben diesen beiden Fallgruppen wird von der h.M. auch die Eigenhaftung Dritter im Rahmen von Vertragsverhandlungen nach §§ 280 I, 311 III, 241 II BGB in den Anwendungsbereich miteinbezogen, obgleich hier die subsidiäre, deliktische Anknüpfung nach Art. 12 II a) Rom II-VO befürwortet wird, MüKo-BGB/*Junker*, 7. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 12 Rn. 14ff.; Palandt/*Thorn*, 77. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 12 Rn. 2.

711 Erwägungsgrund Nr. 30 S. 4 Rom II-VO. Der EU-Gesetzgeber sieht in diesen Fällen also keinerlei vertraglichen Einschlag, der es rechtfertigen könnte, an das Vertragsstatut anzuknüpfen. Er fordert in der Gesetzesbegründung einen „*unmittelbare[n] Zusammenhang mit den Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrags*“, Erwägungsgrund Nr. 30 S. 3 Rom II-VO. Folgerichtig müssten daher auch Ansprüche aus dem vorvertraglichen Bereich, welche auf den Ersatz von Sachschäden gerichtet sind, von Art. 12 Rom II-VO ausgenommen sein, zutreffend MüKo-BGB/*Junker*, 7. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 12 Rn. 34; Palandt/*Thorn*,

Verkehrssicherungspflichten ist deshalb insgesamt deliktisch zu qualifizieren, unabhängig davon, ob das zugrundeliegende Schuldverhältnis vorvertraglich, vertraglich oder gesetzlich ist.⁷¹² Die Qualifizierung darf schließlich nicht vom zufälligen Zeitpunkt der Integritätsverletzung abhängen.

b) Jedermannsrecht

Ansprüche aus dem Jedermannsrecht richten sich nach der Rom II-VO. Dabei umfasst die Rom II-VO nach Art. 2 I Rom II-VO insbesondere Ansprüche aus dem Deliktsrecht sowie im Grundsatz auch Ansprüche aus *culpa in contrahendo* (Art. 12 I Rom II-VO). Wie gezeigt ist Art. 12 I Rom II-VO dahingehend auszulegen, dass nur Aufklärungspflichten und sonstige vermögensschützende Pflichten nach dem Vertragsstatut zu qualifizieren sind. Die Verletzung der Integrität absolut geschützter Rechtsgüter ist hingegen einheitlich zu qualifizieren. Auf Basis der deliktischen Qualifizierung von Personenschäden durch den EU-Gesetzgeber ist der Integritätsschutz ohne Vermögensbezug – egal, ob in vorvertraglichen, vertraglichen oder nachvertraglichen Schuldverhältnissen – in Gänze deliktisch zu qualifizieren. Ansprüche aus unerlaubter Handlung sind gem. Art. 4 I Rom II-VO grundsätzlich⁷¹³ nach dem Recht des Ortes zu behandeln, an dem der Schaden eingetreten ist.⁷¹⁴

77. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 12 Rn. 2; dagegen wohl *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, 40. Diese weisen schließlich ebenfalls keine besondere Nähe zum Vertragsschluss auf. Letzter Schritt dieser Gedankenkette wäre es, auch solche Ansprüche vom Vertragsstatut auszuschließen, die zwar auf ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis aufbauen, dabei aber an Nebenpflichtverletzungen anknüpfen, die wiederum Gebote aus dem Jedermannsrecht zum Gegenstand haben, in diese Richtung auch MüKo-BGB/*Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 75.

712 Vgl. MüKo-BGB/*Junker*, 7. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 12 Rn. 33, der insoweit von „*besonders vertragsfernen*“ Pflichten spricht.

713 Für eine Reihe von Deliktstypen – hierunter die Produkthaftung – sieht die Rom II-VO spezielle Regelungen vor, näher MüKo-BGB/*Junker*, 7. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 4 Rn. 78ff.

714 Alleiniger Anknüpfungspunkt ist damit der Erfolgsort, der Ort des Handlungsunrechts ist irrelevant, MüKo-BGB/*Junker*, 7. Aufl. 2018, Rom II-VO Art. 4 Rn. 18.

c) Zwischenergebnis: Tendenz zur deliktischen Qualifizierung von Nebenpflichten im internationalen Privatrecht

Im internationalen Privatrecht besteht eine gewisse Unsicherheit, ob Nebenpflichten auch innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse vertraglich zu klassifizieren sind. Innerhalb vorvertraglicher Schuldverhältnisse sind Nebenpflichten immer dann als deliktisch zu qualifizieren, wenn sie den Schutz körperlicher und sachlicher Integrität bezwecken. Um Wertungswidersprüche innerhalb der Durchgangsstadien von Schuldverhältnissen (vor-, nach- und vertraglich) zu vermeiden, ist daher der Integritätsschutz ohne Vermögensbezug einheitlich deliktisch zu qualifizieren. Auch hier werden Nebenpflichten daher immer dann dem Deliktsrecht zugeordnet, wenn die Dogmatik der verletzten Verhaltensanforderung eigentlich dem Jedermannsrecht entspringt.

3. Zwischenergebnis: Ausserhalb von Vermögensschutz werden Nebenpflichten im Verfahrensrecht deliktisch klassifiziert

Im (internationalen) Privat- und Verfahrensrecht wird deutlich, dass Nebenpflichten im Querschnitt häufig deliktische Aufgaben wahrnehmen und die Haftung aus der Verletzung von Nebenpflichten in der Folge im internationalen Kontext auch als deliktisch eingestuft wird. Lediglich der Schutz vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten lässt sich ohne größere Probleme in einen „vertraglichen“ Kontext setzen.

D. Ergebnis: Nebenpflichten dem Jedermannsrecht überraschend ähnlich

Die Haftungsordnung des Jedermannsrechts ist dem Schuldverhältnisrecht im sachlichen Kontext der Nebenpflichten sowohl in der Dogmatik als auch im Ergebnis deutlich näher als oftmals angenommen. Zudem fällt auf, dass Nebenpflichten – nicht nur im internationalen Kontext – häufig inhaltlich von Haftungserwägungen geprägt sind, welche inhaltlich dem Jedermannsrecht entspringen. Soweit es nicht um Vermögensschäden geht, sind insbesondere die vermeintlichen Vorteile des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht im Hinblick auf die Beweislastverteilung und die Haftung für das Verhalten Dritter in der Rechtsanwendung derart geschrumpft, dass sich die Annahme von Nebenpflichten häufig nicht mehr auf den Gedanken etwaiger Haftungs Vorteile

des Schuldverhältnisrechts stützen lässt.⁷¹⁵ Obschon auch im Hinblick auf den Schutz vermögenswerter Interessen im Jedermannsrecht mit der zunehmenden Anzahl von Schutzgesetzen, der Flexibilisierung der Verkehrspflichten sowie des Ausbaus sonstiger Rechte im Sinne von § 823 I BGB eine Annäherung an das Schuldverhältnisrecht zu beobachten ist, verbleiben hier jedoch noch deutliche Haftungsvorteile des Schuldverhältnisrechts. Insgesamt ist die Annahme von Nebenpflichten außerhalb des Schutzes vermögenswerter Interessen daher – entgegen häufig verbreiteten Irrglaubens – häufig gar nicht (mehr) nötig, um ein bestimmtes haftungsrechtliches Ergebnis herbeizuführen. Inwieweit der Befund, dass der Ausgleich haftungsrechtlicher Nachteile des Jedermannsrechts die Annahme von Nebenpflichten wegen einer faktischen Angleichung beider Haftungsbereiche in weiten Teilen nicht mehr stützen kann, die Funktion von § 241 II BGB zu beeinflussen vermag, wird im folgenden Kapitel zu untersuchen sein.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



715 Vgl. zur culpa in contrahendo bereits vor über 40 Jahren Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 291 („Damit versetzt bereits das geltende deutsche Recht die Judikatur in den Stand, die hier einschlägigen Fälle mit Hilfe der Gemeinordnung im Ergebnis befriedigend zu lösen. Vertragsartiger Haftungsgrundsätze bedarf es dazu nicht. Daher kann schon de lege lata auf die außergesetzlichen Haftungstatbestände des geschäftlichen Kontakts, des geschäftlichen Kontakts zugunsten Dritter, der Verkehrseröffnung zu geschäftlichen Zwecken und des sozialen Kontakts bzw. gesetzlichen Schutzverhältnisses verzichtet werden.“).



Kapitel 2. Funktionsanalyse von § 241 II BGB

A. Begründungsbedürftigkeit schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten?

Warum ist die Begründung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten überhaupt erforderlich? Grundsätzlich gilt rechtssystemübergreifend im Privatrecht – zurückgehend auf das römische Recht – die Sentenz *casum sentit dominus*.⁷¹⁶ Damit ist gemeint, dass jeder die Schäden an seinen Rechtsgütern selbst zu tragen hat. Der Gedanke der Haftung für fremde Rechtsgutsbeeinträchtigungen wird hierbei zunächst völlig ausgeklammert. Für eine Abweichung hiervon bedarf es (auch) aus volkswirtschaftlicher Perspektive guter Gründe.⁷¹⁷

I. Allgemeine Handlungsfreiheit

Art. 2 I GG gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit. Aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte entfalten Grundrechte ausnahmsweise auch Wirkung zwischen Privaten, wenn sie über unbestimmte Rechtsbegriffe (Generalklauseln) auf die Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts „ausstrahlen“.⁷¹⁸ § 241 II BGB ist aufgrund seines allgemein als vage angesehenen Wortlauts eine Generalklausel.⁷¹⁹ Damit sind bei der Auslegung und Anwendung von § 241 II BGB die Grundrechte – und damit auch Art. 2 I GG – als allgemeine Werteordnung zu berücksichtigen.⁷²⁰ Nebenpflichten übernehmen innerhalb eines Schuldverhältnisses im Privatrecht die Aufgabe, die Freiheits-

716 *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 1; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1995, S. 35; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 92; *Ott*, *Travemünder Symposium*, 1989, S. 25, 34; *Rödl*, *Gerechtigkeit*, 2015, S. 88 (Fn. 41).

717 *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 184.

718 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), Rn. 24ff. (BVerfGE 7, 198, 204ff.); *Maunz/Dürig/di Fabio*, 82. EL. 2018, Art. 2 Rn. 67.

719 *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 435.

720 Explizit BAG, Urt. v. 16.11.2010 – 9 AZR 573/09, Rn. 36 („Bei der Frage, was die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht im Einzelfall gebietet, ist insbesondere auf die von den Grundrechten zum Ausdruck gebrachte Werteordnung der Verfassung Rücksicht zu nehmen [...].“) (BAGE 136, 156, 162f.); vgl. auch *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 269.

sphären von Gläubiger und Schuldner gegeneinander abzugrenzen.⁷²¹ Schließlich kann die Freiheit des Einen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, korrespondierend zu einer Freiheitsbeschränkung des Anderen führen.⁷²² Sofern die Freiheit des Beeinträchtigten in der konkreten Situation von der Rechtsordnung als höherwertig als die des Handelnden eingestuft wird, kann das Verhalten in einem Schuldverhältnis über eine Nebenpflicht verboten werden. Bei Verletzung der Pflicht steht dem Gläubiger dann grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB zu, der das Verhalten des Schuldners über die Pflicht zum Ausgleich eingetretener Schäden entsprechend sanktioniert. Aus grundrechtlicher Perspektive ist die gerichtliche Feststellung einer haftungsrechtlich bewehrten Verhaltensanforderung mit Blick auf die aus Art. 2 I GG folgende allgemeine Handlungsfreiheit damit begründungsbedürftig.⁷²³ Dies gilt auch und insbesondere für diejenigen Schuldverhältnisse, denen es schon bei der Begründung an einem privatautonomen Willensmoment fehlt.⁷²⁴

Schon die Entstehung eines Schuldverhältnisses beschränkt die allgemeine Handlungsfreiheit eines Schuldners.⁷²⁵ Die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit kann nur darauf beruhen, dass der Schuldner zu etwas verpflichtet wird. Bei Schuldverhältnissen, die bei Begründung wechselseitige oder einseitig den Schuldner belastende Leistungspflichten festlegen, liegt die Beschwerung in der Leistungspflicht. Die Rechtfertigung für die Begrenzung von Art. 2 I GG liegt bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen im Willen des Schuldners.⁷²⁶ Die Auslegung seiner Willenserklärung ergab schließlich, dass er sich privatau-

721 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 170 („Ausgleich zwischen Integritätsschutz und allgemeiner Handlungsfreiheit [...] wichtige Aufgabe der Rechtsordnung“).

722 Plakatativ *Lüsing*, *Schutzpflichten*, 2010, S. 123 („*Freiheit als Nullsummenspiel*“); vgl. auch *Grünewald*, *Garantenpflichten*, 2001, S. 120.

723 *Krebs*, *Sonderverbindungen*, 2000, S. 33f.

724 Ein häufig anzutreffendes Argument gegen einen umfassenden Vermögensschutz durch das Deliktsrecht ist, dass die Schaffung der daraus folgenden Verhaltenspflichten wegen des unabsehbaren Haftungspotentials in zu großem Maße in die allgemeine Handlungsfreiheit der Allgemeinheit eingreifen würde, s. nur *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 36f. Die (gesetzliche) Entstehung eines Schuldverhältnisses nach § 241 I BGB – die ihrerseits begründungsbedürftig ist – kann die Begründung für eine solche Verhaltensanforderung nicht *a maiore ad minus* ersetzen, weil die aus dem Vermögensschutz resultierenden Nebenpflichten nicht als Minus – sondern als *aliud* – im Verhältnis zum Schuldverhältnis (z.B. nach §§ 823 I, 249 I BGB) angesehen werden können.

725 *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 36.

726 Vgl. *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 136f., 140.

tonom dafür entschieden hat, eine bestimmte Leistungspflicht zu übernehmen. Bei gesetzlichen Schuldverhältnissen liegt die Rechtfertigung in der gesetzlichen Anordnung.⁷²⁷ Ob und inwieweit das Schuldverhältnis im weiteren Sinne aber noch Nebenpflichten enthält, ist damit noch nicht geklärt. Hierfür bedarf es – nach der Feststellung eines Schuldverhältnisses – eines zweiten Schrittes. Wird in diesem Schritt eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB für den Schuldner festgestellt, so liegt hierin eine weitere Belastung für ihn.

II. Willkürverbot

Bei der Auslegung und Anwendung von § 241 II BGB durch die Gerichte als Generalklausel ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu beachten.⁷²⁸ Art. 3 I GG verbietet die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Art. 3 I GG postuliert damit ein Willkürverbot. Fremdbestimmtes Recht bedarf wegen dieses Willkürverbots einer folgerichtigen und einheitlich angewendeten Begründung.⁷²⁹ Nebenpflichten wurden als Pflichttypus eines jeden Schuldverhältnisses durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 241 II BGB geregelt. Nebenpflichten werden nicht von den Parteien selbst bestimmt, sondern sind fremdbestimmt.⁷³⁰ Wann also eine Nebenpflicht anzunehmen ist und wann nicht, darf schon aus grundrechtlicher Perspektive nicht unter Zugrundelegung eines unterschiedlichen Maßstabs entschieden werden. Zur Vermeidung von Gleichheitssatzverstößen muss dieser Begründungsmaßstab zudem einheitlich und folgerichtig angewendet werden. Art. 3 I GG gebietet also eine folgerichtig angewendete und einheitliche Begründung jeder Nebenpflicht.

727 Hassemer, *Heteronomie*, 2007, S. 36.

728 S.o., S. 177 (Fn. 718).

729 Hassemer, *Heteronomie*, 2007, S. 29.

730 S.o., S. 169 (Fn. 688).

III. Vertragsfreiheit und Grundsatz der Privatautonomie

Die Privatautonomie schützt als globales Prinzip im BGB die Freiheit, seinem rechtsgeschäftlichen Willen entsprechend zu handeln.⁷³¹ Die Vertragsfreiheit stellt eine spezielle Ausformung der Privatautonomie im rechtsgeschäftlichen Bereich dar⁷³² und deckt sowohl die Abschluss- als auch die Inhaltsfreiheit ab.⁷³³ Umgekehrt verstanden soll die Vertragsfreiheit damit „Schutz vor Fremdbestimmung“ bieten.⁷³⁴ Durch fremdgesetztes Recht wird in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis das aus der Privatautonomie folgende „Autonomieprinzip“ beeinträchtigt.⁷³⁵ Deshalb sind Nebenpflichten aus § 241 II BGB als „Grundfall heteronomer Elemente“⁷³⁶ – also fremdbestimmtes Recht – begründungsbedürftig.⁷³⁷

731 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgschaftsvertrag), Rn. 51 („Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“) (BVerfGE 89, 214, 231); *Ackermann*, FS Schlick, 2015, S. 89, 89f.; *Bydlinski*, Prinzipien, 1996, S. 147f.; *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 208; *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 136; *Lorenz*, Schutz, 1997, S. 15.

732 *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 138; *HKK/Hofer*, 2007, vor § 241 (Vertragsfreiheit) Rn. 4.

733 *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 4f.; *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 138; *Staudinger/Honsell*, Neubearbeitung 2013, Einl zum BGB Rn. 113; *Lorenz*, Schutz, 1997, S. 17; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 49, 52; *J. Schmidt*, FS Lukes, 1989, S. 793, 798; zu weiteren Differenzierungen *Ackermann*, FS Schlick, 2015, S. 89, 90; zur Historie der Vertragsfreiheit als Prinzip des Schuldrechts *HKK/Hofer*, 2007, vor § 241 (Vertragsfreiheit) Rn. 2ff.

734 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgschaftsvertrag), Rn. 54 (BVerfGE 89, 214, 232); *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 487.

735 *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 29; ähnlich auch *Brors*, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 215, 216; *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, 356 (Fn. 38). Wegen der Vorgabe aus § 241 II muss auch ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis (im weiteren Sinne) daher autonome und heteronome Elemente vereinen, *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 34. Laut *Schapp*, JZ 2001, 583, 589 „gewinnt das Prinzip der Vertrauenshaftung jetzt [mit der Schuldrechtsreform von 2002] den Charakter einer zweiten Säule des bürgerlichen Rechts“ und befindet sich nunmehr mit dem Prinzip der „Schuldvertragsfreiheit“ in einem Zustand der „Gleichrangigkeit“. Das würde die Begründungsbedürftigkeit von heteronomem Recht erheblich verringern. Eine derart seismische Veränderung ist den Gesetzgebungsmaterialien indes nicht zu entnehmen. Insoweit *Schapp*, JZ 2001, 583, 584, 587 eine faktische Gleichrangigkeit der Prinzipien befürchtet, ist ihm zuzustimmen. Das bestärkt indes nur in dem Verlangen danach, für heteronomes Recht eine plausible Begründung zu fordern.

736 Begriff von *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 37.

737 *Ackermann*, FS Schlick, 2015, S. 89, 99 weist zutreffend darauf hin, dass „Freiheit ohne Verantwortung kaum denkbar ist“ und deshalb nur mit großer Vorsicht „staatliche Bevormundung“ im Schutzbereich der Privatautonomie betrieben werden darf.

Beispiel 1 Liegt – wie im Deckenplattenfall⁷³⁸ – ein rechtsgeschäftlich begründetes Schuldverhältnis vor, so gibt die Vertragsfreiheit grundsätzlich vor, dass sich die gegenseitigen Pflichten auf den einvernehmlichen Parteiwillen zurückführen lassen müssen⁷³⁹. Über eine Nebenpflicht mit dem Inhalt, die Deckenplatten über der Kasse hinreichend zu sichern, haben sich der Kunde und der Supermarktbetreiber (vertreten durch seine Kassiererin) aber im Rahmen des Kaufvertrags über die Waren auch nicht konkludent geeinigt, sofern man die Aussagekraft konkludenter Willenserklärungen nicht beliebig verwässern will.

Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten lassen sich nicht ohne weltfremde Fiktionen auf einen gemeinsamen Parteiwillen zurückführen.⁷⁴⁰ In einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis macht das Spannungsverhältnis mit der Vertragsfreiheit eine Begründung der Nebenpflichten erforderlich.

IV. Wortlaut des § 241 II BGB

Der Wortlaut des § 241 II BGB weist eine große inhaltliche Unschärfe auf, was in der Literatur vor und nach Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes scharf kritisiert wurde.⁷⁴¹ Aus ihm lassen sich unmittelbar keine subsumtionsfähigen Kriterien für die Reichweite von Nebenpflichten ableiten. Er wird daher zu Recht von der Literatur als Blankettvorschrift eingeordnet.⁷⁴² Ein Blankett benötigt eine nähere dogmatische Ausfüllung, um in der Praxis handhabbar zu sein. Ohne weitere Begründung lässt sich aus einem Blankett schließlich kein

738 S.o., S. 4.

739 Vgl. Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 49 a.E.

740 Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 281ff.

741 Vgl. Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 562f. m.w.N.; letztlich zutreffend aber Faust, Gutachten DJT, 2016, S. 44 („Eine Regelung, die konkreter ist als § 241 Abs. 2 BGB, ist [...] nicht möglich.“), 46 („Inhalt der Schutzpflicht des § 241 Abs. 2 BGB lässt sich gesetzlich nicht konkretisieren“).

742 So Dauner-Lieb, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 313 („bei näherem Hinsehen wenig klar“, „jegliche Konkretisierung [...] fehlt“); HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 109 („Blankettnorm [...], die [...] „jede Konkretisierung vermissen lässt“), 113; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7; Herresthal, GS Unberath, 2015, S. 179, 181; Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 382; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 521f.

rechtsverbindlicher Schluss ziehen. Damit gibt schon der vage Wortlaut dem Rechtsanwender die Aufgabe auf, die generalklauselartigen Formulierungen mit einem theoretischen Fundament zu versehen. Diese Aufgabe lässt sich mit der Begründungsbedürftigkeit von Nebenpflichten gleichsetzen. Zuletzt weist der Wortlaut des § 241 II BGB („*kann [...] verpflichten*“) explizit auf die fakultative Natur der Nebenpflichten hin: Etwas, was nur sein kann, muss nicht immer sein.⁷⁴³ Wann aber keine Nebenpflicht vorliegt, geht aus der Norm nicht hervor. Aus alledem ergibt sich, dass der Wortlaut des § 241 II BGB für die Annahme von Nebenpflichten eine Begründung notwendig macht.⁷⁴⁴ Die hieraus abgeleitete Begründungsbedürftigkeit gilt für alle Schuldverhältnisse gleichermaßen.

V. Nebenpflichten als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung

Nebenpflichten sind ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung.⁷⁴⁵ Daran hat sich auch nach Erlass des § 241 II BGB nichts geändert. Schließlich bleibt der Wortlaut des § 241 II BGB vage. Unmittelbare Entscheidungsmaßstäbe – insbesondere zu Grund und Grenzen der Haftung – sind ihm nicht zu entnehmen.⁷⁴⁶ Lassen sich Entscheidungen aber nicht unmittelbar aus dem Gesetz heraus legitimieren, so müssen die mit der richterlichen Rechtsfortbildung verfolgten Ziele offengelegt werden.⁷⁴⁷ Ansonsten droht unzusammenhängende Billigkeitsrecht-

743 *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 313; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7; *Honsell*, FS *Medicus*, 2009, S. 181, 184 (Fn. 21); *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 340; *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 71; krit. gegenüber dieser Formulierung wegen genau dieses möglichen Schlusses *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 21.

744 *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 21; *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 90 (Fn. 7); *Reischl*, JuS 2003, 40, 45 („Nebenpflichten „*müssen nach wie vor im Einzelnen gesondert begründet werden*“); *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 10 („*in jedem Einzelfall begründungsbedürftig*“).

745 *Horn*, JuS 1995, 377, 387; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 39f.; *Staudinger/Olsen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 213ff. Dabei sah sich die Rechtsprechung bei der Entwicklung der Nebenpflichten kraft ihrer schöpferischen Tätigkeit – insbesondere bei der positiven Forderungsverletzung – als „*verlängerter Arm des Gesetzgebers*“, vgl. aus historischer Perspektive instruktiv *Glöckner*, Richter, 2000, S. 155, 189ff.; zur historischen Entwicklung der richterlichen Rechtsfortbildung insgesamt sowie zu den ehernen Grenzen derselben *Heusinger*, Rechtsfortbildung, 1975, S.53ff., 94ff.

746 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125f.; krit. deshalb *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 313.

747 *Heusinger*, Rechtsfortbildung, 1975, S. 29ff.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 149.

sprechung.⁷⁴⁸ Weil der Wortlaut des § 241 II BGB die Subsumtion nur in so geringem Maße beeinflussen kann⁷⁴⁹, ist eine Diskussion über die mit Nebenpflichten verfolgten Ziele besonders wichtig. Um diesen Diskurs zu ermöglichen, müssen Entscheidungen zu Nebenpflichten transparent und kohärent begründet werden.

VI. Zwischenergebnis: Nebenpflichten sind begründungsbedürftig

Nebenpflichten sind in jedem Einzelfall begründungsbedürftig. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 241 II BGB, lässt sich aber auch aus verschiedenen Prinzipien des Rechts sowie der Tatsache, dass Nebenpflichten ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung sind, ableiten.

B. Methodische Begründung

Im Rahmen der methodischen Begründung geht es im Kern um die Debatte, ob Nebenpflichten eine Verbindung zum Parteiwillen aufweisen – dann steht die methodische Begründung über §§ 133, 157 BGB offen – oder Ausdruck gesetzlichen Zwangs sind – dann kam vor Erlass des § 241 II BGB nur eine methodische Anknüpfung über § 242 BGB in Betracht.⁷⁵⁰ Über die methodische Verortung der Nebenpflichtprüfung besteht dabei erhebliche Unsicherheit.⁷⁵¹ Dies ist deshalb misslich, weil die unterschiedlichen Normen unterschiedliche Prüfungsvoraussetzungen haben, die in der Folge auch zu inhaltlichen Unterschieden führen können. So hat § 242 BGB Treu und Glauben als Bezugspunkt, § 133 BGB den tatsächlichen Parteiwillen, § 157 BGB im Rahmen ergänzender Vertragsauslegung den hypothetischen Parteiwillen⁷⁵² und § 241 II BGB den Wortlaut und die gesetzgeberische Intention bei dessen Erlass. Hier bereits auf me-

748 Vgl. *Teichmann*, JA 1984, 545, 545, 547 (auch „*Generalnorm des § 242 [BGB]*“ erlaubt keine „*Billigkeitswertung*“, sondern muss durch Fallgruppenbildung „*plausibler*“ gemacht werden).

749 Insofern wird die Rechtsfortbildung trotz des nunmehr fehlenden „*Schweigen[s] des Gesetzes*“ für die zukünftige Subsumtion von Nebenpflichten nicht in nennenswertem Maße delegitimiert, vgl. *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 39f.

750 Zutreffend *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 29f., der für die methodische Anknüpfung nach „*Wollen*“ und „*Sollen*“ unterscheidet.

751 Vgl. *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 428.

752 Näher MüKo-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 47ff.

thodischer Ebene mehr Klarheit zu schaffen, kann für die inhaltliche Prüfung nur von Vorteil sein.⁷⁵³

I. Herleitung aus §§ 133, 157 BGB

Im Rahmen rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse wird bei der Begründung von Nebenpflichten zum Teil eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB vorgenommen⁷⁵⁴, während andere den Parteiwillen – und damit § 133 BGB – in den Vordergrund stellen wollen⁷⁵⁵.

1. Auslegung

Die Herleitung von Nebenpflichten über §§ 133, 157 BGB wird in der Literatur vorgeschlagen, wenn ein „*hauptleistungsspezifischer*“ Bezug der verletzten Pflicht auszumachen ist.⁷⁵⁶ Ob tatsächlich eine Überantwortung des betreffenden Risikos nach dem objektiven Empfängerhorizont gewollt war, soll darüber entscheiden, ob Nebenpflichten über §§ 133, 157 BGB herzuleiten sind. Hierfür soll nicht schon genügen, dass dem Schuldner die Einwirkungsmöglichkeit auf das Rechtsgut offenstand.⁷⁵⁷ Nebenpflichten könnten zudem – ebenso wie Leistungspflichten – als Ausfluss des Vertragsschlusses über §§ 133, 157 BGB herzuleiten sein. Die Anwendung von §§ 133, 157 BGB und die Berücksichtigung von – bei der Annahme von Nebenpflichten notwendigen – Verkehrsschutzwägungen stellt dabei keinen unüberbrückbaren Widerspruch dar. Auch die Anknüpfung an den objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB bei der Auslegung von Willenserklärungen lehnt ein Primat des subjektiven Willens des

753 Zudem kann die methodische Anknüpfung auch Auswirkungen auf die Revisibilität einer gerichtlichen Pflichtenanerkennung haben, näher *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 284; *Mayer-Maly*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 621, 628; *Neuner*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 901, 918 (volle Revisibilität einer „*Lückenfüllung am Maßstab des dispositiven Rechts*“ als Rechtsfrage beschränkt durch die Zulassungsgründe des § 543 II ZPO).

754 *Mayr*, Schutzpflichten, 2005, S. 63 (Fn. 273); *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 395.

755 Näher *Kuhlmann*, Schutzpflichten, 2001, S. 89ff.

756 Hierzu näher *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 44f.

757 Bei dem klassischen Fall des Malers, der bei Gelegenheit der zu verrichtenden Arbeiten eine Vase zerstört, soll deshalb eine Anknüpfung über §§ 133, 157 BGB mangels hauptleistungsspezifischem Bezug ausscheiden, *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 45.

Erklärenden ab. Schließlich wird dieser nach allgemeiner Meinung noch durch das Verständnis des objektivierten Empfängers modifiziert.⁷⁵⁸ Deshalb wird der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont auch – ähnlich dem mehrheitlichen Verständnis von Nebenpflichten⁷⁵⁹ – vertrauensschützende Wirkung beigemessen.⁷⁶⁰ Dennoch wird die wertende Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB nicht als fremdbestimmtes Element im Vertragsrecht eingeordnet: Sie soll lediglich einen Konsens aus dem „Gesagten“ und dem „Gewollten“ herausbilden.⁷⁶¹

2. Ergänzende (Vertrags-)Auslegung

Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist eine Regelungslücke im Vertragswerk, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) in einer bestimmten Weise zu füllen ist.⁷⁶² Bisweilen wird die Begründung von

758 Vgl. Flume, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 156 („Geltung des Rechtsgeschäfts [...] beruht auf beidem, auf dem Recht [...] und dem willentlichen Akt des einzelnen, indem die Rechtsordnung die Gestaltung aus Selbstbestimmung in den von der Rechtsprechung anerkannten Akten gelten läßt“).

759 S.o., S. 129 (Fn. 521).

760 Explizit Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 565.

761 So Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 39; zweifelnd Koller, Risikozurechnung, 1979, S. 36f.

762 Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.1954 – II ZR 76/54 („Rückkehrverbot“), Rn. 17 (BGHZ 16, 71, 76); näher Neuner, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 901, 912ff. Die Intention des Gesetzgebers bei der Schuldrechtsreform war es, mit § 280 I 1 BGB einen zentralen Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen innerhalb eines Schuldverhältnisses zu schaffen, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 134f. Rückt man den Begriff der „Nichterfüllung“ als Oberbegriff für jegliche Störung des Schuldverhältnisses in den Vordergrund (so U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. 4ff.; Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1092; Westermann/Karakatsanes, Schuldrechtsreform, 1986, S. 50ff.), so rekurriert man für den Pflichtmaßstab entweder auf den tatsächlichen oder den hypothetischen Parteiwillen, vgl. Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 16f., 24. Nebenpflichten zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie nicht im Parteiwillen wurzeln – anderenfalls wären sie über §§ 133, 157 BGB festzustellen und unterliegen § 241 I BGB. Bei der Frage, ob Nebenpflichten „nicht erfüllt“ wurden, kann man in der hier unterstellten Dichotomie also nur noch auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt werden, vgl. bereits Kreyß, Schuldrecht AT, 1929, S. 584. Dieser wird in der Methodik nur durch das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung repräsentiert. Der Gesetzgeber hat sich indes explizit gegen den Oberbegriff der Nichterfüllung entschieden – und damit die Prämisse dieses Gedankens entkräftet –, weil sich damit Schlechterfüllungen und insbesondere Nebenpflichtverletzungen begrifflich nicht „angemessen erfassen“ lassen, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 134f., krit. zu dieser Entscheidung mit Blick auf die Ungelenkigkeit des Ausdrucks der Pflichtverletzung bei einem Anspruch aus den §§ 280 I, III, 283 BGB Faust, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 219, 226f.

Nebenpflichten über die ergänzende Vertragsauslegung für sinnvoll gehalten.⁷⁶³ Im Gegensatz zur reinen Auslegung des Parteiwillens enthält die ergänzende Vertragsauslegung nämlich ein „*parteilernes Element*“.⁷⁶⁴ Die ergänzende Auslegung ermöglicht dem Rechtsanwender bei der Feststellung von Verhaltensanforderungen auch außerhalb des Schuldverhältnisses verankerte Erwägungen anzustellen.⁷⁶⁵ Diese Vorgehensweise ermuntert auf methodischem Wege zum Abstrahieren vom Einzelfall und zum Denken „*in Vertragskonstellationen*“.⁷⁶⁶ Gerade letzteres ist typisch für Nebenpflichten. So werden Nebenpflichten zwar von der Rechtsprechung in einem konkreten Einzelfall festgestellt. Anders als die Bestimmung einer Leistungspflicht durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB hat diese Feststellung aber Ausstrahlungswirkung über den Einzelfall hinaus.⁷⁶⁷

763 Näher *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 54. Begrenzt werde dieses methodische Vorgehen lediglich durch den „*vertraglichen Regelungsplan*“ (als Grenze der Auslegung begrifflich ursprünglich geprägt von *Larenz/Wolf*, AT, 8. Aufl. 1997, § 33 Rn. 37 [„*erkennbarer Regelungsplan [...] der Parteien*“]; gegen den Begriff *Neuner*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 901, 916 [„*bildet lediglich den Maßstab zur Feststellung einer Lücke*“]) im weiteren Sinne, der nur mittelbar an die Hauptleistungspflichten angebundene Nebenpflichten nicht mehr erfasst; wohl auch für eine Herleitung von Nebenpflichten über eine ergänzende Vertragsauslegung *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 84; *Schapp*, JZ 2001, 583, 584; *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, 299; vgl. BGH, Urt. v. 19.11.1996 – X ZR 75/85, Rn. 9 a.E., der für die Reichweite von Nebenpflichten inhaltlich das Gebot von Treu und Glauben heranzieht, methodisch aber nur § 157 BGB zitiert. Das legt eine ergänzende Vertragsauslegung nahe.

764 *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 40. Als „*heteronome Methode*“ ist mit ihr zunächst nicht zwingend das Ergebnis losgelöst vom Parteiwillen, wohl aber die methodische Herangehensweise, *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 41f („*Heteronomie auf der untersten Stufe*“).

765 Vgl. *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 42 (Berücksichtigung „*außervertragliche[r] Gesichtspunkte*“). *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 227 hält den hypothetischen Parteiwillen innerhalb der ergänzenden Vertragsauslegung gar für eine „*Hilfsvorstellung*“, entscheidend sei letztlich doch nur eine „*objektive Interessenwertung*“. Auch der BGH hält den hypothetischen Parteiwillen für eine „*vernünftige Interessenabwägung [...] auf rein objektiver Grundlage*“, BGH, Urt. v. 30.9.1952 – I ZR 31/52, Rn. 11 (BGHZ 7, 231, 235).

766 *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 42.

767 Die Fallgruppen der *culpa in contrahendo* sowie die Nebenpflichten bestimmter Vertragstypen werden von Rechtsprechung und Literatur „kanonisiert“ und kommen in vergleichbaren Sachverhältnismständen mit deutlich verringertem Begründungsaufwand zur Anwendung, plakativ zur rechtstatsächlichen Sprengkraft von Richterrecht *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 463 („*[W]as gestern noch nicht akzeptabel schien, kann morgen das Gebot der Stunde sein*.“). Bei Nebenpflichten handelt es sich aus historischer Perspektive schließlich um ein Produkt richterlicher Rechtsfortbildung. Diese hat stets die Tendenz, über den Einzelfall hinaus Wirkung zu zeigen, vgl. *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 42. Dies spiegelt sich auch in der Kommentarliteratur wider, welche die innerhalb bestimmter Vertragstypen „geltenden“ Nebenpflichten auflistet.

II. Herleitung aus § 242 BGB

Nichtleistungsbezogene Nebenpflichten wurden nach herrschender Meinung vor 2002 aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet.⁷⁶⁸ Damit war § 242 BGB bis zum Erlass des § 241 II BGB der vorherrschende Anknüpfungspunkt für die Begründung einer Nebenpflicht.⁷⁶⁹ Auch nach Kodifizierung der Nebenpflichten sehen manche den Anwendungsbereich von § 242 BGB weiterhin für eröffnet und halten § 241 II BGB lediglich für eine deklaratorische (Blankett-)Norm ohne inhaltlichen Gehalt⁷⁷⁰. Insbesondere bei nichtigen Verträgen wird heute noch § 242 BGB herangezogen, um eine Nebenpflicht zu begründen.⁷⁷¹ Auch in der Rechtspraxis finden sich noch Hinweise auf § 242 BGB als dogmatische Quelle der Nebenpflichten.⁷⁷²

III. Herleitung aus § 241 II BGB

Der zweite Absatz des § 241 BGB wurde 2002 mit der Schuldrechtsreform zur Norm des § 241 BGB eingefügt. Der Gesetzgeber nahm in seiner Gesetzesbegründung explizit Bezug auf die „*Lehre von den Schutzpflichten*“ und die „*vertraglichen Nebenpflichten im Bürgerlichen Gesetzbuch*“.⁷⁷³ Mit der Einführung

768 Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 242 Rn. 23; MüKo-BGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 173, 174 a.E.

769 *Canaris*, JZ 1965, 475, 476; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 34; *Kreß*, Schuldrecht AT, 1929, S. 580; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 394; *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, 360; *Teichmann*, JA 1984, 545, 545f., 709, 714 („*brauchbare*“ *Rechtsgrundlage*“); krit. MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 46 („*zuvor gewählte Krücke*“); zur historischen Entwicklung *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 84.

770 So Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 1, § 242 Rn. 23; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 10; provokant *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 109 („*wie aus einem Schuldrechtslehrbuch entnommen*“), 113.

771 So beispielsweise *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 55.

772 BAG, Urt. v. 13.11.2014 – 8 AZR 817/13, Rn. 21; LG Darmstadt, Beschl. v. 30.12.2013 – 25 T 138/13, Rn. 10; AG Hoyerswerda, Urt. v. 27.4.2004 – 1 C 66/04, Rn. 13; AG Lingen, Urt. v. 17.2.2010 – 4 C 1222/09, Rn. 4; *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 84; *D. Fischer*, WM 2014, SBeil. 1, S. 14; Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 242 Rn. 23; *Heinrichs*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 421, 428 (an der Grundlage des § 242 BGB „*hat sich nach richtiger Ansicht nichts geändert*“).

773 BT-Drs. 14/6040, SchRMoDG, Gesetzesbegründung, S. 125. Diese Institute gehören laut Gesetzgeber zum „*Kernbestand des deutschen Zivilrechts*“ und sollen durch die „*gesetzlich[e]*“ Regelung „*ihren Platz in der zentralen Kodifikation*“ – hiermit ist wohl § 241 BGB gemeint – finden.

des § 241 II BGB gehen viele davon aus, dass nunmehr allein diese Norm gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Begründung einer Nebenpflicht ist.⁷⁷⁴ Auch in der Rechtsprechung werden Nebenpflichten seit 2002 zum überwiegenden Teil aus § 241 II BGB abgeleitet.⁷⁷⁵

IV. Für eine Anknüpfung an § 241 II BGB

1. Gegen eine Herleitung aus §§ 133, 157 BGB

a) Auslegung

Gegen die bisweilen vorgetragene Begründung von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten über §§ 133, 157 BGB spricht zunächst, dass so der Unterschied zwischen Nebenpflichten und untergeordneten Leistungspflichten eingeebnet wird. Lässt sich nämlich ein hauptleistungsspezifischer Bezug der Pflicht ausmachen, so kommt zwar eine Anknüpfung über §§ 133, 157 BGB für die Feststellung der Pflicht in Betracht. Es handelt sich dann nach hier vertretener Ansicht aber nicht um eine Nebenpflicht, sondern um eine Leistungspflicht. Dient die Pflicht nämlich der Unterstützung oder Absicherung einer Leistungspflicht, so ist es eine leistungsbezogene Nebenpflicht. Diese ist § 241 I BGB, nicht § 241 II BGB zuzuordnen.

Im Rücktrittsrecht ist beispielsweise umstritten, ob die unsachgemäße Verwendung einer Kaufsache vor Erklärung des Rücktritts im Falle eines späteren Rücktritts zu einem Schadensersatzan-

774 Staudinger/Looschelders/Olzen, Neubearbeitung 2009, § 242 Rn. 191; Bamberger/Roth/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 42; über § 241 II BGB auf das Schuldverhältnis als alleinige Quelle verweisend Herresthal, GS Unberath, 2015, S. 179, 188; Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 340; Reischl, JuS 2003, 40, 45.

775 Vgl. beispielsweise BAG, Urt. v. 27.5.2015 – 5 AZR 88/14, Rn. 25f.; BGH, Urt. v. 22.4.2010 – I ZR 31/08, Rn. 16f. (ausdrückliche Verbindung zwischen der Fallgruppe der positiven „Vertragsverletzung“ und § 241 II BGB); BGH, Urt. v. 5.6.2012 – X ZR 161/11, Rn. 13; BGH, Urt. v. 29.5.2013 – IV ZR 165/12, Rn. 9; BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14, Rn. 8 („Verletzung der in § 241 Abs. 2 BGB konstituierten Pflicht zur Rücksichtnahme“); BGH, Urt. v. 13.10.2015 – II ZR 23/14, Rn. 22; BGH, Urt. v. 28.2.2018 – VIII ZR 157/17, Rn. 20 („nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB angesprochenen Schutzpflichten“); OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2013 – 7 U 22/12, Rn. 18f.; OLG Hamm, Urt. v. 17.6.2014 – 7 U 77/13, Rn. 37; LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2011 – 11 O 339/10, Rn. 21; LG Köln, Urt. v. 7.3.2007 – 4 O 99/06, Rn. 32; LG Osnabrück, Urt. v. 26.1.2011 – 2 O 2278/08, Rn. 20f.; LG Rottweil, Urt. v. 23.1.2007 – 6 O 1/06, Rn. 14, 17.

spruch über § 346 IV BGB führen kann (anfängliche Rückgewährstörung).⁷⁷⁶ Zum Teil wird es dabei als maßgeblich vom Vertragsinhalt beeinflusste Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 II BGB angesehen, den (späteren) Rückgewährgegenstand nicht über Gebühr zu beanspruchen oder zu beschädigen.⁷⁷⁷ In einer solchen Verhaltensanforderung ist jedoch nach hier vertretenem Verständnis gerade keine Pflicht nach § 241 II BGB zu sehen. Vielmehr ist die Pflicht, den Rückgewährgegenstand bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Rücktrittsrechts nicht vorsätzlich oder fahrlässig zu beschädigen, als Nebenleistungspflicht nach § 241 I BGB hinsichtlich der späteren Rückgewährpflicht einzuordnen. Die Pflicht dient schließlich allein der Absicherung der späteren Hauptleistungspflicht, der Rückgewähr des Vertragsgegenstandes nach § 346 I BGB. Es geht sachlich nicht darum, die Integrität des späteren Rückgewährgläubigers zu schützen, sondern der spätere Rückgewährschuldner soll sich hinsichtlich seiner als zukünftig möglich erkannten Leistungspflicht nicht fahrlässig seiner Leistungsfähigkeit berauben.⁷⁷⁸ Diese ist besser als neben der Leistung liegende Pflicht nach § 241 I BGB aufgefangen als durch eine von der Leistung vermeintlich unabhängige Verhaltensanforderung nach § 241 II BGB. In der Folge kommt im Falle eines späteren Rücktritts auch nur ein Schadensersatzanspruch wegen Schlechtleistung nach § 280 I BGB⁷⁷⁹, nicht aber ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB in Betracht.

776 Überblick bei MüKo-BGB/Gaier, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 60 m.w.N.

777 So jurisPK-BGB/Faust, 8. Aufl. 2017, § 346 Rn. Rn. 118f. (Fn. 208) m.w.N.

778 Dass die später entstehende Pflicht aus § 346 I BGB nur die Rückgewähr des beschädigten Gegenstands umfasst, liegt allein daran, dass der Gesetzgeber mit den § 346 II, III BGB ein abgestuftes Rechtsfolgenregime hinsichtlich der Rückgewährpflicht geschaffen hat. Eine Begrenzung des § 346 IV BGB ist hierin nicht zu sehen. Die Leistungspflicht des § 346 I BGB hätte bei Erfüllung der Nebenleistungspflicht (sorgfaltsgemäßer Umgang des Rückgewährschuldners mit der Sache) die Rückgewähr in unbeschädigtem Zustand enthalten. Dies stellt nach §§ 346 IV, 280 I BGB einen zu liquidierenden Schaden dar unabhängig davon, was nach § 346 I–III BGB verlangt werden kann.

779 So auch stellvertretend für die wohl (noch) überwiegende Auffassung MüKo-BGB/Gaier, 7. Aufl. 2016, § 346 Rn. 65 m.w.N.

Nebenpflichten werden nach heutigem Verständnis zudem mehrheitlich als *gesetzliche* Haftung mit Vertrauensschutzelementen eingeordnet.⁷⁸⁰ Damit sind Nebenpflichten insgesamt – und damit auch in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen – als fremdbestimmt einzuordnen.⁷⁸¹ Die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ist aber nicht heteronomer Natur. Damit passt sie nicht auf die Feststellung von Nebenpflichten. Zudem ist die Auslegung auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse beschränkt.⁷⁸² Mit ihr lassen sich Nebenpflichten aus methodischer Perspektive also ohnehin nicht einheitlich erfassen. Die methodische Begründung von Nebenpflichten über §§ 133, 157 BGB ist demnach insgesamt abzulehnen. Möglich erscheint aber, dass das gesetzliche Pflichtenprogramm aus § 241 II BGB vom nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Parteiwillen beeinflusst wird. Insoweit würden die §§ 133, 157 BGB aber nicht zur methodischen Begründung – um die es hier allein geht –, sondern vielmehr zur inhaltlichen Begrenzung des § 241 II BGB herangezogen.⁷⁸³

b) Gegen das Heranziehen der ergänzenden (Vertrags-) Auslegung

Wörtlich verstanden ist der hypothetische Parteiwille eine subjektive Voraussetzung. Derart verstanden muss sich der hypothetische Parteiwille aus den Motiven der Parteien speisen.⁷⁸⁴ Im Regelfall wird aber kein einheitliches Motiv beider Parteien festzustellen sein.⁷⁸⁵ Damit bliebe das Kriterium völlig unbestimmt. Löst man sich von den Motiven der Parteien, so bekommt der hypothetische Parteiwille eine objektive Färbung.⁷⁸⁶ Versucht man aber einen objektiven Vertragszweck ausfindig zu machen, so lassen sich keine eindeutigen Ergebnisse erzielen: Die Objektivität des Vertragszwecks lässt sich ohne Orientierung am Parteiwillen wohl nur über vertragssystematische Erwägungen gewährleis-

780 S.o., S. 129 (Fn. 521).

781 *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 37 (§ 241 II BGB als „Grundfall heteronomer Elemente“).

782 So auch *Forschner*, Wechselwirkungen, 2013, S. 112f., der indes den aus §§ 133, 157 BGB entlehnten Maßstab des objektiven Verkehrshorizonts in § 241 II BGB hineinlesen will.

783 Näher s.u., S. 200ff.

784 Dafür dezidiert *Mayer-Maly*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 621, 625ff.

785 S. auch *Oechler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 237f.

786 Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 458f.; *Wiedemann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1281, 1287.

ten. Der vermeintliche Zweck eines Vertrags kann dann schnell zum Vehikel für die Durchsetzung einzelner Systemvorstellungen werden, welche immer auch von der subjektiven Einstellung des Rechtsanwenders geprägt sind.⁷⁸⁷ Diese sehr vagen Voraussetzungen vermögen nur schwerlich eine konturenscharfe Begrenzung von Nebenpflichten zu leisten.⁷⁸⁸

Gleichzeitig wird mit der ergänzenden Vertragsauslegung der Eindruck erweckt, das Ergebnis entspringe dem Willen beider Parteien.⁷⁸⁹ Gegenüber der Alternative – Nebenpflichten als „*ungeschriebene[s] Gesetzesrecht*“ – wird so wegen der gedanklichen Nähe zu § 311 I BGB der Begründungsaufwand für die Annahme einer Nebenpflicht verringert.⁷⁹⁰ Das muss bedenklich stimmen. Nicht umsonst ist von der methodischen Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung nur äußerst zurückhaltend Gebrauch zu machen.⁷⁹¹ Würden Nebenpflichten auf diesem Wege festgestellt, so würde die ergänzende Auslegung zum täglich Brot der Rechtsanwendung. Wegen der vermeintlichen Legitimation durch den hypothetischen Parteiwillen bleibt der Rechtsanwendung so ein fragwürdig großer Spielraum, um ein privatautonomes Schuldverhältnis inhaltlich umzugestalten.⁷⁹² Das spricht aus dogmatischer Perspektive gegen die Berücksichtigung der ergänzenden Vertragsauslegung bei Nebenpflichten.⁷⁹³

Gegen die Herleitung von Nebenpflichten über ergänzende Vertragsauslegung spricht auch, dass diejenige Vorschrift (§ 241 II BGB), in welcher Nebenpflicht-

787 Krit. deshalb *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 238.

788 So auch *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 236.

789 Dem ist indes nicht so, vgl. nur *MüKo-BGB/Busche*, 7. Aufl. 2015 § 157 Rn. 28.

790 So überzeugend *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 283; *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, 184; *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 236.

791 *Bamberger-Roth/Wendtland*, 3. Aufl. 2012, § 157 Rn. 42ff.

792 Vgl. bereits deutlich im Kontext des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780 („*Im Interesse der Methodenehrlichkeit [...] sollte der BGH möglichst bald die Krücke der ergänzenden Vertragsauslegung [...] beiseite lassen, um die im vertraglichen wie vorvertraglichen Bereich einheitlich anerkannten Regeln auch auf einen einheitlichen (objektiven) Geltungsgrund (Richterrecht) zu stützen [sic].*“).

793 So auch *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 283f. („Die einheitliche Zuweisung der Schutzpflichten an das objektive Recht hat den Vorzug einer methodenehrlichen, rationalen und transparenten Regelbildung.“).

ten gesetzlich verankert sind, eine Norm grundsätzlich dispositiven Rechts darstellt.⁷⁹⁴

So hat beispielsweise ein Reitveranstalter versucht, in der Ausschreibung zu einem Reitwettbewerb „jede Haftung für Diebstahl, Verletzungen bei Menschen und Pferden“ mittels der in einer Reitzeitschrift veröffentlichten AGB auszuschließen.⁷⁹⁵ Er wollte sich also von Teilen der Pflichten aus § 241 II BGB mittels AGB befreien, mithin § 241 II BGB in Teilen abbedingen.⁷⁹⁶

Die Auslegung dispositiven Rechts und die ergänzende Vertragsauslegung sind aber zwei methodisch unterschiedliche Vorgänge. Lediglich wenn trotz der Anwendung dispositiven Rechts Lücken verbleiben, können beide Vorgänge hintereinander – nicht aber parallel – zur Anwendung kommen.⁷⁹⁷

794 Vgl. *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 713; NK-BGB/Kr794So auch *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 236.

ten, 2001, S. 59.

795 BGH, 23.9.2010 – III ZR 246/09, Rn. 2 (BGHZ 187, 86, 87). Zugrundeliegendes Schuldverhältnis war das Preisschreiben als einseitiges Rechtsgeschäft nach §§ 661, 657 BGB. Bereits vor der tatsächlichen Entscheidung über den Gewinner besteht zwischen dem Turnierveranstalter und den Teilnehmern aber ein (wohl zumindest als vorvertrags-ähnlich eingestuftes) Schuldverhältnis, welches Nebenpflichten zur gegenseitigen Rücksichtnahme nach § 241 II BGB bedingt. Diese Nebenpflichten schützen über das Konstrukt des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch den Eigentümer eines teilnehmenden Pferdes, näher zu alldem BGH, 23.9.2010 – III ZR 246/09, Rn. 11 ff. (BGHZ 187, 86, 90 ff.).

796 Im Ergebnis verstieß der Wortlaut der AGB zwar sowohl gegen § 309 Nr. 7 a) BGB als auch gegen § 309 Nr. 7 b) BGB, weshalb der BGH den Haftungsanspruch des Eigentümers eines durch fahrlässige Rennparcourgestaltung verletzten Pferdes bejahte. Im Grundsatz ging es aber um den Ausschluss einer Nebenpflicht aus § 241 II BGB durch „vorvertragliche AGB“, den auch der BGH nicht kategorisch ausschloss, vgl. BGH, 23.9.2010 – III ZR 246/09, Rn. 21 („keine wirksame [!] Haftungsbeschränkung“) (BGHZ 187, 86, 93).

797 BGH, Urt. v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05, Rn. 35 („Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB [...], wenn eine [...] Lücke nicht durch andere dispositive Vorschriften geschlossen werden kann“) (BGHZ 165, 12, 26); Herresthal, GS Unberath, 2015, S. 179, 184; Neuner, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 901, 915f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 457f.; Zenz, Vertragspflichten, 1975, S. 85; wegen der gegenüber „Retortenrecht“ größeren Sachnähe auch eines hypothetischen Parteivillens für einen Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung in methodischer Hinsicht Wiedemann, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1281, 1286.

Schließlich passt die ergänzende Vertragsauslegung nur auf Rechtsgeschäfte.⁷⁹⁸ Innerhalb rechtsgeschäftsähnlicher und gesetzlicher Schuldverhältnisse lassen sich auf diesem Weg ohne weiteres keine Nebenpflichten feststellen. Damit würde diese Herangehensweise zu einer unschönen methodischen Zersplitterung führen. Auch die Begründung von Nebenpflichten über die Methode der ergänzenden (Vertrags-)Auslegung ist damit abzulehnen.

2. § 241 II BGB als methodisch vorrangige Norm

Der gesetzgeberische Wille bei Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat die Regelung der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten in § 241 II BGB umfasst. Damit liegt der Gedanke nahe, dass der Gesetzgeber die Nebenpflichten insgesamt – und damit auch in methodischer Hinsicht – in § 241 II BGB verorten wollte.⁷⁹⁹ Überzeugend ist die methodische Maßgeblichkeit von § 241 II BGB auch deshalb, weil die Norm ohne Zweifel alle Arten von Schuldverhältnissen erfasst. Die (ergänzende) Auslegung setzt hingegen ein Rechtsgeschäft voraus und § 242 BGB setzt zumindest seinem Wortlaut nach die Existenz einer Leistungspflicht im Schuldverhältnis voraus. Damit passen diese Herleitungen nur unter Modifikationen auf gesetzliche Schuldverhältnisse und Schuldverhältnisse ohne Leistungspflichten. Die ergänzende Vertragsauslegung ist zudem zumindest gegenüber der Subsumtion unter eine flexible Norm des dispositiven Rechts subsidiär.⁸⁰⁰ Schließlich kann von einer Regelungslücke im Vertragswerk nur ausgegangen werden, wenn nicht das dispositive Recht bereits das Risiko verteilt. § 241 II BGB ist eine Norm des dispositiven Rechts und damit vorrangig gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung. § 242 BGB mag vor Erlass des § 241 II BGB Maßstab auch für Nebenpflichten gewesen sein. Mit der Schuld-

798 BGH, Urt. v. 11.10.2005 – XI ZR 395/04, Rn. 24 a.E. (BGHZ 164, 286, 292); MüKo-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 29; *Canaris*, JZ 1965, 475, 476.

799 So auch *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 593; *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 34; krit. *Heinrichs*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 421, 428 („überzeugt nicht“); zur methodischen Bedeutung auch einer rein deklaratorischen Regelung insoweit treffend *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 250f. Das hat zudem den rechtspraktischen Vorteil, dass die Annahme einer Nebenpflicht als Auslegung dispositiven Gesetzesrecht „voll revisibel“ ist, zutreffend *Grigoleit*, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 275, 284.

800 Hier ist indes vieles umstritten, vgl. MüKo-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 45f.

rechtsreform ist aber ein Rückgriff auf § 242 BGB für Nebenpflichten überflüssig geworden.⁸⁰¹

V. Zwischenergebnis: Methodische Herleitung von Nebenpflichten aus § 241 II BGB

Im Ergebnis sind daher Nebenpflichten in einem Schuldverhältnis – egal welcher Art – methodisch über die Subsumtion von § 241 II BGB herzuleiten.

C. Bestimmung der Funktion von Nebenpflichten

Zur vielzitierten Frage der Haftung zwischen Vertrag und Delikt wurde schon viel publiziert.⁸⁰² Die wissenschaftliche Auseinandersetzung entzündet sich hauptsächlich an der dogmatischen Grundlage der Nebenpflichten und dem Streit um die Verortung aller Nebenpflichten im Deliktsrecht. Während letzterer Streit mit der Einführung des § 241 II BGB gesetzlich entschieden wurde,⁸⁰³ ist die dogmatische Grundlage der Nebenpflichten weiterhin ungeklärt und umstritten⁸⁰⁴. Der Streit nimmt aber zusehends unüberschaubare Ausmaße an: Zusam-

801 So auch BAG, Urt. v. 21.1.2014 – 3 AZR 807/11, Rn. 14 (BAGE 147, 155, 159); MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 46. Zum Teil wird eine abgestufte methodische Anknüpfung vorgeschlagen, hierzu *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 52ff. Zunächst soll überprüft werden, ob sich die Nebenpflicht über §§ 133, 157 BGB begründen lässt. Anschließend ist eine ergänzende Vertragsauslegung zu erwägen. Ist auch dieser Anknüpfungspunkt verschlossen, so soll auf § 242 BGB als Quelle rechtlichen „Sollens“ zurückgegriffen werden. Daran überzeugt, dass allzu pauschale Lösung vermieden wird. Der Erlass des § 241 II BGB macht diese komplizierte Abstufung aber unnötig. Auch § 241 II BGB bietet mit seinem flexiblen Wortlaut die Möglichkeit, die bisweilen verfolgte Differenzierung zu erreichen. So ist beispielsweise in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis auch ohne Anknüpfung über §§ 133, 157 BGB (analog) gewährleistet, dass der Parteiwille bei der Prüfung einer Nebenpflicht berücksichtigt wird. Schließlich macht die Sentenz „*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt [...] verpflichten*“ deutlich, dass der „*Regelungsplan*“ der Parteien in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis durchaus bei der Subsumtion von § 241 II BGB zu berücksichtigen ist.

802 Statt aller *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 393ff. m.w.N.; plakativ MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 37f. („*vielleicht „die“ Grundfrage der zivilrechtlichen Haftungsordnung*“).

803 NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 19f.

804 Explizit BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 126; s. auch *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 182 („*Inhalt und Reichweite allerdings nach wie vor nicht gesetzlich formuliert*“); *Körber*, JA 2015, 673, 676; *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 168.

menhänge gehen verloren und die Übersicht – ganz zu schweigen von einem rechtspraktischen Erkenntnisgewinn – bleibt bei der Lektüre der unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätze auf der Strecke. Zudem bleibt es häufig bei Systematisierungsversuchen der wuchernden Nebenpflichtkategorien. Ob und in welcher Qualität zwischen Schuldverhältnis und der eine Nebenpflicht verletzenden Handlung ein Verbindungsglied bestehen muss – mangels besserer Alternative ein treffend mit dem aus dem Strafrecht entlehnten Begriff des Unmittelbarkeitszusammenhangs⁸⁰⁵ umschriebenes Problem –, wird nur äußerst selten behandelt.⁸⁰⁶ Die Arbeit will dabei die Rechtsfolge (Besteht eine Nebenpflicht im Sinne von § 241 II BGB oder nicht?) in den Vordergrund stellen. Die inhaltliche Reichweite von Nebenpflichten (Wo finden Nebenpflichten ihre Grenzen?) wird im Rahmen eines Schadensersatzanspruches aus § 280 I BGB beim Prüfungspunkt der Pflichtverletzung relevant. An dieser Stelle will die Arbeit ansetzen und § 241 II BGB mittels des methodischen Auslegungskanonens auf subsumtionsfähige Hinweise untersuchen.⁸⁰⁷

805 Der Begriff ist aus dem Strafrecht entlehnt, wo er im Rahmen einer Erfolgsqualifikation wie § 227 StGB die notwendige Nähe zwischen Grunddelikt und dem qualifizierenden Erfolg umschreibt, vgl. BGH, Urt. v. 30.6.1982 – 2 StR 226/82, Rn. 7 (BGHSt 31, 96, 98f.). Hier wie dort soll der Begriff also ein Restriktionskriterium darstellen, vgl. aus der strafrechtlichen Perspektive NK-StGB/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, § 227 Rn. 8.

806 Dies ebenfalls beklagend Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 112, 173; begrüßenswert OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 67 („für eine erweiterte Vertragshaftung dann kein Raum [...] wenn sich nicht die mit der erhöhten Einwirkungsmöglichkeit typischerweise verbundene Gefahrerhöhung verwirklicht“). Mittlerweile werden in der Literatur sogar Wege gesucht, der Auseinandersetzung ganz und gar aus dem Weg zu gehen, so exemplarisch Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 209f., der davon ausgeht, dass Nebenpflichten auf einer „Pluralität“ von Haftungsgründen – nämlich allen in der Literatur hierzu vertretenen Ansichten – beruhen, die sich gegenseitig ergänzen. Diese Vorgehensweise öffnet – konsequent fortgedacht – der Willkür Tür und Tor. Welches Gewicht dem jeweiligen, singulären Haftungsgrund innerhalb dieser „Pluralität“ zukommt, bleibt jedem Rechtsanwender damit schließlich selbst überlassen; ergebnisoffen auch Gerhardt, JuS 1970, 597, 598.

807 Ähnlich zu § 242 BGB als vormaliger Grundlage für Nebenpflichten Teichmann, JA 1984, 709, 714 („Es lohnt sich also, auch im Bereich einer solchen Generalnorm methodisch exakt vorzugehen.“).

I. Anknüpfungspunkte für die Funktion von Nebenpflichten im Wortlaut des § 241 II BGB

1. Wortlaut des § 241 II BGB als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist die Ermittlung des Wortsinns einer Vorschrift.⁸⁰⁸ § 241 II BGB⁸⁰⁹ enthält die Sentenz „*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt [...] verpflichtet*“. Der Wortlaut des § 241 II BGB – der im Übrigen von der Literatur als wenig aussagekräftig aufgenommen wurde⁸¹⁰ – legt damit nahe, dass sich Nebenpflichten aus dem Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses speisen. Zumindest rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse stützen sich dabei dogmatisch auf den (übereinstimmenden) Parteiwillen. Integraler Inhalt eines jeden Schuldverhältnisses ist der Pflichtenumfang einer jeden Partei. Folglich soll überprüft werden, inwieweit sich schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten auf die Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit zurückführen lassen.⁸¹¹

2. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

a) Eignung als Haftungsgrund?

Die aus dem Prinzip der Privatautonomie abgeleitete Inhaltsfreiheit schützt die Möglichkeit der Parteien, den Pflichteninhalt eines Vertrags nach Belieben zu bestimmen.⁸¹² Der grundsätzliche Unterschied zwischen § 280 I BGB und § 823 I BGB wird deshalb auch darin gesehen, dass erstere Norm ihren Ursprung in einer „*von der Willensfreiheit getragene[n]*“⁸¹³ Haftung hat.⁸¹⁴ Versucht man

808 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 141.

809 „Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.“

810 Plakatativ *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 109 („*Blankettnorm* [...]“, *die wie aus einem Schuldrechtslehrbuch entnommen scheint*“), 113. Konkrete Wortlautanalysen finden sich deshalb kaum, positiv hervorzuheben hier *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 419ff.

811 Was sich mit dem Wortlaut auch bei weitestmöglichem Verständnis nicht vereinbaren lässt, ist nicht über die herkömmliche Auslegung einer Norm zu begründen, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 163f. Der Wortsinn steckt demnach auch die Grenzen für das Verständnis einer Norm ab, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 165f.

812 S.o., S. 180 (Fn. 733). Im Rechtsverkehr verdrängt die Vertragsfreiheit damit die allgemeine Handlungsfreiheit, *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 13 (Fn. 24) m.w.N.

813 *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 567f.; ähnlich *Kegel*, Vertrag, 2002, S. 104, 106.

Nebenpflichten auf die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit als Prinzipien zurückzuführen, so kann die theoretische Möglichkeit, den Inhalt des Schuldverhältnisses zu beeinflussen, nicht genügen. Es muss dem Schuldner auch faktisch möglich sein, das Schuldverhältnis im Hinblick auf die Existenz von Nebenpflichten zu beeinflussen. Schon bei erster Betrachtung deutet sich an, dass der Bereich der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten mit seiner regelmäßig erst *ex post* erfolgenden Feststellung durch die Gerichte in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu diesen Prinzipien steht.⁸¹⁵

-
- 814 So wurde das die *culpa in contrahendo* konstituierende Schuldverhältnis nach *Heinrich Stoll* durch ein einseitiges Rechtsgeschäft begründet, welches unabhängig von einem etwaigen Vertrag Bestand haben sollte, *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 532, 543f.; vgl. auch *Richter*, JW 1921, 664, 665. Damit führte *Heinrich Stoll* die Entstehung von Nebenpflichten auf ein privatautonomes Moment zurück, welches vom Schuldner in Bewegung gesetzt worden war, *Heinrich Stoll*, LZ 1923, 531, 545 (Grund für vorvertragliche Nebenpflichten, „daß durch das einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebotes oder der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsbesprechungen ein Schuldverhältnis zw. den Parteien entsteht“). Anders als § 311 II Nr. 2 BGB setzte *Heinrich Stoll* damit einen Kontakt zwischen Gläubiger und Schuldner voraus, der den Empfang der (offenbar empfangsbedürftigen) Willenserklärung des Schuldners durch den Gläubiger tragen konnte. Damit „kam“ das Schuldverhältnis häufig schon „zu spät“, was Kritik an seinem Ansatz nach sich zog, vgl. hierzu *Berger*, Grenzen, 1935, S. 36f.; *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 188 (Fn. 34). Nebenpflichten wurden in der rechtswissenschaftlichen Literatur deshalb auch auf eine „Selbstbindung“ des Schuldners als Haftungsgrund zurückgeführt, Begriff von *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, S. 164ff, 280f.; *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 233; ähnlich auch *Horn*, JuS 1995, 377, 379 („vertragsähnliche[r] Haftungstatbestand“); *Hans Stoll*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 741, 748ff., 774; kommentierend dazu *Brüggemeier*, AG 1982, 268, 271ff.; zur Mehrdeutigkeit des Begriffs *Kegel*, Vertrag, 2002, S. 105f. Ähnlich zu bewerten, ist der Versuch, Nebenpflichten auf die aus schuldverhältnisbedingten Gestaltungsmöglichkeiten resultierende soziale Verantwortung zu stützen, so *Frotz*, GS Gschmitzer, 1969, S. 163, 172ff., 175 („Verklammerung der Schutzpflichten mit der privatautONOMEN Gestaltungsmöglichkeit des Pflichtigen“). Im Kern werden Nebenpflichten nämlich dann auch darauf gegründet, dass der Schuldner den Inhalt des Schuldverhältnisses beeinflussen kann, *Frotz*, GS Gschmitzer, 1969, S. 163, 174 (Nebenpflichten basieren auf der „eigerverantwortlichen Gestaltungsbefugnis“); vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538 (Vertrauenshaftung als „Korrelat der Privatautonomie“); *Flume*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 135, 159f. („Selbstverantwortung als Korrelat der Selbstbestimmung“).
- 815 Krit. deshalb *Klinck*, Information, 2013, S. 103, 104; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 49 a.E.; vgl. auch *Medicus*, Privatautonomie, 1994, S. 9 („deutliche Tendenz zur Einschränkung der Privatautonomie“).

Beispiel 6 Das Urteil zum Haltefristfall⁸¹⁶ stieß in der Literatur vor allem wegen der Unvorhersehbarkeit der Haftungsreichweite und der hiermit verbundenen Unsicherheit für die Praxis auf heftige Kritik.⁸¹⁷ Aus dogmatischer Perspektive war hier kritikwürdig, dass der BGH seine Rechtsprechung zu Nebenpflichten eines Steuerberaters bei einem eingeschränkten Mandat ohne Bedenken auf den vorliegenden Fall übertragen hatte. Ausgangspunkt der Begründung einer Nebenpflicht sollte schon nach dem Wortlaut des § 241 II BGB das konkret betroffene Schuldverhältnis sein. Das war hier aber ein unentgeltlicher Auskunftsvertrag, der erst durch diffizile Auslegung des Parteiverhaltens nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB aufgetan werden konnte. Dieses Schuldverhältnis nun auch noch durch die Schaffung vermögensschützender Nebenpflichten auszugestalten, erscheint insbesondere aufgrund der Unentgeltlichkeit der Auskunft unbillig.⁸¹⁸ Der BGH stülpte hier also quasi die abstrakten Nebenpflichten eines Steuerberaters dem vorliegenden Fall bedenkenlos über. Er zeigt damit eine generelle Tendenz auf, den Begründungsaufwand für eine Haftung wegen Nebenpflichtverletzung eher auf die Ebene des Schuldverhältnisses zu verlagern und dann – bei Anerkennung eines Schuldverhältnisses im konkreten Fall – mit der (Neben-)Pflichtreichweite großzügig umzugehen⁸¹⁹.

816 S.o., S. 26.

817 Faust, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 567ff.; Meixner/Schröder, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2009 – IX ZR 12/05, DStR 2009, 819 (Haftung „zwischen Tür und Angel“); Nassall, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, jurisPR-BGHZivilR 6/2009, Anm. 3 („beiläufige Auskunft auf beiläufige Fragen des Mandanten, die mit dem eigentlichen Mandatsverhältnis nichts zu tun haben“ als gefährliche Haftungs-fälle)

818 Faust, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 568.

819 Vgl. Schapp, JZ 2001, 583, 584, der vor der Schuldrechtsreform bereits eine „Überbetonung der Sorgfaltspflichten im Verhältnis zu den Leistungsansprüchen“ und eine damit korrespondierende „Haftungsausdehnung“ wegen der normhierarchischen Gleichstellung von Leistungs- und Nebenpflichten in § 241 I, II BGB befürchtete.

Dazu kommt, dass Pflichten auf rechtsgeschäftlicher Basis eben gerade keine Nebenpflichten, sondern Leistungspflichten nach § 241 I BGB sind.⁸²⁰ Zudem bilden sich konkrete Nebenpflichten regelmäßig erst bei Auftreten einer Gefahr für das zu schützende Rechtsgut – und damit werden Nebenpflichten häufig erst unmittelbar vor dem Verletzungsfall konkretisiert.⁸²¹

Beispiel 25 Im Insolvenzfall⁸²² entsteht die Nebenpflicht des Steuerberaters, dem Mandanten einen Weg aus dessen Unsicherheit über die möglicherweise drohende Insolvenz zu bieten, erst in dem Moment, in welchem der Mandant die Frage im Gespräch mit dem Steuerberater thematisiert und der Steuerberater sich grundsätzlich gesprächsbereit zeigt.

Unabhängig von ihrem Status als Pflicht sind die Verhaltensanforderungen vorher zu abstrakt (Nichtschädigungsgebot sowie unklar begrenztes Schadensabwendungsgebot), um von einer Einigung bei Begründung des Schuldverhältnisses erfasst zu sein. Darüber hinaus ist es anerkannt, dass ein Schuldverhältnis sogar dann Nebenpflichten enthalten kann, wenn ein rechtsgeschäftlicher Geltungsgrund durch gegenseitiges Erlöschen der Leistungspflichten verblasst⁸²³ oder mittels Anfechtung vernichtet wird. Obwohl hier ursprünglich ein Vertrag als Haftungsgrund vorlag, fehlt es im Zeitpunkt der Nebenpflichtverletzung an einer wirksamen Willensübereinkunft. Der rechtsgeschäftliche Wille kann also auch im vertraglichen Kontext nicht der ausschlaggebende Haftungsgrund sein.⁸²⁴ Darüber hinaus gibt es auch außerhalb von Verträgen in gesetzlichen und

820 Katzenstein, Jura 2004, 584, 585. So behandelt beispielsweise BGH, Urt. v. 1.2.2013 – V ZR 72/11, Rn. 7ff., 11ff. den seltenen Fall, dass eine vertragliche Informationspflicht den Kaufgegenstand betreffend über das vorvertragliche Pflichtenniveau hinausgeht. Wie der BGH richtig feststellte, lag dies aber allein daran, dass die vertragliche Informationspflicht – anders als die vorvertraglichen Aufklärungspflichten nach §§ 311 II, 241 II BGB – auf privatautonomer Vereinbarung fußte. Die Reichweite der vertraglichen Aufklärungspflicht konnte damit problemlos über diejenige der vorvertraglichen Pflicht hinausgehen. Folgerichtig stellte der BGH für den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der vertraglichen Informationspflicht auch nicht auf §§ 280 I, 241 II BGB, sondern allein auf § 280 I 1 BGB ab.

821 Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 170.

822 S.o., S. 150.

823 So auch im Fall eines bestehenden, aber noch nicht ausgeübten Rücktrittsrechts, näher jurisPK-BGB/Faust, 8. Aufl. 2017, § 346 Rn. 118.

824 So auch Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 97f.; krit. bereits Staub, Vertragsverletzungen, 1904, S. 28f.

rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen Nebenpflichten. Selbst wenn man Nebenpflichten überzeugend auf den Parteiwillen oder die schuldverhältnisbedingte Gestaltungsfreiheit zurückführen könnte⁸²⁵, bliebe die Begründung lediglich auf einen Ausschnitt des Spektrums aller Nebenpflichten beschränkt.⁸²⁶ Ein Schuldverhältnis-übergreifendes Verständnis von Nebenpflichten kann der Ansatz nicht befördern. Nebenpflichten lassen sich im Ergebnis also nicht überzeugend auf das Prinzip der Privatautonomie stützen.⁸²⁷

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Es soll nunmehr überprüft werden, ob die Privatautonomie unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 241 II BGB (Inhalt des Schuldverhältnisses) zumindest sinnvolle Grenzen für die Annahme von Nebenpflichten aufzeigen kann. Ausgangspunkt ist, dass sich Nebenpflichten in vertraglichen Schuldverhältnissen nicht überzeugend auf die Vertragsfreiheit zurückführen lassen.⁸²⁸ Dennoch ist anerkannt, dass die Haftung aus vertraglicher Nebenpflichtverletzung in vielen

825 Vgl. beispielsweise zur Reichweite von Pflichten nach § 241 II BGB im Hinblick auf den Rückgewährgegenstand bei einbestehendem, aber noch nicht ausgeübtem Rücktrittsrecht jurisPK-BGB/*Faust*, 8. Aufl. 2017, § 346 Rn. 118f. („*Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen des künftigen Rückgewährgläubigers [...] richtet sich nach dem Vertragsinhalt*“).

826 Oechsler, *Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. 170; vgl. anschaulich zum „Bananenschalenfall“ Canaris, *Vertrauenshaftung*, 1971, S. 540 („konkludente Erklärung des Inhabers [...], daß er seinen Betrieb ordnungsgemäß organisiert habe [...] reine Fiktion“)

827 So auch *Berger*, *Grenzen*, 1935, S. 49f. („*Fiktion*“); *Canaris*, JZ 1965, 475, 476f.; *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, 1971, S. 538f.; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 93f.; *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 281, 283f.; *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 585f.; *Kersting*, *Dritthaftung*, 2007, S. 381f.; *Nirk*, *RabelsZ* 18 (1953), 310, 350, 352; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 403 („*nicht einmal auch nur mittelbar von Bedeutung*“), 408f.; *Picker*, JZ 1987, 1041, 1043f.; *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 143 („*reine Fiktion*“); *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, 358f.; *Schwarze*, *Verständigungspflichten*, 2001, S. 40 („*Haftung kann nicht auf einen rechtsgeschäftlichen Akt zurückgeführt werden*“); AK-BGB/*Teubner*, 1980, § 242 Rn. 56; MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 81 („*von [...] Betätigung der Privatautonomie [kann] eigentlich nicht die Rede sein*“) *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 95.

828 S.o., S. 196ff. Sie werden deshalb von der überwiegenden Ansicht in der Literatur auf einen „*gesetzlichen Geltungsgrund*“ (Oechsler, *Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. 170) zurückgeführt, s.o., S. 169 (Fn. 688). Bei einer negativen Abgrenzung zu (privat-)autonom herbeigeführten Pflichten sind sie deshalb als „*heteronom*“ einzuordnen, Hassemer, *Heteronomie*, 2007, S. 31 („*Heteronom ist, was nicht autonom ist [...]*“).

Aspekten vertragsakzessorisch ist.⁸²⁹ Das privatautonom herbeigeführte Schuldverhältnis mag also keine überzeugende Begründung für Nebenpflichten bieten, es könnte sich aber für die Begrenzung derselben nutzbar machen lassen.

Beispiel 6 Im Haltefristfall⁸³⁰ wird deutlich, dass die Gerichte mit der Annahme von Nebenpflichten zum Teil eine abstrakte Risikozeuweisung vornehmen, die von dem über §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Willen des Schuldners völlig abstrahiert. Schließlich war es für den Steuerberater völlig fernliegend, neben einem kostenlosen Auskunftsvertrag über die unmittelbar nachgefragte Problematik auch noch die Haftung für darüber hinausgehende Fragestellungen zu übernehmen.⁸³¹ Ganz unabhängig davon, ob sich die Nebenpflicht auf objektive Risikoverteilungserwägungen stützen lässt, entspringt sie zumindest keinesfalls einer verständigen Würdigung des Parteiwillens.⁸³²

Der Fall macht deutlich, dass auch innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse der Parteiwille bei der Subsumtion zu Nebenpflichten kaum eine Rolle spielt. Diese – quasi umgekehrte – Komponente der Vertragsfreiheit wird von den Gerichten also tendenziell vernachlässigt.⁸³³

Lässt sich eine Pflicht innerhalb eines Schuldverhältnisses auf den gemeinsamen Willen der Parteien zurückführen, so stellt sie schon begrifflich keine Nebenpflicht, sondern eine Leistungspflicht dar. Das könnte zu dem Schluss verleiten,

829 Oechler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 173 spricht ob dieses vermeintlichen Widerspruchs von einem „Paradoxon“. Insbesondere gesetzlich angeordnete Haftungsmilderungen wie beispielsweise § 521 BGB wirken sich mitunter auch auf Nebenpflichtverletzungen aus, näher BGH, Urt. v. 20.11.1984 – IVa ZR 104/83 (Kartoffelpülpe), Rn. 17 (BGHZ 93, 23, 27ff.).

830 S.o., S. 26.

831 Plakativ – wenn auch im Kontext des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – Honsell, FS Medicus, 1999, S. 211, 233 („Die Rechtsprechung arbeitet mit einem fiktiven Parteiwillen und unterstellt den Parteien Vereinbarungen, an die sie nicht gedacht haben, und die sie, wenn sie daran gedacht hätten, nicht getroffen hätten.“).

832 Schon der Auskunftsvertrag an sich ist schließlich eine „Vertragsfiktion“, deutlich Hopt, AcP 183 (1983), 608, 617f.; vgl. auch Faust, Gutachten DJT, 2016, S. 40 („Fiktion des Rechtsbindungswillens in Fällen [...], in denen das Vorliegen eines Schuldverhältnisses der Billigkeit entspricht“).

833 Positiv hervorzuheben hier OLG Saarbrücken, Urt. v. 18.2.2016 – 4 U 60/15, Rn. 38 („Die vertraglich übernommenen Verpflichtungen bestimmen und begrenzen [!] insoweit auch den Umfang der Beratungspflichten [aus § 241 II BGB].“)

dass der Parteiwille bei Nebenpflichten überhaupt keine – und damit auch keine begrenzende – Funktion hat.⁸³⁴ Genau das ist aber nicht der Fall: So besitzt der über die §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde Wille der Beteiligten – insbesondere der zutage tretende Wille des Schuldners – durchaus die Fähigkeit, Nebenpflichten zu begrenzen oder gar, eine Nebenpflicht an ihrer Entstehung zu hindern. Was die Parteien nicht geregelt haben, kann schließlich auch über die tatsächliche Regelungsintention der Parteien Auskunft geben: So wollten sie womöglich das Schadensrisiko für das durch die Nebenpflicht zu schützende Interesse dem Inhaber des Interesses zuweisen (Schweigen als Reden).

*So scheidet beispielsweise auch eine ergänzende Vertragsauslegung aus, wenn die Parteien den Vertrag bewusst lückenhaft gelassen haben.*⁸³⁵

Selbst wenn sie die in Frage stehende Nebenpflicht überhaupt nicht bedacht haben, gibt es noch die Möglichkeit, dass aus den tatsächlich geregelten Bestandteilen des Schuldverhältnisses trotzdem nach §§ 133, 157 BGB der gemeinsame Wille abzuleiten ist, das Schadensrisiko für das betroffenen Interesse dem Gläubiger zuzuweisen.⁸³⁶

Beispiel 6 Im Haltefristfall⁸³⁷ hatten die Parteien die betreffende Pflicht keinesfalls bewusst ausgelassen. Schließlich wurde auch der tatsächliche Vertragsschluss erst durch gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts festgestellt. Bei Auslegung der Erklärung des Steuer-

834 So offenbar Binder, AcP 211 (2011), 587, 616 („in Ermangelung einer einvernehmlichen Haftungsbefreiung oder Haftungsbeschränkung [...] [ist] ein konkreter Parteiwille, der der Verpflichtung [aus Nebenpflichten] entgegensteht, regelmäßig nicht feststellbar“).

835 MüKo-BGB/Busche, 7. Aufl. 2015, § 157 Rn. 43.

836 In quasi umgekehrter Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragslegung ist dann von der Annahme einer Nebenpflicht gerade abzusehen, um nicht das vertraglich Gewollte zu untergraben, vgl. Mayer-Maly, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 621, 625, 627 („tatsächliche Parteiwille hat für die Ermittlung eines hypothetischen vor allem Schrankenfunktion“); Wiedemann, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1281, 1286 (methodischer Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung gegenüber der Anwendung dispositiven Rechts: „Der Parteiwille dominiert, wenn sich aus dem Text oder dem Verhalten der Parteien Rückschlüsse dafür gewinnen lassen, wie sie selbst die Vertragslücke ausgefüllt hätten, wenn sie ihnen bewußt gewesen wäre.“); s. auch Faust, AcP 210 (2010), 555, 565f., der die §§ 133, 157 BGB zutreffend als Schranken des § 311 III 2 BGB berücksichtigt, obwohl es an Willenserklärungen im rechtstechnischen Sinne gerade mangelt.

837 S.o., S. 26.

beraters konnte schließlich auch bei Berücksichtigung des objektivierten Empfängerhorizonts des Ratsuchenden nicht davon ausgegangen werden, dass der Pflichtumfang über das explizit Gefragte hinausgehen sollte. Schließlich war keinerlei Bezahlung vereinbart und das Umfeld des Vertragsschlusses lag nur in der Peripherie des Geschäftlichen. Aus dem explizit Geregelteten ließ sich also im Umkehrschluss ein Ausschluss weiterer Pflichten des Fachkundigen ableiten, der die Annahme einer Nebenpflicht – wie sie der BGH bejahte – hätte verhindern müssen.

Unabhängig von der konkreten Begründung gibt der Wortlaut des § 241 II BGB klar vor, dass sich Nebenpflichten auf den Inhalt des Schuldverhältnisses stützen lassen müssen. Der in der ursprünglichen Begründung des Schuldverhältnisses zutage getretene Parteiwille sollte daher durch die Annahme einer Nebenpflicht nicht ohne weiteres verwässert oder gar untergraben werden.⁸³⁸

c) Zwischenergebnis: Parteiwille als mögliche Grenze für Nebenpflichten

Im Ergebnis kann der über §§ 133, 157 BGB ermittelte Parteiwille eine mögliche Grenze für Nebenpflichten darstellen, auch wenn sich Nebenpflichten als Haftungsgrund nicht auf den Parteiwillen stützen lassen.

⁸³⁸ Man muss sich daher die Frage stellen, ob zumindest in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen über die umgekehrte Anwendung der Grundsätze von der ergänzenden Vertragsauslegung eine wünschenswerte Begrenzung zu erreichen ist, vgl. *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 579 („*vor dem, was was die Parteien privatautonom gestaltet haben, sollten die Rechtsanwender höchsten Respekt haben, selbst wenn es dazu führt, dass manche Schäden unersetzt bleiben*“). So ist (auch) eine ergänzende Vertragsauslegung unzulässig, wenn sie zu einer „*Erweiterung des Vertragsgegenstandes*“ führen würde, nachdrücklich BGH, Urt. v. 26.6.2014 – III ZR 299/13, Rn. 13f. Auch wenn Nebenpflichten nach hie vertretener Ansicht methodisch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung festgestellt werden, ist nicht ersichtlich, warum diese Grenze nicht auch § 241 II BGB erfassen sollte. Die Norm ist schließlich weder dem Wortlaut noch dem Zweck nach ein Freibrief für beliebige Korrekturen eines auf privatautonomer Basis entstandenen Schuldverhältnisses durch den Rechtsanwender. Zumindest die bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu beachtenden Grenzen sollten in jedem Kontext vertraglicher Lückenfüllung beachtet werden, vgl. zur Lösung der Fälle von gestörter Geschäftsgrundlage über die (ergänzende) Auslegung *Medicus*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 629, 637f.

3. Möglichkeit zur Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung

Inhalt eines (rechtsgeschäftlichen) Schuldverhältnisses ist nicht nur, was positiv vereinbart wurde, sondern auch, was in negativer Hinsicht nicht wirksam abbedungen wurde. Es gilt demnach ebenfalls zu überprüfen, ob und inwieweit sich Nebenpflichten auf die Möglichkeit stützen lassen, für sie eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen. Die Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung innerhalb von Schuldverhältnissen als Begründung für die Haftung aus einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflichtverletzung zu nutzen, wurde bereits von *Canaris* angedacht⁸³⁹, aber von ihm nicht näher vertieft.

a) Eignung als Haftungsgrund?

Der entscheidende Unterschied zwischen dem Schuldverhältnis- und dem Jedermannsrecht ist, dass innerhalb eines Schuldverhältnisses bereits vor Verletzung einer Nebenpflicht eine Individualisierung von Gläubiger(n) und Schuldner(n) stattgefunden hat, die außerhalb eines Schuldverhältnisses erst mit Verstoß gegen das Jedermannsrecht eintritt. Den Parteien eines Schuldverhältnisses steht damit grundsätzlich die Möglichkeit offen, die Haftung aus diesem Schuldverhältnis – also auch für Nebenpflichtverletzungen – durch Vereinbarung (§ 311 I BGB) zu begründen, zu ändern oder zu beschränken,⁸⁴⁰ während dem Schuldner einer Jedermannspflicht grundsätzlich nur die Möglichkeit der (Haftpflicht-) Versicherung bleibt.

Ausfluss privatautonomer Gestaltungsmacht in einem Schuldverhältnis ist auch die Möglichkeit, die Haftung durch Ausschluss oder Beschränkung zu beeinflus-

839 Vgl. *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 38. Ähnlich wird beispielsweise die *culpa in contrahendo* als vorvertraglicher Repräsentant der Nebenpflichthaftung als „*Korrelat privatautonomer Gestaltungsmacht*“ (*Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 172) gesehen, *Fleischer*, Informationssasymmetrie, 2001, S. 419f. Mit dem Begriff des Korrelats wird deutlich, dass hiermit nicht etwa die Begründung der Nebenpflicht direkt über die Vertragsfreiheit als Bestandteil der Privatautonomie versucht wird. Ein Versuch, Nebenpflichten auf einen übereinstimmenden Parteiwillen zurückzuführen muss schließlich fehlgehen, s.o., S. 196ff. Das Wort bedeutet vielmehr Gegenstück oder Entsprechung, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Korrelat>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018.

840 Vgl. *Bamberger/Roth/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 12.

sen.⁸⁴¹ Eine Haftungsbeschränkung für die Verantwortlichkeit aus Nebenpflichten kann entweder individualvertraglich⁸⁴² oder durch AGB erfolgen. In der Tendenz ist bereits im ersten Zugriff deutlich, dass die völlige Diffusität denkbarer Nebenpflichten den individualvertraglichen Ausschluss und den Ausschluss durch AGB sowohl faktisch als auch rechtlich erheblich einschränkt.⁸⁴³ Das Gebot aus § 241 II BGB konkretisiert sich schließlich erst kurz vor der Schädigung zu einer konkreten Handlungspflicht. Um spätere Nebenpflichtverletzungen sinnvoll erfassen zu können, muss eine *ex ante* erfolgende Haftungsbeschränkung daher sehr allgemein formuliert sein. Zwar sind Nebenpflichten aus § 241 II BGB nicht grundsätzlich jeder Beschränkung unzugänglich.⁸⁴⁴ Auch eine individualvertragliche Haftungsbeschränkung darf aber nicht das Gebot von Treu und Glauben aus § 242 BGB tangieren.⁸⁴⁵ Ein entsprechender Versuch, dies abzubedingen, würde dann gegen § 242 BGB selbst verstoßen. Nebenpflichten sind zwar seit 2002 aus § 241 II BGB abzuleiten, hatten davor aber ihre dogmatischen Wurzeln in § 242 BGB. Der das Gebot von Treu und Glauben repräsentierende Stamm der aus § 241 II BGB folgenden Pflichten wird daher von jedem

841 Dies kann einseitig oder zweiseitig geschehen: Zum einen besteht die Möglichkeit, dass der Schuldner der Nebenpflicht den Haftungsausschluss einseitig zur Bedingung dafür macht, dass er das Schuldverhältnis überhaupt erst zur Entstehung gelangen lässt. Besteht das Schuldverhältnis bereits, so bleibt dem Schuldner weiterhin die Möglichkeit, durch zweiseitige Koordination mit dem Gläubiger die Haftung für eine etwaige Nebenpflichtverletzung auszuschließen. Nur der Schuldner eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses kann eine etwaige Haftungsbeschränkung für Nebenpflichtverletzungen dabei zur Bedingung dazu machen, dass er das Schuldverhältnis überhaupt eingeht. Dem Schuldner eines gesetzlichen Schuldverhältnisses fehlt dieses Druckmittel in einer Verhandlung, weil das Schuldverhältnis aufgrund der Erfüllung eines gesetzlich festgelegten Tatbestands entstanden ist. Er kann sich also nur noch freikaufen. Das führt dazu, dass es innerhalb gesetzlicher Schuldverhältnisse bereits faktisch kaum je dazu kommen wird, Nebenpflichten auszuschließen.

842 Zur Unzulässigkeit, die Geltung des AGB-Rechts individualvertraglich auszuschließen, wenn die Klausel nicht gem. § 305 I 3 BGB „im Einzelnen ausgehandelt“ ist BGH, Urt. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, Rn. 29f.; *Jaensch*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, EWiR 2014, 485, 485f.

843 Vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 516; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 63; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 849; *L. Müller*, JuS 1998, 894, 898; *E. Schmidt*, JA 1978, 597, 604 („*Haftungserleichterungen* [bei Nebenpflichten] [...] mit Vorbehalt zu genießen“).

844 MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 51; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 713. Das ergibt sich letztlich auch aus der Bereitschaft des BGH, gesetzliche Haftungsmilderungen wie § 521 BGB unter bestimmten Voraussetzungen auf Nebenpflichtverletzungen anzuwenden, vgl. *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 533.

845 MüKo-BGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 97.

Versuch, die Äste zu trimmen, unbeeinträchtigt bleiben.⁸⁴⁶ Ob und wann der Stamm tangiert ist, lässt sich nur im Einzelfall anhand einer wertenden Abwägung überprüfen.⁸⁴⁷ Dabei erscheint eine Orientierung an den Maßstäben des § 307 I 1, II Nr. 2 BGB durchaus sinnvoll.⁸⁴⁸

Bei einer Haftungsbeschränkung durch AGB müssen denkbare Klauseln insbesondere im Hinblick auf die §§ 305c, 307 I 2, 309 Nr. 7 a), b) BGB untersucht werden sowie auf eine wertungsmäßige Vereinbarkeit mit § 307 I 1, II BGB.⁸⁴⁹ Die Klausel muss dabei – ebenso wie eine Individualvereinbarung – sehr weit gefasst sein, um die noch unkonkretisierte Nebenpflicht später überhaupt erfassen zu können. Weil gerade der Kombination aus einem besonders vagen Wortlaut und der intendierten Haftungsbeschränkung ausgerechnet für Integritätschäden für den Gläubiger ein Übertumpelungseffekt⁸⁵⁰ innewohnen kann, wird sie als überraschende Klausel nach § 305c I BGB gegebenenfalls gar nicht erst Vertragsbestandteil. Eine allzu diffuse Haftungsbeschränkung für Integritäts-

846 Vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 51; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 713 (Fn. 406). MüKo-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 97 weist zutreffend darauf hin, dass die „Kriterien der Redlichkeit, des Vertrauensschutzes, der materiellen Gerechtigkeit etc.“ wegen § 242 BGB nicht abbedungen werden können. Bedenkt man, dass Nebenpflichten regelmäßig auf den zentralen Haftungsgrund des Vertrauensschutzes zurückgeführt werden, so erscheint es aus einer dogmatischen Perspektive durchaus zweifelhaft, ob sie sich überhaupt im Einklang mit § 242 individualvertraglich ausschließen lassen, skeptisch auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 140 („Ein Schutz, der nicht auf rechtsgeschäftlicher Einräumung beruht, steht nicht ohne weiteres gleich wieder im vorhinein zur privatautonomen Disposition.“); U. Huber, AcP 177 (1977), 281, 330f.; AK-BGB/Teubner, 1980, § 242 Rn. 66 („vertragliche Freizeichnung von Schutzpflichten ausgeschlossen“).

847 So letztlich auch MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 51. Auch Hopt, AcP 183 (1983), 608, 713f. (Fn. 406) geht grundsätzlich davon aus, dass der „zwingende Kern“ der Berufspflichten „enger“ als der Kreis aller Nebenpflichten ist. Er will aber in einer solchen Abwägung auch den „Funktionenschutz“ der Verhaltensanforderungen – also die überindividuelle Schutzrichtung der Nebenpflichten – berücksichtigen, was wohl zulasten der individuellen Abdingbarkeit gehen wird.

848 Vgl. auch BGH, Urt. v. 5.12.2000 – XI ZR 340/99, Rn. 26, der im Kontext eines Auskunftsvertrags – ohne jede AGB-rechtliche Prüfung – eine Freizeichnungsklausel für unwirksam erklärt, weil sie die „Kardinalpflicht“ der vollständigen und umfassenden Information betraf; ähnlich Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 431; gegen den schwammigen Begriff der Kardinalpflicht und für eine rein ökonomische Betrachtung Kötz, Travemünder Symposium, 1989, S. 189, 193ff.

849 Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 849f. Zudem scheidet eine faktische Einschränkung von Nebenpflichten durch die formularmäßige Veränderung der Beweislast zulasten des Vertragspartners an § 309 Nr. 12 BGB, vgl. BGH, Urt. v. 20.4.1989 – IX ZR 214/88, Rn. 8f.

850 BGH, Urt. v. 10.11.1989 – V ZR 201/88, Rn. 14 (BGHZ 109, 197, 200f.).

schäden kann auch dazu führen, dass die Klausel gegen § 307 I 2 BGB (Transparenzgebot) verstößt.⁸⁵¹ Im Bereich der (wertenden) Inhaltskontrolle beschränkt insbesondere § 309 Nr. 7 a) BGB die Möglichkeit einen Haftungsausschluss für Nebenpflichten zu vereinbaren.⁸⁵² Häufig sind Klauseln, die Nebenpflichtverletzungen tatbestandlich überhaupt erfassen können, nämlich so allgemein, dass sie bei einer großzügigen Auslegung nach § 305c II BGB auch Gesundheitsverletzungen betreffen.⁸⁵³ Dann ist aber bereits ein Ausschluss für fahrlässiges Handeln des Schuldners unzulässig.⁸⁵⁴ Selbst wenn die Klausel sich auf vermögenswerte Interessen des Gläubigers beschränkt, darf sie nicht so formuliert sein, dass sie auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit einschränkt. Anderenfalls ist sie nach § 309 Nr. 7 b) BGB unwirksam. Verändert eine Klausel die Beweislast so zulasten des Vertragspartners, dass der Beweis einer Nebenpflichtverletzung erschwert wird, so wird sie im Regelfall an § 309 Nr. 12 BGB scheitern.⁸⁵⁵ Über die Generalklausel des § 307 I, II BGB findet nach § 310 I 2 Hs. 2 BGB insbesondere § 309 Nr. 7 BGB auch im unternehmerischen Verkehr Anwendung.⁸⁵⁶

§ 307 I 1 BGB erklärt zudem einen solchen Ausschluss für unwirksam, der den Vertragspartner entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben benachteiligt. Nebenpflichten zum Integritätsschutz haben ihre historischen Wurzeln in § 242 BGB.⁸⁵⁷ Zumindest was den Schutz der körperlichen Integrität anbelangt, hat die Rechtsprechung einen Haftungsausschluss für Nebenpflichten deshalb mit § 307 I 1 BGB für unvereinbar erklärt.⁸⁵⁸ Eine unangemessene Benachteiligung ist gem. § 307 II Nr. 2 BGB auch anzunehmen, wenn die Haftung für sog. Kardinalspflichten eingeschränkt wird.⁸⁵⁹ Auch integritätsschützende Nebenpflichten können dabei zu solchen Pflichten gehören, deren Beschränkung

851 Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2004 – VIII ZR 386/02, Rn. 18.

852 BGH, Urt. v. 23.9.2010 – III ZR 246/09, Rn. 26f. (BGHZ 187, 86, 94f.); *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 212 (Fn. 141); NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 63; Das neue Schuldrecht/*Medicus*, 2002, Kap. 3 Rn. 152; *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 850; Erman/*Roloff*, 15. Aufl. 2017, § 309 Rn. 64; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 206, 215; MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 88.

853 Vgl. BGH, Urt. v. 23.9.2010 – III ZR 246/09, Rn. 26 (BGHZ 187, 86, 94f.).

854 Vgl. auch *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281, 330; *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 60.

855 Deutlich BGH, Urt. v. 20.4.1989 – IX ZR 214/88, Rn. 8f.

856 *Graf von Westphalen*, ZIP 2015, 1316, 1324; Erman/*Roloff*, 15. Aufl. 2017, § 309 Rn. 76.

857 Instruktiv *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 84.

858 BGH, Urt. v. 11.3.1986 – VI ZR 22/85, Rn. 24 a.E.

859 *Graf von Westphalen*, ZIP 2015, 1316, 1322f.

die „Erreichung des Vertragszwecks gefährdet“.⁸⁶⁰ Erforderlich ist hierfür, dass „die Freizeichnung [von der Nebenpflicht] die angemessene Risikoverteilung empfindlich stören würde“.⁸⁶¹ Nebenpflichten werden häufig gerade mit dem Grund angenommen, eine anderenfalls unangemessene Risikoverteilung zu verhindern. Dass sie integral für die Sinnhaftigkeit des Schuldverhältnisses sind, hat häufig bereits ihre Begründung gezeigt. Insofern ist davon auszugehen, dass ein nicht unwesentlicher Teil der Pflichten aus § 241 II BGB Kardinalspflichten im Sinne von § 307 II Nr. 2 BGB darstellen wird.⁸⁶² Dazu gehören beispielsweise Nebenpflichten zum Schutz der sachlichen Integrität, wenn die Sache im Verlauf des Schuldverhältnisses zwingend dem (alleinigen⁸⁶³) Zugriff des Schuldners ausgesetzt ist.

Beispiel 16 Im Waschanlagenfall⁸⁶⁴ stellt es laut BGH eine unangemessene Benachteiligung des Kunden dar, wenn der Waschanlagenbetreiber eine Haftung für normale Fahrlässigkeit bei Beschädigungen am Auto infolge von Nebenpflichtverletzungen ausschließen

860 So explizit BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 26f. m.w.N. (BGHZ 103, 316, 321f.); NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 63; Erman/Roloff, 15. Aufl. 2017, § 309 Rn. 72; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 88; MüKo-BGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 74.

861 BGH, Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, Rn. 53.

862 Vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 140; Das neue Schuldrecht/Medicus, 2002, Kap. 3 Rn. 156f.

863 Der BGH hat die Abdingbarkeit einer Nebenpflicht trotz § 307 II Nr. 2 BGB bejaht, weil der Kunde seinen Gewahrsam über das in der Werft beschädigte Schiff nicht verloren hatte, BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 34f. (BGHZ 103, 316, 324f.). Er hatte über den gesamten Verlauf des Schuldverhältnisses Männer an Bord und damit stets die Möglichkeit, in das Geschehen kontrollierend einzugreifen. Selbst unter der Annahme, dass es sich bei einer Nebenpflicht zum Schutz der Schiffsintegrität um eine „Kardinalpflicht“ handele, sei „die Erreichung des Vertragszwecks [nicht nach § 307 II Nr. 2 BGB] gefährdet“, weil der Gläubiger dem Risiko nicht schutzlos „ausgeliefert“ war. Der BGH begründete dies zudem mit dem ohnehin bestehenden Versicherungsschutz für das Schiff: Weil der Gläubiger das Risiko also bereits versichert hatte – und der Gläubiger auch auf diese Versicherung vertrauen durfte –, könne ein entsprechenden Haftungsausschluss den Vertragszweck nicht entscheidend gefährden, BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 36 (BGHZ 103, 316, 326f.). Insofern zeigt dieser Fall, dass Nebenpflichten im Regelfall zwar Kardinalpflichten darstellen werden. Ob ein Haftungsausschluss für diese Pflicht aber gem. § 307 II Nr. 2 BGB das Erreichen des Vertragszwecks gefährdet, ist bei Nebenpflichten separat zu prüfen und mag im Einzelfall – z.B. bei Versicherungsschutz für den Schaden – zu verneinen sein.

864 S.o., S. 97.

will.⁸⁶⁵ Eine entsprechende AGB ist damit gem. § 307 I 1, II Nr. 2 BGB unwirksam.

Auch im Kontext vermögenswerter Interessen sind Nebenpflichten häufig der Disposition der Parteien entzogen.

Beispiel 6 Im Haltefristfall⁸⁶⁶ wäre ein Ausschluss durch AGB aufgrund der Tatsache, dass schon der Vertragsschluss per Telefon erfolgte, praktisch unwahrscheinlich gewesen. Er wäre aber wohl ohnehin unzulässig gewesen. Der BGH hat nämlich entschieden, dass die Haftung einer Bank für eine in einem Anlageprospekt veröffentlichte Bonitätsauskunft aus einem Auskunftsvertrag gegenüber dem Anleger nicht beschränkt werden könne, weil die „Erteilung einer richtigen und vollständigen Auskunft als Kardinalpflicht“ anzusehen sei.⁸⁶⁷ Dazu gehören dann konsequenterweise auch die mit einem Auskunftsvertrag verbundenen Nebenpflichten.⁸⁶⁸

Nebenpflichten lassen sich also zum einen nur schwer überhaupt durch einen Haftungsausschluss erfassen. Zum anderen zeigt die kursorische Analyse des AGB-Rechts, dass die Haftungsbeschränkung für eine Nebenpflicht häufig unwirksam sein wird. Insbesondere der historisch belegte Bezug von Nebenpflichten zu § 242 BGB führt dazu, dass sie häufig der Disposition entzogen sind. Die Begründung einer Nebenpflicht fußt häufig gerade darauf, dass die Ausgestaltung des Schuldverhältnisses sonst zu einer unangemessenen Risikoverteilung führt. Weil sich Nebenpflichten also nur in so begrenztem Umfang ausschließen

865 BGH, Urt. v. 30.11.2004 – X ZR 133/03, Rn. 26ff. Der Kunde dürfe „insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Risikobeherrschung“ darauf vertrauen, dass sein Auto entweder schadensfrei die Waschanlage verlassen würde, oder er zumindest einen Schadensersatzanspruch geltend machen könne, BGH, Urt. v. 30.11.2004 – X ZR 133/03, Rn. 28.

866 S.o., S. 26.

867 BGH, Urt. v. 5.12.2000 – XI ZR 340/99, Rn. 26.

868 Ähnlich hat der BGH für die Beratungspflichten eines Versicherungsmaklers entschieden, BGH, Urt. v. 20.1.2005 – III ZR 251/04, Rn. 27 (Pflicht zur „umfassenden Betreuung aller Versicherungsinteressen seines Kunden“ – und damit inklusive aller Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen im Kontext des Versicherungsvertrags – ist nicht disponibel) (BGHZ 162, 67, 77f.). In der Literatur wird auf Basis dieser Entscheidungen jeder Haftungsausschluss für (leichte) Fahrlässigkeit für unwirksam gehalten, wenn er die Betreuung vermögenswerter Interessen des Gläubigers betrifft, vgl. *Bunte*, NJW 1981, 2657, 2659f.; *Erman/Roloff*, 15. Aufl. 2017, § 309 Rn. 72; *MüKo-BGB/Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 74.

lassen, lassen sich Nebenpflichten mit der Möglichkeit zur Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung also nicht überzeugend begründen.

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Denkt man den derart begründeten Ansatz konsequent fort, so müssen sich aus ihm auch Grenzen für Nebenpflichten ableiten lassen. Die Grenze für die Annahme einer Nebenpflicht müsste dann an derjenigen Stelle liegen, an welcher ein Ausschluss derselben nicht mehr möglich ist.⁸⁶⁹ Zöge man die Grenze für Nebenpflichten aber an derjenigen Stelle, an welcher ein Ausschluss ausschiede, so blieben kaum Nebenpflichten übrig. Es wäre zudem ein logischer Zirkelschluss, wegen der fehlenden Abdingbarkeit einer Nebenpflicht die Existenz selbiger Nebenpflicht abzulehnen. Die fehlende Abdingbarkeit beruht ja zu großen Teilen gerade darauf, dass die Nebenpflicht nicht zur Disposition stehen soll – und damit die Existenz einer solchen Nebenpflicht von der Rechtsordnung ausdrücklich erwünscht ist.⁸⁷⁰ Sieht man den Haftungsgrund von § 241 II BGB in der Möglichkeit zur Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung, so vermag dieser Gedanke Nebenpflichten nicht tauglich zu begrenzen.

c) Zwischenergebnis: Kein Einfluss der Möglichkeit des Schuldners zur Beschränkung seiner Haftung auf Nebenpflichten

Die Möglichkeit des Schuldners zur Beschränkung seiner Haftung taugt bei Nebenpflichten aufgrund ihrer nur sehr beschränkten Abdingbarkeit weder als Haftungsgrund noch als überzeugende Haftungsgrenze.

869 Ob der Ausschluss dabei schon theoretisch ausgeschlossen ist oder „nur“ aus einer praktischen Perspektive ausscheidet, muss hierbei egal sein. Entscheidend ist, dass das Prinzip, welches Nebenpflichten begründen soll, ab diesem Moment nicht mehr trägt.

870 Vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, Rn. 53 („sofern die Freizeichnung die angemessene Risikoverteilung empfindlich stören würde“).

II. Historische Funktion von Nebenpflichten

1. Ursprung der Nebenpflichten

Im Rahmen der historischen Auslegung⁸⁷¹ sind aufgrund des Wortlauts des § 241 II BGB⁸⁷² sowie mit Blick auf die Äußerungen des Gesetzgebers⁸⁷³ diejenigen Ansätze⁸⁷⁴ zu thematisieren, welche die Entwicklung der positiven Forderungsverletzung und der *culpa in contrahendo* begleitet haben und mit ihnen gewachsen sind.

871 Um das historische Verständnis des Gesetzgebers von einer Norm erahnen zu können, sind die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien ins Auge zu fassen, *Larenz/Canaris, Methodenlehre*, 3. Aufl. 1995, S. 149f.

872 Bereits der offene Wortlaut des § 241 II BGB macht den Rekurs auf frühere Begründungsansätze notwendig, so auch *Paßmann, Schutzpflichtverletzungen*, 2010, S. 98.

873 In der Gesetzesbegründung gibt der Gesetzgeber zu verstehen, dass sich die „*Lehre von den Schutzpflichten* [...] *allgemein durchgesetzt*“ habe, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125. An dieser Lehre solle durch die Kodifikation von § 241 II BGB auch „*nichts geändert werden*“, BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125.

874 Die Entwicklung der Nebenpflichten wurde aus historischer Perspektive maßgeblich durch *von Jhering*, *JherJb* 4 (1861), 1, 41ff. beeinflusst: Dieser entwickelte die *culpa in contrahendo* (vor allem in Form von verletzten Erklärungspflichten) im Rahmen nichtiger Verträge und legte damit den Grundstein für ein vertragsunabhängiges Verständnis von Nebenpflichten, zu geschichtlichen Vorläufern der von ihm entwickelten *culpa in contrahendo* in Literatur und Rechtsprechung sowie den „Anlaufschwierigkeiten“ seiner Lehre instruktiv *Giario*, *Richter*, 2000, S. 113, 114ff. *Staub*, *Vertragsverletzungen*, 1904, S. 5f. artikulierte als Grundgedanke der Nebenpflichten den später berühmt-berüchtigten „Mangelfolgeschaden“, welcher mit positivem Handeln durch eine Schlechtleistung hervorgerufen wurde. *Siber* kritisierte daran, dass mit diesem engen Verständnis Nebenpflichten ausgelassen würden, deren Verletzung für das Schuldverhältnis zentrale Schäden herbeiführt: Er kreierte mit seinem breiten Ansatz als erster eine eigenständige, von Fallgruppen unabhängige Kategorie der Nebenpflichtverletzung, *Planck/Siber*, 4. Aufl. 1914, Vorbm. zu §§ 275–292 S. 185ff.; vgl. dazu auch *Berger*, *Grenzen*, 1935, S. 10f.; *Gerecke*, *Rechtsgüterschutz*, 2007, S. 186 (Fn. 23). In der Folge waren insbesondere zwei Ströme zur Begründung von Nebenpflichten zu beobachten: Stellvertretend für das eine Lager leitete *Dölle*, *ZgStW* 103 (1943), 67, 72ff. Nebenpflichten aus den faktischen Umständen des Rechtsgüterkontakts zwischen Gläubiger und Schuldner her, während *Ballerstedt*, *AcP* 151 (1950/1951), 501, 507ff. als prominenter Vertreter des anderen – keineswegs zwingend widerstreitenden (vgl. *Dölle*, *ZgStW* 103 (1943), 67, 86f. [zusätzlich „*Rechtsgrund des entgegengebrachten Vertrauens*“]) – Lagers Nebenpflichten auf den Gedanken des Vertrauensschutzes stützte. Das Verständnis von Nebenpflichten, auf welches der Gesetzgeber im Jahr 2002 aufgebaut hat, wurde demnach entscheidend durch zwei Ansätze geprägt: Denjenigen der Faktizität und denjenigen des Schuldnervertrauens als pflichtbegründendem Umstand.

2. Kehrseite besonderer Einwirkungsmöglichkeiten

a) Eignung als Haftungsgrung?

Rückblickend wurden und werden in Literatur zu einem großen Teil Ansätze zu Nebenpflichten vertreten, welche die Begründung für die Annahme einer Nebenpflicht in den Besonderheiten der typisierten oder konkreten Verletzungssituation erblicken.⁸⁷⁵ Auch heutzutage ist nach wohl herrschender Meinung⁸⁷⁶ das entscheidende haftungsbegründende Kriterium bei einer Nebenpflicht die *ex ante* erhöhte Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf das betroffene Rechtsgut des Gläubigers.⁸⁷⁷ Bereits in der juristischen Sekunde vor der Verletzung stand dem Schuldner also eine gegenüber der Allgemeinheit verbesserte Möglichkeit offen, den Gläubiger zu schädigen. Aus dieser besonderen Gefährdungslage der Rechtsgüter des Gläubigers heraus erscheint es angemessen, den Schuldner mit

875 Die faktischen Ansätze gehen dabei vor allem auf *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 72ff. zurück, der Nebenpflichten auf den „sozialen Kontakt“ zwischen Schuldner und Gläubiger stützen wollte. Der grundlegende Ansatz von *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 74f., 84 sieht innerhalb der „Lehre vom sozialen Kontakt“ das besondere Vertrauen des Geschädigten und das darauf beruhende Anvertrauen von Rechtsgütern als maßgeblich für die Reichweite von Nebenpflichten an. Zusammenfassen lassen sich all diese Ansätze mit dem Begriff der Faktizität als pflichtbegründendem Umstand, ähnlich *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 95f. Die verschiedenen Begründungsansätze lassen sich dabei einer von zwei Gruppen zuordnen: Die nach der jeweiligen Ansicht pflichtbegründenden Umstände betreffen grundsätzlich entweder die konkrete Verletzungssituation oder sie betreffen isoliert den Schuldner der Nebenpflicht.

876 Der Begriff der „herrschenden Meinung“ passt hier nur bedingt, treffend *HKK/Schermaier*, 2007, §§ 280–285 Rn. 34 („wie es überhaupt schwer fällt, einzelne Vertreter ohne weiteres einem der [...] Modelle zuzuordnen“). Schließlich wird – zumindest in der Rechtspraxis – niemals explizit über die dogmatische Funktion einer Nebenpflicht gestritten. Der Begriff soll aber klarstellen, dass durchaus keine Einigkeit über die Herleitung von Nebenpflichten besteht und somit zumindest das Streitpotential unerschwellig vorhanden ist.

877 BGH, Urt. v. 14.3.2013 – III ZR 296/11, Rn. 30f. (BGHZ 196, 340, 350f.); OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 66; *Canaris*, JZ 1965, 475, 476; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 38; *Palandt/Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 28; *Kropf*, WM 2014, 640, 644; *Das neue Schuldrecht/Medicus*, 2002, Kap. 3 Rn. 130; *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 249; *Rieble*, Schuldrecht, 2003, S. 137, 143; *Teichmann*, JA 1984, 709, 713; *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 178; *R. Weber*, FS Giger, 1989, S. 735, 753f.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 95 (Fn. 90) m.w.N.; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 11; *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. 106f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, Rn. 11 a.E. („Einflussbereich“) (BGHZ 66, 51, 54). Grundlegend hierzu *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257, 288, 298; zumindest für den Schutz körperlicher und sachlicher Integrität des Gläubiger durch die „Anvertrauenshaftung“ teilweise auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 540.

einer Nebenpflicht zu belasten.⁸⁷⁸ Nebenpflichten lassen sich so als situatives oder schuldverhältnisbedingtes Deliktsrecht verstehen.⁸⁷⁹ Anders als im normalen Deliktsrecht besteht hier gerade keine Gefahr eines Haftungsexzesses, weil die Umstände bei der Verletzung sowohl den Schuldner als auch den Gläubiger und sein gefährdetes Rechtsgut *ex ante* erkennbar machen. Nebenpflichten lassen sich daher durchaus als Kehrseite besonderer Einwirkungsmöglichkeiten verstehen. Weil sich aber letztlich jede Haftung auf die faktischen Gegebenheiten im Kontext der Schädigung stützt, ist der Ansatz für eine praktisch überzeugende Anwendung sehr vage.

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Vielen Ansätzen, welche Nebenpflichten aus der faktischen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner herleiten wollen, ist gemein, dass sie die Grenze bei

878 *Teichmann*, JA 1984, 709, 713 spricht von einer „sozialen Nähe“ als Haftungsgrund. Damit legt dieser Ansatz sein Augenmerk auf die faktischen Umstände bei der Verletzung. Ähnlich präsentiert sich der Ansatz von *Frost*, Schutzpflichten, 1981, S. 64f., die mit den Begriffen der „Rechtskreiseröffnung“ durch den Gläubiger und sowie der „Aufgabe der abwehrbereiten Isolation“ ebenfalls die Faktizität als pflichtbegründendes Element in den Mittelpunkt rückt. In der Literatur wird zudem die „Korrelation von Macht und Verantwortung“ in der Person des Schuldners als Haftungsgrund erwogen, grundlegend *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 172ff. Das umschreibt letztlich faktische Umstände den Schuldner betreffend. Die Nebenpflichten sollen nach diesem Verständnis ein „Gegengewicht“ zu den faktischen Einflussmöglichkeiten des Schuldners darstellen, am Beispiel der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht den Begriff des „Gegengewichts“ prägend BGH, Urt. v. 1.2.1988 – II ZR 75/87, Rn. 18 (BGHZ 103, 184, 195). Damit können zwar auch die rechtlichen Möglichkeiten, auf den Inhalt des Schuldverhältnisses Einfluss zu nehmen, gemeint sein, s.o., S. 204ff. Ebenso gut lässt sich dieser Ansatz aber auf die faktischen Handlungsmöglichkeiten des Schuldners im Schuldverhältnis münzen. Das ähnelt dann im gewissen Maße dem Haftungsgrund der erhöhten Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners. Ebenfalls in diese Richtung geht der Ansatz der Berufshaftung von *Hopt*, der Nebenpflichten letztlich auf den beruflich bedingten Informationsvorsprung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger stützen will, detailliert *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 645ff. („In der besonderen rechtlichen Inpflichtnahme des Fachmanns am Markt gegenüber dem Nichtfachmann ist der Gedanke des Schutzes der abhängigen, schwächeren Partei [...] bereits angelegt.“); ihm dogmatisch zustimmend *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 827f.; in eine ähnliche Richtung *Teichmann*, JA 1984, 709, 714; *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 187 („Grad der Fremdennützigkeit“ des Vertragstyps als Indikator für Nebenpflichten); zum Gedanken der Berufshaftung bereits *Michaelis*, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 325f.

879 Vgl. *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 632ff. (Möglichkeit deliktischer Berufspflichten als dogmatisch gleichwertige Reaktion auf allgemeine „Gruppen- und Verkehrsschutzbedürfnisse“).

einer fehlenden Geschäftlichkeit des Kontakts ziehen.⁸⁸⁰ Deskriptiv-faktische Ansätze werden aber häufig gerade deshalb kritisiert, weil sie nicht in der Lage seien, zwischen geschäftlichen und rein sozialen Kontakten zu unterscheiden.⁸⁸¹ Die Begrenzungstauglichkeit solcher Ansätze ist deshalb fraglich: Zum einen ist die Geschäftlichkeit mittlerweile explizit in § 311 II Nr. 3 BGB angesprochen – und damit im Kontext der Begründung eines Schuldverhältnisses ein relevantes Kriterium, nicht bei der näheren Ausgestaltung. Auch ein Schuldverhältnis, welches im sozialen Kontext entstanden ist, kann Nebenpflichten begründen.

Beispiel 6 *Im Haltefristfall⁸⁸² war das Schuldverhältnis ein Auskunftsvertrag, der trotz des eher sozialen Kontexts der Kontaktaufnahme nach Ansicht des BGH nicht nur eine Leistungspflicht, sondern sogar eine Nebenpflicht enthielt. Die Geschäftlichkeit des Kontaktes hat der BGH hier offenbar mit dem Vorhandensein eines Rechtsbindungswillens gleichgesetzt.*

Zum anderen passt der Begriff des geschäftlichen Kontakts nicht auf gesetzliche Schuldverhältnisse.⁸⁸³ Ein einheitliches Verständnis der Nebenpflichten ist mit dem Begriff also gar nicht möglich. Schließlich liegt dem Begriff der Geschäftlichkeit eine Wertung zugrunde, deren Maßstäbe häufig gar nicht offengelegt werden oder zumindest nicht übereinstimmen. Ob das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner bei der Schädigung als geschäftlich zu klassifizieren ist oder nicht, kann damit keine überzeugende Grenze für die Reichweite von Nebenpflichten liefern.⁸⁸⁴

Besondere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des Geschädigten werden sich dem Schädiger schließlich häufig auch bei einer rein deliktischen

880 Vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 67 (keine Nebenpflichtverletzung, „wenn sich nicht die mit der erhöhten Einwirkungsmöglichkeit typischerweise verbundene Gefahrhöhung verwirklicht“); *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 538; *Larenz*, MDR 1954, 515, 518; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 313f.; *Thiele*, JZ 1967, 649, 653.

881 So deutlich *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 123f., 128, 142f.; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 412ff.; *AK-BGB/Teubner*, 1980, § 242 Rn. 57; *R. Weber*, FS Giger, 1989, S. 735, 747 („teilweise sogar willkürlich“).

882 S.o., S. 26.

883 So auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 106.

884 *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778; *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 22f.; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 412ff.

Integritätsbeeinträchtigung präsentiert haben.⁸⁸⁵ So werden viele der faktischen Kriterien auch außerhalb eines Schuldverhältnisses einmal erfüllt sein, ohne dass dort ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB in Betracht käme.⁸⁸⁶ Das liegt zwar daran, dass in jenen Fällen gar kein Schuldverhältnis vorliegt. Setzt man – wie hier – erst bei der Pflichtenreichweite nach § 241 II BGB an, so ist die Hürde eines Schuldverhältnisses bereits überwunden. Nebenpflichten allein unter dem Aspekt zu betrachten, rein soziale Kontakte von einer Haftung freizuhalten, ist dann kein überzeugender Ansatzpunkt mehr. Schließlich ist dies primär die Aufgabe des Schuldverhältnisses *per se*. Dennoch fällt es schwer, ein Abgrenzungskriterium *innerhalb* eines Schuldverhältnisses zugrunde zu legen, wenn damit in gleicher Weise Fälle *außerhalb* eines Schuldverhältnisses einbezogen würden.⁸⁸⁷

c) Zwischenergebnis: Aussageschwäche faktischer Ansätze

Insgesamt lässt sich feststellen, dass Ansätze mit primär faktischen Anknüpfungspunkten entweder besonders deskriptiv oder hochnormativ geprägt sind. Im ersten Fall droht stets eine gewisse Beliebigkeit, weil sich rein deskriptive Elemente häufig nicht trennscharf unterscheiden lassen. Im zweiten Fall ist eine Reihe von Wertungen erforderlich, um aus dem Kriterium überhaupt etwas ableiten zu können. Damit verliert das Kriterium für sich genommen an Bedeu-

885 Larenz, MDR 1954, 515, 517; Picker, JZ 1987, 1041, 1045f.

886 AK-BGB/Teubner, 1980, § 242 Rn. 57; s. Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 191 (Fn. 46) mit dem anschaulichen Beispiel, dass auch beim durchaus einwirkungsintensiven „Zusammenleben in einer Familie“ der jedermannsrechtlichen Haftung „keine besondere zusätzliche Schutzpflicht [...] zur Seite gestellt wird“.

887 Diesen Widerspruch sieht auch Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 313f. Der grundsätzlich überzeugend begründete Ansatz von Frost, Schutzpflichten, 1981, S. 64f. zeigt hierbei beispielhaft die Konturenlosigkeit einer deskriptiven Herleitung von Nebenpflichten: Sieht man Nebenpflichten mit ihr in einer „Rechtskreiseröffnung“ und „Rechtskreisüberschneidung“ sowie einer damit korrespondierenden „Aufgabe abwehrbereiter Isolation“, so wird die Beliebigkeit der einzelnen Begriffsprägungen in der dogmatischen Ursprungsforschung von Nebenpflichten bei einem Ergebnisvergleich mit anderen Ansichten evident, so überzeugend Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 203; skeptisch bereits Medicus, JuS 1986, 665, 668. Diese Kriterien ließen sich schließlich ohne Probleme gegen alternativ vertretene Ansätze wie finaler Rechtsgüterkontakt, besonderer Zweck der Interaktion oder sogar Vertrauen (als der Leitstern am Himmel der Nebenpflichten) austauschen, ohne dass die hiermit erzielten Ergebnisse zwingend divergieren müssten. Dies ist mehr als bedenklich wenn man bedenkt, dass diese eigentlich gegensätzlich oder zumindest abweichend formulierte Theorien darstellen sollten.

tung. Die Wertung durch den einzelnen Rechtsanwender rückt dann in den Vordergrund. Damit wird das Ergebnis unvorhersehbar. Mit dem häufig bemühten Gedanken der Faktizität lassen sich Nebenpflichten damit zwar – wie praktisch jede Haftung – rechtstatsächlich stützen, aber dogmatisch nur unvollständig erfassen und nicht überzeugend begrenzen.⁸⁸⁸

3. Vertrauensschutz

a) Eignung als Haftungsgrund?

Nach wohl noch herrschender Ansicht in der Literatur wird die *culpa in contrahendo* als vorvertraglicher Teil der Nebenpflichthaftung aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes hergeleitet.⁸⁸⁹ Historisch betrachtet gibt es zudem eine Reihe von Autoren⁸⁹⁰, die Nebenpflichten insgesamt auf den Gedanken der Vertrauenshaftung als Haftungsgrund stützen.⁸⁹¹ Gegen den Versuch, Nebenpflichten auf

888 So auch *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 191f.

889 *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 417f. m.w.N. Grundlegend hat *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951), 501, 507ff. das Vertrauen als entscheidendes, pflichtinhaltsbestimmendes Kriterium im Rahmen der vorvertraglichen Haftung aus Nebenpflichtverletzung herausgearbeitet. Ihm folgend hat *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 442ff., 539f. eine umfassend begründete Lehre von der (An-)Vertrauenshaftung im BGB entwickelt, die auch zur Legitimation von Nebenpflichten taugen kann (vgl. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 74) und die von einigen deshalb spezifisch auf die Nebenpflichten bezogen konkretisiert wurde, Überblick bei *Krebs*, Sonderverbindungen, 2000, S. 38ff. *Canaris* hat den von ihm allgemein begründeten Ansatz der Vertrauenshaftung für Nebenpflichten aufgeteilt: Die „*Erklärungshaftung*“ stützt Informationspflichten auf Vertrauen als Haftungsgrund, während die „*Anvertrauenshaftung*“ sonstigen Rechtsgüterschutz durch Nebenpflichten auf Vertrauensbasis als Haftungsgrund erfasst, vgl. *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 442ff., 539f., 542.

890 S.o., S. 129 (Fn. 521); vgl. bereits die Einschätzung von *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 324.

891 Mit einigen Modifikationen schlägt *Oechsler* vor, Nebenpflichten zumindest innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse aus „*vertragsrechtlichem Vertrauensschutz*“ abzuleiten, *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 245ff.; vgl. bereits *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. 112 („*Vertrauensbasis* [...] *nicht bloß der faktische Kontakt, sondern das vertragliche Zusammenwirken*“). Gegenüber dem herkömmlichen Vertrauensschutz habe dieser Ansatz den Vorteil, die Probleme aus einer „*vertragsspezifische[n] Perspektive*“ zu betrachten, *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 248. Der Begriff des Vertrauens wird hierbei zwar auch mit „*vertragsferne[n] Elemente[n]*“ objektiviert. *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 248 gibt deshalb auch eine gewisse Problemverlagerung weg vom Vertrauen zu. Im Gegensatz zu einem rein vertrauensbasierten oder auch einem rein objektiven Ansatz ermögliche der Ansatz aber eine bessere Berücksichtigung der Einzelheiten des Schuldverhältnisses und der jeweiligen Vereinbarung. Maßstab für die Reichweite der Nebenpflichten sei hiernach die redlichere Weise zu erwartende „*Risikoübernahme*“ durch den Schuldner. Ein ähnlicher Ansatz findet

dem Fundament des Vertrauensschutzes zu erbauen, wird indes auch heftige Kritik vorgebracht.⁸⁹² In der wertenden Auseinandersetzung mit dem Vertrauensbegriff gilt es auszumachen, welche Art von Vertrauen eigentlich gemeint ist, wenn Nebenpflichten als Ausdruck des Prinzips von Vertrauensschutz verstanden werden.

Entscheidend ist dabei, ob Vertrauen eher subjektiv verstanden wird oder eine objektivierte Färbung erhalten soll. Ein subjektives Vertrauensverständnis entspricht zwar unmittelbar dem Wortsinn, verursacht aber in der Praxis massive Beweisprobleme und vermag nicht vom Jedermannsrecht abzugrenzen.⁸⁹³ Die Rechtsprechung praktiziert in der Folge eher einen „*typiserte[n] Vertrauensbe-*

sich bisweilen in der Rechtsprechung, vgl. LG Bonn, Urt. v. 25.6.2011 – 2 O 17/11, Rn. 29 („Die Klägerin hat bei Übernahme des Auftrages nicht die Gefahr übernommen, dass der eingesetzte Mähdrescher durch eine liegen gebliebene Kreuzhacke beschädigt wird.“). Die Berücksichtigung der „makroökonomischen Allokationsprobleme“, die Nebenpflichten nach Ansicht vieler mit sich bringen, lehnt *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 250 als maßgebliches Kriterium ab. Diese vertragsspezifische Perspektive bringt *Oechsler* beispielsweise dazu, die Zurechnung einer Straftat des Gehilfen über § 278 BGB abzulehnen. Ansonsten drohe der Anwendungsbereich des § 278 BGB zu weit zu werden, *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 249f. Der Ansatz „vertraglichen“ Vertrauensschutz trägt eine mögliche Kritik bereits im Namen: Weil er sich auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse beschränkt, kann er kein schuldverhältnisübergreifendes Verständnis von Nebenpflichten befördern.

892 Vgl. von Bar, ZGR 1983, 476, 490ff.; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 640ff.; Lobinger, Verpflichtung, 1999, S. 53 („Weil [...] einschlägiges Vertrauen angesichts der erforderlichen Eingrenzung relevanter Vertrauensstatbestände von Rechts wegen immer auch enttäuscht werden muß, kann der eigentliche Haftungsgrund im Vertrauensmoment nicht liegen.“); Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 103ff.; Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 325 (Fn. 46); Picker, AcP 183 (1983), 369, 418ff.; Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 419ff. So erfolge Vertrauen empirisch belegbar eher auf die Rechtsordnung als auf das Gebaren des Schuldverhältnis-Partners, Fleischer, Informationsasymmetrie, 2001, S. 421. Die Rechtsordnung habe schließlich „auch ohne Vertrauen zu funktionieren“, Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 104. Auf anonymen Märkten – zu denen insbesondere der Kapitalmarkt mit seinen zahlreichen Informationspflichten zählt, vgl. Assmann/Schütze/Assmann, Kapitalanlagerecht, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 112, 114; MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 94ff.; Bamberger-Roth/Gehrlein/Sutschet, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 97ff. – stelle Vertrauensschutz zudem stets nur eine Fiktion dar, Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 255.

893 Vgl. *Kersting*, JR 2009, 221, 223; *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 21; *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. 53f. („*soziale Ubiquität des Vertrauens*“). Beispielhaft widerspräche es sogar dem Verständnis von konkretem Vertrauen, wenn man informationsbezogene Nebenpflichten von Gebrauchtwagenhändlern darauf zurückführen wollen würde, wenn man bedenkt, dass diese im Verkehr „*als besonders wenig vertrauenswürdig gelten*“, treffend *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 (Fn. 21).

*griff*⁸⁹⁴. Dies kommt einem objektiven Verständnis von Vertrauen gleich.⁸⁹⁵ Es entfernt sich dabei aber auch ein gutes Stück vom natürlichen Wortsinn. Zudem ist typisiertes Vertrauen weder eine feste noch eine bekannte Größe und muss sich daher den Vorwurf der Vagheit gefallen lassen. Dieser wiederum lässt das Kriterium sinnentleert werden.⁸⁹⁶ Die dritte Möglichkeit ist eine Deutung von Vertrauen als Systemvertrauen⁸⁹⁷.⁸⁹⁸ Versucht man Nebenpflichten aber auf Systemvertrauen zu stützen, so wird die Qualität von Vertrauen als Blankettprinzip besonders deutlich. Ob und inwieweit auf ein System vertraut wird, hängt schließlich entscheidend davon ab, zu welchen Ergebnissen dieses System führt.

Zudem fällt auf, dass Vertrauen bisweilen zwar den begrifflichen Anknüpfungspunkt für die Begründung von Nebenpflichten in abstrakter Hinsicht darstellt, dann aber *in concreto* bei der Subsumtion gar nicht mehr die entscheidende Rolle spielt. So lässt sich dies insbesondere bei den Nebenpflichten zum Schutz von körperlicher Integrität und Eigentum beobachten: Diese überschneiden sich schließlich tatbestandlich regelmäßig mit Ansprüchen aus den §§ 823ff. BGB.⁸⁹⁹

894 *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 420f. Dass die Rechtsprechung bereit ist, die Typisierung „zur Not“ auch offen zuzugeben, hat die Entwicklung der Prospekthaftung gezeigt, vgl. *Kersting*, JR 2009, 221, 221, 223. Dieses ursprünglich unmittelbar auf die *culpa in contrahendo* (heute §§ 280 I, 241 II, 311 II, III BGB) gestützte Haftungsinstrument sollte den Anlegern die Möglichkeit geben, gegen jeden, der faktisch auf die Prospektgestaltung Einfluss hat, vorzugehen. Aus wirtschaftlichen Gründen sollte der Anspruch also auch gegenüber Personen bestehen, die dem Anleger gar nicht bekannt waren. Ein konkretes Vertrauen auf die ordnungsgemäße Prospekterstellung durch diese Personen konnte also gar nicht vorliegen. Die Rechtsprechung modifizierte den Vertrauensbegriff als Haftungsgrund dann dahingehend, dass auch das typischerweise in Anspruch genommene Vertrauen der Prospektverantwortlichen für eine Haftung genügte, näher MüKo-BGB/*Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 141 (Fn. 469) m.w.N.; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 644 („Vertrauen [...] in dieser Rechtsprechung vollends zur Leerformel geworden“); *Kersting*, JR 2009, 221, 221 („Statushaftung“).

895 *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 120; *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 179 („Vertrauenswürdigkeit“).

896 *von Bar*, ZGR 1983, 476, 488 („Vertrauenshaftung ohne Vertrauen“); *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 255 („degenerative Problemverschiebung“); *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S.53f. Auch fällt bei einer rechtsvergleichenden Umschau auf, dass Vertrauen für vergleichbare Haftungsinstitute vollkommen irrelevant ist, näher *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 422. Dieser Befund sollte zumindest misstrauisch gegenüber der Tauglichkeit des Kriteriums machen.

897 Begriff von *Luhmann*, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 50ff.

898 Hierfür *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 255f.

899 Sogar *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 107 muss zugeben, „daß die Überzeugungskraft einer Einordnung in die Vertrauenshaftung dort abnimmt, wo es [...] um [...] [die] Erhaltungspflichten zum Schutze von Leben, Gesundheit und Eigentum“ geht.

Auch die zahlreichen Vertreter, welche in Nebenpflichten einen Vertrauensschutz verwirklicht sehen, schauen auf der Ebene des Einzelfalls allein auf die Subsumtionskriterien für jedermannsrechtliche Verkehrssicherungspflichten.⁹⁰⁰ Diese wurden indes aus § 823 I BGB heraus entwickelt und stellen keinesfalls ein Produkt des Schuldverhältnisrechts dar⁹⁰¹. Schließlich kann man anzweifeln, ob dem Vertrauensschutz als nicht spezifisch dem allgemeinen Schuldrecht zugeordneten Prinzip überhaupt Bedeutung zukommen soll.⁹⁰² Vertrauen zieht sich schließlich durch alle Lebens- und Rechtsbereiche.⁹⁰³ Warum es also ausgerechnet im Schuldverhältnisrecht das haftungsbegründende Kriterium darstellen soll, bleibt unklar.⁹⁰⁴

Letztlich weist der Haftungsgrund des Vertrauensschutzes daher zu viele Kritikpunkte auf, als dass sich Nebenpflichten mit ihm überzeugend begründen ließen.

900 Vgl. *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 254f.; *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 247.

901 Wohl stellen sie aber ein Produkt des *Schuldrechts* dar, vgl. *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 3f., 78.

902 Vgl. noch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 103 (keine vergleichbare Äußerung in der allein von *Lorenz* überarbeiteten Nachauflage)

903 Auch außerhalb von Schuldverhältnissen basiert ein Schaden regelmäßig sowohl im vermögensrechtlichen Kontext als auch bei der Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter darauf, dass der Geschädigte auf ein pflichtgemäßes Handeln des Schädigers vertraut hat, zutreffend *Larenz*, MDR 1954, 515, 517; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 421f.; *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 423f.

904 So hat der BGH in einem vergaberechtlichen Urteil aus dem Jahr 2011 entschieden, dass ein „Vertrauen“ des Gläubigers eines Anspruch aus §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB entbehrlich sei, weil das gewohnheitsrechtlich gewachsene Vertrauenserfordernis bei der *culpa in contrahendo* im Wortlaut des § 241 II BGB keinen Niederschlag gefunden habe, BGH, Urt. v. 9.6.2011 – X ZR 143/10, Rn. 14f. (BGHZ 190, 89, 94f.); bestätigend BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14, Rn. 8; vgl. hingegen noch BGH, Urt. v. 22.2.1973 – VII ZR 119/71, Rn. 12 („Anspruch [aus vorvertraglicher Nebenpflichtverletzung] beruht also auf dem Erfordernis des Vertrauensschutzes“) (BGHZ 60, 221, 226). Zwar hat der BGH sich bemüht, seine Aussage auf den vergaberechtlichen Kontext zu beschränken, vgl. BGH, Urt. v. 9.6.2011 – X ZR 143/10, Rn. 15 a.E. (BGHZ 190, 89, 94f.). Es ist dennoch insofern als Wink mit dem Zaunpfahl zu werten, als dass Ansprüche aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung nicht von einem – ohnehin nur schwer nachweisbaren – Vertrauen des Gläubigers abhängig gemacht werden sollten.

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Unabhängig von der Überzeugungskraft des Begründungsansatzes ist die Begrenzungstauglichkeit des Kriteriums Vertrauen sehr fraglich. Weil aus einer beweistechnischen Perspektive konkretes Vertrauen schon keine taugliche Begründung für Nebenpflichten darstellt, lassen sich aus dem Kriterium auch keine sinnvollen Grenzen für ebendiese ableiten. Abstraktes Vertrauen lässt sich weder quantifizieren noch überhaupt begrifflich feststellen. In einem konkreten Sachverhalt lässt sich lediglich beurteilen, ob das abstrakte Vertrauen in die Vornahme der durch die jeweilige Nebenpflicht verlangten Handlung im Rechtssinne schutzwürdig ist oder nicht.⁹⁰⁵ Die Schutzwürdigkeit von abstraktem Vertrauen speist sich notwendigerweise immer aus anderen, normativen Kriterien. Vertrauen verliert somit in abstrakter Form seine begrifflichen Konturen und wird zum weiterleitenden, verweisenden Kriterium.⁹⁰⁶ Über die das abstrakte Vertrauen ausgestaltenden Kriterien besteht aber keine Einigkeit.⁹⁰⁷ So gibt es zwar eine Vielzahl von Fallgruppen, in denen mittels einer Nebenpflicht Vertrauensschutz gewährt wird.⁹⁰⁸ Zwischen den Fallgruppen und den theoretischen Grundlagen von abstraktem Vertrauensschutz klafft indes eine große Lücke.⁹⁰⁹ Je nach vom Rechtsanwender herangezogenem, ausfüllendem Kriterium lassen sich schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten beliebig weit fassen. Aufgrund dieser Konturenunschärfe lassen sich mit dem abstrakten Vertrauensbegriff keine *ex ante*

905 Picker, AcP 183 (1983), 369, 419f.

906 Gleiche Einschätzung bei *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 255; *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 169f.; *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 21f.; *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 423f.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 569; *Schwenzer*, Obligationenrecht, 1999, S. 59, 68f. („*Haftungsvoraussetzungen [...] nebulös*“); AK-BGB/*Teubner*, 1980, § 242 Rn. 56.

907 *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 22f. (Fn. 48); *Paschke*, AcP 187 (1987), 60, 69f.; AK-BGB/*Teubner*, 1980, § 242 Rn. 56 („*„Vertrauen“ als empirisches Phänomen so vielgestaltig, daß es nicht ernsthaft als rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Definition von Schutzpflichten in Frage kommt*“); plakativ *Picker*, JZ 1987, 1041, 1045f. („*schlechthin ubiquitäres Moment*“); *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 422 (Anwendung des Vertrauensbegriffs in der Praxis Mischung „aus rechtlicher Assoziation und psychologischer Spekulation“).

908 MüKo-BGB/*Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 39f.; *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 187f. Häufig wird der Aspekt des Vertrauensschutzes bereits in den Tatbestand der Nebenpflicht integriert, wie z.B. in der Fallgruppe des „*Abbruchs von Vertragsverhandlungen*“, vgl. BGH, Urt. v. 10.7.1970 – V ZR 159/67, Rn. 13; *Bamberger-Roth/Gehrlein/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 58.

909 Selbst die grundlegende Notwendigkeit von Vertrauensschutz wird in der Diskussion angezweifelt, näher *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 569f.

vorhersehbaren Grenzen der Nebenpflichten aufzeigen. Der Begriff des Systemvertrauens ist gänzlich konturenlos. Zwar ist er von den Spielarten des Vertrauensschutzes derjenige Ansatz, der noch am besten auf Nebenpflichten passt.⁹¹⁰ Aus ihm lassen sich aber keine Grenzen für Nebenpflichten ableiten. Ab welcher Stelle ohne die Annahme einer Nebenpflicht eine abstrakte Entität wie das Systemvertrauen gefährdet ist, lässt sich nicht vorhersehbar begründen.⁹¹¹

c) Zwischenergebnis: Unschärfe des Vertrauensbegriffs

Insgesamt taugt der Vertrauensbegriff daher weder als Umschreibung der zentralen Funktion von Nebenpflichten noch dazu, Nebenpflichten auf *ex ante* vorhersehbare Weise zu begrenzen.⁹¹²

III. Systematische Funktion von Nebenpflichten

1. Systematischer Standort des § 241 II BGB

Nebenpflichten sind am Anfang des zweiten Buches im BGB geregelt und stehen an der Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse. Innerhalb des zweiten Buches sind sie im ersten Abschnitt geregelt, welcher den Inhalt der Schuldverhältnisse festlegt. Innerhalb dessen steht § 241 II BGB im ersten Titel, der die Verpflichtung zur Leistung festlegt. Im Kontext dieses Standorts sind Nebenpflichten im Hinblick auf die Funktion der Schuldverhältnisse, etwaige gesetzliche Haftungsgründe sowie das Äquivalenzprinzip zu untersuchen.⁹¹³

910 Der Ansatz betrachtet Nebenpflichten schließlich aus einer systemtheoretischen Perspektive. Das ähnelt strukturell dem später untersuchten Ansatz der ökonomischen Analyse, s.u. S. 331ff.

911 Vgl. Schwarze, Verständigungspflichten, 2001, S. 90 („vertrauentheoretische Fassung einer allgemeinen Redlichkeits- oder Treupflicht, mit der für die dogmatische Bestimmung [...] nichts gewonnen ist“).

912 Ähnlich Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 569f.; AK-BGB/Teubner, 1980, § 242 Rn. 56.

913 Um die „sachliche Übereinstimmung“ aller ineinandergreifenden Regelungen innerhalb eines kontextualen Zusammenhangs zu gewährleisten, ist eine Norm auch im Hinblick auf den „Bedeutungszusammenhang des Gesetzes“ auszulegen, Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 145f. Dieses Vorgehen wird landläufig als systematische Auslegung bezeichnet. Bei der systematischen Auslegung einer Norm ist auch das dem näheren Umfeld zugrundeliegende

2. Funktionen des Schuldrechts

a) Eignung als Haftungsgrund?

Im Rahmen der systematischen Auslegung erscheint es sinnvoll, bei der Suche nach Funktion und Grenzen der Nebenpflichten auch die abstrakten Ziele des Schuldrechts mit in den Blick zu nehmen.⁹¹⁴ Die gängige Definition von Schuldrecht ist, dass es in seiner Gänze die Existenz von Güterzuordnung und den reibungslosen Ablauf von Gütertransfers gewährleistet.⁹¹⁵ Das ist als abstrakte Funktion des Schuldrechts zu bezeichnen. Das Schuldrecht umfasst aber in seiner Zielsetzung sehr unterschiedliche Schuldverhältnisse, die wiederum verschiedenen Funktionen dienen: Während rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse die Funktion erfüllen, Gütertausch zu ermöglichen⁹¹⁶, werden vorvertragliche Schuldverhältnisse als rechtsgeschäftsähnlich und damit sachlich in der Nähe eines Gütertausches eingeordnet.⁹¹⁷ Exemplarisch für gesetzliche Schuldverhältnisse soll das Bereicherungsrecht hingegen Vorteile abschöpfen, die ohne

System mitsamt dessen Rechtsprinzipien zu berücksichtigen. vgl. auch HKK/Michaels, 2007, vor § 241 (Systemfragen) Rn. 1 („gesetzssystematische Argumente [im Schuldrecht] zulässig“). An dieser Stelle eröffnet sich eine methodische Schnittmenge zwischen der systematischen und der teleologischen Auslegung, die deutlich macht, dass die Auslegungsmethoden nicht völlig isoliert voneinander zu betrachten sind, sondern durchaus ineinander greifen, näher Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 148f.

914 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 434 (Entwicklung der Nebenpflichten „aus den Grundgedanken des allgemeinen Schuldrechts“); ähnlich Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 116f.

915 Bydlinski, Prinzipien, 1996, S. 172f.; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilbd. 1, 8. Aufl. 1995, S. 2, 14; Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S.4; J. Schmidt, GS Schultz, 1987, S. 341, 344 (Fn. 9); Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, Vor § 241 Rn. 1. Diese Funktion war es unter anderem, welche das Schuldrecht im 19. Jahrhundert im Strudel des Handelsverkehrs – entgegen der Regelungsentwürfe der Pandektenlehrbücher – in der Ordnung des BGB vor das Sachenrecht als insoweit statisches Rechtsgebiet katapultierte, instruktiv HKK/Michaels, 2007, vor § 241 (Systemfragen) Rn. 19.

916 Raiser, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, 104 („Verträge dienen der rechtlichen Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen durch Selbstbestimmung der Beteiligten im herrschaftsfreien Raum.“).

917 Näher Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 148, 152. In gewisser Hinsicht weist die *culpa in contrahendo* schließlich auch ein kooperatives Element auf, hierzu bereits Ballerstedt, AcP 151 (1950/1951), 501, 506f.

Billigung der Rechtsordnung erlangt wurden.⁹¹⁸, während das Deliktsrecht allein Güterschutz bezweckt⁹¹⁹.

Aus einer systemtheoretischen Perspektive lassen sich Nebenpflichten grundsätzlich aus der abstrakten Funktion des Schuldverhältnisrechts heraus begründen, einen störungsfreien Güteraustausch zu ermöglichen und zu gewährleisten. Nebenpflichten stützen insoweit das Schuldverhältnis und sichern die Vorbereitung, Durchführung sowie Nachhaltigkeit des Gütertransfers ab. Dem Versuch, Nebenpflichten auf die konkrete Funktion des typisierten Schuldverhältnisses zu stützen, ist jedoch mit Skepsis gegenüberzutreten. Die Frage nach Nebenpflichten wird schließlich immer erst dann relevant, wenn bereits ein Schuldverhältnis besteht. Schließlich setzt § 241 II BGB schon im Wortlaut das Schuldverhältnis als ersten Anknüpfungspunkt voraus, um die Reichweite der Nebenpflichten zu bestimmen. Besteht aber einmal ein Schuldverhältnis, so tritt die Differenzierung Güteraustausch/Güterschutz in den Hintergrund. In diesem Moment ist schließlich jedes Schuldverhältnis – egal aus welcher Quelle – auf eine irgendwie geartete Form von Gütertransaktion gerichtet. Auch das Deliktsrecht, welches ohne Zweifel Güterschutz bezweckt, ist im Moment des Entstehens eines Schuldverhältnisses auf eine Transaktion gerichtet. Aus §§ 823 I, 249 BGB folgt schließlich eine Pflicht zur Restitution des zurechenbaren Schadens. Im Regelfall schuldet der deliktisch Handelnde damit die Naturalrestitution gem. § 249 I BGB. Verletzt der Schuldner im sachlichen Kontext dieser Transaktion das Integritätsinteresse des Gläubigers, so stützt sich eine Nebenpflicht auf keinen anderen Haftungsgrund als innerhalb eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses. Faktisch ist der Schuldner schließlich so gestellt, als hätte er einen (Werk-)Vertrag über die Behebung des Schadens geschlossen.

Vorvertragliche Nebenpflichten dienen dabei zwar nicht einer unmittelbaren Gütertransaktion. Sie sollen hingegen die Vereinbarung über einen Güteraustausch störungsfrei ermöglichen. Im Ergebnis lassen sich Nebenpflichten daher nicht überzeugend aus den Entstehungsgründen der jeweiligen Schuldverhältnisse heraus begründen.

918 Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, Vor § 241 Rn. 1 („Vermögensausgleich“).

919 J. Schmidt, GS Schultz, 1987, S. 341, 344 (Fn. 9); Lüssing, Schutzpflichten, 2010, S. 154.; Soergel/Teichmann, 12. Aufl. 1990, Vor § 241 Rn. 1; Ulmer, JZ 1969, 163, 170.

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Zunächst ist zu überprüfen, ob die abstrakte Funktion des Schuldrechts – Ermöglichung und Erleichterung des Güterverkehrs insgesamt – in der Lage ist, Nebenpflichten sinnvoll zu begrenzen. Schutzgut des § 241 II BGB wäre bei Begründung einer Nebenpflicht auf diesem Wege schließlich die Funktionsfähigkeit ebendieses Güterverkehrs. Die Funktionsfähigkeit eines ganzen Systems ist aber im Einzelnen nicht quantifizierbar. Um eine mögliche, durch Annahme einer Nebenpflicht abzuwendende Beeinträchtigung abbilden zu können, muss das System daher in kleinere, quantifizierbare Einheiten heruntergebrochen werden. Diese kleinere Einheit kann hier sinnvollerweise nur das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Güterausstausches sein.⁹²⁰ Vertrauen ist aber – egal in welcher Spielart – kein überzeugendes Abgrenzungskriterium.⁹²¹

Ein anderer Ansatz wäre es, Grenzen für Nebenpflichten aus der Dichotomie Güterschutz/Güterausstausch – und damit aus den Haftungsgründen der einzelnen Schuldverhältnisse – zu ziehen. So wird vertreten, eine schuldverhältnisbedingte Haftung für Nebenpflichtverletzungen nur bei solchen Schuldverhältnissen zuzulassen, die in ihrem Haftungsgrund auf den Güterausstausch als Regelungsaufgabe des Schuldrechts zurückzuführen sind.⁹²² Im Umkehrschluss dazu würde eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB ausscheiden, wenn das zugrundeliegende Schuldverhältnis den Güterschutz bezweckt. Denkt man den Ansatz folgerichtig fort, so bestehen beispielsweise in einem Schuldverhältnis aus Delikt nach §§ 823 I, 249 I BGB keinerlei Nebenpflichten. Wie oben dargelegt, tritt die Differenzierung zwischen Güterschutz und Güterausstausch aber in dem Moment in den Hintergrund, in dem ein Schuldverhältnis entsteht. Warum der Entstehungszweck eines Schuldverhältnisses verhindern sollte, dass die Transaktion von § 241 II BGB schützend begleitet wird, ist nicht ersichtlich. Nebenpflichten lassen sich daher nicht überzeugend durch die konkreten Funktionen der typisierten Schuldverhältnisse begrenzen.

920 Ähnlich auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 142f.

921 S.o., S. 216ff.

922 So *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 167.

c) Zwischenergebnis: Kein Nutzen der Funktionen des Schuldverhältnisrechts als Grenze für Nebenpflichten

Die Funktion des Schuldverhältnisrechts im Allgemeinen – Ermöglichung eines störungsfreien Güterausstauschs – kann Nebenpflichten, anders als Funktionen einzelner Schuldverhältnisse, zwar aus einer systemtheoretischen Perspektive erklären, aber zur Begrenzung der Reichweite von Nebenpflichten im Einzelfall lassen sich die Funktionen von Schuldverhältnissen allesamt nicht nutzbar machen.

3. Gesetz als Grund und Grenze

a) Eignung als Haftungsgrund?

Mit der zunehmenden Einsicht, dass sich Nebenpflichten auch in vertraglichen Schuldverhältnissen nicht dogmatisch stimmig auf den Parteiwillen zurückführen lassen, wächst das Bedürfnis eine andere Haftungsgrundlage aufzutun. Die überwiegende Auffassung geht deshalb davon aus, dass der dogmatische Haftungsgrund für eine Nebenpflicht das Gesetz ist.⁹²³ Ausgangspunkt ist dabei der Streit, ob Nebenpflichten im Falle eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses vertraglichen Ursprungs sind oder selbst dann gesetzlicher Herkunft.⁹²⁴ So gilt als gesichert, dass der Nichtigkeitsgrund bei einem Geschäftsunfähigen – oder einem nur beschränkt Geschäftsfähigen, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters handelt – auch dessen⁹²⁵ Nebenpflichten erfasst.⁹²⁶ Versteht man

923 S.o., S. 169 (Fn. 688). Mit „Gesetz“ ist in diesem Kontext keine spezifische Regelung gemeint, sondern es ist als Abgrenzung (gesetzliche Haftung) zu einer rechtsgeschäftlichen Haftungsgrundlage zu verstehen, *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 94 („*Tertium non datur*“). Mit den §§ 241 II, 311 II, III BGB gibt es aber mittlerweile Normen, welche Nebenpflichten explizit im Gesetz verankern. Der Einwand von *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 27 gegen eine allzu starke Betonung der gesetzlichen Natur von Nebenpflichten, dass „*doch allzu offensichtlich gerade das Gesetz von einem derartigen [Schutzpflicht-]Verhältnis nichts weiß*“, ist damit entkräftet.

924 Hierzu ausführlich *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 245ff.

925 Der Geschäftspartner des Geschäftsunfähigen schuldet weiterhin Nebenpflichten, vgl. *Staudinger/Schwarze*, Neubearbeitung 2014 § 280 Rn. B 13 („*Grenze [bei der Haftung aus Nebenpflichtverletzung im Rahmen nichtiger Verträge nach §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB] zu Gunsten [!] Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger*“).

926 *Canaris*, JZ 1965, 475, 482; *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 104; über die Anwendung von § 179 III 2 BGB lässt sich streiten, dafür *Rieble*, Schuldrecht, 2003, S. 137, 145; überzeugend

alle Pflichten einheitlich als vertraglichen Ursprungs, so ist das Nichtbestehen von Nebenpflichten logische Folge der Nichtigkeit des Geschäftes. Wird ein Rechtsgeschäft wegen Irrtums angefochten, so verbleiben indes trotz der Nichtigkeit des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses nach herrschender Meinung Nebenpflichten.⁹²⁷

Dass Nebenpflichten trotz einer Nichtigkeit des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses bestehen können, lässt sich mit einer Zwitterstellung derselben erklären. So wurde oben bereits dargetan, dass Nebenpflichten immer in demjenigen Schuldverhältnis verortet sein sollten, in welchem auch die Leistungspflichten gelten.⁹²⁸ Geht es also um einen Vertrag, so sind Nebenpflichten Teil desselben. Gleichzeitig legt § 241 II BGB als methodisch maßgebliche Norm – gemeinsam mit der historisch engen Verbindung von Nebenpflichten zum gesetzlichen Notnagel des § 242 BGB – nahe, dass Nebenpflichten gesetzlichen Ursprung sind. Wird ein Rechtsgeschäft angefochten, so fallen alle Haupt- und Nebenleistungspflichten weg, weil diese auf der nunmehr nichtigen Willensübereinkunft beruhen. Auch bei Nichtigkeit einer rechtsgeschäftlichen Übereinkunft verbleibt aber ein geschäftlicher Kontakt zwischen den Parteien, der über

dagegen *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 176f.; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 64.

927 Nach überzeugender Ansicht ist bei einem nichtigen Vertrag die verbleibende, faktische Beziehung der Parteien zueinander als Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 3 BGB zu qualifizieren, die somit eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB nach sich ziehen kann, *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 408 a.E.; wohl a.A. *Honsell*, FS *Medicus*, 2009, S. 181, 184 („weiterhin ungeregelte“). Um dieses Ergebnis trotz der vertraglichen Natur der Nebenpflichten methodisch zu erreichen, wird § 142 I BGB teleologisch reduziert, so zutreffend *Oechsler*, *Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. 247. Sieht man Nebenpflichten als Teil gesetzlicher Haftung, so ist deren Nichtigkeit im Falle von § 105 BGB auf den ersten Blick unlogisch: Warum sollte ein rechtsgeschäftlicher Nichtigkeitsgrund die gesetzliche Haftung überhaupt modifizieren? Krit. deshalb *Oechsler*, *Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. 247. Dass die Wertung des § 105 BGB die gesetzliche Haftung beeinflusst, findet sich indes auch an anderer Stelle: So scheidet nach herrschender Meinung eine Anwendung der Saldotheorie im Rahmen eines Anspruchs aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zulasten des Geschäftsunfähigen aus, BGH, Urt. v. 4.5.1994 – VIII ZR 309/93, Rn. 12 (BGHZ 126, 105, 107f.); MüKo-BGB/*Schwab*, 7. Aufl. 2017, § 818 Rn. 241. Auch hier wird die gesetzliche Haftung des Bereicherungsrechts durch die Wertung des § 105 BGB modifiziert.

928 S.o., S. 54f.; ähnlich auch *Honsell*, FS *Medicus*, 2009, S. 181, 185; dagegen *Canaris*, FS *Larenz*, 1983, S. 27, 102ff.

das Niveau einer rein sozialen Interaktion hinausgeht.⁹²⁹ Ob und inwieweit dieser übrig gebliebene Stamm Nebenpflichten enthält, ist primär vom Schutzzweck des Nichtigkeitsgrundes abhängig zu machen. Das Bündel der gem. § 241 II BGB übrig bleibenden Verhaltensanforderungen kann man auch als Schutzhülle der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bezeichnen.⁹³⁰ Wenn der Kern – also die vertragliche Vereinbarung – null und nichtig ist, so bleibt die Schutzhülle grundsätzlich bestehen. Ob sie aber ohne Bezugspunkt noch einen Zweck erfüllen kann, muss im Einzelfall entschieden werden. Im Ergebnis sind Nebenpflichten daher über § 241 II BGB gesetzlichen Ursprungs. Das bedeutet nach hier vertretener Ansicht trotzdem die grundsätzliche Verortung der Nebenpflichten in demjenigen Schuldverhältnis, welches auch die Leistungspflichten enthält. Haftungsgrund einer Nebenpflicht ist indes auch in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis das Gesetz.

Inwieweit konkrete gesetzliche Regelungen zur Begründung von Nebenpflichten taugen, ist fraglich. So gibt es durchaus einige Normen, die für bestimmte Schuldverhältnisse Verhaltensanforderungen der Parteien kodifizieren, die außerhalb des Leistungsgegenstands liegen – und damit das Integritätsinteresse betreffen. Ob diese dann Nebenpflichten nach § 241 II BGB darstellen, oder umgekehrt sogar die Annahme einer separaten Pflicht aus § 241 II BGB sperren, wird kaum thematisiert.⁹³¹

929 Dieser Kontakt lässt sich im Falle der Nichtigkeit des Vertrags seit der Schuldrechtsreform sinnvollerweise als rechtsgeschäftsähnliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 3 BGB klassifizieren, so auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 408; Reischl, JuS 2003, 40, 43.

930 Insofern geht dieser Ansatz in die Richtung eines gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses. Entscheidender Unterschied ist aber, dass der geschäftliche Kontakt im Falle eines wirklichen Vertrags nach hier vertretener Ansicht zur Gänze im rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis aufgeht und nicht auch dann noch „begleitend daneben schwebt“. Konsequenterweise müssten Vertreter des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB nämlich auch innerhalb eines Vertrags aus einem anderen Schuldverhältnis (§ 311 II, III BGB oder gar ein ungeregeltes Schuldverhältnis *sui generis*) als dem Vertrag herleiten. Diese Komplikation soll hier vermieden werden.

931 In der Tendenz lässt sich aber sagen, dass § 241 II BGB dafür gedacht ist, ein Schuldverhältnis mit solchen Verhaltensanforderungen auszustatten, die es nicht bereits aufgrund expliziter, gesetzlicher Anordnung enthält, vgl. auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 491, der die gesetzlichen Obhutspflichten nur deshalb erörtert, weil sie „Wertentscheidungen des Gesetzgebers erkennen lassen“ und hiervon auf Subsumtionskriterien für § 241 II BGB „rückgeschlossen werden“ kann.

Als prominentestes Beispiel einer gesetzlich geregelten Nebenpflicht verpflichtet § 618 I BGB den Dienstberechtigten zum Schutz des Dienstverpflichteten „gegen Gefahr für Leben und Gesundheit“.⁹³² Ist eine Nebenpflicht aber schon gesetzlich geregelt, so sollte auf die Nennung von § 241 II BGB verzichtet werden. Schließlich ist das entsprechende Schuldverhältnis bereits gesetzlich mit der jeweiligen Pflicht ausgestattet, sodass ein Rückgriff auf § 241 II BGB überflüssig ist.⁹³³ Umgekehrt wird schließlich auch eine Anwendung von § 618 BGB auf Sachschäden des Arbeitnehmers gegen den Wortlaut von § 618 I BGB abgelehnt, weil insoweit bereits § 241 II BGB genügend Schutz bietet.⁹³⁴ Hierin kommt ein gewisser Gedanke der Subsidiarität der jeweils allgemeineren Regelung zum Ausdruck. Gegenüber konkret angeordneten Pflichten in einem Schuldverhältnis stellt § 241 II BGB stets die allgemeinere Regelung dar.

Nebenpflichten lassen sich aber natürlich im Rahmen der systematischen Auslegung auf andere Gesetze stützen, wenn diese die einer entsprechenden Pflicht

932 Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Natur der Arbeitsschutzvorschriften ist die originäre praktische Bedeutung von § 618 BGB eher gering. Gleichzeitig geht die Literatur aber davon aus, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften durch § 618 BGB in Privatrecht „transformiert“ werden, hierzu MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 8; mit Blick auf die Qualität von § 823 II BGB als „Transmissionsriemen“ generell krit. zur Notwendigkeit, öffentliches Ausichtsrecht für eine unmittelbare Geltung im Zivilrecht zu „transformieren“ Dieckmann, AcP 213 (2013), 1, 6, 28ff. § 618 III BGB verweist für die Rechtsfolgen eines möglichen Schadensersatzanspruches auf die „entsprechende Anwendung“ der §§ 842-846 BGB. Sofern bei Verletzung einer solchen Pflicht nur Ansprüche aus den §§ 823ff. BGB in Betracht kämen, wäre der Rechtsfolgenverweis in § 618 III BGB überflüssig, Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 85f.; Kuhlmann, Schutzpflichten, 2001, S. 76 L. Müller, JuS 1998, 894, 896f. Deshalb muss hier auch eine vertragliche Haftung in Betracht kommen. Diese richtet sich dann nach § 280 I BGB, MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 94. Der – eine vergleichbare Interessenlage implizierende – Verweis macht aber deutlich, dass § 618 BGB innerhalb des Arbeitsverhältnisses eine deliktische Aufgabe übernimmt, zutreffend Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 191 (Fn. 43).

933 Man könnte sogar so weit gehen und sagen, dass die gesetzliche Anordnung einer Verhaltensanforderung in einem Schuldverhältnis dazu führt, dass die Pflicht Teil des vom Schuldner zu bewirkenden Leistungsbündels wird. Insofern würde sich die Pflicht dann schon systematisch nicht unter § 241 II BGB, sondern nur unter § 241 I BGB fassen lassen.

934 MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 618 Rn. 4.

zugrunde liegende Wertung verkörpern oder andeuten.⁹³⁵ Als ranghöchste Form des Gesetzes lassen sich Nebenpflichten so sogar unter Rückgriff auf Grundrechte begründen.

Beispiel 28 *Mit Blick auf das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung, welches sich wiederum aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG ableitet, hat das BAG eine Nebenpflicht des Arbeitgebers angenommen, dem Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Einsicht in seine Personalakte zu gewähren.⁹³⁶ Das BAG hat dabei eine unmittelbare Beziehung zwischen der Begründung einer Nebenpflicht über § 241 II BGB und der grundrechtlichen Werteordnung hergestellt.⁹³⁷*

Im Ergebnis sind Nebenpflichten über § 241 II BGB gesetzlichen Ursprungs jedoch ohne, dass dieser theoretische Befund der Begründung konkreter Nebenpflichten in der Subsumtion dienen könnte.⁹³⁸ Konkrete Gesetze können hingegen die in einer Nebenpflicht zum Ausdruck kommende Interessenabwägung vorprägen.

935 Zur Berücksichtigung der Wertungen der §§ 31ff. WpHG für die Annahme von Aufklärungspflichten eines Anlageberatungsdienstleisters über Innenprovisionen und Rückvergütungen BGH, Urt. v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, Rn. 31ff., 36 („angezeigt, den nunmehr im Bereich des - aufsichtsrechtlichen - Kapitalanlagerechts nahezu flächendeckend vom Gesetzgeber verwirklichten Transparenzgedanken hinsichtlich der Zuwendungen Dritter auch bei der Bestimmung des [Pflicht-]Inhalts“ zu berücksichtigen“) (BGHZ 201, 310, 319ff.); grundsätzlich zustimmend *Buck-Heeb*, WM 2014, 1601, 1605 („Allerdings fragt sich, weshalb der Anleger eine Aufklärung erst dann erwarten können soll, wenn der Transparenzgedanke „nahezu flächendeckend“ aufsichtsrechtlich vorgeschrieben ist und nicht schon, sobald dieser überhaupt im Gesetz fixiert ist.“); *Hoffmann/Bartlitz*, ZIP 2014, 1505, 1508ff.; *U. Krüger*, NJW 2013, 1845, 1847f. („Konkretisierung der Nebenpflicht [aus § 241 II BGB] durch Aufsichtsrecht“); krit. zur Vermischung von Aufsichts- und Zivilhaftungsrecht *Heun-Rehn/Lang/Ruf*, NJW 2014, 2909, 2912f.; zur Zwecksetzung solcher Aufklärungspflichten instruktiv *Kotte*, BB 2014, 1353, 1353f.; zur möglichen Schutzgesetzqualität der §§ 31ff. WpHG sowie zu ihrer – dogmatisch kreativen – Qualität als Schutzgesetz-bedingte „Konkretisierung (vor-)vertraglicher Schutz- und Leistungspflichten“ in „funktionelles Zivilrecht“ *Dieckmann*, AcP 213 (2013), 1, 10ff., 37ff.

936 BAG, Urt. v. 16.11.2010 – 9 AZR 573/09, Rn. 34ff. (BAGE 136, 156, 162ff.).

937 BAG, Urt. v. 16.11.2010 – 9 AZR 573/09, Rn. 40 („Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers in Schutz- und Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers gemäß § 241 Abs. 2 BGB“) (BAGE 136, 156, 164).

938 Vgl. E. Schmidt, Nachwort zu von *Jhering/Staub*, 1969, S. 131, 143f. („erklärt nichts und formuliert nur negativ, daß wir die Kontraktebene verlassen haben“).

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Es stellt sich die Frage, ob bestehende gesetzliche Haftungsregelungen in Sachverhalten, die sich ebenso mit schuldverhältnisbedingten Pflichten aus § 241 II BGB erfassen lassen, Sperrwirkung für die Anerkennung über diesen Standard hinausgehender Nebenpflichten bilden sollen.

Es ist umstritten, welches Verhältnis die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung – die sich wiederum als Spezialform einer typisierten culpa in contrahendo herausgebildet hat – zu den mittlerweile zahlreich existierenden gesetzlichen Regelungen über fehlerhafte Wertanlageprospekte hat.⁹³⁹ Mittlerweile wird in der Literatur angenommen, dass die spezialgesetzlichen Ausformungen der Prospekthaftung die allgemeine, aus dem BGB entlehnte Variante mittlerweile mehr oder weniger ersetzt haben und deshalb grundsätzlich Sperrwirkung beanspruchen können.⁹⁴⁰ Bisweilen hält der BGH aber eine Haftung aus allgemeiner Prospekthaftung – also der typisierten Form eines Anspruch aus §§ 311 II, III, 241 II BGB – trotz bestehender, spezialgesetzlicher Formen der Wertprospekthaftung, die im Einzelfall tatbestandlich nicht einschlägig sind, für möglich.⁹⁴¹ Das ist im Regelfall als rechtspolitische Forderung des BGH an den Gesetzgeber zu deuten, die Spezialgesetze anzupassen.⁹⁴² Dies spricht nicht gegen eine tatbestandliche Subsidiarität von Nebenpflichten insgesamt, sondern lediglich gegen die wertungsmäßige Subsidiarität der allgemeinen Pflicht.

939 MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 135ff. Dieses Verhältnis wird dann besonders virulent, wenn die Voraussetzungen einer schuldverhältnisbedingten Haftung großzügiger sind als die der gesetzlichen Regelung. Sofern man eine Nebenpflichtverletzung innerhalb eines Schuldverhältnisses annimmt, wird auch für fahrlässige Unkenntnis eines Fehlers gehaftet, vgl. §§ 276 II, 122 II BGB, während im Prospekthaftungsrecht erst bei grob fahrlässiger Unkenntnis eines Fehlers gehaftet wird, § 20 III a.E. VermAnlG.

940 Vgl. MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 136f.

941 S. beispielsweise BGH, Urt. v. 2.6.2008 – II ZR 210/06, Rn. 15 (BGHZ 177, 25, 32); dafür auch Kersting, JR 2009, 221, 224 („keine Sperrwirkung“).

942 Vgl. Kersting, JR 2009, 221, 225.

Wenn ein bestimmter Bereich bereits stark reguliert ist, so hat eine – von großer Flexibilität geprägte – Haftung aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung durchaus ein gewisses Störpotential.⁹⁴³

In einem Fall, in dem die kaufrechtliche Gewährleistung unstreitig bereits verjährt war, versuchte der Kläger, die Reparaturkosten für den Mangel über einen noch nicht verjäherten Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB zu liquidieren.⁹⁴⁴ Dabei machte er sich die Flexibilität des § 241 II BGB zu eigen und warf dem Beklagten verschiedene allesamt vermeintlich gegen § 241 II BGB verstößende Handlungen vor: Zunächst habe der Beklagte durch Verweigern der Nacherfüllung eine Nebenpflicht zur Wahrung seiner Leistungspflicht verletzt. Alternativ liege in dem Verweigern der Nacherfüllung die über §§ 280 I, 241 II BGB zu sanktionierende Falschinformation, dass dem Kläger kein Nacherfüllungsanspruch zustehe. Schließlic habe der Beklagte durch das Verweigern der Nacherfüllung dem Kläger gegenüber zumindest eine Hinweispflicht auf etwaig bestehende Nacherfüllungsansprüche und deren drohende Verjährung verletzt. Allen vorgeworfenen Nebenpflichtverletzungen wohnte allein der Zweck inne, die Verjährung der auf die Verletzung der Leistungspflicht gestützten Ansprüche – um die es im sachlichen Kern ging – zu umgehen. Das Gericht wies folgerichtig sämtliche Versuche des Klägers, die Verjährung der Mängelgewährleistungsrechte über erfinderische Nebenpflichtverletzungen zu unterlaufen, ab.

Gerade im Bereich der kaufrechtlichen Gewährleistung können Friktionen zur Haftung wegen Verletzung einer Nebenpflicht entstehen.

943 Deziert gegen jeden Vorrang der Nebenpflichten deshalb Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104 („Nur dort, wo keine den Sachverhalt treffende BGB-Vorschrift auffindbar ist, kommt deshalb eine Behandlung nach den Regeln über die positive Vertragsverletzung in Betracht.“); Kropf, WM 2014, 640, 643 (gegen jeden Versuch, „über den „Kunstgriff“ etwaiger Rücksichtnahmepflichten“ gesetzgeberische Grundentscheidungen im Bereich des beratungsfreien Anlagegeschäfts zu unterlaufen); Lieb, FS Medicus, 1999, S. 337, 342 („bewußtes Unterlaufen klarer gesetzlicher Regelungen durch ad hoc erfundene [!] Korrekturmöglichkeiten“).

944 Zum Folgenden AG Dortmund, Urt. v. 26.6.2018 – 425 C 1987/18, Rn. 21ff.

Beispiel 8 Im Winkelschleiferfall⁹⁴⁵ kann je nach konkretem Nebenpflichtinhalt ein Unterschied zur Haftung wegen Verletzung der Leistungspflicht verbleiben: Sofern man als betroffene Nebenpflicht eine Hinweispflicht des Verkäufers mit dem Inhalt annimmt, den Käufer bezüglich einer mangelhaften Kaufsache zur Vermeidung von Gefahren zu warnen,⁹⁴⁶ bedeutet dies einen potentiellen haftungsrechtlichen Vorteil gegenüber der Haftung wegen Leistungspflichtverletzung, weil letztere für die Pflichtverletzung auf eine nicht mangelfreie Leistung abstellt. Da das Vertretenmüssen als Bezugspunkt die jeweilige Pflichtverletzung hat (vgl. § 280 I 2 BGB), muss sich der Verkäufer bei einem Anspruch aus 280 I BGB wegen nicht mangelfreier Leistung auch nur bezüglich derselben exkulpieren.⁹⁴⁷ Wird die Kaufsache in einem Spezieskauf also nach Vertragsschluss aufgrund eines zufälligen Ereignisses irreparabel beschädigt, so haftet der Verkäufer nicht bezüglich der nicht mangelfreien Leistung. Sofern der Verkäufer den Mangel kennt oder kennen muss⁹⁴⁸, lässt sich aber die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB begründen, denn hier ist der Bezugspunkt des Vertretenmüssens ein ganz anderer und der Vorwurf liegt allein in der fehlenden Warnung.⁹⁴⁹ Für die fehlende Warnung kann sich der Verkäufer nur dann entlasten, wenn er weder fahrlässig (oder vorsätzlich) den Mangel verkannt hat noch – bei mindestens fahrlässiger Unkenntnis des Mangels – fahrlässig (oder vorsätzlich) eine tatsächliche Warnung unterlassen hat. Hierin liegt eine gewisse haftungs-

945 S.o., S. 40.

946 So z.B. Bamberger-Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 144; unklar hinsichtlich des Pflichtinhalts der Nebenpflicht Katzenstein, Jura 2004, 584, 594.

947 MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 32.

948 Einen Händler trifft – anders als einen Hersteller – im Regelfall keine Untersuchungspflicht (s. nur Lorenz, DAR 2014, 627, 634), was auch aus ökonomischer Perspektive überzeugt, näher M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 264. Anderes gilt aber dann, wenn die Mangelhaftigkeit offen zutage tritt oder äußere Umstände einen Untersuchungspflicht im Einzelfall rechtfertigen (besonderer Wert/besondere Gefährlichkeit des Gegenstands, besondere Schutzbedürftigkeit des Käufers, etc.). Im Detail ist hier vieles umstritten, näher Bamberger-Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 88.

949 Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 413. M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 263 halten das für einen „schwer vorstellbaren Fall“.

rechtliche Verschärfung im Hinblick auf den hier eingetretenen Integritätsschaden. Schließlich ist der Integritätsschaden als Mangelfolgeschaden bereits grundsätzlich von §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB erfasst⁹⁵⁰, über die §§ 280 I, 241 II BGB wird dem Gläubiger – ungeachtet der unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen – noch eine zweite Möglichkeit eröffnet, den gleichen Schaden zu liquidieren.

Man könnte deshalb bei einer Korrektur des an sich sachnäheren Haftungsregimes (Leistungsstörungsrecht für privatautonom gestützte Leistungspflichten) durch die schuldverhältnisrechtliche Auffangregelung des § 241 II BGB daran denken, den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB aufgrund systematischer Erwägungen zu sperren.⁹⁵¹ Der Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB bestünde schließlich unabhängig davon und würde das Haftungsinteresse des Käufers in den allermeisten Fällen befriedigen.⁹⁵² Selbst wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands gerade nicht zu vertreten hat, kommt ein An-

950 Vgl. MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 32 („Grund des Anspruchs aus § 280 ist die Verletzung des Integritätsinteresses [...]. Beim Mangelfolgeschaden idS muss es sich nicht um einen Verstoß gegen die in § 241 Abs. 2 genannten Schutz- und Obhutspflichten handeln, sondern Voraussetzung ist hier stets ein Mangel der Kaufsache“).

951 Vgl. zum Vorrang der §§ 437ff. BGB vor den §§ 280 I, 241 II BGB gerade im Fall verletzter Leistungspflichten AG Dortmund, Urt. v. 26.6.2018 – 425 C 1987/18, Rn. 31 („allgemeine[r] Rechtsgrundsatz, dass spezielle Regelungen die allgemeinen verdrängen“). Im Ansatz ähnlich auch NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 35; Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 296 („Aus methodischer Sicht ist es ungereimt, durch ein Nebeneinander der Haftungsinstrumente [Leistungs- und Nebenpflichtverletzungshaftung] ggf. eine Korrektur der konkreteren Regelung durch die allgemeinere zuzulassen.“) Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 331 („Lehre von dem gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis vermag eine Gesetzeskorrektur im Sinne einer Verschärfung der Haftung für Sachmangelfolgeschäden nicht zu begründen.“); verhaltene Zustimmung auch bei MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 57, der zwar eine entsprechende Warnpflicht des Verkäufers annimmt, die Haftung für die Verletzung der Leistungspflicht „nach der Anlage des Gesetzes“ aber als „Hauptsache“ ansieht und einen Anspruch aus Nebenpflichtverletzung regelmäßig für „irrelevant“ hält. A.A. die h.M., vgl. Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 134, 415; Madaus, Jura 2004, 289, 291f.; jurisPK-BGB/Seichter, 8. Aufl. 2017, § 280 Rn. 33 („Der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB wird von bestehenden Gewährleistungsregeln nicht verdrängt.“); unklar HK-BGB/Saenger, 9. Aufl. 2017, § 437 Rn. 24, der aufgrund der Regelung der (zumindest missverständlich formulierten) „Nebenleistungspflichten“ in § 241 II BGB gar keine Konkurrenzprobleme mehr sieht.

952 Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 134; Madaus, Jura 2004, 289, 292.

spruch aus § 823 I BGB in Betracht⁹⁵³, sofern der Verkäufer erkennen kann, dass ein von ihm vertriebener Gegenstand eine Gefahr für die Integrität des Käufers darstellt.⁹⁵⁴

Insbesondere im Verbraucherschutzrecht sind mit den §§ 312ff., 355ff. BGB im BGB mittlerweile zahlreiche Informationspflichten geregelt, welche regelmäßig als gesetzliche Nebenpflichten bezeichnet werden.⁹⁵⁵ Auch hier stellt sich die Frage, wie mit auftretenden Wertungswidersprüchen zu verfahren ist.

Im Verbraucherschutzrecht bestehen bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen nach § 312d BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB zahlreiche Informationspflichten.⁹⁵⁶ In der Literatur werden diese Pflichten häufig als Nebenpflichten eingeordnet, die konsequenterweise auch einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB begründen könnten.⁹⁵⁷ Ein Vermögensschaden wird durch die Verletzung einer solchen Informationspflicht aber regelmäßig nicht in Betracht kommen, sofern das abgeschlossene Geschäft nicht wirtschaftlich unausgeglichen ist.⁹⁵⁸ Da ein Anspruch aus vorvertraglicher Informationspflichtverletzung aber auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit⁹⁵⁹, deckt die Naturalrestitution nach § 249 I BGB auch die Aufhebung des Vertrags ohne

953 Hier besteht gerade keine Konkurrenzproblematik innerhalb des Schuldverhältnnisrechts, da der aufgrund einer deliktischen Handlung bestehende Anspruch wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen der Haftungsregime unabhängig von und neben der vertraglichen Haftung bestehen kann, vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2004 – VIII ZR 386/02, Rn. 12 („zwischen dem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung und demjenigen aus unerlaubter Handlung [ist] eine echte Anspruchskonkurrenz gegeben“).

954 Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2004 – VIII ZR 386/02, Rn. 12f. (Wegen Verjährung aller kaufrechtlichen Ansprüche tragender Anspruch aus § 823 I BGB gegen einen Ferrari-Händler bejaht, weil der Händler das „Herstellungsdatum des Reifens [...] bei Einhaltung der [...] [ihm] obliegenden Sorgfaltspflichten [hätte] erkennen und dadurch die für den Unfall ursächliche Gefahrenlage unschwer vermeiden können“).

955 Vgl. Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1155 („gesetzlich konkretisierte Schutzpflichten i.S. von § 241 II BGB“); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 474 (Fn. 203).

956 Krit. Eidenmüller, JZ 2005, 216, 221 („information overload“).

957 Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 312d Rn. 4; HK-BGB/Schulte-Nölke, 9. Aufl. 2017, § 312d Rn. 9; MüKo-BGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312d Rn. 19 m.w.N.

958 MüKo-BGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312d Rn. 19 m.w.N.

959 Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 538.

einen konkreten Vermögensschaden. Sofern sich der Schuldner für die Pflichtverletzung nicht nach § 280 I 2 BGB entlasten kann und die fehlende Information für den Vertragsschluss auch kausal geworden ist⁹⁶⁰, erfüllt ein Anspruch aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung genau die gleiche Funktion wie das Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsrecht. Besteht wegen eines der Ausschlussgründe des § 312g II BGB bei diesem Vertrag gar kein Widerrufsrecht, so würde die Nebenpflicht dazu führen, dass über den Umweg des Schadensersatzanspruchs doch eine Möglichkeit besteht, den Vertrag rückabzuwickeln.⁹⁶¹ Auch wenn ein Widerrufsrecht besteht, so ist es grundsätzlich an die 14-tägige Widerrufsfrist aus §§ 355 II 1, 356 II BGB gebunden.⁹⁶² Selbst wenn der Unternehmer den Verbraucher nicht korrekt über sein Widerrufsrecht belehrt – und damit eine kardinale Informationspflicht verletzt –, erlischt das Widerrufsrecht gem. § 356 III 1 außer bei Finanzdienstleistungsverträgen spätestens nach zwölf Monaten und 14 Tagen. Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB ist – vorbehaltlich seiner Verjährung – an keine Frist gebunden. Damit droht zwischen beiden Haftungsregimen ein gewisser Wertungswiderspruch.⁹⁶³

Eine Möglichkeit, diesen Wertungswiderspruch aufzulösen, wäre es, die Beschränkungen des § 312g II BGB und der Widerrufsfrist

960 Hier kommt nach der Rechtsprechung eine Beweiserleichterung in Betracht, sodass der Schuldner darlegen und beweisen muss, dass der Gläubiger „auch bei wahrheitsgemäßen Tatsachenangaben den Vertrag so wie geschehen geschlossen hätte“, BGH, Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, Rn. 17.

961 Ähnlich auch MüKo-BGB/Wendehorst, 7. Aufl. 2016, § 312d Rn. 19 (§§ 311 II, 280 I, 241 II BGB in solchen Fällen „[i]nteressant“).

962 Aus einer verhaltenswissenschaftlichen Perspektive wäre es – mit Blick auf irrationale Besitzeffekte und das Phänomen der „sunk costs“ – sinnvoller, den Fortbestand des Vertrages an eine Bestätigung des Vertrages innerhalb von 14 Tagen zu knüpfen, instruktiv Eidenmüller, JZ 2005, 216, 221f.

963 So auch Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1155f. („Regeln des Widerrufs grundsätzlich als *leges speciales* zu qualifizieren“); Medicus, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 850f.; Rieble, Schuldrecht, 2003, S. 137, 146; vgl. auch – obschon i.E. mit der h.M. ablehnend – Spindler/Schuster/Schirmbacher, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312d BGB Rn. 46 („Denkbar ist aber, dass die fernabsatzrechtlichen Regeln nach dem Spezialitätsgrundsatz die Haftung aus culpa in contrahendo verdrängen.“).

auf den Schadensersatzanspruch zu übertragen.⁹⁶⁴ Eine andere Möglichkeit wäre es, einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB aufgrund systematischer Subsidiarität zu sperren.⁹⁶⁵ Wenn es dem

964 So wohl *Grigoleit*, NJW 2002, 1151, 1155f.

965 Vom Gedankenansatz her ähnlich verweist *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, 850f. auf einen „beschränkten Schutzzweck“ der verletzten Nebenpflicht. Eine Ausnahme ist möglicherweise bei der Pflicht des Schuldners zu machen, über ein Widerrufsrecht des Verbrauchers zu belehren. In einem Urteil zu einem kreditfinanzierten Immobilienkauf, in welchem nach damaliger Rechtslage beide Verträge keine „Einheit“ nach den heutigen § 358f. BGB bildeten, hat der EuGH entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften dem Verbraucher die Möglichkeit geben müssen, die Risiken des Immobilienkaufs auf die Bank abwälzen können müssen, wenn die Bank über die Möglichkeit des Widerrufs nicht aufgeklärt hat, EuGH, UrT. v. 25.10.2005 – C-350/03, Rn. 100f. Das hat der deutsche Gesetzgeber als Forderung verstanden, aus der Belehrungspflicht über die Möglichkeit des Widerrufs einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 I BGB abzuleiten, BT-Drs. 16/11643, VerbrKrRLUMsG, Gesetzesbegründung, S. 69. Klärt der Unternehmer den Verbraucher demnach nicht über sein Widerrufsrecht auf, so soll der Verbraucher also die Möglichkeit haben, nach § 280 I BGB vorzugehen, vgl. Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 312d Rn. 4. Der BGH hingegen hat trotz des Urteils vom EuGH angezweifelt, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht eine (vorvertragliche) Pflichtverletzung nach § 280 I BGB sei oder nicht vielmehr nur eine „bloße Obliegenheitsverletzung“, BGH, UrT. v. 16.5.2006 – XI ZR 6/04, Rn. 37 (BGHZ 168, 1, 17f.). Weil die Belehrungspflicht wohl aber in jedem Fall keine Leistungspflicht sein soll, wäre die Pflicht in § 241 II BGB zu verorten. Die Nebenpflicht dient hier einem ganz konkreten Zweck. Ein Konflikt zu Widerrufsfristen o.ä. droht hier nicht. Hätte der Verbraucher sein ihm zustehendes Widerrufsrecht für den Darlehensvertrag fristgerecht ausgeübt, so wäre der Kaufvertrag über die Immobilie nicht zustande gekommen, vgl. EuGH, UrT. v. 25.10.2005 – C-350/03, Rn. 97. Das wird aber die Ausnahme sein, so deutlich *Konzen*, FS Picker, 2010, S. 497, 502f. Im Regelfall erfolgt der Abschluss beider Verträge gleichzeitig. Dann erlaubt aber auch ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB nicht den Ersatz des Kapitalverlustes durch die Immobilienanlage, so zutreffend BGH, UrT. v. 16.5.2006 – XI ZR 6/04, Rn. 38 (BGHZ 168, 1, 18f.). Der Streit beruht letztlich auf der Weigerung des BGH, einen Haustürwiderruf für einen Immobilienkauf wegen § 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F. zuzulassen, selbst wenn mit ihm ein widerruflicher Kreditfinanzierungsvertrag eng verbunden ist, vgl. *Bamberger-Roth/Möller*, 3. Aufl. 2012, § 358 Rn. 26. Mittlerweile spricht § 358 III 3 BGB diese Möglichkeit explizit an, vgl. BGH, UrT. v. 26.2.2008 – XI ZR 74/06, Rn. 16. Mit einem restriktionsbefreiten Verständnis der Norm ließe sich der Fall daher heute auch lösen ohne, dass ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB „zur Hilfe eilen“ müsste. Mittels eines Anspruchs aus schuldverhältnissbedingter Nebenpflichtverletzung sollte also eine Risikoverteilung erreicht werden, die letztlich dem Sachgebiet des europarechtlich determinierten Verbraucherschutzrechts entstammte. Eine sachnahe Lösung über die (entsprechend großzügige) Anwendung und Auslegung der Verbraucherschutzvorschriften ist daher einer „Korrektur“ eines restriktiven Verständnisses derselben Vorschriften mittels eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB zumindest aus einer dogmatischen Perspektive vorzugswürdig. Unabhängig von den jeweils zugrundeliegenden Wertungskonflikten ist die einzig sinnvolle, praktische Konsequenz, einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I, 241 II BGB wegen Verletzung einer verbraucherschützenden Informationspflicht zumindest der Vollständigkeit halber zu prüfen. Der Gesetzgeber hat schließlich unter Rekurs auf den EuGH diese Möglichkeit explizit erwähnt. Prüft man die Voraussetzungen

Verbraucher darum geht, die Rückabwicklung des Vertrages zu erreichen, so steht ihm mit dem Widerrufsrecht bereits ein (spezielles) Regime zur Verfügung, welches dieses Ziel erreichen kann. Der Rückgriff auf Nebenpflichten als allgemeines Werkzeug des Schuldverhältnisrechts erscheint damit – trotz der unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der §§ 280 I, 241 II BGB⁹⁶⁶ – in gewisser Hinsicht systemwidrig.⁹⁶⁷

Wenn Gerichte aus § 241 II BGB Nebenpflichten ableiten, so ist das Ergebnis mitunter später sogar Grund für die Kodifikation einer entsprechenden Pflicht. Durch diese Dynamik wird klar, dass gesetzliche Regelungen häufig stellvertretend für eine Pflicht aus § 241 II BGB entstehen können.

Beispiel 29 Im Bereich der Telekommunikation hat der BGH bereits mehrfach eine Nebenpflicht des Diensteanbieters mit dem Zweck angenommen, den Gläubiger vor dem Entstehen von überraschend hohen Forderungen gegen ihn zu schützen („Mobilfunkanbieterfall“).⁹⁶⁸ Ausgangspunkt des einem grundlegenden Urteil zugrundeliegenden Streits war ein Rechnungsposten von ca. 750€ für das Streamen

präzise, so wird ein tatsächlicher Schadensersatz, u.a. mit Blick auf einen durch die Pflichtverletzung tatsächlich herbeigeführten Schaden und abzulehnende Beweiserleichterungen nach der „*Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*“ (hierzu BGH, Urt. v. 26.2.2008 – XI ZR 74/06, Rn. 34), jedoch nur selten in Frage kommen, näher *Grigoleit*, NJW 2002, 1151, 1155f.; Bamberger-Roth/*Schmidt-Räntsch*, 3. Aufl. 2012, § 312c Rn. 37

966 Hiermit wird die systematische Subsidiarität der Haftung aus (vorvertraglicher) Nebenpflichtverletzung regelmäßig abgelehnt, s. Spindler/Schuster/*Schirmbacher*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312d BGB Rn. 46.

967 Vgl. auch *Grigoleit*, NJW 2002, 1151, 1156, der zwar keine Subsidiarität der §§ 280 I, 241 II BGB annimmt, aber über ein besonders enges Verständnis der Kausalität der Informationspflichtverletzung für den späteren Vertragsschluss bei der Prüfung der §§ 311 II, 280 I, 241 II BGB gewährleisten will, „*dass die Suspension der Widerrufsfrist die Frage der Bindung an den Vertrag vorrangig regelt*“; ähnliche – zwingend etwas willkürlich anmutende – Suche nach solchen Informationspflichten, die eine Anwendung der §§ 280 I, 241 II BGB gerechtfertigt erscheinen lassen, im Wege einer „*Negativentscheidung*“ auch bei Spindler/Schuster/*Schirmbacher*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312d BGB Rn. 46ff. („*Wertung des Gesetzes im Hinblick auf Ausnahmen vom Widerrufsrecht oder Ausschlussfristen [darf] durch eine allzu extensive Anwendung von § 280 nicht umgangen werden*“).

968 Im Ausgangspunkt also ein Ziel, was dem Funktionieren und der Profitabilität der Marktwirtschaft zunächst diametral gegenüber steht.

eines 21 Minuten langen youtube-Videos.⁹⁶⁹ Weil Mobilfunkgeräte im streitgegenständlichen Zeitraum erst nach und nach internetfähig wurden, hätte der Dienstleister den Kunden laut BGH darauf hinweisen müssen, dass die Nutzung des Internets nicht nach Zeit, sondern nach Datenvolumen abgerechnet werden werde und deshalb auch in kurzer Zeit hohe Verbindlichkeiten anfallen könnte.⁹⁷⁰ Da die verbrauchte Datenmenge hier für den Kunden – anders als für den Dienstleister – nicht sofort erkennbar war, gebietet § 241 II BGB, den Kunden vor einem überraschend kostspieligen Nutzungsverhalten zu warnen.⁹⁷¹

Die Urteile in diesem Bereich verdeutlichen eine der Funktionen, welche Nebenpflichten aus § 241 II BGB übernehmen können. Häufig werden nämlich über Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB Probleme erfasst, die einer gesetzlichen Regelung zugänglich sind. Nachdem das Problem über § 241 II BGB von den Gerichten isoliert und die zugrundeliegenden Wertungen herausgearbeitet werden, kann dann der Gesetzgeber tätig werden, um der Pflicht in einem Schuldverhältnis einen noch höheren Grad an Akzeptanz und Transparenz zu verleihen.⁹⁷² Die Herleitung einer entsprechenden Pflicht aus § 241 II BGB sollte nach

969 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 2.

970 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 16.

971 BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 15, 19; Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 14. In einem ähnlichen Urteil hat der BGH entschieden, dass der Kommunikationsdienstleister den Kunden warnen – und gegebenenfalls sogar einen kurzzeitigen Verbindungsabbruch herbeiführen – muss, wenn der Kunde bei einem zeitbasierten Tarif mit seinem Nutzungsgerät (hier: Router) eine dauerhafte Verbindung zum Internet aufrecht erhält, BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 18, 22. Im Fall ging es um mehrere monatliche Rechnungen von durchschnittlich über 600€ bei einer Grundgebühr von 20€ für 40 Stunden Inklusivnutzung des Internets. Obwohl der Kunde nicht darlegen konnte, dass ihm der Gebrauch seines Gerätes gem. § 45i IV 1 TKG nicht zuzurechnen war, sah der BGH das vermögenswerte Interesse des Kunden verletzt, auf eine für den Dienstleister leicht erkennbare Kostenexplosion hingewiesen zu werden, die auf äußerst unüblichem Nutzungsverhalten basierte, BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 18. Bei einem entsprechenden Nachweis nach § 45i IV 1 TKG befreit die Norm den Kunden davon, das geforderte Entgelt zu bezahlen. Im Umkehrschluss zu dieser Norm ist der Kunde als Auftraggeber aller anderweitig von seinem Anschluss ausgehenden Nutzungen anzusehen. Rein aus einer rechtsgeschäftlichen Perspektive schuldete der Kunde dem Dienstleister somit den vollen Betrag.

972 Beide Urteile ergingen im Jahr 2012. Nach der Novelle des Telekommunikationsgesetzes im Mai 2012 wurde das Bundeswirtschaftsministerium in § 45n I TKG dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung Vorschriften zur Transparenz und Kostenkontrolle im Telekommunikationssektor zu erlassen. Diese Ermächtigung hat das Bundeswirtschaftsministerium im Jahr

Kodifikation der entsprechenden Verhaltensanforderung aufgrund systematischer Subsidiarität ausscheiden.⁹⁷³

Zudem können gesetzliche Regelungen einem Interessengegensatz in einer derart feinjustierten Weise Rechnung tragen, dass die pauschale Annahme einer Nebenpflicht dem Problem nicht gerecht werden würde.⁹⁷⁴

Grundsätzlich lassen sich aus der unberechtigten Rechtsverfolgung vor Gericht wegen Vorrangs der §§ 91ff. ZPO keine Ansprüche aus dem Jedermannsrecht herleiten.⁹⁷⁵ Interessant ist deshalb

2013 in § 1 Nr. 1 TK-EMV-Übertragungsverordnung (BGBl. 2013 I, S. 79) gem. § 45n VII 1 TKG auf die Bundesnetzagentur übertragen. Nach § 11 I 2 der hiernach erlassenen Verordnung zur Förderung der Transparenz auf dem Telekommunikationsmarkt vom 19.12.2016 (BGBl. 2016 I, S. 2977) muss die vom Anbieter anzubietende Einrichtung zur Kostenkontrolle „auch untengeltliche Warnhinweise bei abnormalem oder übermäßigem Verbrauchsverhalten“ enthalten. Damit enthält die Transparenzverordnung genau diejenige Pflicht, welche der BGH aus § 241 II BGB hergeleitet hat, vgl. *Hirsch*, Schuldrecht AT, 10. Aufl. 2016, Rn. 804 (Fn. 34).

973 Vgl. zu Informationspflichten der Telekommunikationsanbieter *Hirsch*, Schuldrecht AT, 10. Aufl. 2016, Rn. 804 (Herleitung einer Nebenpflicht aus § 241 II BGB „[b]is [!] zum Erlass einer [...] Verordnung, in die eine entsprechenden Regelung aufgenommen werden soll“).

974 Vgl. zur positiven Forderungsverletzung *Medicus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 33, 34 („Probleme entstehen aber, wenn das Gesetz schon eine Teilregelung [...] enthält“).

975 BGH, Urt. v. 12.11.2004 – V ZR 322/03, Rn. 12; BGH, Urt. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04, Rn. 21 (BGHZ 164, I, 6); BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 8; Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 18; a.A. *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 524ff. (grundsätzlich Möglichkeit der Fahrlässigkeitshaftung bei jeder unberechtigten Rechtsverfolgung als dogmatisch überzeugender Gegenentwurf zur unzusammenhängenden Rechtsprechung). Die Möglichkeit bei Gericht Rechtsklärung zu betreiben, hat schließlich auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive entscheidende Bedeutung, BVerfG, Beschl. v. 25.2.1987 – 1 BvR 1086/85, Rn. 8 (BVerfGE 74, 257, 262); BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 8 a.E.; skeptisch gegenüber der Gefährdung des Justizgewährungsanspruches als tragfähiges Argument für die Haftungsprivilegierung des Rechtsverfolgers *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 505, 514f. Zudem finden sich in den §§ 91ff. ZPO Kostentragungsregeln, welche die finanzielle Verantwortung für die Inanspruchnahme von Rechtspflegeverfahren bereits aufteilen, plakativ *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 505 (Kostenrecht „Korrelat zu dem Recht des Verfahrensbetreibers auf Irrtum“). Nach dem Grundsatz von § 91 I 1 ZPO trägt dabei die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits. In den §§ 92ff. ZPO werden hierzu aber noch eine Vielzahl von Sonderregelungen getroffen, die den Besonderheiten des Gerichtsverfahrens und der damit verbundenen Kosten Rechnung tragen, zum Vorrang des prozessualen Kostenerstattungsanspruch gegenüber etwaigen materiell-rechtlichen Kostenerstattungsansprüchen Müko-ZPO/*Schulz*, 5. Aufl. 2016, Vorbemerkung zu den §§ 91 ff. Rn. 19f.; krit. zur Annahme der h.M., dass das (prozessuale) Kostenrecht ausreichend Schutz für den unberechtigten Anspruch Genommenen bietet *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 511f.

vor allem ein Anspruch aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung gem. §§ 280 I, 241 II BGB. Der Interessenkonflikt zwischen den §§ 91ff. ZPO und einem Schadensersatzanspruch ist aber auch dann zugunsten der ausdifferenzierten zivilprozessualen Kostenverteilung zu entscheiden, wenn die Parteien bereits vor der gerichtlichen Inanspruchnahme ein Schuldverhältnis verbindet.⁹⁷⁶ Die zugrundeliegenden Wertungen bleiben schließlich die gleichen. Eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht aus § 241 II BGB mit dem Inhalt, die andere Partei nicht unberechtigt in Anspruch zu nehmen, ist deshalb im Grundsatz abzulehnen.⁹⁷⁷ Die speziellen Regeln der ZPO verdrängen hier die allgemeine Pflicht aus § 241 II BGB.

Im Ergebnis müssen sich Nebenpflichten aus § 241 II BGB daher von konkreten gesetzlichen Regelungssystemen begrenzen lassen.⁹⁷⁸

976 So auch explizit BGH, Urt. v. 7.3.1956 – V ZR 106/54, Rn. 13 a.E. (BGHZ 20, 169, 172); vgl. zudem Thole, AcP 209 (2009), 498, 507f., der indes darauf hinweist, dass diese Problematik in der Rechtsprechung – anders als die Haftung nach Jedermannsrecht – „bisher wenig behandelt“ sei. Zwar kann ein Schuldverhältnis in besonderen Fällen den anderen Teil auch zur Rücksichtnahme bei der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen verpflichten, BGH, Urt. v. 12.11.2004 – V ZR 322/03, Rn. 17 („[...] unter außergewöhnlichen Verhältnissen nicht ausgeschlossen [...], daß eine Partei, weil die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens oder der Vertragszweck eine einvernehmliche Abwicklung gebieten, die Durchsetzung eigener Ansprüche im Wege eines staatlichen Verfahrens zurückstellen muß“). Ob es sich in solchen Konstellationen dann überhaupt noch um eine Nebenpflicht im Sinne von § 241 II BGB oder – aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit der Primärleistungspflicht – nicht vielmehr um eine leistungsbezogene Nebenpflicht nach § 241 I BGB handeln würde, ist unklar.

977 Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 18.

978 OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206 („Ein auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichteter Anspruch aus c.i.c. kann deshalb nur dort in Betracht kommen, wo gesetzliche Regelungen fehlen.“). So bereits zum grundsätzlichen Verhältnis von Nebenpflichten und dem Gewährleistungsrecht Faust, Verbraucher-acquis, 2011, S. 201, 219f. (gegen den Einsatz von Informationspflichtverletzungen als „Krücke“); Grigoleit, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 296 („Aus methodischer Sicht ist es ungereimt, durch ein Nebeneinander der Haftungsinstrumente ggf. eine Korrektur der konkreteren Regelung durch die allgemeinere [Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB] zuzulassen.“); Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 325f. („allgemeine Regelung [muss sich] auch dort, wo sie anwendbar bleibt, der spezielleren anpassen; sie darf zu jener in keinen Wertungswiderspruch treten.“); Medicus, FS Keller, 1989, S. 205, 215f. (Gefahr der „Disharmonie“); Medicus, Schuldrechtsreform, 2001, S. 33, 34; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 584ff.; Walz, BB 1991, 880, 884 (Nebenpflichten werden „für Sachverhalte nicht angewendet, für die bereits eine abschließende gesetzliche Regelung besteht“); ebenso – als pars pro toto auf einen Konflikt zwischen culpa in contrahendo und

Beispiel 30 Ein Käufer will einem Unternehmer dessen erfolgreiches Süßwarenunternehmen abkaufen („Steuernachzahlungsfall“). Im Rahmen der Verhandlungen fragt der Käufer nach möglichen Schulden des Betriebs. Der Verkäufer überlegt nur kurz und lässt verlauten, dass er „nie Schulden gemacht“ habe. Einige Wochen nach dem Kauf des Unternehmens wird der Käufer von dem zuständigen Finanzamt darüber informiert, dass eine Umsatzsteuernachzahlung für das abgelaufene Geschäftsjahr drohe. Der Käufer ist außer sich, dass der Verkäufer ihm das verschwiegen hat, will aber erst die Höhe der Nachzahlung abwarten, bis er weitere Schritte unternimmt. Nach sechs Monaten wird die endgültige Summe der ausständigen Umsatzsteuer festgesetzt. Der Käufer führt das Geschäft für weitere sieben Monate weiter, bis er – enttäuscht von dem durch die massive Steuernachzahlung verursachten operativen Verlust für das Jahr – den Betrieb wieder „loswerden“ will.

Der Verkäufer hat den Käufer hier getäuscht.⁹⁷⁹ Folglich hat der Käufer gem. § 123 I Alt. 1 BGB ein Anfechtungsrecht. Weil die Jahresfrist des § 124 I BGB aber gem. § 124 II Alt. 1 BGB in dem Zeitpunkt begann, in welchem der Käufer von der Steuerbehörde über die grundsätzlich vorhandene Steuerschuld informiert wur-

§ 123 I Alt. 1 BGB bezogen – Honsell, FS Medicus, 2009, S. 181, 182f.; Lieb, FS Medicus, 1999, S. 337, 342; krit. zur Vorgehensweise der Rechtsprechung Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104 („Judikatur rekurriert freilich immer wieder voreilig auf den vermeintlichen Auffangtatbestand der positiven Vertragsverletzung“). Lediglich ein völliges „Schweigen des Gesetzes“ gegenüber einer Fragestellung kann die Subsumtion nicht entscheidend beeinflussen, da anderenfalls der rechtsfortbildende Charakter der Nebenpflichten untergraben werden würde, zutreffend Hadzimanovic, Nebenpflichten, 2006, S. 109.

979 Über eine mögliche Steuerschuld, für welche der Erwerber nach § 75 I 1 AO haftet, hat ein Unternehmensverkäufer auch ungefragt aufzuklären, OLG Köln, Urt. v. 18.3.1994 – 6 U 211/93, NJW-RR 1994, 1064, 1065. Der Verkäufer hat hier aber ohne weitere Überlegung ins Blaue hinein behauptet, dass keinerlei Schulden bestünden. Damit hat er durch aktives Tun und mit bedingtem Vorsatz bei dem Käufer einen Irrtum hervorgerufen, der für die Abgabe der Willenserklärung im Rahmen des Kaufvertrags kausal geworden ist. Die Erheblichkeit des Irrtums spielt im Rahmen von § 123 BGB keine Rolle, vgl. zu alledem MüKo-BGB/Armbrüster, 7. Aufl. 2015 § 123 Rn. 2, 15, 20.

*de*⁹⁸⁰, ist das Anfechtungsrecht mittlerweile verfristet. Bei einer arglistigen Täuschung steht aber nach der Rechtspraxis stets auch die Verletzung einer vorvertraglichen Nebenpflicht im Raum.⁹⁸¹ Aus diesem Schluss wird offensichtlich, dass die arglistige Täuschung gegenüber der Nebenpflichtverletzung eine übergeordnete Position einnimmt, sie stellt die stärkere Pflichtwidrigkeit dar. Damit entsteht indes ein gewisser Wertungswiderspruch, wenn die schwächere Pflichtverletzung großzügigere Voraussetzungen⁹⁸² bietet.⁹⁸³ Dementsprechend besteht Streit darüber, in welchem Verhältnis die beiden Rückabwicklungsregime stehen.⁹⁸⁴ Führt man sich den a maiore ad minus-Schluss von der arglistigen Täuschung auf die Nebenpflichtverletzung vor Augen, so scheint erneut die wertungsmäßige Nachrangigkeit der Nebenpflicht

-
- 980 Den exakten Betrag, den der Verkäufer als Schuld verschwiegen hatte, musste der Käufer nicht kennen, um den Gesamteindruck zu erlangen, dass er grundsätzlich vom Verkäufer getäuscht wurde, vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 124 Rn. 3.
- 981 Vgl. LG Köln, UrT. v. 17.3.2016 – 2 O 355/14, Rn. 30 („Durch die oben bereits festgestellte arglistige Täuschung des Beklagten hat dieser seine Pflichten aus dem Schuldverhältnis schuldhaft verletzt.“); MüKo-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 90 („Darüber hinaus liegt in einer arglistigen Täuschung bei Vertragsschluss stets auch eine culpa in contrahendo [...]“); HK-BGB/*Dörner*, 9. Aufl. 2017, § 123 Rn. 14; *Bamberger-Roth/Wendtland*, 3. Aufl. 2012, § 123 Rn. 40; prinzipiell – damit aber fernab der Rechtsrealität – a.A. *Grigoleit*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, 271f. (Lehre vom „informationellen Vorsatzdogma“).
- 982 Ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufs nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht unterliegt (nur) der Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB. Damit wäre über einen Schadensersatzanspruch aus Nebenpflichtverletzung – anders als über die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung – eine Rückabwicklung des vom Käufer unerwünschten Geschäfts möglich.
- 983 Treffend MüKo-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 119 Rn. 120 („Ausweichlösungen [...] bedenklich“); *Grigoleit*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, 277f.; *Honsell*, FS *Medicus*, 2009, S. 181, 182f.; *Medicus*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 541f.
- 984 Während u.a. der BGH die culpa in contrahendo neben der Anfechtung uneingeschränkt für anwendbar hält (BGH, UrT. v. 12.5.1995 – V ZR 34/94, Rn. 21 [„Vorschriften des Anfechtungsrechts stellen gegenüber dem Schadensersatzanspruch keine diesen ausschließende Spezialregelung dar“]), kritisieren andere den auftretenden Wertungswiderspruch, zum Problem OLG Hamm, UrT. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206; MüKo-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 91 m.w.N.; *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 262f.; *Grigoleit*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, 277ff.; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 372f.; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 224; *Schwarze*, Verständigungspflichten, 2001, S. 309ff.; aus dogmatischer Perspektive interessant *Honsell*, FS *Medicus*, 2009, S. 181, 182ff.

durch.⁹⁸⁵ Um keine Korrektur des speziellen Haftungssystems durch ein Instrument zuzulassen, welches dem Ausgleich spezifischer, deliktsrechtlicher Haftungslücken dient, ist demnach nach hier vertretener Ansicht von einer systematischen Subsidiarität eines Anspruchs aus §§ 311 II, 280 I, 241 II BGB auszugehen.⁹⁸⁶

Um Widersprüche zu vermeiden, wird aufgrund einer wertungsmäßigen Nachrangigkeit der allgemeinen Pflicht aus § 241 II BGB gegenüber speziellen, abschließend konzipierten Haftungsregimen vorgeschlagen, im Konfliktfall von einer systematischen Subsidiarität eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht auszugehen.⁹⁸⁷

c) Zwischenergebnis: Möglicher Vorrang gesetzlicher Haftungsregime

Nebenpflichten sind Teil gesetzlicher Haftung und entspringen zum Teil den Wertungen konkreter Einzelgesetze. Bereits bestehende gesetzliche Haftungsregime können aufgrund der systematischen Subsidiarität des § 241 II BGB Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB sperren, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

985 Ähnlich und zutreffend gegen die BGH-Rechtsprechung auch OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206 („Die Argumentation des BGH behandelt wirtschaftlich gesehen gleichwertige Ansprüche unterschiedlich, indem sie an ein formales Unterscheidungsmerkmal anknüpft (nur schuldrechtliche Wirkung des Schadensersatzanspruches/dingliche Wirkung der Anfechtung). Abgesehen davon, daß Medicus (JuS 1965, 209 (211)) zutreffend darauf hinweist, daß auch der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. jedem Dritterwerber der Forderung gem. § 404 BGB entgegengehalten werden kann und somit im Ergebnis ebenso Drittwirkung hat, die „dingliche Wirkung“ also keine Eigenart der Anfechtung darstellt, sieht es der Senat als entscheidend an, daß die gesetzgeberische Wertung, die der Ausschußfrist des § 124 BGB zugrunde liegt, unterlaufen wird [...]. Der Gesetzgeber hat in § 124 BGB im Interesse der Rechtsklarheit bewußt eine relativ kurz bemessene Frist vorgesehen, nach deren Ablauf auch der arglistig Getäuschte an den Vertrag gebunden sein soll. Mit dieser gesetzgeberischen Wertungsentscheidung wäre es unvereinbar, eine zeitlich darüber hinausgehende Möglichkeit zur Vertragsaufhebung aufgrund einer Rechtskonstruktion zu schaffen, die das Gesetz gar nicht kennt (c.i.c.).“)

986 Für eine Übertragung der Jahresfrist des § 124 BGB auf den Anspruch aus *culpa in contrahendo* OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206; überzeugend für die Übertragung auch der Grenzen des § 121 BGB MüKo-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 123 Rn. 91 a.E. m.w.N.

987 Diese systematische Nachrangigkeit von § 241 II BGB erscheint insbesondere dann stimmig, wenn man sich die teleologische Subsidiarität der Nebenpflichten vor Augen führt, s.u., S. 270ff.

4. Äquivalenzprinzip

a) Eignung als Haftungsgrund?

aa) Grundgedanke des Äquivalenzprinzips

Nach dem systematisch dem allgemeinen Schuldrecht als Gerüst von § 241 II BGB zugrundeliegenden Äquivalenzprinzip sollen Leistung und Gegenleistung in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis grundsätzlich unter Berücksichtigung des Parteiwillens gleichwertig sein, wobei Geld als universales Austauschmittel die Bezugsgröße darstellt.⁹⁸⁸ Bei einem sehr weiten Verständnis des Äquivalenzprinzips können hiervon auch Nebenpflichten erfasst sein.⁹⁸⁹ Man könnte versuchen, Nebenpflichten darauf zu stützen, dass sie ein konkretes wirtschaftliches Ungleichgewicht beheben.

Beispiel 2 Im Seniorenfall⁹⁹⁰ wären in der konkreten Subsumtion zunächst die bislang feststehenden Pflichten der Parteien finanziell in Ansatz zu bringen (Mietzinsverpflichtung, Wohnungsüberlassungspflicht, Instandhaltungspflicht etc.). Wenn bei einem Vergleich die Rechte des Mieters wertmäßig (entscheidend) hinter denen des Vermieters zurückbleiben würden, sofern nicht dem Vermieter die Nebenpflicht obliegt, den Mieter auch im Alten Land nicht zu schädigen, würde es an der wirtschaftlichen Ausgeglichenheit des Schuldverhältnisses fehlen. Die Begründung einer Nebenpflicht unter Rück-

988 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 66; gegen die Begriffe der objektiven und subjektiven Äquivalenz dezidiert Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 319ff.; zur Vertragsgerechtigkeit grundlegend Aristoteles, Grumach/Flashar (Hrsg.), Bd. 6, Nikomachische Ethik, 10. Aufl. 1999, Buch V, S. 100f.

989 Vgl. auch Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 67, der allerdings zunächst nur von der Inklusion von „Nebenleistungen“ spricht. Das scheint lediglich Pflichten aus § 241 I BGB zu meinen. In Rn. 68 belegt er die Notwendigkeit eines weiten Äquivalenzbegriffs aber damit, dass „Nebenpflichten Wertbemessungsfaktoren darstellen“, was sich auch aus „unternehmerischen Rückstellungen für Gewährleistungsverpflichtungen“ ergäbe. Pflichten aus § 241 II BGB können aber ebenso wirtschaftliche Relevanz haben wie Nebenleistungspflichten. Mit Blick auf das finanzielle Risiko einer Nebenpflichtverletzung können hierfür auch durchaus Rückstellungen angebracht sein. Damit ist kein Grund ersichtlich, Nebenpflichten gem. § 241 II BGB bei einer weiten Äquivalenzbetrachtung auszublenden.

990 S.o., S. 5.

*griff auf das Äquivalenzprinzip käme dann prinzipiell in Betracht.*⁹⁹¹

Ein Vorteil dieser Vorgehensweise wäre bei abstrakter Betrachtungsweise zwar die (wirtschaftliche) Transparenz. Weil auch die Hauptleistungspflichten in den Wertvergleich miteinzubeziehen sind, steht dieses Vorgehen aber in einem natürlichen Spannungsverhältnis zum grundsätzlichen Verbot richterlicher Preiskontrolle⁹⁹². Zudem zeichnen sich hier grundsätzliche bilanzielle Schwierigkeiten ab.⁹⁹³ In jedem Fall ist es äußerst schwierig, die wirtschaftlichen Folgen der Belastung mit einer Nebenpflicht konkret abzubilden. Die Lösung dieser in jedem Fall aufs Neue hochkomplexen Fragestellung vom Richter im Rahmen einer Subsumtion zu verlangen, geht zu weit.⁹⁹⁴ Auf eine konkret zu beziffernde wirtschaftliche (In-)Äquivalenz des jeweiligen Schuldverhältnisses lassen sich Nebenpflichten daher nicht überzeugend stützen.⁹⁹⁵

991 In dem konkreten Fall fehlt es hierfür aber bereits an der sachlichen Verbindung zwischen Nebenpflicht und Schuldverhältnis.

992 Vgl. *Brors*, Nebenpflichten, 2002, S. 91. Dieser Grundsatz lässt sich mit einem Umkehrschluss zu § 138 II BGB gesetzlich belegen, der nur unter besonderen Umständen ein (auffälliges) Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung sanktioniert, vgl. zum Ausnahmecharakter dieser Vorschrift aus historischer Perspektive *HKK/Hofer*, 2007, vor § 241 (Vertragsfreiheit) Rn. 8; näher zum Schweigen des BGB gegenüber einem *ustum pretium Raiser*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, 129f.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, Neubearbeitung 2017, § 138 Rn. 270 m.w.N.; *Schippel*, FS MJG, 1996, S. 51, 53f.; krit. zur Preiskontrolle aus ökonomischer Sicht *R. Posner*, *Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. 104 („would require the court to do what it is less well equipped to do than the parties“).

993 Mit welchem Wert sind nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten für einen solchen Pflichtenvergleich in Ansatz zu bringen? Mit dem voraussichtlichen Erfüllungsaufwand oder dem Produkt aus Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und (subjektiver/objektiver?) Schadenshöhe bei Missachtung der infrage stehenden Verhaltensanforderung? Gerade ersteres wird häufig schwierig zu berechnen sein, vgl. den Seniorenfall (Beispiel 2, S. 5): Wie viel wird es den Vermieter kosten, Schädigungen vom Mieter auch außerhalb seiner Mietswohnung zu unterlassen? Zunächst müsste der Vermieter den Standort vom Mieter stets genau ermitteln, um sodann in seinem Umfeld erhöhte Vorsicht walten zu lassen. Die wirtschaftlichen Folgen dieses Vorgehens sind nur schwer abbildbar.

994 Vgl. *Hadzimanovic*, Nebenpflichten, 2006, S. 193.

995 Zur grundsätzlichen Irrelevanz von „Fehlvorstellungen über die Ausgewogenheit des Austauschverhältnisses“ s. *Werres*, Aufklärungspflichten, 1985, S. 134ff; zu Ausnahmen bei einem erkennbaren und schwerwiegenden Kalkulationsirrtum der Gegenseite, OLG Brandenburg, Urt. v. 17.3.2016 – 12 U 76/15, Rn. 15 (Annahme des Vertragsangebots durch den Schuldner als „unzulässige Rechtsausübung“ nach § 241 II BGB). *Schippel*, FS MJG, 1996, S. 51, 53f. sieht grundsätzlich die Vertragsgestalter in der – *ex post* offensichtlich verletzten –

Im Äquivalenzprinzip kommt aber auch der abstrakte Gedanke der Vertragsgerechtigkeit zum Ausdruck.⁹⁹⁶ Zum Ausgleich funktioneller Asymmetrien (hins. Information, Verhandlungskraft etc.) zwischen den Parteien, welche die Vertragsgerechtigkeit beeinträchtigen, stellt das BGB den Gerichten zahlreiche Generalklauseln zur Verfügung.⁹⁹⁷ § 241 II BGB stellt aufgrund seines offenen Wortlauts eine Generalklausel dar. Das Äquivalenzprinzip lässt sich daher im Rahmen der Anwendung dieser Generalklausel grundsätzlich berücksichtigen. Häufigstes Beispiel einer funktionellen Asymmetrie im Kontext von Nebenpflichten ist dabei die Informationsasymmetrie.

Beispiel 29 *Im Mobilfunkanbieterfall*⁹⁹⁸ nahm die Nebenpflicht jeweils die Gestalt einer Hinweis- und damit einer Informationspflicht an.⁹⁹⁹ Ein Eingriff in das Schuldverhältnis über eine gesetzlich begründete Nebenpflicht war hier notwendig, weil der typisierte Kunde in der den Schaden betreffenden Frage auf verlorenem Posten steht, wenn man seine Expertise mit der des Telekommunikationsanbieters vergleicht. Das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung im jeweiligen Vertrag wäre somit empfindlich gestört, wenn der Dienstanbieter nicht verpflichtet wäre, den Kunden ein

Pflicht, wenn es darum geht, mittels Nebenpflichten wirtschaftliche Äquivalenz zu gewährleisten.

996 Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 208; Raiser, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, 129ff.; Schippel, FS MJG, 1996, S. 51, 53f.; für den Begriff der funktionalen Äquivalenz Bydinski, AcP 180 (1980), 1, 46 („Funktionsgerechtigkeit“); Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 321; vgl. auch HKK/Hofer, 2007, vor § 241 (Vertragsfreiheit) Rn. 5; gegen eine unsereren Zeiten spezifische allgemeine „Ungleichgewichtslage“, welche die verstärkten Einschränkungen der Privatautonomie des Einzelnen rechtfertigen könnte, überzeugend Medicus, Privatautonomie, 1994, S. 19ff., 32ff.

997 Vgl. beispielhaft die §§ 138, 157, 242, 307, 313 BGB; näher BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgschaftsvertrag), Rn. 55 (BVerfGE 89, 214, 234); Ackermann, FS Schlick, 2015, S. 89, 91f., 96f.; krit. zur fehlenden Konturierung Medicus, FS MJG, 1996, S. 9, 16 („Urteil über ein [...] „Gesamtgleichgewicht“ ganz unsicher und irrational“).

998 S.o., S. 237.

999 Inhaltlich stützte sich der BGH für die Begründung der Nebenpflicht auf die Tatsache, dass der Dienstanbieter über ein demjenigen des Kunden deutlich überlegenes Wissen um die Tarifstruktur, die technischen Voraussetzungen des Verbindungsaufbaus und damit letztlich auch über die (A-)Typizität des einzelnen Nutzungsverhaltens verfügte, vgl. BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 14; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 22.

Stück weit „unter die Arme zu greifen“.¹⁰⁰⁰ Die jeweiligen Nebenpflichten aus § 241 II BGB dienen damit dem Ausgleich einer funktionellen Asymmetrie zwischen Schuldner und Gläubiger im Schuldverhältnis, nämlich dem Ausgleich einer Informationsasymmetrie.

Die funktionale Asymmetrie kann sich aber auch auf die Macht- und Rollenverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner beziehen

Beispiel 11 Im Spielsperrenfall¹⁰⁰¹ bejahte der BGH die Verletzung eines Spielsperrvertrags, weil die Spielbank bei der (zulässigen) Aufhebung ebendieses Spielsperrvertrags vom Spieler keinerlei Dokumentation darüber verlangt hatte, dass seine Spielsucht überwunden war.¹⁰⁰² Die Privatautonomie des Spielers war hier strukturell asymmetrisch zugunsten der Spielbank ausgestaltet.¹⁰⁰³ Der strukturelle Nachteil des Spielers, seine Privatautonomie nicht frei von zwanghafter Sucht ausüben zu können, rechtfertigt hier den über den Spielsperrvertrag hinausgehenden Schutz durch die festgestellte Nebenpflicht. Damit stützt sich die Nebenpflicht hier auf eine asymmetrische Machtverteilung zwischen Gläubiger und Schuldner.¹⁰⁰⁴

1000 Vgl. Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 10.

1001 S.o., S. 45.

1002 Durch die Nebenpflicht wurde also letztlich die Verantwortlichkeit für den Fortbestand einer Spielsucht vom Spieler auf die Spielbank verlagert. Das Berufungsgericht hatte genau dies abgelehnt, weil es „der Übernahme von Betreuungspflichten nahe“ käme, BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Rn. 5. Der BGH sah in der Nebenpflicht als Ausfluss der „Übernahme von Betreuungspflichten“ kein Problem, sondern hielt diese für die folgerichtige Konsequenz des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses, BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Rn. 10. Wenn der Spieler einen Spielsperrvertrag abschließen will, ist seine eigene Willensfreiheit, vom Glückspiel lassen zu können, offenbar erheblich beeinträchtigt, vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Rn. 12.

1003 Vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Rn. 10 a.E.; näher Ackermann, FS Schlick, 2015, S. 89, 95f.

1004 Ähnlich Ackermann, FS Schlick, 2015, S. 89, 96; Schimmel, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, LMK 2012, 327365. Besonders häufig akut wird dieser Haftungsgrund in dem schon konzeptionell machtasymmetrisch ausgestalteten Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vgl. BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 28; BAG, Urt. v. 15.4.2014 – 3 AZR 288/12, Rn. 45 („Gesteigerte Informationspflichten“ des Arbeitgebers bei für den Arbeitnehmer „nachteilige[n] Vereinbarung[en]“).

In beiden Fällen sah der BGH im Kern die Äquivalenz des Schuldverhältnisses als gefährdet an, wenn nicht der Schuldner mit einer entsprechenden Nebenpflicht nach § 241 II BGB belastet wäre. Im Ergebnis lassen sich Nebenpflichten daher innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse aus einer systemtheoretischen Perspektive auf den Gedanken der Vertragsgerechtigkeit – und damit das Äquivalenzprinzip – stützen. Der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit passt allerdings schon dem Namen nach nur auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse. In rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen fehlt es gänzlich an Leistungspflichten. Deshalb kann das Äquivalenzprinzip hier gar nicht zur Anwendung gelangen.¹⁰⁰⁵

bb) Aus dem Äquivalenzprinzip abgeleiteter Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners

Es soll zudem untersucht werden, ob der Gedanke einer Vergütung¹⁰⁰⁶ oder – weiter formuliert – Kompensation des Nebenpflichtschuldners zur Begründung einer Nebenpflicht taugt.¹⁰⁰⁷

1005 In gesetzlichen Schuldverhältnissen fehlt es am Willensakt der Beteiligten, ein Äquivalenzverhältnis entstehen zu lassen. Man könnte zwar daran denken, das rechtsgeschäftliche Moment der Parteien durch die Anordnung des Gesetzgebers zu ersetzen. Im Hinblick auf ein gesetzliches Äquivalenzverhältnis kann dieser Gedanke jedoch nicht weiterhelfen. Gesetzliche Schuldverhältnisse enthalten im Regelfall schließlich nur Leistungspflichten einer Partei. Damit passt der Gedanke nicht auf gesetzliche Schuldverhältnisse insgesamt.

1006 Vgl. zu einem ähnlichen Rechtfertigungsansatz für die Haftung aus einer „Sonderverbindung“ *Bydlinski*, Prinzipien, 1996, S. 211f.

1007 Bei näherer Überlegung wird deutlich, dass es sich hierbei um eine Spielart des Äquivalenzprinzips handelt: Mit der Begründung einer Nebenpflicht über das Äquivalenzprinzip soll das intendierte oder gesetzlich angeordnete Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufrechterhalten werden. Die Frage lautet also, ob ohne eine Nebenpflicht das Äquivalenzprinzip beeinträchtigt wäre. Bejaht man diese Frage, so ist auch eine Nebenpflicht zu bejahen. Der Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners wendet den Blick zunächst nur auf die Gegenleistung des Gläubigers und fragt danach, ob diese den Schuldner für die Belastung mit der Pflicht ausreichend entschädigt. Lässt sich das bejahen, so ist eine Nebenpflicht anzunehmen. Die Belastung mit einer Nebenpflicht ist dann zumutbar, weil die entstehenden Kosten finanziell oder anderweitig abgegolten sind. Ob eine Kompensation ausreicht, lässt sich dabei nur mit Blick auf das ohne die Nebenpflicht bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beurteilen. Nimmt man auch außerhalb der konkreten Gegenleistung liegende Vorteile für den Schuldner mit in den Blick, wie spätere Schuldverhältnisse, abstrakte Chancen oder gar korrespondierende (Neben-)Pflichten, so entfernt man sich zwar vom Äquivalenzprinzip, der Gedanke bleibt aber Ausfluss desselben Prinzips. Aus diesem Grund ist der Gedanke der

(1) Ausgleich durch eine Gegenleistung

Grundfall der Kompensation des Schuldners ist die konkret vereinbarte Gegenleistung. Man könnte daher versuchen, Nebenpflichten auf die dem Schuldner geschuldete Gegenleistung zu stützen.¹⁰⁰⁸ Eine Kompensation des Nebenpflichtschuldners durch die vereinbarte Hauptleistung des Anderen ist aber deshalb problematisch, weil die (gerichtliche) Feststellung der Nebenpflicht häufig erst *ex post* erfolgt und der Erfüllungsaufwand bei der Vereinbarung der (Gegen-) Leistung somit im Allgemeinen noch nicht berücksichtigt werden konnte. Wenn Nebenpflichten in einem verallgemeinerungsfähigen Kontext (höchst-)richterlich festgelegt werden, können sich allerdings zukünftige Schuldner darauf einstellen und den Erfüllungsaufwand entsprechend einpreisen.¹⁰⁰⁹ Die Hauptleistungspflicht des Gläubigers der Nebenpflicht kann dann für den (zukünftigen) Schuldner auch die Vergütung für die Nebenpflicht selbst darstellen.¹⁰¹⁰ Dabei muss sich die Kompensation des Schuldners gar nicht zwingend aus dem konkreten Schuldverhältnis ergeben.

Beispiel 31 So ließen sich die Nebenpflichten eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Kaufhauskunde und Kaufhausbetreiber da-

Kompensation des Nebenpflichtschuldners als Haftungsgrund zwar eigenständig, aber unter der Ägide des Äquivalenzprinzips zu würdigen.

1008 Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 401; *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1636 (möglicherweise „erhöhter Schutz des Vertragspartners stets auch durch seine Gegenleistung „erkauft““); so letztlich auch LG Heidelberg, Urt. v. 14.2.2006 – 2 S 46/05, Rn. 16, das die Hinweispflicht des Maklers auf eine soziale Problematik einer Wohngegend auf „seine nicht unerhebliche Provision“ stützt.

1009 Vgl. *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 439. So hat beispielsweise das LG Duisburg, Urt. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, Rn. 18f. festgestellt, dass ein Host-Provider aus § 241 II BGB verpflichtet ist, Datensicherungen der von ihm gehosteten Inhalte anzufertigen. *Kremer*, Anm. zu LG Duisburg, Urt. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, jurisPR-ITR 21/2014, Anm. 6 gibt daraufhin für Host-Provider den Praxishinweis, die Vergütung entsprechend anzuheben, um den „damit für den Auftraggeber einhergehende[n] Mehrwert“ zu reflektieren.

1010 Einige, wenige Autoren versuchen folglich Nebenpflichten auf eine etwaige Bezahlung des Schuldners zu stützen: Im Rahmen von Informationspflichten hält beispielsweise *Olzen* die typischerweise erfolgende Vergütung der Übernahme von Informationsverantwortlichkeit für eine denkbare Begründung für die Annahme einer entsprechenden Nebenpflicht, *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 455 a.E. („Übertragung“ eines ähnlich lautenden Ansatzes von *Rehm* für die Begründung von Informationsleistungspflichten – also Pflichten im Sinne von § 241 I BGB – auf Pflichten nach § 241 II BGB „liegt [...] nahe“.); vgl. näher *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 235ff.

raus ableiten, dass alle potentiellen Kunden eines Kaufhauses gemeinsam für die Wahrung dieser Verhaltensanforderungen bezahlen („Kaufhausfall“).¹⁰¹¹ Dieser Ansatz ist indes nicht ohne Probleme: Zum einen passt er nur deshalb auf ein Schuldverhältnis, in welchem der Schuldner nicht vergütet wird, weil ein vergütetes Schuldverhältnis (§ 433 BGB) dem vorvertraglichen Schuldverhältnissen zumindest konzeptionell nachfolgt.¹⁰¹² Darüber hinaus wird an dem Ansatz kritisiert, dass die Bereitschaft potentieller Kunden, für die Nebenpflichten zu bezahlen, eine reine Fiktion sei.¹⁰¹³ Schließlich wird auch die Zahlungsbereitschaft der tatsächlichen Kunden für die Einhaltung der Nebenpflichten in Frage gestellt.¹⁰¹⁴ Insgesamt ließe sich der Ansatz aber auch so verstehen,

1011 So Michael Lehmann, *Vertragsanbahnung*, 1981, S. 317f., 319f.; dazu Brüggemeier, *AG* 1982, 268, 268f. Das Schuldverhältnis, welches unmittelbar die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB verursacht, ist das vorvertragliche Schuldverhältnis aus § 311 II Nr. 2 BGB. Das Schuldverhältnis, welches den Schuldner der Nebenpflicht für die Belastung entschädigen soll, ist aber der Kaufvertrag mit dem einzelnen Kunden über eine Sache aus dem Sortiment, vgl. Michael Lehmann, *Vertragsanbahnung*, 1981, S. 318f. So konnte der Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners geschickt auch auf ein Schuldverhältnis ausgeweitet werden, welches gar keine Vergütung enthält. Laut Michael Lehmann, *Vertragsanbahnung*, 1981, S. 318 befinden sich kaufender und potentieller Kunde „in einer Art ökonomischen Solidargemeinschaft“.

1012 Der Kaufhausbetreiber hat also die Möglichkeit, die Kosten für die Nebenpflicht aus einem unentgeltlichen Schuldverhältnis zu amortisieren, weil das Schuldverhältnis aus typisierender Betrachtung in ein entgeltliches Schuldverhältnis mündet. Dies mag als Sondersituation erscheinen, aufgrund derer der Ansatz insgesamt kritikwürdig ist, so Paßmann, *Schutzpflichtverletzungen*, 2010, S. 139f., der den Ansatz ablehnt, weil er – mangels Möglichkeit einen „Deckungsbeitrag“ zu erbringen – nicht auf unentgeltliche Schuldverhältnisse passt. Auf der anderen Seite sind die meisten vorvertraglichen Schuldverhältnisse bei typisierender Betrachtung darauf gerichtet, ein entgeltliches Schuldverhältnis entstehen zu lassen. Die theoretische Möglichkeit für den Schuldner, die Kosten für vorvertragliche Nebenpflichten durch ein angestrebtes, späteres Schuldverhältnis zu amortisieren, besteht also durchaus häufiger.

1013 So Paßmann, *Schutzpflichtverletzungen*, 2010, S. 141.

1014 Vgl. Paßmann, *Schutzpflichtverletzungen*, 2010, S. 141f. Die Kunden zahlen schließlich einen Kaufpreis, der um diejenige Summe erhöht ist, welche nötig ist, um die aus der Einhaltung der Nebenpflichten entstehenden Kosten abzufedern. Sie bezahlen damit aber auch die Einhaltung der aus den Nebenpflichten folgenden Verhaltensstandards für die potentiellen Kunden, die später keinen Kaufvertrag abschließen. Sie kommen damit für den Vorteil eines Dritten auf, mit welchem sie nichts verbindet. Das entspricht nicht dem Handeln eines *homo oeconomicus*. Dementsprechend ist zumindest fragwürdig, ob den tatsächlichen Kunden unterstellt werden kann, für die Amortisation der Nebenpflichten auch gegenüber potentiellen Kunden zahlen zu wollen. Dagegen ließe sich höchstens einwenden, dass jeder, der nach §§ 280 I, 241 II BGB vorgehen möchte, dem Eingehen eines Kaufvertrags mit dem Kaufhausbetreiber zumindest nicht explizit verschlossen gegenüberstehen darf. Damit besteht aus einer *ex ante* Perspektive

dass er das rationale Verhalten des Kaufhausbetreibers umschreibt: Nebenpflichten finden ihren Haftungsgrund nicht in der Gegenleistung durch die tatsächlichen Kaufhauskunden, sondern die Kaufhausbetreiber versuchen nur die Kosten für die Belastung mit Nebenpflichten abzuwälzen.¹⁰¹⁵ Ein Eintrittsgeld für potentielle Kunden würde effektiv bedeuten, dass der Kunde für die Werbung des Verkäufers bezahlen müsste.¹⁰¹⁶ Das würde Kunden abschrecken und das Geschäftsmodell des Kaufhauses gefährden. Damit bleibt dem Kaufhausbetreiber nur noch, alle seine Unterhaltskosten – inklusive derjenigen für die Einhaltung von Nebenpflichten nach § 241 II BGB – über den Kaufpreis seiner Produkte zu amortisieren. Der Kaufvertrag mit dem Kunden ist seine einzige Möglichkeit, überhaupt Geld zu generieren. Unter einem Haftungs-

theoretisch bei jedem Kunden die gleiche Chance, dass aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis auch ein Kaufvertrag wird. Das diene wohl auch *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 318f., 320f. als Arbeitshypothese.

- 1015 Vgl. auch Brügge, AG 1982, 268, 271 („nichts anderes als der allgemeine Aspekt der unternehmerischen Schadensstreuung durch Preispolitik“); *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 317f. („zumindest nachträglich[e]“ Vergütung des Verkäufers für die aus den Nebenpflichten folgenden Belastungen); Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 832.
- 1016 Die Schließung des legendären Spielzeugwarengeschäft *FAO Schwarz* in New York an der *Fifth Avenue* hätte beispielsweise womöglich verhindert werden können, wenn die Betreiber von den häufig nur bewundernden, aber selten konkret kaufinteressierten Kunden ein Eintrittsgeld verlangt hätten, vgl. <http://www.economist.com/news/united-states/21653683-city-icon-closes-down-too-much-fun-make-money>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018. Dabei ging es natürlich weniger um besondere Kosten durch einzuhaltende Nebenpflichten, sondern um die exorbitanten Kosten das Geschäft insgesamt zu unterhalten. Aus dem Fall lässt sich aber schließen, dass sich das Geschäftsmodell des Kaufhauses in den Zeiten des Internet-Versandhandels durchaus im Wandel befindet. Gehört zum Kaufhaus nicht gleichzeitig eine starke und preislich wettbewerbsfähige Online-Plattform - oder ist das Geschäft nicht ein Marketing-Gag eines global operierenden Konzerns -, so kann es für den Betreiber durchaus sinnvoll sein, das Kaufhaus bei großer visueller Attraktivität eintrittspflichtig zu machen. Genau weil Kunden den gesuchten Artikel häufig am Ende doch im Internet zum „best price“ erwerben, muss der Kaufhausbetreiber sein Auskommen auch unabhängig von der Zahl der Verkäufe sichern. Mit der sozialen Erfahrung ein Kaufhaus zu besuchen, der Möglichkeit eine Vielzahl von Artikeln auszuprobieren oder haptisch zu erfahren sowie einigen zusätzlichen Gimmicks kann ein Kaufhaus dem Besucher etwas bieten, was er online nicht bekommen kann. Mit Blick auf diese speziellen Vorteile eines Kaufhauses, von denen der Besucher auch ohne einen Kauf profitieren kann, kann der Betreiber von Besuchern womöglich einen kleinen Obulus verlangen. So erspart sich der Kunde beispielsweise mögliche Rücksendekosten für Online-Produkte, wenn er in einem Kaufhaus Passform und Haptik des Produkts vorher auf seine Bedürfnisse zuschneiden kann.

*grund versteht man aber eigentlich etwas, was bereits vor der Haftung angelegt war. Der Grund kommt schließlich nach allgemeinem Verständnis vor der Folge. Hier folgt der angebliche Haftungsgrund aber der Nebenpflicht als Folge nach, was zumindest aus logischer Perspektive fragwürdig erscheint.*¹⁰¹⁷

Der Gedanke, dass die Belastung des Schuldners mit Nebenpflichten in Zusammenhang mit einer Kompensation desselben stehen muss, ist auch der Rechtsprechung nicht fremd.¹⁰¹⁸

Beispiel 18 Im erstinstanzlichen Urteil zum Rapsfeldfall¹⁰¹⁹ nahm das LG eine Nebenpflicht unter anderem wegen des Gedankens an, dass der Unternehmer sein Schadensrisiko „bei der Kalkulation seines

1017 Krit. auch Brügemeier, AG 1982, 268, 271; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 83.

1018 Der BGH leitet beispielsweise den Relativitätsgrundsatz des Schuldverhältnissrechts unter anderem aus dem Wunsch des Schuldners nach *ex ante* bestimmbarer Haftungsreichweite ab, näher Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 16. In einem grundlegenden Urteil zur Produzentenhaftung und zu den Grenzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter spricht der BGH mahnd von der „Gefahr, daß der Schuldner das Risiko, das er bei Abschluß eines Vertrages eingeht, nicht mehr einkalkulieren kann“, BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, Rn. 16 (BGHZ 51, 91, 96); deshalb eine Haftung einer Ratingagentur gegenüber den Anlegern aus der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ablehnend OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.2018 – 6 U 50/17, Rn. 32 („Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, sein Risiko bei Vertragsschluss zu kalkulieren und gegebenenfalls zu versichern. Er soll für Schäden Dritter nicht einstehen müssen, wenn ihm nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Vertragszwecks nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung einzulassen“). Die Haftungsreichweite soll hier zwar hinsichtlich des zu schützenden Personenkreises eingegrenzt werden, der Gedanke kann aber verallgemeinert werden: Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, alle für ihn relevanten Risiken in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis *ex ante* – und damit vor Festsetzung der ihm geschuldeten Gegenleistung – einzupreisen, Köhler, ZHR 144 (1980), 589, 594; Ott, FS Schäfer, 2008, S. 171, 175; Trimarchi, ZHR 136 (1972), 118, 127. Nur vom Relativitätsgrundsatz abstrahiert lässt sich der Gedanke womöglich auf die Begrenzung von Nebenpflichten anwenden: Die Wissenschaft leitet den Relativitätsgrundsatz aus einem Umkehrschluss zur Vertragsfreiheit ab („Kontrahentenwahlfreiheit“), näher Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 13ff. Derart verstanden lässt sich aus dem Relativitätsgrundsatz kein sinnvoller Schluss für die Reichweite von Nebenpflichten ziehen. Auf die Vertragsfreiheit lassen sich Nebenpflichten schließlich auch in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen nicht überzeugend stützen, s.o., S. 196ff. Die negative Vertragsfreiheit kann dann erst recht keine Aussage über Nebenpflichten treffen. Um den Konflikt zwischen Relativitätsgrundsatz und Nebenpflichten in Drei-Personen-Konstellationen aus dem Weg zu gehen geht Hassemer davon aus, dass das Relativitätsprinzip nicht auf heteronomes Recht – und damit auch nicht auf Nebenpflichten – anwendbar ist, näher Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 28.

1019 S.o., S. 112.

Werklohnnes berücksichtigen“ können müsse.¹⁰²⁰ Da es sich bei dem Risiko der schweren Beschädigung des Mähreschers durch eine im Feld liegende Spitzhacke um kein üblicherweise auftretendes Risiko handelte, wies das LG die Verantwortung für die Realisierung des Risikos mittels einer Nebenpflicht dem Auftraggeber zu.¹⁰²¹ Hier wurde das Kompensationsprinzip also nicht dazu gebraucht, Nebenpflichten zu begrenzen. Im Gegenteil wurde eine Nebenpflicht angenommen, weil der Gläubiger selbst keine Möglichkeit hatte, das Schadensrisiko in seine Gegenleistung einzupreisen.

Gegen die Rückführung von Nebenpflichten auf den Gedanken der Kompensation wird geltend gemacht, dass es sich hierbei um einen Zirkelschluss handle: Die Möglichkeit des Schuldners, die Haftung für Nebenpflichtverletzungen einzupreisen, möge zwar den Schuldner aus einer *ex-post*-Perspektive faktisch entlasten, sie könne die Haftung aber nicht *ex ante* begründen.¹⁰²² Das Argument ist aber nur begrenzt stichhaltig. So wird § 278 S. 1 Alt. 2 BGB und die daraus resultierende Haftungserweiterung für den Schuldner von der überwiegenden Auffassung auf das Prinzip der Einheit von Chance und Risiko zurückgeführt.¹⁰²³ Die (abstrakte) Möglichkeit das Haftungsrisiko in irgendeiner, womöglich auch in der Zukunft liegender Form amortisieren zu können, kann also nach gängiger Rechtsauffassung durchaus haftungsbegründend wirken.

1020 LG Bonn, Teilurt. v. 24.6.2011 – 2 O 17/11, Rn. 29.

1021 LG Bonn, Teilurt. v. 24.6.2011 – 2 O 17/11, Rn. 25, 27, 29.

1022 Vgl. *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 83.

1023 Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 16 („Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, [handelt] im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr.“); von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 117f.; NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 278 Rn. 1; AK-BGB/Dubischar, 1980, § 278 Rn. 1; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 1; MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 3; Larenz, MDR 1954, 515, 518; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 152f.; Soergel/Pfeiffer, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 1; Picker, AcP 183 (1983), 369, 488; Seok Kim, ZEuP 2013, 263, 277; Jauernig/Stadler, 17. Aufl. 2018, § 278 Rn. 2; Bamberger-Roth/Unberath, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 1; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 85 (Fn. 59) m.w.N.; Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 1; s. auch BGH, Urt. v. 27.6.1985 – VII ZR 23/84, Rn. 16 (BGHZ 95, 128, 132); BGH, Urt. v. 23.11.1995 – IX ZR 213/94, Rn. 12 (BGHZ 131, 200, 204).

(2) Ausgleich durch geldwerten Nutzen

In einer Variation vom Gedanken der konkreten Kompensation des Nebenpflichtschuldners gibt es auch noch die Überlegung, Nebenpflichten aus dem Prinzip der Einheit von Chance und Risiko herzuleiten. Die Kompensation ist hier nicht direkt aus dem schadensstiftenden oder einem nachfolgenden Schuldverhältnis zu ziehen, sondern wird abstrakt durch die geldwerten Möglichkeiten repräsentiert, welche dem Schuldner offenstehen.¹⁰²⁴

Beispiel 31 Bezogen auf die vorvertraglichen Nebenpflichten eines Kaufhausbetreibers ist im Kaufhausfall¹⁰²⁵ damit die Öffnung des Kaufhauses für den freien Publikumsverkehr gemeint, mit dem sich für den Betreiber geldwerte Chancen ergeben. Als „Kehrseite der Medaille“¹⁰²⁶ muss er dann das Risiko der Schädigung der Kunden in dieser Umgebung übernehmen. Der Ansatz setzt indes voraus, dass der Kaufhausbetreiber einseitiger Profiteur der Eröffnung des Kaufhauses ist.¹⁰²⁷ Das lässt außer Acht, dass auch der Kunde von der Öffnung eines Kaufhauses profitiert.¹⁰²⁸ Im Ergebnis ist der

1024 Vgl. Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 401f. („sonstige Kompensation [...], die auch in der Hoffnung auf künftige Aufträge oder in einem Vorteil für das Ansehen des Unternehmens bestehen kann“). Dabei ist natürlich nicht isoliert die schädigende Handlung gemeint. Diese hat sich ja aus der ex post-Betrachtung als geschäftshindernd herausgestellt. Gemeint ist vielmehr das Handeln, das das Schuldverhältnis begründet und ausfüllt.

1025 S.o., Beispiel 31, S. 249.

1026 Detailliert Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 300ff., 320 (Nebenpflichten „als die negative Kehrseite der Medaille [...], deren positive die Chance der Gewinnerzielung durch die Förderung von Transaktionsvorgängen trägt“).

1027 Krit. hierzu Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 144.

1028 So kann er zum einen ein soziales Interesse daran haben, ein Kaufhaus besuchen zu können: Der Kunde kann das Kaufhaus als Treffpunkt, Ort mit guten sanitären Anlagen oder als Ort für einen träumerischen Spaziergang schätzen. Das Interesse kann aber auch geschäftlich motiviert sein: Zum einen ist ein konkretes Erwerbsinteresse zu nennen. Das spielt finanziell natürlich letztlich in die Hände des Kaufhausbetreibers, der aus den Profitmargen der Produkte sein Auskommen bestreitet. Gleichzeitig liegt nach ökonomischen Konzepten auch ein Vorteil des Kunden vor. Schließlich schätzt er den Nutzen, den er aus dem Produkt ziehen kann, persönlich höher (oder zumindest gleichwertig) als den Kaufpreis ein. Anderenfalls würde er als – unterstellt – rationaler Marktteilnehmer die Transaktion nicht durchführen. Damit stellt das Geschäft auch für ihn einen (volkswirtschaftlichen) Gewinn dar, vgl. Mankiw/Taylor, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 548f. Ein genuines geldwertes Eigeninteresse des Besuchers kann es aber auch sein, die Haptik und Passform eines bestimmten Produkts *live* beurteilen zu können. Damit kann er seine Bedürfnisse im Ergebnis einem ganz bestimmten Produkt zuordnen. Findet er dann – wie heute üblich – über Internet-Preisvergleiche den günstigsten Anbie-

Ansatz damit nicht überzeugend. Die Nebenpflicht lässt sich daher nicht mit dem einseitigen Vorteil des Kaufhausbetreibers begründen.

Bezogen auf vorvertragliche Schuldverhältnisse kann dieser Ansatz also keine überzeugende Begründung für Nebenpflichten liefern. Er passt zudem nicht auf einen großen Teil rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse. Hier auf die geldwerten Chancen aus der Handlungsfreiheit des Schuldners zu verweisen, verfängt nicht. Schließlich ist es dort bereits zu einem entgeltlichen Vertragsschluss gekommen. Die – selbstverständlich fortbestehenden – Handlungsmöglichkeiten des Schuldners lassen sich so nicht konkret in Verbindung mit einer (weiteren) geldwerten Möglichkeit oder gar der Nebenpflicht bringen. Zudem haben viele im Rahmen von § 241 II BGB geforderte Handlungen isoliert betrachtet keinen wirtschaftlichen Wert.

Beispiel 32 Ein Elektrounternehmen verkauft an einen Elektrofachhandel ein Kommunikationssystem für Altenheime, mit dem von den Krankbetten aus Licht- und Tonsignale an die Krankenschwestern per Knopfdruck gesandt werden können („Krankenbettfall“).¹⁰²⁹ Der Elektrofachhandel verkauft das Gerät an den Betreiber eines Altenheims und installiert es dort. Der Betreiber des Altenheims meldet kurze Zeit darauf, dass die Anlage nicht funktioniere. Ein Mitarbeiter des Elektrofachhandels untersucht die Anlage, kann aber keinen Fehler feststellen. Daraufhin wendet sich der Elektrofachhandel an das Elektrounternehmen und verlangt Nacherfüllung, weil er in der Störung bei dem Altenheimbetreiber einen Produktionsmangel sieht. Das Elektrounternehmen schickt einen Angestellten zum Altersheim zur Fehleranalyse. Der Angestellte erkennt als Ursache lediglich eine unzureichende Anschlussverkabe-

ters dieses Produkts, kann er es bestellen, ohne befürchten zu müssen, es wegen überraschender Haptik oder falscher Passform zurückschicken zu müssen. Damit spart er eventuelle Rücksendekosten, die nach § 357 VI 1 BGB – eine Information des Unternehmers hierüber nach Art. 246a § 1 II 1 Nr. 2 EGBGB unterstellt – auch einem Verbraucher auferlegt werden können.

1029 Fall nach BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06.

lung und schließt die erforderlichen Kabel an. Die vom Elektrounternehmen verkaufte Sache war also nicht mangelhaft. Dem Elektrounternehmen sind durch die Fehleranalyse Kosten (Anfahrt, Arbeitszeit des Angestellten) entstanden. Diese will das Elektrounternehmen nun vom Elektrofachhandel ersetzt verlangen. Der BGH bejahte eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB: Ein Schuldner ist dem Gläubiger wegen Nebenpflichtverletzung dann Schadensersatzpflichtig, wenn er ein im Ergebnis unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen stellt, ohne vorher unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt alle möglichen Mängelursachen in seinem eigenen Verantwortungsbereich ausgeschlossen zu haben.¹⁰³⁰

Das Prinzip der Einheit von Chance und Risiko kann hier nicht überzeugen. Zwar verfügt der Schuldner über Handlungsmöglichkeiten, die er in diesem Fall dazu genutzt hat, gegenüber dem Gläubiger einen Nacherfüllungsanspruch fälschlich geltend zu machen. Doch ein geldwerter Vorteil oder eine Geschäftschance ist mit der Belastung mit dem Risiko für die Ausübung eines nicht bestehenden Rechts auf Nacherfüllung nicht direkt verbunden.

Auch wenn man jede Form von geldwertem Nutzen als Kompensation genügen lässt, kann der Gedanke keine schuldverhältnisübergreifende Begründung von Nebenpflichten tragen.

1030 BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 12. Hier hatte ein Angestellter des Elektrofachhandels die Anlage entweder bereits ursprünglich falsch verkabelt oder der Angestellte des Elektrofachhandels hatte bei seiner Fehleranalyse verkannt, dass das Heimpersonal die Verkabelung beim Gebrauch beeinträchtigt hatte. Beide möglichen Ursachen für die Fehlfunktion stammen (zumindest eher) aus der Sphäre des Elektrofachhandels und hätten unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgeräumt werden müssen, bevor der Elektrofachhandel vom Elektrounternehmen gefahrlos hätte Nacherfüllung verlangen können.

(3) Ausgleich durch korrespondierende Verpflichtungen des Nebenpflichtgläubigers – Inhalts- oder Wertspiegelung der Nebenpflichten auf den Gläubiger

Möglich erscheint – und an dieser Stelle wird dogmatisches Neuland betreten – eine Kompensation des Nebenpflichtschuldners durch eine gleichzeitige Gläubigerstellung hinsichtlich von Nebenpflichten.¹⁰³¹ Bei diesen kompensierenden Pflichten könnte es sich entweder um inhaltsäquivalente Pflichten handeln – die Nebenpflicht wird also quasi gespiegelt – oder aber um wertäquivalente Pflichten – die Nebenpflichten wiegen sich dann zumindest wirtschaftlich auf.¹⁰³² Nebenpflichten lassen sich indes nicht spiegeln. So basieren Nebenpflichten ja häufig auf der Tatsache, dass bestimmte (Einwirkungs-)Möglichkeiten nur dem Schuldner offen stehen. Aus dieser Sonderstellung heraus erscheint es angemessen, ihm die Verantwortung für ein bestimmtes Interesse des Gläubigers zuzuweisen. Eine Nebenpflicht des Gläubigers wird aber eben nicht auch in exakt der gleichen Weise dem Schuldner zustehen. Nur in der abstrakten Form eines Nichtschädigungsgebots oder eines begrenzten Schadensabwendungsgebots lassen sich Nebenpflichten spiegeln. Darin kommt dann aber weniger der Gedanke einer Kompensation durch inhaltsgleiche Pflichten zum Ausdruck, als vielmehr der Ausgleich durch eine im Ergebnis fair verteilte Pflichtenlast aufseiten des Gläubigers.¹⁰³³ Übrig bleibt damit nur der Ausgleich durch eine Gläubigerstellung hinsichtlich wertäquivalenter Nebenpflichten des Gläubigers. Dieser Gedanke fußt letztlich auf einem Systemvertrauen des Schuldners, dass die Rechtspraxis im Falle einer eigenen Schädigung seine Interessen ebenso berücksichtigen werde wie nun die Interessen des Gläubigers. Insofern ist der Gedanke systemtheoretischer Natur. Auf ihn lassen sich Nebenpflichten in ihrer abstrakten Form zwar überzeugend stützen. Bei der Begründung im Einzelfall wird jedoch

1031 Vgl. mit Blick auf den Wortlaut des § 241 II BGB *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 420f. („*Möglichkeit wechselseitiger Ansprüche*“, die jedoch „*nicht weiter vertieft wird*“).

1032 Der Fokus bei der Prüfung des Bestehens einer Nebenpflicht würde folglich auf die Gegenseite wandern müssen, um zu prüfen, ob dort ein (zumindest wertäquivalentes) Pflichtpendant besteht. Dieser Gedanke der Kompensation durch Nebenpflichten kann – anders als der der Kompensation durch die Hauptleistung – auch außerhalb rechtsgeschäftlicher, entgeltlicher Schuldverhältnisse Anwendung finden.

1033 Die *culpa in contrahendo* wird beispielsweise – als vorvertraglicher Repräsentant der Nebenpflichten – zum Teil auf die „*wechselseitige Pflichtenbindung*“ und den damit einhergehenden Gedanken der Vertragssolidarität zurückgeführt, vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 419f. Das kommt dem eben ausgeführten Gedanke nahe.

klar, dass der Ansatz keine handhabbaren Subsumtionskriterien zur Verfügung stellt. Die Begründung einer Nebenpflicht mit der Prämisse, dass dem Gläubiger wertäquivalente Pflichten auferlegt werden, ist im Einzelnen weder quantifizierbar noch verifizierbar.¹⁰³⁴

b) Eignung als Haftungsgrenze?

aa) Äquivalenzprinzip in Reinform

Rechtstatsächlich wird in Urteilen zu Nebenpflichten regelmäßig nicht deutlich, dass das Gericht bei der Entscheidung für eine Nebenpflicht eine mögliche Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses in Betracht gezogen hat.

Beispiel 6 *Im Haltefristfall¹⁰³⁵ (und im Insolvenzfall¹⁰³⁶) wird deutlich, dass die Gerichte nicht davor zurückscheuen, einem Schuldner – in casu einem Steuerberater – weitere Pflichten aufzubürden, ohne die bisherige Äquivalenz auch nur in Erwägung zu ziehen. Der Pflichtenkanon einer Seite wird mit der Nebenpflicht erweitert, die Gegenleistung für seine Pflichten wird weder angehoben noch überhaupt bei der Reichweitenbestimmung der Nebenpflichten in Betracht gezogen.¹⁰³⁷*

Zwar wird die Last, welche mit einer Nebenpflicht für den Schuldner einhergeht, unter dem Kriterium der Zumutbarkeit in die Subsumtion miteinbezogen.¹⁰³⁸

1034 Damit kann der Gedanke – wie alle systemtheoretischen Ansätze – auch keine praktisch vorsehbaren Grenzen aufzeigen.

1035 S.o., S. 26.

1036 S.o., S. 150.

1037 Vgl. auch LG Duisburg, Urt. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, Rn. 18f., 21. Dort wurde erklärt, dass ein Host-Provider aus § 241 II BGB dazu verpflichtet sei, für die von ihm gehosteten – aber von Kundenseite erstellten – Inhalte Datensicherungen anzufertigen. Der Einwand des Schuldners, dass „*einem solchen Vertrag dann ein wesentlich höherer Preis hätte zugrundegelegt werden müssen*“, blieb insoweit völlig unbeachtet, krit. deshalb *Kremer*, Anm. zu LG Duisburg, Urt. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, jurisPR-ITR 21/2014, Anm. 6, der den Anbietern pragmatisch in Zukunft zu einer angemessenen Erhöhung der Vergütung rät; einer richterrechtlichen Nebenpflicht aus § 241 II BGB wohl deshalb auch zumindest ambivalent gegenüberstehend die Berufungsinstanz OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.12.2014 – 22 U 130/14, Rn. 4.

1038 BGH, Urt. v. 18.2.2015 – VIII ZR 186/14, Rn. 16; BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 12; BGH, Urt. v. 6.5.2008 – XI ZR 56/07, Rn. 16 (BGHZ 176, 281, 287); *Teichmann*, JA 1984, 545, 547.

Weist das Schuldverhältnis miteinander verknüpfte Leistungspflichten auf, so wird aber nicht überprüft, ob das Verhältnis zwischen Haupt- und Gegenleistung durch die Nebenpflicht inäquivalent wird. Das mag daran liegen, dass eine Preiskontrolle durch die Gerichte nicht stattfindet. Ob also Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, wird nicht gerichtlich überprüft. Das beruht aber im Kern darauf, dass die Leistungspflichten in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis auf dem nach §§ 133, 157 BGB ermittelten Willen der Parteien beruhen. Das auf privatautonomer Basis festgelegte Äquivalenzverhältnis soll nicht im Nachhinein justiziabel werden. Anders ließe sich aber bei Nebenpflichten entscheiden: Diese beruhen nicht auf rechtsgeschäftlicher Basis, sondern sind gesetzlichen Ursprungs. Damit sind sie aber auch nicht von der *ratio* umfasst, welche die Preiskontrolle in Bezug auf die Leistungspflichten verbietet. Schiebt man also eine Pflicht aus § 241 II BGB in ein existierendes Schuldverhältnis mit Leistungspflichten hinein, so lässt sich zwar die Güte des ursprünglich bestehenden Äquivalenzverhältnisses nicht beurteilen. Man kann – und sollte – aber überprüfen, ob die Nebenpflicht das bestehende Äquivalenzverhältnis aus dem Gleichgewicht bringt.¹⁰³⁹ Schließlich hat auch der Gesetzgeber im Jahr 2002 erklärt, dass Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB „den Schuldner erheblich belasten“ können.¹⁰⁴⁰ Diese Belastung basiert unmittelbar auf der Annahme einer Nebenpflicht. Demnach sollte man die Zumutbarkeit einer Nebenpflicht nicht nur isoliert auf den Schuldner beziehen, sondern auch auf das Äquivalenzverhältnis innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses (äquivalenzbezogene Zumutbarkeit).¹⁰⁴¹

1039 Vgl. auch Binder, AcP 211 (2011), 587, 622 (Nebenpflicht darf nicht „als aliud zur vertraglich bedungenen (und allein vergüteten) [...] Beratungsleistung zu qualifizieren“ sein); Faust, AcP 210 (2010), 555, 579 („vor dem, was was die Parteien privatautonom gestaltet haben, sollten die Rechtsanwender höchsten Respekt haben“); Hadzimanovic, Nebenpflichten, 2006, S. 191ff. (im Englischen Recht zulässige Argumentation dahingehend, „dass der Vertrag mit gewissen Pflichten nicht ergänzt werden könne, weil dadurch die innere Ökonomie des Vertrags gestört werden würde“); E. Schmidt, JA 1978, 597, 600 („deutlich geworden [...], daß die von den Parteien intendierte Ausgewogenheit i. S. einer Austauschäquivalenz keine beliebige Ausweitung des Pflichtenkatalogs auf der einen oder anderen Seite verträgt“).

1040 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 131.

1041 Zur praktischen Umsetzbarkeit einer solchen Prüfung am Beispiel des englischen Rechts Hadzimanovic, Nebenpflichten, 2006, S. 191ff; i.E. zutreffend daher OLG Dresden, Teilt. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 34 (keine Pflicht des Steuerberaters, ungefragt die Insolvenzzreife des betreuten Unternehmens zu überprüfen, weil „dies seine Verantwortlichkeit

bb) Gedanke der Kompensation des Nebenpflichtschuldners

Setzt man für die Begründung von Nebenpflichten auf eine Kompensation des Schuldners, so scheidet eine Nebenpflicht aus, wenn der Schuldner keine Möglichkeit hat, die entstehenden Kosten abzuwälzen.¹⁰⁴² Auch der BGH hat sich bereits explizit mit diesem Gedanken beschäftigt:

Beispiel 33 Ein Privatmann kauft von einem Großgrundbesitzer ein Grundstück („Bodengutachtenfall“).¹⁰⁴³ Vom Kaufpreis umfasst sind die vom Verkäufer bereits ausgearbeitete Bauplanung in architektonischer Hinsicht sowie die Kosten für die Baugenehmigung. In den Verhandlungen erwähnte der Verkäufer ein Bodengutachten, welches er im letzten Jahr für „viel Geld“ hatte einholen lassen. Wegen des günstigen Kaufpreises fühle er sich dem Käufer gegenüber

über den erteilten Auftrag hinaus erheblich erweitern würde“); OLG Saarbrücken, UrT. v. 18.2.2016 – 4 U 60/15, Rn. 38 („Vom Unternehmer, dem ein konkreter Reparaturauftrag erteilt worden ist, kann nicht verlangt werden, dass er auch sämtliche übrigen Teile des Gegenstandes, an dem er seine Werkleistung zu erbringen hat, ohne besonderen Auftrag [!] überprüft.“) s. auch G. Wolf, Anm. zu BGH, UrT. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, DStR 2015, 2094, 2095 (Gefahr einer „unverhältnismäßigen Vergrößerung der Haftung“ durch Nebenpflichten in Beratungsverhältnissen); Werner, StBW 2013, 571, 571f. („Verantwortlichkeit des Beraters [ansonsten] [...] erheblich erweitert“). Das zu wählende „Verhältnis“ ist sinnvollerweise das Äquivalenzverhältnis; vgl. zudem die Entscheidung des BGH, UrT. v. 26.6.2014 – III ZR 299/13, Rn. 13f., nach welcher eine ergänzende Vertragsauslegung – die zumindest von manchen für die Annahme einer Nebenpflicht herangezogen wird – in keinem Fall zu einer „Erweiterung des Vertragsgegenstandes“ führen darf. Grund hierfür ist primär, dass anderenfalls das vertragliche Äquivalenzverhältnis aus dem Gleichgewicht gebracht würde. Zu einseitig daher etwa Teichmann, JA 1984, 709, 714 („Grad der Fremdemützigkeit“ des Schuldverhältnisses als alleiniger Haftungsgrund für Vermögensschutz).

1042 Offensichtliche Limitation der Begrenzung von Nebenpflichten mit einer möglichen Gegenleistung ist, dass sie dem ersten Anschein nach nicht auf vor-, nach- oder außervertragliche Schuldverhältnisse passt, ähnlich *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1636. In diesen Schuldverhältnissen fehlt es schließlich entweder ganz und gar an Hauptleistungspflichten oder zumindest an einer in Geld zu quantifizierenden Leistung gegenüber dem Schuldner. Das Einpreisen einer Nebenpflicht durch den Schuldner im Vorhinein scheidet dann mangels (geldwerter) Gegenleistung durch den Gläubiger aus. Eine originär aus der Nebenpflicht resultierende Vergütung des Schuldners kommt ebenso wenig in Betracht. Auch in nichtvertraglichen Schuldverhältnissen bleibt aber die Möglichkeit eine Nebenpflicht abzulehnen, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Option gegeben hat, ihn für die (geldwerte) Erfüllung separat zu vergüten. In vorvertraglichen Schuldverhältnissen kann der Schuldner die Erfüllung der Nebenpflicht zusätzlich als Verhandlungsinstrument nutzen, um den angestrebten Vertragsinhalt zu beeinflussen.

1043 Der Fall basiert auf BGH, UrT. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91.

indes nicht verpflichtet, den Inhalt des Gutachtens „ohne jede Gegenleistung“ preiszugeben. Der Käufer geht hierauf nicht näher ein. Als er nun die architektonisch ausgearbeitete Bauplanung umsetzen möchte, stellt sich heraus, dass der maximale Grundwasserstand das geplante Kellergeschoss erreichen wird. Infolgedessen werden eine Absenkung des Grundwasserstandes sowie eine entsprechende wasserrechtliche Genehmigung notwendig. Die Kosten hierfür möchte der Käufer vom Verkäufer ersetzt verlangen.

Unabhängig von einem kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 434 I 2 Nr. 2, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 1 BGB¹⁰⁴⁴ ging es im Fall um die Frage, ob der Käufer vom Verkäufer Ersatz der zusätzlich angefallenen Kosten nach §§ 280 I, 311 II Nr. 1,

1044 Sofern man den für die angestrebte Bebauung zu hoch gelegenen Grundwasserstand als Mangel im Sinne von § 434 I 2 Nr. 2 BGB oder gar § 434 I 2 Nr. 1 BGB ansieht (hierzu MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 434 Rn. 56), bestünde ein Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung im Sinne von § 439 I Alt. 1 BGB. Bei Nacherfüllung im letztmöglichen Zeitpunkt – also bevor der Käufer den Mangel beheben lässt und eine Nacherfüllung damit gem. § 275 I Alt. 2 BGB unmöglich wird – wäre der Schaden des Käufers entfallen. Damit handelt es sich bei dem geltend gemachten Schadensposten um einen (kleinen) Schadensersatz statt der Leistung. Der Anspruchserfolg wäre davon abhängig, ob der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätte, vgl. § 281 I 1 Alt. 1 BGB. Anderenfalls würde es sich um eine kaufrechtlich unzulässige „Selbstvornahme“ des Käufers handeln. Im Fall lehnte der BGH einen Sachmangel mangels – damals noch maßgeblicher – „zugesicherter Eigenschaft“ eines für die Planung angemessenen Grundwasserstandes ab, weil Käufer und Verkäufer sich ausdrücklich auf die Weitergabe der architektonischen Bauplanung beschränkt hatten, näher BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 23f. Anwendung konnte der Anspruch aus vorvertraglicher Nebenpflichtverletzung hier nach der Rechtsprechung neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsregime finden, weil dem Käufer eine Problemlosigkeit der Grundwassersituation suggeriert wurde und eine etwaige Nebenpflicht zumindest „ins Blaue hinein“ – also mit Eventualvorsatz – verletzt wurde, vgl. BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 4, 24. In Fällen arglistiger Täuschung bejaht auch die Rechtsprechung die parallele Anwendbarkeit der *culpa in contrahendo*, vgl. nur BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, Rn. 19, 24 (BGHZ 180, 205, 212ff.). Aus systematischer Perspektive überzeugend ist es, zudem ein Konkurrenzverhältnis abzulehnen, wenn die *culpa in contrahendo* Umstände betrifft, die keinen Sachmangel im Sinne von § 434 BGB darstellen, näher MüKo-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 437 Rn. 57. Unabhängig davon, ob man ein Konkurrenzverhältnis zwischen der *culpa in contrahendo* und dem Gewährleistungsrecht wegen systemischer und tatbestandlicher Unabhängigkeit voneinander generell ablehnt (so Bamberger-Roth/Faust, 3. Aufl. 2012, § 437 Rn. 190), ist die *culpa in contrahendo* hier zumindest deshalb anwendbar, weil der Grundwasserpegel im Fall keinen vertraglichen Mangel darstellte, vgl. BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 22ff.

241 II BGB verlangen kann.¹⁰⁴⁵ Der BGH lehnte die Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht durch den Verkäufer ab, weil dieser den Käufer darauf hingewiesen hatte, dass er über das beiden Parteien bewusste Risiko der Grundwasserhöhe nähere, entgeltlich erlangte Informationen habe.¹⁰⁴⁶ Danach „[...]liegt es an ihm [dem Käufer], ob er den Vertragsschluß von der Offenlegung der Kenntnisse abhängig machen oder den Vertrag mit dem vorgesehenen Inhalt schließen und das damit ihm zugeschobene Risiko übernehmen will“.¹⁰⁴⁷ In der ersten Alternative kann der

1045 Der BGH prüfte dies als „Schadensersatzansprüche wegen Verschweigens von Umständen bei bestehender Offenbarungspflicht“, BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 12. In der Sache prüfte er hier einen Anspruch aus *culpa in contrahendo*, der sich nunmehr nach den genannten Paragraphen richten würde. Der Ersatz der geltend gemachten Schadensposten über die grundsätzlich auf das negative Interesse beschränkte *culpa in contrahendo* setzt dabei voraus, dass der Käufer den Kaufvertrag bei einem Hinweis des Verkäufers auf das Risiko nicht so, sondern nur zu einem verminderten Kaufpreis geschlossen hätte. Wenn es nämlich bei pflichtgemäßem Verhalten des Schuldners gar nicht zum Vertragsschluss gekommen wäre, so wären zwar auch alle Aufwendungen ersatzfähig gewesen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Bestand des Vertrags getätigt hätte, vgl. MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 186. Der Schaden läge dann aber hauptsächlich in dem Vertragsschluss, sodass dieser nach § 249 I BGB rückabzuwickeln gewesen wäre. Dass sich der Käufer vom Vertrag insgesamt lösen wollte, war jedoch nicht ersichtlich. Deshalb war das Verlangen des Käufers hier darauf gerichtet, mit der *culpa in contrahendo* die Differenz zwischen dem tatsächlichen Kaufpreis und einem im Verhältnis zu den Baumehrkosten durch die Grundwasserproblematik verminderten, hypothetischen Kaufpreis gelten zu machen, vgl. zur ähnlichen Einschätzung durch das Berufungsgericht BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 10. Will der Käufer sich nicht auf einen „Restvertrauensschaden“ beschränken, sondern tatsächlich Anpassung des Vertrags verlangen, so muss er beweisen, dass der Verkäufer auch tatsächlich einen um die Baumehrkosten verminderten Kaufpreis akzeptiert hätte, vgl. hierzu BGH, Urt. v. 19.5.2006 – V ZR 264/05, Rn. 21ff. (BGHZ 168, 35, 39ff.)

1046 BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 16.

1047 BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 16. Das Berufungsgericht hatte noch eine Offenbarungspflicht mit dem Inhalt gefordert, „daß der Kläger [...] [die] Bedeutung [des Bodengutachtens] und den Nutzen dessen Erwerbs hätte erkennen können“, BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 7. Davon nahm der BGH indes zu Recht Abstand: Je konkreter die Hinweise auf den womöglich erhöhten Grundwasserstand gewesen wären, umso weniger wäre der Erwerb des Gutachtens dem Käufer noch wert gewesen. Die vom Berufungsgericht angenommene Nebenpflicht hätte den Verkäufer faktisch dazu gezwungen, den Preis seiner entgeltlich erlangten Informationen eigenhändig zu drücken. Ob der Käufer dann tatsächlich die Gelegenheit zum Erwerb des Gutachtens genutzt hätte oder überhaupt auf das Problem aufmerksam geworden wäre, ließe sich damit ebenfalls nicht sagen. Das wäre ein für beide Parteien misslicher „Mittelweg“ zwischen einer umfassenden Informationspflicht über das drohende Risiko und einem bloßen Hinweis auf das käufliche, vormals eingeholte Bodengutachten gewesen.

Käufer unter Umständen¹⁰⁴⁸ dann darauf angewiesen bleiben, dem Entgeltverlangen des Verkäufers für die risikobezogenen Information Folge zu leisten.¹⁰⁴⁹

Aus diesem Urteil lässt sich der allgemeine Gedanke ableiten, dass durch Nebenpflichten niemand verpflichtet werden soll, teuer beschaffte Informationen gratis weiterzugeben.¹⁰⁵⁰ Kehrseite dieser Medaille ist lediglich, dass der Schuldner dem Gläubiger die Optionen offenlegen muss.¹⁰⁵¹ Inhalt der Nebenpflicht ist also nicht, die Information preiszugeben, sondern den Gläubiger darauf hinzuweisen, dass er für ein bestimmtes Risiko entgeltlich Informationen erlangen könnte oder das Risiko in Kenntnis der Ungewissheit selbst tragen muss.¹⁰⁵² Das Urteil bezieht sich auf einen Fall, in welchem der Schuldner der Nebenpflicht für die womöglich weiterzugebende Information ein tatsächliches Entgelt entrichtet hat. Der Sache nach darf die Beschaffung von Informationen durch Aufwendung von Opportunitätskosten in Form von geldwerter Zeit nicht anders behandelt werden. Der Ankauf von Informationen sollte daher unter den gleichen Schutz gestellt werden wie die Informationsbeschaffung durch den Schuldner selbst. Gleiches gilt für eine Handlung des Schuldners ohne Informationsbezug, die für

1048 Je nachdem, wer von beiden Parteien in den Verkaufsverhandlungen mehr „leverage“ besitzt.

1049 Etwas allgemeiner formuliert der BGH für Informationspflichten insgesamt: „Erklärt der Verkäufer aber hinsichtlich einer Eigenschaft, deren Vorhandensein beide Parteien für möglich halten - gleich, ob ungefragt oder auf Frage -, er habe sich hierzu sachkundig gemacht, sei aber nicht bereit, zu dieser Eigenschaft unentgeltlich Angaben zu machen, so verletzt er keine Aufklärungspflicht.“, BGH, Urt. v. 29.1.1993 – V ZR 227/91, Rn. 16; zustimmend Medicus, Privatautonomie, 1994, S. 22 (Fn. 26).

1050 Ähnlich Medicus, Privatautonomie, 1994, S. 21f. (Fn. 26). Dies gilt auch dann, wenn die Information – wie hier – durchaus von hoher (wirtschaftlicher) Relevanz für die andere Partei gewesen wäre.

1051 Vgl. auch KG Berlin, Urt. v. 2.3.2016 – 26 U 18/15, Rn. 53f. (Hinweispflicht einer Bank gegenüber Kunden bei überraschend geringer Absicherung der angebotenen Schließfächer gegenüber Einbrüchen, um dem Kunden das Risikopotential aufzuzeigen); OLG München, Urt. v. 23.12.2015 – 15 U 2063/14, Rn. 153 (Hinweispflicht eines Steuerberaters gegenüber einem ausländischen Mandanten auf die Kirchensteuerpflicht, um Option des Austritts erkennbar zu machen, aber keine Pflicht zur „Empfehlung, aus der Kirche auszutreten“).

1052 Dabei muss der Hinweis auf das durch die Information versicherte Risiko durch den Schuldner allgemein und abstrakt bleiben dürfen. Anderenfalls nimmt man ihm faktisch die Möglichkeit, die Kosten seiner Informationsbeschaffung zu amortisieren. Die klare Konturierung eines Risikos wird dem Gläubiger schließlich häufig bereits genügen, der bis dato von dem Risiko gar nichts wusste. Die informatorische Analyse des Risikos verliert damit für ihn zumindest an Wert, wenn sie nicht gar überflüssig wird.s

den Gläubiger wirtschaftliche Relevanz hat.¹⁰⁵³ Es wird aber auch klar, dass der Ansatz nur dann eine wirklich überzeugende Begrenzung für § 241 II BGB darstellen kann, wenn die im Raum stehende Verhaltensanforderung für sich genommen einen wirtschaftlichen Wert hat.¹⁰⁵⁴ Damit lässt sich der Gedanke aus dem Urteil aber in jedem Fall auf Nebenpflichten professioneller Berater anwenden.¹⁰⁵⁵ Deren Arbeitszeit lässt sich schließlich unmittelbar in Geld umrechnen.

Beispiel 34 Ein Steuerberater betreut eine GmbH im Rahmen eines steuerlichen Dauermandats („Märklinfall“).¹⁰⁵⁶ Der Geschäftsführer der GmbH, kommt in den Räumlichkeiten der GmbH mit dem Steuerberater auf die schwierige wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu sprechen. Der Geschäftsführer fragt den Steuerberater, ob man denn überhaupt noch am „Schicksal vom Märklin“ vorbeikommen könne. Das Unternehmen ist tatsächlich bereits überschuldet und nach §§ 16, 19 InsO insolvenzreif. Der Steuerberater traut sich zwar zu eine rechnerische Überschuldung festzustellen. Er erinnert sich aber dunkel, dass die Überschuldung im insolvenzrechtli-

1053 Folgerichtig deshalb die Nebenpflicht eines Autohändlers verneinend, das zum Verkauf überlassene Auto zu versichern, wenn die Vermittlung nur auf einem – *per definitionem* unentgeltlichen – Auftragsverhältnis beruht, OLG Hamm, Ur. v. 17.6.2014 – 7 U 77/13, Rn. 41ff.

1054 Nur in solchen Fällen wird der Schuldner wirklich davor geschützt, Ressourcen ohne jedwede Kompensation preiszugeben. In Fällen, in denen reine Rücksichtnahme geschuldet ist, die isoliert betrachtet keinen wirtschaftlichen Wert hat, fällt es zumindest deutlich schwerer § 241 II BGB deshalb zu begrenzen, weil der Schuldner keine Möglichkeit hat, sich die ohnehin nicht bilanziell erfassbare Verhaltensanforderung in irgendeiner Form vergüten zu lassen, vgl. beispielsweise zur erstaunlichen (für weitreichende Aufklärungspflichten sprechende) Wertlosigkeit der Information über die Ungefährlichkeit von Gefahrstoffen *Spiecker*, Informationsgewinnung, 2003, S. 24 („mit der Information der Ungefährlichkeit [kann] keine wirkungsvolle Werbung betrieben und somit kein zusätzlicher Marktwert für diese Produkte geschaffen werden“). Insoweit problematisch LG Duisburg, Ur. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, Rn. 18f., das eine Nebenpflicht des Host-Providers annahm, die gehosteten Inhalte, welche vom Kunden bereitgestellt werden, zu sichern. Dem Speicherplatz, die eine solche Datensicherung in Anspruch nimmt, lässt sich ohne Probleme ein Marktwert zuordnen. Dementsprechend vorsichtig hätte das Gericht hier mit der Annahme einer Nebenpflicht verfahren müssen, zu Recht krit. deshalb *Kremer*, Anm. zu LG Duisburg, Ur. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, jurisPR-ITR 21/2014, Anm. 6 sowie zumindest unentschlossen die Berufungsinstanz OLG Düsseldorf, Ur. v. 30.12.2014 – 22 U 130/14, Rn. 4.

1055 Ähnlich auch *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 621f.; vgl. krit. zu einer Entscheidung des BGH, einem Steuerberater eine Nebenpflicht aufzuerlegen, obwohl das zugrundeliegende Schuldverhältnis unentgeltlich war, *Faust*, Anm. zu BGH, Ur. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 568.

1056 Fall nach BGH, Ur. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13.

chen Sinne seit neuestem auch eine betriebswirtschaftliche Einschätzung erfordert.¹⁰⁵⁷ Diese traut er sich nicht zu. Folglich weicht er den Nachfragen des Geschäftsführers aus. Er lässt sich zudem zu der Aussage hinreißen, dass „der Laden am Ende des Tages schon seinen Weg“ gehen werde und der Geschäftsführer sich nicht in „Schwarzmalerei“ üben sollte. Infolge¹⁰⁵⁸ des Ge-

1057 Nach dem seit dem 18.10.2008 geltenden § 19 II 1 a.E. InsO liegt eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne nur dann bei einer rechnerischen Überschuldung vor, wenn „die Fortführung des Unternehmens [...] nach den Umständen [nicht] überwiegend wahrscheinlich“ ist. Der Paragraph wurde im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes von 2008 geändert, um zu verhindern, dass zahlreiche Unternehmen wegen rechnerischer Überschuldung (man bedenke die sich damals in der Bilanz auswirkenden, gigantischen Kursverluste vieler Aktienanleihen) insolvenzantragspflichtig werden würden, obwohl eine positive Fortführungsprognose für das Unternehmen bestand. Vormalig genügte bereits die rechnerische Überschuldung für Insolvenzreife. Ob das Unternehmen perspektivisch fortgeführt werden konnte, war lediglich für die Berechnung der Unternehmenswerte maßgeblich. Die „Hilfslösung“ des zweistufigen Überschuldungsbegriffs ist mittlerweile zur „Dauerlösung“ geworden, nicht zuletzt, weil sie unternehmensfreundlicher ist, vgl. zu alledem Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, 35. EL. 2018, § 19 Rn. 6, 41 ff.

1058 Man könnte die Kausalität anzweifeln, weil der Geschäftsführer selbst bei einem zutreffenden Hinweis des Steuerberaters auf die Insolvenzreife oder dem Verweis an eine fachlich geeignete Person auf die ordnungsgemäße Insolvenzmeldung verzichten könnte. Im tatsächlichen Leben wird das hypothetische Handeln der Parteien regelmäßig nie sicher feststehen. Um einen Schadensersatzanspruch wegen einer feststehenden Aufklärungspflichtverletzung nicht wegen Beweisnot des Gläubigers zu entwerten, gesteht ihm die Rechtsprechung mit der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ Beweiserleichterungen zu, näher zu den Gründen *Canaris*, FS Hadding, 2004, S. 3, 4f. Dabei ist umstritten, ob man der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nur die Wirkung eines Anscheinsbeweises (so deutlich für den Kontext der Rechts- und Steuerberatung BGH, Beschl. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, Rn. 2, 4; BGH, UrT. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, Rn. 23, 25; OLG Koblenz, UrT. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, Rn. 40; OLG München, UrT. v. 23.12.2015 – 15 U 2063/14, Rn. 169; *D. Fischer*, WM 2014, SBei. 1, S. 17; *D. Fischer*, DB 2015, 1643, 1647; *Geisler*, Anm. zu BGH, UrT. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, jurisPR-BGHZivilR 16/2015, Anm. 2 sowie unter Berufung auf das kommentierte BGH-Urteil *Faust*, Anm. zu BGH, UrT. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 568) oder die Wirkung einer Beweislastumkehr beimisst, s. für den Kontext der Anlageberatung BGH, UrT. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, Rn. 28f. (BGHZ 193, 159, 168); BGH, UrT. v. 15.10.2013 – XI ZR 51/11, Rn. 24f.; BGH, UrT. v. 11.2.2014 – II ZR 273/12, Rn. 10; *Buck-Heeb*, Anm. zu BGH, UrT. v. 15.10.2013 – XI ZR 51/11, jurisPR-BKR 4/2014, Anm. 2; *Schwab*, NJW 2012, 3274, 3275f.; unentschieden BAG, UrT. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 49; krit. zur Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung *Canaris*, FS Hadding, 2004, S. 3, 12. Die Entscheidung über die genauen Auswirkungen der Vermutung sollte richtigerweise durch die Auslegung des Schutzzwecks der verletzten Pflicht getroffen werden, *Schwab*, NJW 2012, 3274, 3275. Mit der „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ kann hier ein Kausalzusammenhang im Prozess unabhängig von der Streitfrage vermutet werden, weil die Erfüllung der strafrechtlich bewehrten Insolvenzantragspflicht objektiv auch im ureigenen Interesse des Geschäftsführers ist und deshalb allein ein ordnungsgemäßes Verhalten nahe gelegen hätte

sprächs mit dem Steuerberater unterlässt es der Geschäftsführer, einen zeitigen Insolvenzantrag zu stellen.¹⁰⁵⁹ Die GmbH hat infolge des verspätet gestellten Insolvenzantrags weiter an Bilanzwert verloren. Den entstandenen Schaden¹⁰⁶⁰ will der Geschäftsführer nun für die GmbH vom Steuerberater ersetzt verlangen.

Der BGH bejahte die Verletzung einer Nebenpflicht durch den Steuerberater weil er „mit Rücksicht auf die vielfältigen damit verbundenen rechtlichen Folgen dem Mandanten einen Weg [hätte aufzeigen müssen], der ihm die Feststellung ermöglicht, ob eine Insolvenz vorliegt oder nicht. Dies kann geschehen, indem der steuerliche Berater auf der Grundlage eines ihm dann erteilten besonderen Auftrags selbst eine verbindliche gutachtliche Stellungnahme abgibt. Sieht sich der steuerliche Berater hierzu – sei es wegen fehlender Fachkunde oder mit Rücksicht auf eine komplexe Tatsachengrundlage – nicht in der Lage, muss er den Mandanten darauf hinweisen, zum Zwecke der erbetenen Klärung einem geeigneten Dritten einen Prüfauftrag zu erteilen [...]“. ¹⁰⁶¹ Der Steu-

– und somit auch die höheren Voraussetzungen des Anscheinsbeweises erfüllt wären, vgl. BGH, Beschl. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, Rn. 2; BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, Rn. 23, 25f., Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 280 Rn. F 42; wohl zu Recht skeptisch beim Bestehen möglicher Sanierungsoptionen innerhalb der Insolvenzantragsfrist D. Fischer, DB 2015, 1643, 1647; Kayser, ZIP 2014, 597, 603f.

1059 Als Leitungsorgan einer juristischen Person ist er damit einer zivilrechtlichen wie strafrechtlichen Sanktion ausgesetzt, vgl. § 15a I 1 (i.V.m. § 823 II BGB für mögliche Ansprüche der Gläubiger, näher hierzu MüKo-InsO/Klöhn, 3. Aufl. 2013, § 15a Rn. 140ff.), IV, V InsO.

1060 Wenn der Steuerberater der GmbH gegenüber eine Nebenpflicht verletzt hat mit dem Ziel, die Insolvenzreife früher zu erkennen, so liegt der im Wege der Differenzhypothese ersatzfähige Schaden in dem Wertverlust des Unternehmens zwischen hypothetischer, rechtzeitiger und tatsächlich erfolgter, verspäteter Stellung des Insolvenzantrags, s. D. Fischer, DB 2015, 1643, 1648; Fuhs, Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, DStR 2014, 975, 976; einen Schaden der Gesellschaft konzeptionell ablehnend Römermann/Praß, Anm. zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, GmbHR 2013, 938, 939. Das setzt indes voraus, dass die gesamte Verspätung auf den fehlenden Hinweis durch den Berater – und nicht etwas auf einem schuldhaften Zögern wider besseres Wissen durch das Leitungsorgan – beruht. Letzteres würde sich nach den §§ 254 I, II 2, 278 S. 1 Alt. 1 BGB (oder nach häufig vertretenen, aber nicht zwingend überzeugender Ansicht vorrangig und verdrängend nach § 31 BGB, vgl. MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 10), 35 I 1 GmbHG schadensmindernd auswirken.

1061 BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 5. Grund für die Nebenpflicht war, dass der Steuerberater mit dem Geschäftsführer in „konkrete Erörterungen über eine etwaige Insolvenzreife

*erberater war indes auch laut dem BGH „nicht verpflichtet, ungefragt eine verbindliche Stellungnahme zur Frage der Insolvenzreife der Gesellschaft abzugeben“.*¹⁰⁶²

Ausfluss des dem Bodengutachtenfall (Beispiel 33)¹⁰⁶³ zugrundeliegenden Urteil war der Gedanke, dass die geldwerte Beschaffung von Informationen über die Annahme von Nebenpflichten nicht völlig entwertet werden darf. Berater haben im Regelfall viel Zeit und Geld investiert, um mit ihrer Ausbildung Informationen über die ihre Ausrichtung abdeckenden Risiken an Mandanten wertschöpfend verkaufen zu können. Diese Art der Informationsbeschaffung verdient den gleichen Schutz wie der tatsächliche Ankauf von Informationen.

*Beispiel 34 Nebenpflichten dürfen also den Pflichtenkatalog eines Steuerberaters in einem bestehenden Schuldverhältnis nicht nennenswert erweitern, da man ihm damit die Möglichkeit nimmt, für die Beschaffung der Information ein Entgelt zu fordern.*¹⁰⁶⁴ Genau dieser For-

der von ihm beratenen Gesellschaft“ eingetreten war, BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 4. Der BGH stellte den Sachverhalt hier insoweit mit der allgemeinen Fallgruppe der Auskunftshaftung von Beratern gleich, *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1964; vgl. BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 4 a.E.

1062 BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 6; so auch BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, Rn. 15, 21; OLG Dresden, Teilurt. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 34; dagegen *H. Schwarz/V. Schwarz*, ZinsO 2013, 1344, 1345. Anstelle von „unverbindlichen Diskussionen“ über die „wirtschaftliche Lage“ des Unternehmens hätte der Steuerberater dem Geschäftsführer aber die „Klärung“ der Frage nach dem Insolvenzgrund „ermöglichen“ müssen, „sei es durch den Rat einer gesonderten eigenen Beauftragung oder der eines Dritten“, BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 6.

1063 S.o., S. 260.

1064 Dagegen ließe sich natürlich einwenden, dass es nur eine (höherinstanzliche) Gerichtsentcheidung braucht, um die Gruppe der Steuerberater auf die zusätzliche Pflicht aufmerksam zu machen. Eine gerichtliche Haftungsentscheidung wird schließlich immer einer Partei ein Risiko zuweisen, vom dem sie bisher dachte, dass die andere Partei es tragen würde. Zukünftige Berater haben dann die Möglichkeit die Eventualität dieser Nebenpflicht in ihre Preisstruktur zu integrieren. Das bedeutet dann aber natürlich auch einen pauschal erhöhten Preis gegenüber dem typisierten Gläubiger. Würde man die eindeutige Klärung der Insolvenzreife über § 241 II BGB vom Steuerberater fordern, so müsste der typisierte Mandant im Rahmen eines Dauermandats stets die (hypothetischen) Kosten für eine insolvenzrechtliche Analyse nach den §§ 16ff. InsO schultern. Davon, dass das im Sinne des typisierten Mandanten ist, kann wiederum nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Schließlich enthält die Überprüfung der Insolvenzgründe zahlreiche schwierige Rechtsfragen, zutreffend OLG Dresden, Teilurt. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 38. Ein Steuerberater mag insoweit dann auch gar nicht die vom typischen Mandanten bevorzugte Anlaufstelle für die Klärung dieser Frage sein,

derung ist der BGH im Märklinfall¹⁰⁶⁵ nachgekommen: Er hat vom Schuldner lediglich verlangt, dass dieser die möglichen „Optionen“ offenlegt, wie eine Insolvenz rechtssicher festgestellt werden kann. Er durfte sich ab dem Moment, in welchem der Gläubiger das Thema anschnitt, nur nicht mehr vor der Frage der Insolvenzreife der Gesellschaft „verstecken“. ¹⁰⁶⁶ Haftungsbefreiend hätte laut BGH schließlich auch der Verweis auf einen separat vergüteten Auftrag an den Steuerberater, die Insolvenzreife zu prüfen, gewirkt. ¹⁰⁶⁷ Damit wurde vom Steuerberater hier über die Nebenpflicht nicht die (nennenswerte) Investition von Informationsbe-

vgl. krit. zu fachfremden Nebenpflichten BGH, Urt. v. 23.11.1972 – VII ZR 197/11, Rn. 12 („Wollte man dem Berufungsgericht folgen, so würde man den Architekten in den steuerlichen Fragen, die mit dem Bau zusammenhängen, praktisch zum Steuerberater des Bauherrn machen.“) (BGHZ 60, 1, 3); BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, Rn. 15 („würde die Verantwortung des Beraters [...] erheblich erweitern“); OLG Celle, Urt. v. 10.10.2012 – 4 U 36/12, Rn. 23 (Nebenpflicht „zweifelhaft, weil die außerhalb des Steuerrechts liegende rechtliche Beratung nicht im eigentlichen Tätigkeitsfeld des Steuerberaters liegt“); Hörnig/Matz, Anm. zu OLG Oldenburg, Urt. v. 18.7.2013 – 14 U 44/12, DStR 2014, 2095, 2095f.; Krämer, Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 10.10.2012 – 4 U 36/12, GmbH-StB 2013, 12 (Gericht „schränkt zu Recht den Aufgabenkreis des Steuerberaters auf seine Kernkompetenz – nämlich die steuerliche Beratung – ein“); für ein Hinweispflicht des Steuerberaters hingegen H. Schwarz/V. Schwarz, ZinsO 2013, 1344, 1345f. („Steuerberater wird weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht überfordert, seinen Mandanten [...] auf die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO hinzuweisen“). Insofern schließt sich dann der Kreis: Entweder man fokussiert die Kritik an zu weitreichenden Nebenpflichten auf die fehlende Möglichkeit des Schuldners, die Pflichterfüllungskosten weiterzureichen. Oder man stellt primär auf die fehlende Bereitschaft des typisierten Gläubigers ab, für eine *all-inclusive* (Nebenpflicht-)Leistung des Schuldners zu zahlen, so beispielsweise LG Rottweil, Urt. v. 23.1.2007 – 6 O 1/06, Rn. 16 a.E.; LG Trier, Urt. v. 19.2.2016 – 1 S 131/15, Rn. 42, 44 (wohl keine Verpflichtung eines Beförderungsunternehmens „zum Vorhalten einer funktionsfähigen Toilette im Personennahverkehr“ aufgrund von „womöglich auch von Bahnkunden aufzufangende[n] Mehrkosten“) Letzteres bietet sich in Fällen an, in denen es um Nebenpflichten einer konkreten Berufsgruppe geht, die Nebenpflicht also Anlass zur Verallgemeinerung bietet, vgl. im Kontext der Gutachterhaftung Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 403. Die erste Möglichkeit passt hingegen besser auf tatsächliche Einzelfallentscheidungen, aus denen sich kein „typisierter“ Schuldner oder Gläubiger ableiten lässt.

1065 S.o., S. 264.

1066 Cranshaw, Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, jurisPR-InsR 6/2014 Anm. 1; Ehlers, BB 2014, 131, 132; D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 14.

1067 Vgl. BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 5; zustimmend Eschenfelder, BB 2015, 1963, 1967 („kein Blankoscheck für jedwede rechtliche Beratung“); im Kontext der Nebenpflichten eines Maklers ebenfalls lediglich für eine Entscheidungshoheit des Gläubigers im Bewusstsein des Risikos plädierend BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 10, 14.

schaffungskosten gefordert.¹⁰⁶⁸ Entscheidend war die Hoheit des Gläubigers, zu entscheiden, ob er für die Ausleuchtung eines bestimmten Risikopotentials extra zahlt oder es in Kenntnis der Ungewissheit des Risikos trotzdem wagt. Hier hatte der Steuerberater dem Geschäftsführer durch seine allgemein gehaltenen, abweisenden Aussagen den Eindruck gegeben, eine weitere Prüfung der Insolvenzzreife sei überflüssig. Das gilt es zu vermeiden.¹⁰⁶⁹

Im Ergebnis lassen sich daher Nebenpflichten mit dem Gedanken der Kompensation des Nebenpflichtschuldners zum Teil durchaus sinnvoll begrenzen.¹⁰⁷⁰

1068 Deshalb wegen der deutlich erhöhten Arbeitsbelastung auch zutreffend eine Pflicht des Steuerberaters ablehnend, ungefragt die Insolvenzzreife zu überprüfen OLG Dresden, Teilt. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 34ff.

1069 Treffend aus dogmatischer Sicht Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 423f. („möglichst ausführliche Angaben [des Vertrauensnehmers] zur Verlässlichkeit der Information und seinen Handlungsabsichten, insbesondere durch negative Angaben, welche deutlich herausstellen, inwiefern die Information nicht verlässlich ist und welche Handlungen er in Zukunft nicht vorzunehmen gedenkt, [...] [als] probates Mittel zur Begrenzung des Haftungsrisikos“); näher aus Praktikerperspektive Cranshaw, Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, jurisPR-InsR 6/2014 Anm. 1; Ehlers, BB 2014, 131, 132; Eschenfelder, BB 2015, 1963, 1967; D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 14; D. Fischer, DB 2015, 1643, 1646f; Fuhst, Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, DStR 2014, 975, 976; Gräfe, Anm. zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, EWiR 2013, 573, 574; Römermann/Praß, Anm. zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, GmbHR 2013, 938, 940 („ob der BGH meint, der Steuerberater habe sich auf das Gebiet des Insolvenzrechts vorgewagt, ist oftmals kaum vorhersehbar“); vgl. auch Faust, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, JuS 2009, 566, 569 sowie bereits die wegweisenden Äußerungen von Lord Reid in *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465, 486 („A reasonable man, knowing that he was being trusted or that his skill and judgment were being relied on, would, I think, have three courses open to him. He could keep silent or decline to give the information or advice sought: or he could give an answer with a clear qualification that he accepted no responsibility for it or that it was given without that reflection or inquiry which a careful answer would require: or he could simply answer without any such qualification. If he chooses to adopt the last course he must, I think, be held to have accepted some responsibility for his answer being given carefully, or to have accepted a relationship with the inquirer which requires him to exercise such care as the circumstances require.“).

1070 Fasst man die Möglichkeiten zur Kompensation weit und begrenzt sie sich nicht auf die Gegenleistung innerhalb eines Schuldverhältnisses, so ist der Gedanke auf Schuldverhältnisse aller Art anwendbar. Wirklich überzeugend ist die Grenze jedoch nur dann, wenn sich der geforderten Handlung ein Marktwert zuordnen lassen lässt.

- c) Zwischenergebnis: Äquivalenzprinzip kann Nebenpflichten begründen und begrenzen

Das Äquivalenzprinzip kann innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse als Haftungsgrund von Nebenpflichten dienen. In Form einer äquivalenzbezogenen Zumutbarkeit sowie dem Gedanken einer Kompensation des Schuldners für die Belastung mit einer Nebenpflicht kann das Äquivalenzprinzip auch die Annahme von Nebenpflichten begrenzen. Im Ergebnis kann – und sollte – das Äquivalenzprinzip Nebenpflichten in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen daher durchaus begrenzen. Außerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse ist das Prinzip jedoch insgesamt unanwendbar.

IV. Teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB als Ausfluss der Funktion schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten

1. Zielsetzung von Nebenpflichten

Die teleologische Auslegungsvariante orientiert sich am *telos* des Gesetzes, also dem Zweck.¹⁰⁷¹ Der Gesetzgeber wollte 2002 mit Einführung des § 241 II BGB keine inhaltlichen Änderungen an den bis dato geltenden Grundlagen der Nebenpflichten vornehmen.¹⁰⁷² Ohne nähere Qualifikation wurde damit auch der *telos* der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten unverändert in § 241 II BGB übernommen. Der seit jeher angeführte Gedanke, dass Nebenpflichten Lücken im Bereich des Jedermannsrechts schließen sollen, wurde damit bei Erlass des § 241 II BGB Teil des gesetzgeberischen Willens.¹⁰⁷³

1071 Sie gilt als die entscheidende Auslegungsmethode, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 164f.; vgl. auch *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 197; Rückert/Seinecke/*Foljanty*, Methodik, 3. Aufl. 2017, Rn. 844.

1072 BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125; *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 127; *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 426; *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 71. *Schapp*, JZ 2001, 583, 587 sieht im Erlass der Norm den – wohl nur teleologisch einzuordnenden – „*Versuch, die Sorgfaltspflichtverletzungen in den Mittelpunkt des Leistungsstörungsrechtes zu stellen*“, was wiederum die „*Umgewichtung der Grundbegriffe unseres Schuldrechts*“ zur Folge habe.

1073 Vgl. *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 434 (Nebenpflichten „aus den Grundgedanken des allgemeinen Schuldrechts, vor allem [!] zur Überwindung der Mängel des Deliktsrechts, entwickelt“); *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 98 (§ 241 II BGB „offen“, daher Rekurs auf alte Begründungsansätze notwendig).

2. Eignung als Haftungsgrund?

Seit den Entscheidungen des RG zu Beginn des 20. Jahrhunderts und der Rezeption derselben in der Literatur werden die Mängel des Deliktsrechts zumindest auf einer rechtspraktischen Ebene als Auslöser der Nebenpflichten gesehen.¹⁰⁷⁴

Die Rechtsprechung verfolgt mit der Annahme von Nebenpflichten seit jeher einen pragmatischen, ergebnisorientierten Ansatz.¹⁰⁷⁵ Auch der Literatur wird

1074 *Ballerstedt*, AcP 151 (1950/1951), 501, 512 (Fn. 30: „Lückenbüßer“); *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1716f. (Nebenpflichten als „Vehikel“); *von Bar*, JuS 1982, 637, 639f.; *Binder*, AcP 211 (2011), 587, 597; *Brüggemeier*, AG 1982, 268, 269; *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 56, 58 (Rechtsanwendung durch die Situation *de lege lata* „gezwungen“, über Nebenpflichten Abhilfe zu schaffen); *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 312; *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 267, 274f.; *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 77; *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 83 (Ausgangspunkt „Annahme, daß die Rechtsordnung eine Lücke aufweist“); *AK-BGB/Dubischar*, 1980, vor §§ 275ff. Rn. 29; *MüKo-BGB/Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 38; *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 560f.; *Faust*, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 162; *Forschner*, Wechselwirkungen, 2013, S. 112; *Gerhardt*, JuS 1970, 597, 599; *Giara*, Richter, 2000, S. 113, 131; *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 422f.; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 629 („Impetus, die Grenzen des Deliktsrechts [...] zu sprengen“); *Horn*, JuS 1995, 377, 379; *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281, 317f.; *U. Huber*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737, 743; *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 234, 237; *AK-BGB/Kohl*, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 33; *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 779f.; *Kupisch*, JuS 1984, 250, 256 („hinterhältig anmutende Prozedur“); *Larenz*, MDR 1954, 515, 517; *Michael Lehmann*, Bürgerliches Recht, 1983, S. 98; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 221; *Lieb*, FS Medicus, 1999, S. 337, 343 (Fn. 32); *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 72; *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. 33f. (Fn. 114: „kann als herrschende Meinung bezeichnet werden“); *Mayr*, Schutzpflichten, 2005, S. 87; *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. 19; *Medicus*, FS Keller, 1989, S. 205, 206f., 209; *Michaelis*, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 200f., 206f, 208 („Hauptgrund [...] in rechtspolitischen Erwägungen“); *L. Müller*, JuS 1998, 894, 894; *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 249; *Ott*, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 34f.; *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 392f.; *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 412f.; *Schlechtriem*, VersR 1973, 581, 582, 590; *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 151 („Hauptmotiv [...] ist die Ausschaltung der in § 831 B.G.B. vorgesehenen Entlastungsmöglichkeit zugunsten der strengeren Einstandshaftung nach § 278 B.G.B.“); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507f.; *E. Schmidt*, JA 1978, 597, 604; *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, 353f.; *Schur*, Leistung, 2001, S. 209f.; *MüKo-BGB/Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 12 Rn. 54 (Fn. 152: „Flucht aus dem Vertrag“); *Soergel/Spickhoff*, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 19; *Soergel/Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 179; *jurisPK-BGB/Toussaint*, 8. Aufl. 2017, § 241 Rn. 40 („wegen Schwächen einer rein deliktischen Haftung [...] entwickelte Haftung“); *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 58f. (Fn. 137) m.w.N.; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 80; *Walz*, BB 1991, 880, 884; *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 395 (Fn. 545); *Westermann/Karakatsanes*, Schuldrechtsreform, 1986, S. 39; *A. Wolf*, AcP 182 (1982), 80, 92f.; *Zimmermann*, Obligations, 1996, S. 905f.; *Zimmermann/Verse*, Richter, 2000, S. 319, 336.

1075 Deziert OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206 („im Wege der Rechtsfortbildung zur Lückenfüllung der gesetzlichen Regelungen herausgebildet“); OLG

bisweilen nachgesagt, dass sie für das Vorpreschen der Rechtsprechung in der sog. dritten Spur zwischen Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht durch Erfinden neuer Nebenpflichten lediglich dogmatische Begründungsansätze nachliefere, um (vermeintliche) Mängel im Deliktsrecht zu kompensieren.¹⁰⁷⁶ Dass die *ratio* der Nebenpflichten in den Mängeln des Deliktsrechts begründet ist, wird mittlerweile sogar rechtsvergleichend thematisiert (und kritisiert).¹⁰⁷⁷ Der Gesetzgeber hat diese Herangehensweise – wie das gesamte dogmatische Gerüst der Nebenpflichten – mit Erlass des § 241 II BGB in seinen Willen mitaufgenommen.¹⁰⁷⁸ Ob dies aber die fortwirkende Grundlage für Nebenpflichten oder ledig-

Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 66; HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 34 („*Rechtsprechung ist immer pragmatisch verfahren*“).

1076 U. Huber, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737 („Ziel dieser Lehre [von den begleitenden Schutzpflichten] besteht bekanntlich darin, für eine Rechtsprechung die dogmatische Begründung nachzuliefern, die ihrerseits versucht, bestimmte, wirklich oder auch nur vermeintlich bestehende Defekte des Deliktsrechts zu kompensieren“); Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 324.

1077 Hassemer, *Heteronomie*, 2007, S. 259f. m.w.N.

1078 S.o., S. Kapitel 2.C.III.4.c) *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 489 spricht gar davon, dass durch den Erlass des § 241 II BGB die bisher praktizierte „*Rechtsentwicklung „vom Ergebnis her*““ (E. Schmidt, *AcP* 170 (1970), 502, 507f.) vom Gesetzgeber „*goutiert*“ werde. Exemplarisch sieht *Lüsing*, *Schutzpflichten*, 2010, S. 230 m.w.N. sich 2010 in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre darin, dass die Historie der *culpa in contrahendo* sich „*einzig und allein*“ auf Mängel des Deliktsrechts stütze. Er erkennt damit ausdrücklich die Rechtspolitik als bestimmenden Faktor bei der Entwicklung der Nebenpflichten an. *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 424 betrachtet Nebenpflichten im Kontext von „§ 278 [BGB] und andere[n] rechtspolitisch gewollte[n] Modifikationen des Deliktsrechts“, vor ihm bereits präzise auf ein rein funktionales Verständnis der Nebenpflichten verweisend *U. Huber*, *FS von Caemmerer*, 1978, S. 837, 865f. Weitergehend sieht *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 58f. in der Entwicklung der Nebenpflichten das Abbild einer „*dezidiert ergebnisorientierte[n] Rechtsfindung*“ zur Kompensation deliktischer „*Schutzlücken*“. Auch in der ökonomischen Analyse des Rechts wird die Existenz schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten als Instrument zur Umgehung von § 831 BGB dargestellt, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 407. Zudem seien die „*Begrenzungen des Rechtsgüterschutzes*“ von Rechtsprechung und Literatur als „*zu eng*“ empfunden worden, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 170. Als Konsequenz wurde der Rechtsgüterschutz zum einen im Deliktsrecht ausgedehnt und zum anderen, wichtigeren Teil mit *Elan* im Schuldverhältnisrecht betrieben. Im Deliktsrecht geschah dies durch ein zunehmend weites Verständnis von § 826 BGB und den Ausbau der Rahmenrechte. Im Schuldverhältnisrecht geschah dies durch die zunehmend flexiblere Instrumentalisierung der *culpa in contrahendo* und der positiven Forderungsverletzung. In der Folge ließ sich zwar die vom BGB-Gesetzgeber gesetzten, engen Grenzen des Rechtsgüterschutzes umgehen. Die Frage der sinnvollen Haftungsbegrenzung verschob sich damit aber nur. So ist mittlerweile umstritten, wie weit Rahmenrechte reichen sollen und insbesondere – als Anlass zu dieser Arbeit – wann

lich den Grund für deren erstmalige Anerkennung darstellt ist unklar. Gegenpole einer solchen Diskussion sind zum einen die Überzeugung, dass schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten sich logisch aus dem jeweiligen Schuldverhältnis ableiten lassen und damit eine eigenständige schuldverhältnisbedingte Grundlage haben.¹⁰⁷⁹ Die Mängel des Deliktsrechts sind nach dieser Ansicht nur Anlass gewesen, um Nebenpflichten als notwendigen Strukturbestandteil eines Schuldverhältnisses aufzudecken. Zur teleologischen Auslegung des § 241 II BGB könnte man die Mängel des Deliktsrechts dann nicht heranziehen.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, den Anlass für die Kreierung von Nebenpflichten dogmatisch in den Vordergrund zu rücken. Dass die Rechtswissenschaft seit nahezu 100 Jahren über die dogmatischen Grundlagen der Nebenpflichten streitet, mag schließlich auch daran liegen, dass ein gemeinsamer dogmatischer Nenner, der sich von der oben angedeuteten Lückenfüllungsfunktion unterscheidet, nicht auszumachen ist.¹⁰⁸⁰ So hat sich im Schrifttum inzwischen ja gerade die Ansicht als wohl herrschende Lehre durchgesetzt, die in der Haftung für Nebenpflichtverletzungen eine gesetzliche, vertrauensbasierte Haftung sieht, die sowohl von jedwedem Rechtsbindungswillen als auch einem konkreten Vertrauenstatbestand unabhängig ist.¹⁰⁸¹ Zuzugeben, dass Pflichten innerhalb rechtsgeschäft(sähn)licher Schuldverhältnisse weder auf Rechtsbindungswillen noch auf privatautonom veranlasster Handlung basieren, sondern gesetzlichen Ur-

die schuldverhältnisbedingte Haftung aus Nebenpflichtverletzung greifen soll, vgl. zu alledem *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 170f.

1079 Paradigmatisch für die Vertreter dieser Ansicht befürwortet *Gernhuber* aus einer abstrakten Perspektive die Lösung eines Problems unter dogmatischen Rekurs auf das Schuldverhältnis, wenn das Problem durch das Schuldverhältnis „in Bewegung“ gesetzt worden ist, *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 463 („dann sollten wir nicht versuchen, Lösungen zu finden, die vom Schuldverhältnis abstrahieren“); ähnlich auch *Krebs*, Sonderverbindungen, 2000, S. 76ff.; *NK-BGB/Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 53; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 321f. Das Schuldverhältnis ist für eine Nebenpflichtverletzung regelmäßig kausal, sodass hiernach eine schuldverhältnisbedingte Begründung erforderlich wäre.

1080 Vgl. *MüKo-BGB/Emmerich*, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 41 (Rückführung „auf einen einzigen rechtlichen Grundgedanken [...] muss [...] wohl aufgegeben werden“); *Klinck*, Information, 2013, S. 103, 111 („Versuch aussichtslos, das reiche Rechtsprechungsmaterial [zu Informationspflichten] zu systematisieren“); *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 236; *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 226 (Hypothese, „dass es ein Institut der *cic gar* nicht gibt, sondern es sich nur um ein Sammelsurium von Haftungstatbeständen handelt, die nur wenig miteinander gemein haben“).

1081 S.o., S. 129 (Fn. 521), S. 169 (Fn. 688).

sprungs sind, ist nach hier vertretener Ansicht mit dem Eingeständnis gleichzusetzen, dass eine schuldverhältnisbedingte Begründung ebendieser Pflichten gescheitert ist.¹⁰⁸² Die Entstehungsgeschichte der Nebenpflichten hindert sie daran, eine eigene Dogmatik zu entwickeln. Die Unabhängigkeit der Haftung für Nebenpflichten vom rechtsgeschäftlichen Willen lässt sich nämlich auch nach der herrschenden Lehre zum Beispiel in Fällen von vertraglichen Haftungserleichterungen nicht durchhalten.¹⁰⁸³ Zudem wird die Zwecksetzung der Nebenpflichten – in jedem Fall den Eigentums- und Gesundheitsschutz betreffend – von der überwiegenden Ansicht in der Literatur aus dem Deliktsrecht gezogen.¹⁰⁸⁴ Schließlich werden Nebenpflichten auch heute noch im Wege einer vielschichtigen, rechtspragmatisch geleiteten Abwägung festgestellt, in die auch und gerade die Auswirkungen einer entsprechenden Nebenpflicht miteinfließen. Damit ist und bleibt die Folgenorientierung des RG von vor über 100 Jahren Mittelpunkt der Dogmatik der Nebenpflichten in der Praxis.¹⁰⁸⁵ Ehrlicher wäre es deshalb, die rechtspolitische Motivation zur Begründung von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten nicht stets nur als Beiwerk oder einführende Bemerkung zu nennen, sondern sie als Zentralgestalt im dogmatisch wirren Kapitel der Nebenpflichten zu betrachten.

Im Ergebnis ist der Ausgleich von Haftungslücken im Deliktsrecht damit ein tragender Pfeiler in der Entwicklung der Nebenpflichten. Ob dieser Gedanke jedoch im Einzelfall zur Begründung einer Nebenpflicht taugt, ist sehr fraglich: Schließlich gibt es keine *ad hoc* ersichtlichen, einheitlichen Grundsätze, welche einen Rückschluss auf den Maßstab der Rechtsprechung für ein wünschenswertes Haftungssystem erlauben. Ohne zumindest bestimmbareren Prüfungsmaßstab lässt sich aus einer *ex ante* Perspektive nicht sagen, in welchen Fällen die Rechtsprechung zum Werkzeug der Nebenpflicht greifen wird. Damit ist der Begründungsansatz für eine *ex ante* absehbare Rechtspraxis nicht zu gebrauchen.

1082 Vgl. *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 62f., der davon ausgeht, dass Nebenpflichten allein „aufgrund allgemeiner Gefährüberlegungen“ entstehen und damit eben gerade nicht „schuldrechtlicher“ Natur sind sowie *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 52 (mit Nebenpflichten werde „lediglich Deliktsrecht „mit anderen Mitteln“ betrieben“).

1083 *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 529ff. m.w.N.; *Thiele*, JZ 1967, 649, 654.

1084 Vgl. *U. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 862ff.; *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 586; *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 69; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 52 (Fn. 102) m.w.N.

1085 Ähnliche Einschätzung von *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 59.

3. Eignung als Haftungsgrenze?

Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber die erstmals vom RG ausgesprochene und danach stets unterschwellig vorhandene Begründung zur Anerkennung von Nebenpflichten – die Mängel des Deliktsrechts – mit Erlass des § 241 II BGB in seinen Willen aufgenommen hat, stellt sich die Frage nach der Begrenzungstauglichkeit dieses Gedankens für Nebenpflichten. Dass der Gesetzgeber sich den Begründungsansatz des Reichsgerichts zu Eigen gemacht hat, ist nämlich leichter darzulegen, als dass er mit dieser Grundlage auch eine Begrenzung des § 241 II BGB in seinen Willen aufgenommen hat. Sofern keine Haftungsunterschiede zum Jedermannsrecht bestehen, wäre aufgrund einer teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB davon auszugehen, dass ein Anspruch aus Nebenpflichtverletzung als verdrängt anzusehen ist. Dies steht zunächst einmal im Widerspruch zur ganz überwiegenden Ansicht. So wird die historisch eindeutig belegte rechtspolitische Zielsetzung der Nebenpflichten von Teilen der Literatur durchaus auch heute noch in der Dogmatik wiedererkannt und bisweilen gar als Fixstern am Firmament der Nebenpflichten erachtet.¹⁰⁸⁶ Mögliche Grenzen für § 241 II BGB werden hieraus indes nie abgeleitet. Es muss aber bedenklich stimmen, dass jegliche Systematisierungs- und Begründungsversuche von Nebenpflichten in der Literatur als gescheitert bezeichnet werden.

Der Gedankengang ist folgender: Die Instrumente der *culpa in contrahendo* und der positiven Forderungsverletzung waren aus rechtspraktischer Perspektive ein Weg der Rechtsanwendung, Lücken im Deliktsrecht zu schließen.¹⁰⁸⁷ Damit wurden Nebenpflichten instrumentalisiert, um von der Rechtsanwendung erwünschte Änderungen im Deliktsrecht durchzusetzen.¹⁰⁸⁸ Nebenpflichten sind somit von ihrem Haftungsursprung dem Schuldverhältnisrecht fremd. Daraus lässt sich logisch folgern, dass ein Rückzug der Nebenpflichten angebracht ist,

1086 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 205f. (Fn. 116); E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502, 507f. („Rechtsentwicklung „vom Ergebnis her““); M. Weller, Leistungen, 2012, S. 395 (Fn. 545); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 489.

1087 Vgl. ausf. J. Schmidt, GS Schultz, 1987, S. 341, 360ff.

1088 So auch Mertens, AcP 178 (1978), 227, 237f. („Ausdehnung des Schutzes von Integritätsinteressen über die Rechtsfiguren der positiven Vertragsverletzung und der culpa in contrahendo [...] der Sache nach Änderung des Deliktsrechts“).

sobald die erwünschte Änderung im Jedermannsrecht stattgefunden hat.¹⁰⁸⁹ Wenn das Deliktsrecht von der Haftungsintensität her zum Schuldverhältnisrecht aufgeschlossen hat, so kann sich die entsprechende Nebenpflicht nach getaner Arbeit zurückziehen – und ein Anspruch auf Schadensersatz aus Nebenpflichtverletzung wird auf Konkurrenzebene verdrängt.

a) Entgegenstehender Gesetzgebungswille?

Der Gesetzgeber hat sich einer grundlegenden Reform des Deliktsrechts durch die Schaffung einer einzigen, großen Generalklausel oder die Abschaffung des § 831 I 2 BGB bisher verweigert. Damit liegt kein klares Indiz für die Verlagerung der Nebenpflichten in das Deliktsrecht vor. Gleichzeitig ist er mit der Schaffung zahlreicher Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB für einen Teil der deliktsrechtlichen Expansion – und damit für das Schließen der ursprünglich bemängelten Lücken – verantwortlich.¹⁰⁹⁰

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Abgrenzung von allgemeinen und besonderen Pflichten im schuldverhältnisbedingten Kontext thematisiert: *„Die Erwähnung einer Verpflichtung zu „besonderer“ Rücksicht diene an sich zur Abgrenzung von den allgemeinen, jedermann treffenden Rücksichtnahmepflichten. Daraus kann sich aber das Missverständnis ergeben, dass innerhalb der sich aus einem Schuldverhältnis ergebenden Pflichten zu unterscheiden ist zwischen einigen, die zu „besonderer“ Rücksicht verpflichten und deren Verletzung deshalb eine Haftung etwa aus*

1089 Vom Gedankengang her ähnlich *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 252 („vorläufige Unverzichtbarkeit“ der Nebenpflichten, „solange die überfällige Reform des § 831 BGB weiter auf sich warten lässt“); *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 237 (Bei einer Reform des § 831 BGB wären „Krypto-Delikts-Fälle“ der Nebenpflichten nicht mehr „mitzuschleppen“). Ob die „Reform“ durch den sprichwörtlichen „Federstrich“ des Gesetzgebers bei § 831 I 2 BGB stattfindet oder sich durch eine faktische Erweiterung der Haftung für Drittverhalten u.a. über § 823 I BGB ergibt, darf bei nüchterner Betrachtung keinen Unterschied machen, s. auch *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 326 („Lehre von den gesetzlichen Schutzpflichten trifft [...] das Falsche. Richtiger wäre es [...], die spezialgesetzliche Regelung aus sich heraus zu ergänzen oder auch zu korrigieren.“).

1090 Ähnlich auch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 435 („Gesetzgeber hat in den letzten 100 Jahren viel unternommen, um [...] in bestimmten Bereichen [...] doch eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden zur Verfügung zu stellen“); *Schweizer*, Spieltheorie, 2015, S. 107.

culpa in contrahendo auslösen kann, und anderen, deren Verletzung unbeachtlich ist, weil sie eben nur zu „einfacher“ Rücksicht verpflichten. Dieses Missverständnis könnte noch dadurch gefördert werden, dass § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB-BE die Begründung eines Schuldverhältnisses mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB-BE zu Dritten insbesondere dann vorsieht, wenn Dritte in „besonderem“ Maße Vertrauen für sich in Anspruch nehmen. In diesem Zusammenhang ist letzteres aber durchaus einschränkend gemeint. Der Ausschuss ist deshalb der Ansicht, dass das Adjektiv „besondere“ in § 241 Abs. 2 BGB-BE entfallen sollte. Das verdeutlicht dann, dass § 241 Abs. 2 BGB-E Rücksichtnahmepflichten nur noch als besondere Pflichtenkategorie regelt, die als solche aber bei jedem Schuldverhältnis auftreten kann, ohne dass diese Rücksichtnahmepflichten auf „besondere“ Pflichten reduziert werden könnten“.¹⁰⁹¹

Der Gesetzgeber hat sich im Anschluss an die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses dann in der finalen Fassung des § 241 II BGB dazu entschlossen, den Zusatz der besonderen Sorgfalt zu streichen, weil auch die allgemeine Sorgfalt vom Anwendungsbereich der Nebenpflichten erfasst sein sollte. Es sollte der falsche Schluss vermieden werden, dass nur bei besonderen Sorgfaltsanforderungen eine Nebenpflichtverletzung in Betracht komme und ein Schuldverhältnis nur zu besonderer, nicht aber zu allgemeiner Sorgfalt verpflichten könne.¹⁰⁹² Das könnte aus historischer Perspektive gegen die hier vertretene, teleologische Subsidiarität der Nebenpflichten sprechen.¹⁰⁹³ Aus methodischer Perspektive lässt sich zunächst hinterfragen, inwieweit die dokumentierte Vorgeschichte des

1091 BT-Drs. 14/7052, SchRModG, Empfehlung des Rechtsausschusses, S. 182; vgl. auch HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 106, 108.

1092 BT-Drs. 14/7052, SchRModG, Empfehlung des Rechtsausschusses, S. 182; gleiche Einschätzung bei HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 108; Heinrichs, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 427.

1093 Schließlich wollte der Gesetzgeber offenbar auch die „einfachen“ Pflichten erfassen. Diese „einfachen“ Pflichten werden aber häufig ein Pendant im Jedermannsrecht haben, was wiederum nach hier vertretener Ansicht ihre Subsidiarität auslösen würde, dagegen Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7 („Schutzpflichten auch anzuwenden, wenn sie inhaltlich keine weitergehenden Sorgfaltsanforderungen begründen als die deliktischen Verkehrssicherungspflichten“); NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 46, 53; vgl. auch – i.E. einen methodischen Vorrang der Bedeutung einer „Auslassung“ gegenüber objektiv-teleologischen Argumenten klar ablehnend – Baldus, Rechtsanwendung, 2013, S. 75, 75ff. („Das so genannte Verwerfungsgargument besagt in seiner einfachsten Form, Ergebnis einer Auslegung könne nicht sein, was im Normerlassverfahren als Normtext vorgeschlagen, aber verworfen worden ist.“).

Wortlauts den gesetzgeberischen Willen bei Erlass des Gesetzes determiniert.¹⁰⁹⁴ Der Wille des Gesetzgebers ist nämlich laut BVerfG in der Auslegung ohnehin nur insoweit zu berücksichtigen, „*als er im Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat*“.¹⁰⁹⁵ Dass auch sämtliche Verkehrssicherungspflichten zwingend Teil der aus § 241 II BGB folgenden Pflichten sein sollen, lässt sich aber aus dem Wortlaut der Norm in keiner Weise ableiten. Der Wortlaut ist schließlich bewusst vage gehalten, um den Handlungsspielraum der Rechtsprechung nicht zu stark beschneiden. Die geschaffene Flexibilität als Generalklausel würde sich aber – ebenso wenig wie die §§ 133, 157 BGB – mit einer klaren Vorgabe des Subsumtionsergebnisses vertragen.¹⁰⁹⁶ Darüber hinaus wird die Existenz von Nebenpflichten mit deliktischen Sorgfaltsanforderungen vor allem deshalb befürwortet, weil sie die vermeintlich dem Jedermannsrecht überlegenen, funktionalen Aspekte des erweiterten Vermögensschutzes, des § 280 I 2 BGB und des § 278 BGB im Haftungstatbestand bedingt.¹⁰⁹⁷ Die hier herausgearbeitete Subsidiarität des § 241 II BGB greift indes erst, wenn sichergestellt ist, dass – auch im Einzelfall – eben gerade keine funktionalen Unterschiede zum Jedermannsrecht mehr bestehen. Die haftungsrechtliche Notwendigkeit von schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten wird damit nicht tangiert. Zum anderen kann man daran zweifeln, ob die Unterscheidung von allge-

1094 Nach *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 75, 76ff. bestehen hiergegen „*Bedenken*“.

1095 BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59, Rn. 18 a.E. (BVerfGE 11, 126, 130). Damit wird der „*Wille des Gesetzes*“ als vorrangig gegenüber dem tatsächlichen „*Willen des Gesetzgebers*“ erachtet, vgl. *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 75, 84; *Waldhoff*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 75, 86ff. Das BVerfG bringt damit zum Ausdruck, dass für den Willen des Gesetzgebers nicht der subjektiv zum Zeitpunkt des Erlasses bestehende Wille des Gesetzgebungsorgans maßgeblich ist, sondern der gesetzgeberische Wille, der sich aufgrund objektiver Indizien im Gesetzestext manifestiert hat. Diese „*objektive Theorie*“ wird heute als herrschend in der Methodiklehre angesehen, näher *Fleischer*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 1, 9f. m.w.N. Entscheidender Vorteil der objektiven Theorie gegenüber der subjektiven Theorie ist, dass der gesetzgeberische Wille sich so an gesellschaftliche und rechtstatsächliche Veränderungen anpassen kann und nicht „*zu Stein erstarrt*“. Zur historischen Entwicklung der heutigen Zurückhaltung gegenüber Gesetzesmaterialien als zwingend Determinanten rechtlicher Auslegung *Thiessen*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 45, 52ff.

1096 Zudem sind die Gesetzesmaterialien in jedem Fall nur im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen, müssen aber keinesfalls das Ergebnis der Auslegung bestimmen, näher *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 5, 17f.; *Fleischer*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 1, 19f.; so auch konkret vor dem Hintergrund von Äußerungen einiger namhafter Schuldrechtler zu Problemen der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 *Thiessen*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 45, 48ff.

1097 Diese Absicht ist beispielsweise bei Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7 klar erkennbar.

meiner und besonderer Sorgfalt nach dem Verständnis der Kommission wirklich gleichbedeutend mit dem hier entwickelten Modell der Subsidiarität ist. Der Gesetzgeber wollte ursprünglich durch das Einfügen des Zusatzes verhindern, dass die Grenze zwischen schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten und Jedermannspflichten verschwimmt.¹⁰⁹⁸ Der hier vertretene Ansatz akzentuiert aber gerade die Differenzierung, indem Nebenpflichten auf denjenigen Anwendungsbereich beschränkt werden, in welchem Jedermannspflichten leerlaufen.¹⁰⁹⁹ Schließlich lässt sich das Handeln des Gesetzgebers hier auch als konsequentes Schweigen gegenüber den dogmatischen Grundlagen der Nebenpflichten deuten. Er wollte vermeiden, dass sich aus dem Wortlaut eine explizite Aussage zum (dogmatischen) Inhalt der Nebenpflichten ableiten lässt. Indem er den missverständlichen Zusatz gestrichen hat, wurde nur der Ausgangspunkt wiederhergestellt: Dass der Gesetzgeber die richterrechtlich gewachsenen Fallgruppen der Nebenpflichten normativ im allgemeinen Schuldrecht verankern wollte, sich aber einer Aussage zu Inhalt und dogmatischer Grundlage verweigert.¹¹⁰⁰ Welche Pflichten nun aber genau von § 241 II BGB erfasst oder auch nicht erfasst sein sollten, hat der Gesetzgeber auch mit der Streichung des Zusatzes nicht eingegrenzt. Im Ergebnis lässt sich also mit guten Argumenten vertreten, dass die Streichung des Wortes „besondere“ im Gesetzgebungsverfahren dem hier vertretenen Ansatz nicht entgegensteht.¹¹⁰¹

1098 S. BT-Drs. 14/7052, SchRModG, Empfehlung des Rechtsausschusses, S. 182 („Die Erwähnung einer Verpflichtung zu „besonderer“ Rücksicht diene an sich zur Abgrenzung von den allgemeinen, jedermann treffenden Rücksichtnahmepflichten. [...] Das [i.e., die Streichung] verdeutlicht [!] dann, dass § 241 Abs. 2 BGB-E Rücksichtnahmepflichten nur noch als besondere [!] Pflichtenkategorie regelt [...]“); ähnliche Einschätzung bei. Schmidt-Räntsch, Schuldrecht, 2002, S. 137; zur geringen Aussagekraft der Materialien der Schuldrechtsreform überdies Baldus, Rechtsanwendung, 2013, S. 5, 13.

1099 Deshalb zu Recht krit. gegenüber dem Versuch, § 241 II BGB auf Verkehrspflichten zu reduzieren *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 344.

1100 Vgl. *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 426; *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 71.

1101 Vgl. aus methodischer Perspektive Baldus, Rechtsanwendung, 2013, S. 5, 17f.; Baldus, Rechtsanwendung, 2013, S. 75, 85 („Entscheidend ist, was der Gesetzgeber am Ende formuliert. Wenn diese Formulierung ihrem objektiven Zweck nach zu einer bestimmten Lösung, dann schadet es nicht, wenn diese Lösung in deutlicherem Ausdruck bereits Gegenstand der Verhandlungen war und sich dieser Ausdruck nicht durchgesetzt hat.“); *Thiessen*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 45, 74, die nach überwiegend vertretenen Standards sogar eine explizite Entscheidung gegen die Gesetzesmaterialien für methodisch vertretbar hält, wenn sie gut begründet ist.

b) Deutung der Rechtsprechung

Ganz ursprünglich lehnte das RG es ab, das Integritätsinteresse des Gläubigers mittels der heute als *culpa in contrahendo* anerkannten Fallgruppe auch über das Vertragsrecht zu schützen.¹¹⁰² Noch 1910 geschah dies ausdrücklich mit der Begründung, dass deliktische Interessen im Vertragsrecht keinen Platz fänden.¹¹⁰³ Im Jahr 1911 entschied es sich dann im Linoleumrollenfall für den (vorvertraglichen) Schutz des Integritätsinteresses über das Schuldverhältnisrecht.¹¹⁰⁴ In den folgenden Jahren hing die Anwendbarkeit der *culpa in contrahendo* – und damit der Schutz des Schuldners durch die hierin verankerten Nebenpflichten – aber stets an der arbiträren¹¹⁰⁵ Unterscheidung, ob es zwischen Gläubiger und Schuldner schon zu einer konkreten Kontaktaufnahme für den Vertragsschluss gekommen war oder nicht.¹¹⁰⁶ Im Weinsteinsäurefall aus dem Jahr 1922 entkop-

1102 Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 127 („Ausdehnung der vertragsartigen Haftung auf den Bereich der Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) lehnte die Rechtsprechung bis etwa 1912 allgemein ab“) m.w.N. zur Rechtsprechung; Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 191 (Fn. 53).

1103 RG, Urt. v. 14.6.1910 – II 90/10, RGZ 74, 124, 125f. („Allein die Verletzung dieser allgemeinen Pflicht begründet im Falle der schuldhaften Schadenszufügung nur einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, nicht auch aus Vertrag.“).

1104 RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240; zur Bedeutung des Urteils für die weitere Entwicklung *Giario*, Richter, 2000, S. 113, 135ff.; vgl. zudem *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 58f. (Fn. 136) m.w.N. zu Urteilen des RG aus der Zeit vor 1911, welche bereits Ansätze zum schuldverhältnisbedingten Schutz des Integritätsinteresse enthielten; zur häufig überschätzten Bedeutung des Urteils, was die Anerkennung der *culpa in contrahendo* als gesetzliche Haftung anbelangt, zutreffend *Kreuzer*, Verkehrspflichten, 1971, S. 132 („Das Urteil ist keine „authority“ für einen „gesetzlichen“, d.h. nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden *culpa in contrahendo*-Tatbestand [...]. Die formelle Rechtgrundlage der Linoleumrollen-Entscheidung war vielmehr (fiktiv-)rechtsgeschäftlicher Natur, nämlich ein besonderer, stillschweigend geschlossener vorbereitender Vertrag (Innominatkontrakt).“)

1105 S. RG, Urt. v. 20.4.1914 – VI 545/13, JW 1914, 759 (Anwendung der Vertragshaftung zwischen zwei Käufen in einem Kaufhaus abgelehnt, da der eine Kauf bereits abgeschlossen war und der andere Kauf noch nicht ins Verhandlungsstadium gemündet war); vgl. auch *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 69; *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 194 („Schutzpflichtdogmatik dieser früher Rechtsprechung [...] noch von sachverhaltstechnischen Haarspaltereien beeinflusst“); *Larenz*, MDR 1954, 515, 516.

1106 Exemplarisch RG, Urt. v. 26.9.1912 – VI 54/12, JW 1913, 23, 25 (Anwendung von § 278 BGB zugunsten des Klägers – dem in einem mehrstöckigen Kaufhaus ein Metallständer auf den Kopf gefallen war – abgelehnt, da es mangels Vorlegen von Waren noch zu keinem vertragsähnlichen Verhältnis gekommen war); deutlich *Kreuzer*, Verkehrspflichten, 1971, S. 135 („Reichsgericht in jener Zeit [...] noch nicht gewillt [...], die Geltung des Vertragsrechts hinsichtlich der persönlichen Integrität über das Gebiet der eigentlichen Vertragsverhandlungen hinaus auszudehnen“), 136 („Eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen nahm die Rechtsprechung nur dort an, wo auch die entsprechenden Voraussetzungen der Vertragsordnung,

pelte das RG die Anwendbarkeit der *culpa in contrahendo* dann von den Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsschlusses.¹¹⁰⁷ Damit begann die Transformation der Haftung aus Nebenpflichtverletzung zur gesetzlichen Haftung.¹¹⁰⁸ Vierzig Jahre später beschloss der BGH diese Entwicklung, indem er im Bananenschalenfall die *culpa in contrahendo* von jeder konkreten Verhandlungssituation zwischen Gläubiger und Schuldner abkoppelte.¹¹⁰⁹ Einzige Voraussetzung war, dass ein Vertragsschluss für den Gläubiger der Nebenpflicht grundsätzlich in Betracht kam.¹¹¹⁰ Motivation der Rechtsprechung bei der Ausdehnung der *culpa in contrahendo* und ihrem vertraglichen Pendant, der positiven Forderungsverletzung¹¹¹¹, war stets die haftungsrechtliche Besserstellung des Geschädigten.¹¹¹²

also ein (wenn auch nur stillschweigender oder fingierter) Vertragsschluss bejaht wurde“); ähnlich Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 195f. m.w.N.; Giaro, Richter, 2000, S. 113, 137; E. Schmidt, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 138

- 1107 Im Fall scheiterte der Vertragsschluss an einem Dissens, das RG sprach dem Gläubiger dennoch einen Schadensersatzanspruch aus vorvertraglicher Nebenpflichtverletzung zu, näher RG, Urt. v. 5.4.1922 – I 307/21, RGZ 104, 265, 267f. („Ausdehnung“ der Grundsätze der *culpa in contrahendo* auf „den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen ist“, aufgrund von „Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit“).
- 1108 Näher Giaro, Richter, 2000, S. 113, 147ff.; aus zeitgenössischer Perspektive Berger, Grenzen, 1935, S. 15f.
- 1109 BGH, Urt. v. 26.9.1961 – VI ZR 92/61, NJW 1962, 31, 31f. („Der Kunde, der sich mit dem Ziel eines Vertragsabschlusses in die vom Warenhaus beherrschte Sphäre begibt, hat schon von dem Augenblick an, in dem er das Warenhaus betritt, Anspruch auf vertraglichen Schutz seiner persönlichen Sicherheit“); s auch den Leitsatz zu diesem Urteil bei NJW 1962, 31, 31 („Fällt der Besucher eines Warenhauses über eine auf dem Boden eines Verkaufsraums liegende Bananenschale, so ist der Schadensersatzanspruch gegen den Inhaber des Warenhauses aus culpa in contrahendo unabhängig davon, ob es beim Unfall schon zu Kaufverhandlungen gekommen war.“).
- 1110 BGH, Urt. v. 26.9.1961 – VI ZR 92/61, NJW 1962, 31, 32 („Ziel eines Vertragsschlusses“). Diese Voraussetzung nahm der Gesetzgeber auch bei Erlass des § 311 II BGB im Jahr 2002 noch ernst: § 311 II Nr. 2 BGB spricht von einer „etwaige[n] rechtsgeschäftliche[n] Beziehung“ und macht damit deutlich, dass eine solche zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen sein darf. Teleologisch noch wichtiger setzt § 311 II Nr. 3 BGB für die allgemein als Auffangtatbestand verstandene Form des vorvertraglichen Schuldverhältnisses einen „geschäftliche[n] Kontakt[...]“ voraus, vgl. Leible, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 225.
- 1111 Zu deren geschichtlicher Entwicklung im Kontext der Rechtsprechungs des RG instruktiv Glöckner, Richter, 2000, S. 155, 156ff.
- 1112 Eindeutig RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240f. („Es würde dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreiten, wenn [...] der Geschäftsinhaber [...] nur nach Maßgabe des § 831 BGB und nicht unbedingt haftete“); OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 66; näher Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 197; vgl. auch BGH, Urt. v. 28.4.1976 – VIII ZR 244/74, Rn. 7ff. (BGHZ 66, 208, 210ff.); BGH, Urt. v. 26.4.1989

So sollte beispielsweise im Linoleumrollenfall¹¹¹³ die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 I 2 BGB durch die Anwendbarkeit des § 278 BGB und im Gemüseblattfall¹¹¹⁴ die kurze Verjährung des § 852 I BGB a.F. durch die Anwendbarkeit des § 195 BGB a.F. ausgeglichen werden. Zudem zeichnet die Rechtsprechung verantwortlich für die rechtspraktische Ausdehnung der §§ 823ff. BGB. Damit sind insbesondere die Ausweitung der Verkehrspflichten innerhalb des § 823 I BGB und das zunehmend weite Verständnis von § 826 BGB gemeint. Auch die Rechtsprechung macht sich also daran, die schöpferischen Ursprünge der Nebenpflichten zu flicken.¹¹¹⁵ Im Kontext des Integritätsschutzes ist dabei – auch und gerade im Vermögensbereich – durchaus die Tendenz zu beobachten, vermehrt Fälle über das Jedermannsrecht zu lösen, anstatt mit Biegen und Brechen eine Lösung über die §§ 280 I, 241 II BGB aus dem Hut zu zaubern.¹¹¹⁶ Gleichzeitig nimmt die Rechtsprechung immer noch Nebenpflichten in zahlreichen Konstellationen an, in denen das Deliktsrecht ein identisches Schutzniveau lieferte.¹¹¹⁷ Damit lässt sich aus der Praxis der Rechtsprechung kein Indiz für –

– VIII ZR 312/87, Rn. 10ff., 15ff. (BGHZ 107, 249, 252ff.) zur hin und wieder erkennbaren Intention der Rechtsprechung mittels Nebenpflichten eine haftungsrechtliche Besserstellung des Geschädigten nicht nur im Verhältnis zum deliktischen Haftungsregime, sondern auch im Verhältnis zum kaufrechtlichen Regime zu erreichen.

1113 RG, Urt. v. 7.12.1911 – VI 240/11, RGZ 78, 239, 240f.

1114 BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, Rn. 3, 6, 13f. (BGHZ 66, 51, 52ff.). Vorvertragliche Nebenpflichten wurden hierbei auf Dritte ausgedehnt. *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778 sah das Urteil deshalb als „*derzeit äußersten Vorposten*“ für die hypertrophe Entwicklung des Vertragsrechts.

1115 Vgl. HKK/Schiemann, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 156 („Rolle der Rechtsprechung in der Entwicklung des Deliktsrechts im 20. Jh. bedeutend“).

1116 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206 („Die Anspruchsgrundlage der c.i.c. ist im Wege der Rechtsfortbildung zur Lückenfüllung der gesetzlichen Regelungen herausgebildet worden. Ein auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichteter Anspruch aus c.i.c. kann deshalb nur dort in Betracht kommen, wo gesetzliche Regelungen fehlen.“); OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.2017 – 11 U 43/17, Rn. 17ff., 24 a.E. (Ablehnung des Anspruchs eines Waschanlagenkundens gegen den Betreiber aus §§ 280 I, 241 II BGB u.a. mit dem Argument, dass der Kunde „insoweit auch nicht rechtlos gestellt [wird], da ihm die Inanspruchnahme des Herstellers der Waschstraße möglich ist [Anm.: die Inanspruchnahme des Herstellers war nur aus Jedermannsrecht, i.e. §§ 823 I BGB, 1 I ProdHaftG denkbar]); Hopt, AcP 183 (1983), 608, 662; Horn, JuS 1995, 377, 385f.; Picker, JZ 1987, 1041, 1046 (Fn. 26); Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 836f.

1117 Zumindest bei Verletzungen der körperlichen Integrität im Rahmen der Geschäftsanbahnung beharrt die Rechtsprechung darauf, neben Ansprüchen aus den §§ 823ff. BGB immer auch – und prüfungstechnisch natürlich vorgelagert – einen Anspruch aus den §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB zu prüfen, vgl. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 9, 15; OLG Hamm,

sondern eher gegen – die Begrenzungstauglichkeit dieses Ansatzes ziehen. Gleichzeitig ist ihr auch kein Lippenbekenntnis dahingehend zu entnehmen, dass Integritätsschutz innerhalb von Schuldverhältnissen immer auch über Nebenpflichten gewährleistet sein soll.¹¹¹⁸ Eine eindeutige Aussage lässt sich aus der Auswertung der Rechtsprechung daher nicht ziehen.¹¹¹⁹

c) Laut Gesetzgeber maßgeblich: Deutung der Literatur

Am ehesten lässt sich Klarheit durch die Analyse der Literatur zu den Grundlagen der Nebenpflichten gewinnen. Deren Darstellungen sind nämlich ausnahmsweise relevant für die Auslegung des gesetzgeberischen Willens. Schließlich hat sich der Gesetzgeber bei Erlass des § 241 II BGB einer eigenen Stellungnahme zu den Grundlagen der Nebenpflichten enthalten.¹¹²⁰ Stattdessen hat er die bisher durch die rechtswissenschaftliche Literatur erarbeiteten Grundlagen in seinen Willen mitaufgenommen.¹¹²¹ Das dogmatische Verständnis der Schuldrechtslehre von Nebenpflichten hat sich der Gesetzgeber damit bei verständiger Lesart der Gesetzesbegründung zu Eigen gemacht. Nebenpflichten allein auf die Kompensation von Lücken im Jedermannsrecht zurückzuführen, mag für den passionierten Schuldrechtler zunächst ketzerisch wirken. Der hier vorgebrachten

Urt. v. 6.5.2014 – 9 U 13/14, Rn. 5; OLG Koblenz, Urt. v. 17.6.2014 – 3 U 1447/13, Rn. 22; OLG München, Urt. v. 18.3.2015 – 20 U 3360/14, Rn. 42ff. Das mag aber auch daran liegen, dass die hier aufgeworfene Frage der Subsidiarität einer Pflicht aus § 241 II BGB eher akademischer Natur ist und ihr somit in der Praxis keine Aufmerksamkeit zukommt. Dass die Rechtsprechung ihre Annahme von Nebenpflichten nicht konstant auf haftungsrechtliche Notwendigkeit überprüft, ist durchaus nachvollziehbar. Daraus lässt sich aber nicht logisch folgerichtig ableiten, dass die Rechtsprechung dem hier vertretenen Ansatz eine Absage erteilt. Er wird unbewusst „übersprungen“, zur fehlenden methodischen Kontrolle der Rechtsfortbildung im Bereich der Nebenpflichten *Lieb*, FS Medicus, 1999, S. 337, 343f.

1118 Vgl. beispielsweise OLG Hamm, Urt. v. 28.9.1993 – 7 U 110/92, NJW-RR 1995, 205, 206 („Anspruch aus c.i.c. {...} nur dort [...], wo gesetzliche Regelungen fehlen.“); OLG Hamm, Urt. v. 3.8.2012 – 9 U 45/12 (alleinige Prüfung von § 823 BGB bei Verletzung des Besuchers einer Skihütte).

1119 Das Verständnis der ständigen Rechtsprechung ist zudem auch nur ein Indiz innerhalb der teleologischen Auslegung einer Norm, vgl. *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 5, 25f.

1120 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125f.

1121 S. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125 („Die [...] [von der] *Schuldrechtslehre* [herausgearbeitete] *Lehre von den Schutzpflichten* hat sich *allgemein durchgesetzt*. *Daran soll nichts geändert werden.*“); auch eine deklaratorische Regelung aus methodischer Perspektive begrüßend *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 250f.

These wird aber nur an wenigen Stellen in der Literatur explizit widersprochen.¹¹²² Im Gegenteil wird ihr bei präziser Lektüre sogar zum Teil zaghaft zugestimmt.¹¹²³

1122 *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, 222 hält es für „zu kurz“ gegriffen, der (vorvertraglichen) Nebenpflicht nur eine Rolle als „Lückenbisse“ zuzugestehen. Sein Alternativvorschlag beschränkt sich indes auf den „Ausgangspunkt einer progressiven Rechtsfortbildung, um gesetzgeberischen Versäumnissen abzuhelpfen“, was lediglich eine wohlwollende Formulierung für das zuvor Abgelehnte darstellt.

1123 *MüKo-BGB/Ernst*, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 38 („stellte und stellt sich die Frage, ob hier eine Fehlentwicklung vorlag“ bezüglich „Schadenszufügungen, die an sich auch mit den Mitteln des Deliktsrechts zu bewältigen waren“); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104 (Nebenpflichten sind „keineswegs dazu da [...], nun sämtliche fahrlässig herbeigeführten Schäden auszugleichen, die andernorts nicht als kompensationsfähig anerkannt werden. Nur dort, als Ventil für einen zu engen Deliktsschutz notwendig sein, wo keine den Sachverhalt treffende BGB-Vorschrift auffindbar ist, kommt deshalb eine Behandlung nach den Regeln über die positive Vertragsverletzung in Betracht.“); *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. 462 („Bestehen insbesondere keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Haftung aus rechtlicher Sonderverbindung und der Haftung aus Delikt und Gefährdung, so ist es schließlich nicht notwendig, die als sachrichtig anerkannte Haftung aus dem [...] Schuldverhältnis zu entwickeln.“); *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. 40 („unter dem Postulat eines auch insoweit prinzipiell umfassenden Schutzes besteht für eine aus der Enge des Deliktsrechts geborene Hypertrophie des Vertragsrechts kein Bedarf“); *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, 72 (Fortbestand der Nebenpflichten, „[s]o lange jene Defizite [im Jedermannsrecht] nicht behoben sind“); *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 326 („Lehre von den gesetzlichen Schutzpflichten trifft [...] das Falsche. Richtiger wäre es [...], die spezialgesetzliche Regelung aus sich heraus zu ergänzen oder auch zu korrigieren.“); 328 („das resignierende Ausweichen in das Vertragsrecht verschleierte die Gesetzeskorrektur lediglich und legt sie an die falsche Stelle.“); *Medicus/Petersen*, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. 199 („Nach der derzeit zu beobachtenden Ersetzung des 831 durch § 823 I [...] sollte sich die c.i.c. hauptsächlich auf andere Anwendungsfälle zurückziehen, nämlich auf [...] Vermögensverletzungen.“); *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 157: „Allerdings gelingt es der h.M. nicht, die Unterschiedlichkeit der Einstandsgründe plausibel darzulegen.“); *Kreuzer*, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778 („Wertung und System des Gesetzes hätte es jedoch eher entsprochen, die Lösung von Anfang an in einer Fortbildung des Deliktsrechts zu suchen.“); *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 178 (Forderung danach „das Schuldrecht [nicht] überzustrapazieren“); *E. Schmidt*, Nachwort zu von *Jhering/Staub*, 1969, S. 131, 143 („Erscheinungsformen, die in unsere vom Leistungsbegriff her konzipierte zivilistische Schuldrechtsdogmatik nicht hineinpassen“); *HKK/Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 157 (Rechtsprechung bei dem Ausbau der Haftung aus Nebenpflichtverletzung mit Blick auf die geltende Haftungsqualität des Deliktsrechts „zuweilen weitergegangen als nötig“); *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 395 (Fn. 545); *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 76; weniger zaghaft *Kupisch*, JuS 1984, 250, 256 (Subversion des § 831 BGB über Nebenpflichten als „hinterhältig anmutende Prozedur“); im Kontext von § 278 BGB auch *MüKo-BGB/Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48 („Greift nicht nur die allgemeine Pflicht ein, die Integrität fremder Rechtsgüter zu wahren, sondern besteht für das fragliche Gut noch eine weitere [!] Vertragspflicht, so wird ein Gehilfenverstoß nach § 278 zugerechnet („vertragsspezifische Schutzpflicht“). Als Argument gegen eine teleologische Beschränkung der Nebenpflicht

aa) Entwicklung des Gedankens der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB

Aus historischer Perspektive wurde bereits in der Wachstumsphase der Nebenpflichten, die sich an die wegweisenden Urteile des RG anschloss, gegen die Ausbreitung der Nebenpflichten im Schuldverhältnisrecht mit einem Subsidiaritätsgedanken gegenüber dem Jedermannsrecht opponiert.¹¹²⁴ Zudem lässt die gesetzliche Kodifikation einer vormals aus § 241 II BGB hergeleiteten Pflicht in einem bestimmten Schuldverhältnis bei präziser Betrachtung die allgemeine teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB durchscheinen.

Beispiel 29 Mit Kodifikation der Pflicht wird die Herleitung über § 241 II BGB im Mobilfunkanbieterfall¹¹²⁵ überflüssig: Das Schuldverhältnis enthält damit bereits qua gesetzlicher Anordnung eine entspre-

ten wird bisweilen lediglich vorgebracht, dass zumindest auch die schuldverhältnisbedingte Perspektive eine Grundlage für Nebenpflichten liefere, nämlich den Schutz vor spezifisch aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Gefahren, so exemplarisch für die culpa in contrahendo Lüsing, Schutzpflichten, 2010, S. 230f. Indes vermag auch das Deliktsrecht alle die hier als „spezifisch“ schuldverhältnisbezogen vorgebrachten Argumentationstopoi zu berücksichtigen, sehr überzeugend bereits Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 328; ähnlich auch Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1613, 1615.

1124 Berger, Grenzen, 1935, S. 14 m.w.N., 17, 42f.; Richter, JW 1921, 664, 665; Titze, JW 1931, 512, 512f.; später dann mit vehementer Kritik auch Nirk, RabelsZ 18 (1953), 310, 352 („Entwicklung ist dogmatisch falsch und muss aufgehalten werden“). Dabei vertrat beispielsweise Berger im Kontext der culpa in contrahendo eine dem hiesigen Ansatz ähnliche Subsidiarität der Nebenpflichten gegenüber dem Deliktsrecht, näher Berger, Grenzen, 1935, S. 42ff. („Diese Subsidiarität verbietet, die Lehre [des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen] da anzuwenden, wo bereits irgendwelche andere Rechtsvorschriften für das gleiche Verhalten eine Haftung festsetzen.“); ähnlich auch Frost, Schutzpflichten, 1981, S. 112, die vorläufige Pflichtverstöße – auch des Gehilfen – grundsätzlich nur dem Deliktsrecht zuordnen will; zustimmend L. Müller, JuS 1998, 894, 895. Sofern ein Verrichtungsgehilfe eine unerlaubte Handlung im Rahmen der Vertragsanbahnung begehe, sei ein Anspruch aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung verdrängt, Berger, Grenzen, 1935, S. 46. Das begründet er aus der Lückenfüllungsfunktion der culpa in contrahendo: Wenn das Jedermannsrecht den Haftungsanspruch abdeckt, liege eben keine Lücke vor, Berger, Grenzen, 1935, S. 43 („Heranziehung der c.i.c. als Haftungsgrund in diesem Falle unstatthaft“). In diese Richtung argumentiert auch Titze, der die culpa in contrahendo in den „klassischen“ Szenarien – hierzu zählen vor allem diejenigen vorvertraglichen Nebenpflichten, welche die körperliche und sachliche Integrität des Gläubigers schützen sollen – für verfehlt hält, Titze, JW 1931, 512, 513. Dem Schaden fehle in diesen Fällen der Bezug zur Eigenschaft des Gläubigers als potentieller Vertragspartner. In der Sache lehnt er die Haftung aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung also ab und verweist für diese Fälle auf das Jedermannsrecht.

1125 S.o., S. 237.

chende Warnpflicht.¹¹²⁶ Der hier veranschaulichte „Kreislauf“ zwischen richterlicher Rechtspolitik über die Auslegung des § 241 II BGB und dem anschließenden Tätigwerden des Gesetzgebers mag als Indiz für die teleologische Subsidiarität von Nebenpflichten dienen. Schließlich liegt die Prüfung eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB fern, wenn die „Nebenpflicht“ bereits gesetzlich festgelegt ist. Vielmehr wird die gesetzlich angeordnete Pflicht als Nebenleistungspflicht Teil des aus der Vereinbarung der Parteien (§ 241 I BGB) folgenden Pflichtenbündels. Ein Anspruch wegen Verletzung dieser Pflicht folgt damit allein – und nicht neben einem Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB in freier Anspruchskonkurrenz – aus § 280 I BGB. Dieses konkurrenzrechtliche Verhältnis von kodifizierten und nicht kodifizierten Nebenpflichten wird auf das Verhältnis von § 241 II BGB zum Jedermannsrecht übertragen.

Der Gedanke einer (teleologischen) Subsidiarität von § 241 II BGB scheint bisweilen auch im Kontext von § 278 BGB durch.

So sieht jüngst Wendelstein im Teilbereich der Integritätsverletzungen durch Erfüllungsgehilfen den Wortlaut des § 278 BGB gesprengt und befürwortet dementsprechend eine analoge Anwendung der Norm.¹¹²⁷ Bei der Voraussetzung der planwidrigen Regelungslücke fragt er unter anderem, ob der Themenkomplex nicht abschließend durch die §§ 823 I, 831 BGB geregelt sei. Das verneint er, weil die Normen dogmatisch an unterschiedliche Vorwürfe anknüpfen würden und somit systematisch nicht vergleichbar seien.¹¹²⁸ Letztere Aussage ist zwar isoliert betrachtet korrekt, aber nach hier vertretener Ansicht wäre im Rahmen der planwidrigen Regelungslücke die Entstehungsgeschichte der Nebenpflichten zu

1126 Der vom BGH festgestellten Informationsasymmetrie zwischen dem (Privat-)Kunden und dem Telekommunikationsanbieter wird damit durch die gesetzlich geregelte Pflicht Rechnung getragen. Der Kunde ist dem Dienstleister schließlich deshalb nicht mehr „strukturell unterlegen“, weil die konkrete gesetzliche Pflicht das Ungleichgewicht bereits austariert. Es fehlt dann an den „Eingriffsvoraussetzungen“ von § 241 II BGB.

1127 Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 78ff.

1128 Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 79f.

thematisieren. Weil Nebenpflichten seit jeher dazu dienen, Haftungslücken im Deliktsrecht zu schließen, kann eben gerade nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden, wenn das Jedermannsrecht das Haftungsinteresse bereits abdeckt. Eine analoge Anwendung von § 278 BGB – und mithin eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB für das Verhalten des Erfüllungsgehilfen – müsste dann auf Konkurrenzebene ausscheiden. Der Gedankengang zeigt auch die Möglichkeit auf, die Subsidiarität der Nebenpflicht im Einzelfall – und nicht nur in Fallgruppen – zu überprüfen. Eine Analogie muss schließlich – schon aus Gründen judizieller Transparenz – in jedem Einzelfall aufs Neue begründet werden.

Schließlich hat die wertungsmäßige Nachrangigkeit einer Haftung aus Nebenpflichtverletzung bei genauer Analyse auch Einfluss auf die Verteilung von Informationsverantwortlichkeit.

Beispielsweise sieht Olzen in der „Erkennbarkeit des Informationsgefälles“ als Voraussetzung für eine Nebenpflicht ein materialisiertes „Subsidiaritätsprinzip“, welches im Rahmen der Informationspflichten von „jedem zugänglichen Tatsachen“ abgrenzen soll.¹¹²⁹

Der Gedanke eines Subsidiaritätsprinzips soll dort verhindern, dass § 241 II BGB den Schuldner dazu verpflichtet, Informationen weiterzugeben, die der Gläubiger auch ebenso gut selber hätte beschaffen können. Modifiziert man diesen Gedanken für die hier behandelte Problematik, so ist von einer Nebenpflicht abzusehen, wenn sie nur eine jeden treffende Pflicht beinhalten soll. Kann sich der Gläubiger ebenso gut über das Jedermannsrecht haftungsrechtliche Genugtuung verschaffen, so ist mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB verdrängt.¹¹³⁰

1129 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 450.

1130 Vgl. Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 291 („Damit versetzt bereits das geltende deutsche Recht die Judikatur in den Stand, die hier einschlägigen Fälle mit Hilfe der Gemeinordnung im Ergebnis befriedigend zu lösen. Vertragsartiger Haftungsgrundsätze bedarf es dazu nicht.“)

Einen ähnlichen Gedanken formuliert auch Drexl, der mit Blick auf die Ökonomik als normative Effizienz „[e]ntsprechend dem Gedanken der Subsidiarität, der aus dem Gedankengut der Sozialen Marktwirtschaft zu übernehmen ist, [...] keine rechtlichen Sonderregeln zugunsten des Verbrauchers“ schaffen will, „soweit der Verbraucher selbst in der Lage ist, seine Interessen zu verfolgen“. Dann „genügt [...] die Ausgangsposition des BGB“.¹¹³¹

Sofern bereits identischer Integritätsschutz über das Jedermannsrecht gewährleistet ist, ließe sich vertreten, dass auch die ordnungspolitische Funktion der Ökonomik gebietet, von einer Haftung aufgrund Nebenpflichtverletzung abzusehen und es bei der Ausgangsposition des BGB zu belassen.

So ist schließlich auch der Vermögensschutz über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erst dann legitim, wenn keine konkrete deliktische Norm verletzt ist.¹¹³²

bb) Instrumentalisierung herkömmlicher Ansätze für den dogmatischen Beleg einer Subsidiarität von § 241 II BGB

Bei präziser Betrachtung bieten auch verbreitete Ansätze aus der monographischen Literatur zu § 241 II BGB den Spielraum, um gewisse, bisher mehrheitlich mit Nebenpflichten erfasste Sachverhalte unter Rückgriff auf einen Subsidiaritätsgedanken allein dem Jedermannsrecht zuzuordnen.

Beispiel 35 Ein Kunde betritt einen Supermarkt, um dort einzukaufen. Dabei rutscht er auf einem Quarkrest vor der Kühltheke aus und bricht sich das Bein („Quarkrestfall“). Die letzte Bodenkontrolle durch einen Mitarbeiter hatte vor mehr als 5 Stunden vor dem Unfall stattgefunden. Zwischen beiden Parteien besteht ein Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 2 BGB. Nun gilt es zu überprüfen, ob zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Schuldverhältnis

¹¹³¹ Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 209f.

¹¹³² von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 90 („Generalklausel erst dann anzuwenden [...], wenn der spezielle Rechtsgüterschutz versagt“)

ein qualifizierter Zusammenhang besteht.¹¹³³ Das Verhältnis zwischen dem Beinbruch und dem auf Anbahnung eines Kaufvertrags über die auszusuchenden Waren gerichteten Schuldverhältnis lässt sich nur dann als „qualifiziert“ darstellen, wenn man davon ausgeht, dass das Risiko einer körperlichen Beeinträchtigung im Supermarkt schuldverhältnisspezifisch ist.¹¹³⁴ Zwar ist das Risiko einer Beeinträchtigung durch die zum Teil gefahrenträchtige Struktur eines Supermarktes spezifisch für die Vertragsanbahnung dort. Zudem geschah dieser konkrete Unfall vor der Warenauslage, die die potentiellen Käufer mit ihrer vom Verkäufer intendierten Werbewirkung anlachen sollte. Gleichzeitig ist aber auch im Wald das Risiko einer Beeinträchtigung durch herabfallende Äste etc. gegenüber dem Alltag erhöht, ohne dass dies zu einem Schuldverhältnis zwischen Waldbesitzer und Fußgänger führen würde, welches mit entsprechenden Nebenpflichten ausgestattet wäre.¹¹³⁵ Das besondere Risiko einer Situation für absolut geschützte Rechtsgüter sowie die damit korrespondierende Möglichkeit eines Anderen, das Risiko zu kontrollieren, ist deshalb primär die Determinante einer deliktischen Verkehrssicherungspflicht. Erst durch methodische Reflexion ist sie ins Schuldverhältnisrecht „gerutscht“.¹¹³⁶ Das abstrakte Risiko einer körperlichen Beeinträchtigung durch fahrlässig unterlassene Kontrollmaßnahmen gefahrenträchtiger Gegenstände wird schon über § 823 I BGB dem Verkehrssicherungspflichten zugewiesen. Ein besonderes Verhältnis zwischen dem Beinbruch durch Ausrutschen und dem vorvertraglichen Schuldverhältnis, das über das Jedermannsrecht hinausgeht,

1133 Einen solchen fordert beispielsweise *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 337f. Fehle dieses Bindeglied, so komme lediglich die Verletzung einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht aus § 823 I BGB in Betracht.

1134 Exemplarisch OLG Frankfurt, Urt. v. 28.12.2012 – 16 U 118/12, Rn. 17 (vorvertragliche Nebenpflicht des Geschäftsbetreibers dahingehend, „dass ein gefahrloses Gehen und Entnehmen der Waren für einen aufmerksamen Kunden möglich ist“); Grams, NZM 2011, 460, 462f.

1135 Vgl. BGH, Urt. v. 2.10.2012 – VI ZR 311/11, Rn. 13 („Der Waldbesucher setzt sich mit dem Betreten des Waldes bewusst den waldtypischen Gefahren aus.“), 20, 27 (BGHZ 195, 30, 35, 38f., 41f.)

1136 Vgl. *Faust*, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 161 („ins Vertragsrecht „hineingezogen““); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 57 („gespiegelt“).

*ist damit nicht zu erkennen. Ein qualifizierter Zusammenhang zwischen Schaden und Schuldverhältnis lässt sich also mit vertretbaren Argumenten durchaus verneinen.*¹¹³⁷

Überraschend ist dies insofern, als damit ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht im hier beschriebenen Fall (auf Konkurrenzebene) abzulehnen wäre.¹¹³⁸ In Umkehr der ursprünglich schöpferischen Zielsetzung der Nebenpflichten lässt sich mittlerweile folgendes postulieren: Überall dort, wo das Jedermannsrecht (tatbestandlich und in der Rechtsfolge) greift, fällt es schwer, eine besondere Beziehung zwischen Schaden und Schuldverhältnis zu begründen.¹¹³⁹ Jeder Ansatz, dies trotzdem zu tun¹¹⁴⁰, muss sich eine gewisse Beliebigkeit vorwerfen lassen.¹¹⁴¹

*Stellvertretend für viele Ansätze in der Literatur lehnt Oechsler es ab, die dogmatische Grundlage der Nebenpflichten – insbesondere innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse – allein auf die Kompensation deliktsrechtlicher Mängel zu reduzieren.*¹¹⁴² *Eine rein außervertragliche Sichtweise führe zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Unklarheiten. Noch gravierender würde dadurch ein Teil der Pflichten eines Vertrags dem Einfluss der Parteien komplett entzogen. Mangels Möglichkeit, die Pflichten zu modifizieren oder auszuschließen, drohe die „Typenfreiheit“ des Vertrages durch eine „Erstarrung“ des Pflichtenkanons ausgehöhlt zu werden.*¹¹⁴³ *Dagegen lässt sich einwenden, dass Nebenpflichten schon*

1137 Vgl. bereits Titze, JW 1931, 512, 513, der „Sorgfaltspflichten, die man nicht, bzw. nicht nur, einem bestimmten Vertragsgegner, sondern jedermann gegenüber zu beobachten hat [...] [nur als] „Fälle von „Verkehrshaftung“ [...] [sieht], aber nicht [...] [als] Fälle von Haftung aus einem werdenden Vertrag“; ähnlich Nirk, RabelsZ 18 (1953), 310, 350ff.; Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778.

1138 Dies geschähe konträr zur ganz herrschenden Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Literatur. Gleichzeitig wäre es nur das praktische Produkt der Anwendung einer Theorie aus ebendieser Literatur.

1139 Ähnlich Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 490f.; Schur, Leistung, 2001, S. 225.

1140

1141 Entwaffnend nüchtern bereits Nirk, RabelsZ 18 (1953), 310, 352 („Unter Berufung auf das Verkehrsinteresse und das Erfordernis der Billigkeit wird durch Fiktionen versucht, den Anwendungsbereich des zwischen Vertrag und Delikt liegenden Gebiets [...] zu erweitern.“).

1142 Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 252f. (Fn. 468), 254 (Fn. 477).

1143 Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 253.

von ihrer Definition her nicht von den Parteien modifiziert oder gar begründet werden können: Schließlich sind Nebenpflichten das begriffliche Negativ der Leistungspflicht.¹¹⁴⁴ Sie werden durch inhaltliche Beeinflussung durch den Parteiwillen automatisch zur Leistungspflicht. Auch der Ausschluss von Nebenpflichten ist praktisch schwer durchführbar.¹¹⁴⁵ Oechsler gesteht zwar ein, dass Nebenpflichten außervertraglicher Natur sein müssten, wenn sie sich allein aus der Kompensation von § 831 BGB rechtfertigen würden: Die Schuldverhältnis-spezifische Natur der Nebenpflichten gründet sich seiner Meinung nach aber auch noch auf anderen, „vertraglichen“ Unterschieden zum Deliktsrecht wie der Verjährung, der Beweislast – damals im Schuldverhältnisrecht noch über § 282 BGB a.F. geregelt – sowie von vertraglichen Haftungsprivilegierungen.¹¹⁴⁶ Wie oben gezeigt bestehen im Recht der Verjährung zwischen Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht aber keine Unterschiede mehr.¹¹⁴⁷ Auch die Verteilung der Beweislast wird im Bereich der sich tatbestandlich überschneidenden Pflichten aus Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht faktisch ähnlich gehandhabt.¹¹⁴⁸ Auch lassen sich schuldverhältnisbedingte Haftungsprivilegierungen wie beispielsweise § 521 BGB oder eine rechtsgeschäftliche Beschränkung auch dann auf deliktische Ansprüche anwenden, wenn kein eigener „vertraglicher“ Anspruch besteht: Der zentrale Grund dafür, eine vertragliche Haftungsmilderung auch auf deliktische Ansprüche anzuwenden, ist schließlich, dass sie ansonsten faktisch leerlaufen würde.¹¹⁴⁹ Dieser Grund entfällt nicht, wenn ein „vertraglicher“ Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB nur deshalb verdrängt, weil das Haftungsinteresse bereits vollumfänglich durch das Jedermannsrecht abgedeckt ist. Auch hier besteht ein Interesse daran, die Haftungsmilderung auf alle

1144 Zutreffend Katzenstein, Jura 2004, 584, 585.

1145 Näher s.o., S. 204ff.

1146 Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 172f. (Fn. 32).

1147 S.o., S. 163.

1148 S.o., S. 80f.

1149 Vgl. MüKo-BGB/Koch, 7. Aufl. 2016, § 521 Rn. 6.

von ihrem Zweck umfassten Ansprüche anzuwenden.¹¹⁵⁰ Widerlegt man die Argumente Oechslers, so kommt man wieder zurück zu seiner Ausgangshypothese: Wenn sich Nebenpflichten nämlich nur auf einen korrigierenden Ausgleich des Deliktsrechts stützen können, fehlt es ihnen am schuldverhältnisbedingten Haftungsgrund und eine dogmatisch widerspruchsfreie Integration ebendieser Nebenpflichten in das Schuldverhältnisrecht ist zum Scheitern verurteilt.¹¹⁵¹

Schließlich zeigt das Jedermannsrecht ja dann gerade, dass sich hier ein alltägliches Risiko realisiert hat, vor dem jeder – und nicht nur eine Schuldverhältnispartei – es verdient, geschützt zu werden.¹¹⁵² Zudem stützt sich die herrschende Lehre in ihrer Begründung der Nebenpflichten mehrheitlich auf einen Vertrauensstatbestand,¹¹⁵³ der sich als Systemvertrauen¹¹⁵⁴ deuten lässt.¹¹⁵⁵ Sofern das

1150 Der BGH wendet § 521 BGB aber ohnehin nur auf solche Nebenpflichten an, die „im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand“ stehen, BGH, Urt. v. 20.11.1984 – IVa ZR 104/83 (Kartoffelpülp), Rn. 17 (BGHZ 93, 23, 27ff.). Vertragliche Haftungsmilderungen dürfen in keinem Fall auf deliktische Ansprüche angewendet werden, wenn sie nicht auch auf den – sein Bestehen mangels teleologischer Subsidiarität vorausgesetzt – schuldverhältnisbezogenen Anspruch aus § 280 I BGB angewendet worden wären.

1151 Vgl. auch Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 157): „Weder der Vertrag selbst noch andere „Pflichtverstärkungsfaktoren“, insbesondere nicht der Rekurs auf die Verletzung sog. Schutzpflichten [...], rechtfertigen einem ihrem Rechtgrund nach eigenständige Haftung innerhalb von Vertragsbeziehungen [...]“; Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 265 („[es] fehlt [...] an einem von der Rechtsidee oder der Natur der Sache getragenen „allgemeinen Rechtsprinzip“, das die Haftung nach Vertragsgrundsätzen hier rechtfertigen könnte“); Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 193 („Vertrag regelmäßig nicht dem Schutz der unabhängig von der Leistung bestehenden Güter des Gläubigers zu dienen bestimmt“)

1152 Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 94 lehnt es ab, Nebenpflichten auf den Parteiwillen zurückzuführen, weil sich viele der hiermit verbundenen Gebote bereits aus dem Jedermannsrecht ableiten lassen: Verbietet bereits das Jedermannsrecht ein bestimmtes Verhalten, so hält er es zu Recht für „methodisch fragwürdig“, von einem „ergänzungsbedürftigen Vertrag“ auszugehen. Er zieht hieraus zwar nicht den Schluss, solche Nebenpflichten gänzlich abzulehnen, sondern leitet sie aus einem anderen Haftungsgrund als dem Parteiwillen ab: Er will Nebenpflichten auch bei identischen Geboten aus den §§ 823ff. BGB auf die faktische Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger stützen, vgl. Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 95f. Sein Ansatz zeigt aber die berechtigten Bedenken auf, Verhaltensgebote in das Schuldverhältnis zu zwingen, die in identischer Qualität im Jedermannsrecht bestehen.

1153 S.o., S. 129 (Fn. 521).

1154 Begriff von Luhmann, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 23, 50ff.

1155 Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie, 2001, S. 421f., 424. Nach Luhmann, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 55 ersetzt hierbei „generalisiertes[s] Vertrauen in die Institution [...] einzelne[...] [...] Vertrauenserweise [...] durch einen Globalakt“. Das Beispiel für „Systemvertrauen

System aber über das Jedermannsrecht als Teil des Rechtssystems bereits Schutz bietet, ist auch das Systemvertrauen bereits ohne die Herleitung eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB geschützt. Die Begründung einer Nebenpflicht über das Systemvertrauen geht dann fehl. Es bedarf dann auch keiner gemeinhin als sachfremd empfundenen Ergänzung des grundsätzlich auf Leistungspflichten ausgerichteten Schuldverhältnisrechts.

Eine Subsidiarität des § 241 II BGB gegenüber dem Jedermannsrecht lässt sich damit durchaus auch unter Rückgriff auf die Begründungsansätze der herrschenden Lehre herleiten.

cc) Teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB im Kontext der „immerwährenden“ Auseinandersetzung über die Dogmatik der Nebenpflichten

Von einer Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB abzusehen, soweit sie ohnehin nicht für die Kompensation unerwünschter (deliktsrechtlicher) Lücken notwendig ist, würde zwischen den bis heute – bisweilen auch nur bei genauer Lektüre als solche erkennbaren – existierenden Kritikern der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten insgesamt und der herrschenden Lehre einen wünschenswerten Kompromiss schlagen. Für Erstere würde diese Lösung zumindest einer unnötig hypertrophen¹¹⁵⁶ Entwicklung des Schuldverhältnisrechts entgegenwirken, die

en“ bezog sich im dortigen Kontext auf Geld als Institution der Zahlungsmittel, näher Luhmann, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 52ff.

1156 Krit. zur durch Nebenpflichten beförderten „*Hypertrophie des Vertragsrechts*“ Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778; ähnlich Köndgen, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 234 („*inzwischen hypertrophierende lückenfüllende Richterrecht*“ der culpa in contrahendo); Lobinger, Verpflichtung, 1999, S. 40; Mayr, Schutzpflichten, 2005, S. 87f.; Schwenger, Obligationenrecht, 1999, S. 59, 64 („*Hypertrophie vertragsrechtlicher Konstruktionen*“); für eine rein deliktsrechtliche Handhabung der Produkthaftung mit ähnlichen Erwägungen MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 777 a.E. („*Nicht zuletzt werden dadurch dem Vertragsrecht eine Fülle von Fiktionen und Hypertrophien erspart.*“).

Sachverhaltskonstellationen absorbiert, für die das allgemeine Schuldrecht eigentlich nicht vorgesehen ist.¹¹⁵⁷ Aber auch die ganz überwiegende Ansicht,

1157 von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1721 („genuines Deliktsrecht“); Brüggemeier, AG 1982, 268, 275 (Einordnung „unter die deliktische Haftung“); von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 56 („Deliktstatbestände in den Bereich der Vertragshaftung hineingezogen“); Dauner-Lieb, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 312 (Nebenpflichten „stehen dem Deliktsrecht nahe“); HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 77 („Regelung „funktionalen Deliktsrechts““); Faust, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, 162 („genuin deliktsrechtliche Fälle“); Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 252 („pseudodeliktische Aufgaben“ der Nebenpflichten); Hopt, AcP 183 (1983), 608, 661f. („Rechtspolitisch gesehen spricht vieles für die deliktische Rechtsnatur derartiger Schutzpflichten, geht es doch allgemein um den Schutz fremder Rechtsgüter vor Schädigung.“); U. Huber, AcP 177 (1977), 281, 319 („Bei Licht betrachtet kann keine Rede davon sein, daß auf Grund des Vertrags [...] eine Pflicht des Verkäufers entsteht, den Käufer nicht an Leib und Gut zu gefährden.“); U. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 866f. (Nebenpflichten „in einem zeitgemäß fortentwickelten Deliktsrecht besser aufgehoben [...] als im Recht der Vertragsverletzungen“); U. Huber, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737; Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 157: Eine „ihrem Rechtsgrund nach eigenständige Haftung innerhalb von Vertragsbeziehungen“ wird durch keinen von der h.M. vorgebrachten Ansatz gerechtfertigt); Köndgen, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, 234, 237 („Sonderdeliktsrecht“); Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 780 („Ausdehnung der vertragsartigen Haftung auf typisch deliktische Sachverhalte [...] grundsätzlich [...] verfehlt“); Michael Lehmann, Bürgerliches Recht, 1983, S. 98 („Flucht aus dem Deliktsrecht in das Vertragsrecht, um ökonomisch sinnvolle und recht billige Lösungen zu konstruieren“); Lieb, FS Medicus, 1999, S. 337, 350 („fast überbordende, kaum noch kontrollierte Rechtsfortbildungsfreudigkeit“); Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 33f. („Nichterfüllung an sich deliktischer Verkehrspflichten zur Vertragsverletzung hochstilisiert“); Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 327 („Schleichweg über die positive Vertragsverletzung oder eine gesetzliche Schutzpflicht“); Medicus, Schuldverhältnis, 1987, S. 19; Mertens, VersR 1980, 397, 408 („Deliktsrecht nach vertraglichen Grundsätzen“); Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 178 (Tendenz der Nebenpflichten „das Schuldrecht überzustrapazieren“); Picker, JZ 1987, 1041, 1042; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 582; Schlechtriem, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1616 (Nebenpflichten haben „Ausuferung der vertraglichen Haftung und die Erfindung immer gewagterer Konstruktionen zur Annahme vertraglicher Beziehungen“ befördert); K. Schmidt, Karlsruher Forum 1993, S. 4, 8 („rechtsdogmatisch nicht ohne Delikatesse“); Hans Stoll, AcP 176 (1976), 145, 150f. (Fn. 21: „Die Leugnung des wahren Charakters solcher Pflichten mit Rücksicht auf ihre konstruktive Einbettung in irgendwelche „Sonderverbindungen“ ist kein Ruhmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik.“); Hans Stoll, RabelsZ 58 (1994), 96, 99; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 192 („Integritätsinteresse nicht als genuin vertragliches Interesse anzuerkennen“); MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 80 („deliktsrechtliches Territorium usurpiert“); Westermann/Karakatsanes, Schuldrechtsreform, 1986, S. 19 („Pflichterfindungsrecht der Gerichte“); A. Wolf, AcP 182 (1982), 80, 92 („Teil der Deliktshaftung ins Vertragsrecht übertragen“). Auch Zimmermann, Obligations, 1996, S. 11f., 245 („[culpa in contrahendo] (ab)used for a somewhat uncouth intrusion into the realm of delict“) sieht die (vorvertraglichen) Nebenpflichten zum Teil für einen zweifelhaften Übergriff in das Deliktsrecht missbraucht. In der Sache geht es der culpa in contrahendo damit einen „originären“ und einen „missbräuchlichen“ Bereich zu. Das ähnelt dem hier vertretenen Ansatz, der eine „überflüssige“ Anwendung der Nebenpflichten dann verhindern will, wenn das Jedermannrecht genü-

welche den Nebenpflichten im Schuldverhältnisrecht zentrale Bedeutung zumisst, findet Berücksichtigung. Schließlich ging es ja bei der Kreierung und dem Ausbau der Nebenpflichten um die Schließung von Haftungslücken.¹¹⁵⁸ Soweit aber keine Haftungslücke (mehr) besteht, sollten sich Vertreter der herrschenden Lehre auch eigentlich nicht daran stören, dass die zusätzliche Anspruchsgrundlage der §§ 280 I, 241 II BGB wegfällt.¹¹⁵⁹ So werden mittlerweile zu Recht einige Stimmen laut, welche bei Nebenpflichten auf die mittlerweile stark geschrumpften Unterschiede zum Deliktsrecht kritisch hinweisen.¹¹⁶⁰

gend Schutz bietet. Vgl. zur frühen Kritik am Wachstum der Nebenpflichten bereits eindringlich *Nirk*, *RabelsZ* 18 (1953), 310, 352 („Entwicklung ist dogmatisch falsch und muss aufgehoben werden“).

- 1158 HKK/*Dorn*, 2007, § 241 Rn. 77; *Gerecke*, *Rechtsgüterschutz*, 2007, S. 220 („Rückständigkeit“ des Deliktsrecht als „Daseinsberechtigung“ für Nebenpflichten); *Michael Lehmann*, *Vertragsanbahnung*, 1981, S. 329 („Lückenfüllung des BGB durch [...] culpa in contrahendo und [...] p.F.V.“) vgl. auch *U. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, 871 (Ermöglichung der „spezifischen Vorteile der Vertragshaftung“); *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. 395 (Fn. 545); provokant *Kupisch*, *JuS* 1984, 250, 256 („hinterhältig anmutende Prozedur“).
- 1159 Vgl. *Köndgen*, *Schuldrechtsreform*, 2001, S. 231, 237 (Bei einer Reform des § 831 BGB wären die „Krypto-Deliktsfälle“ nicht mehr „mitzuschleppen“); *Ballerstedt*, *AcP* 151 (1950/1951), 501, 512 (Fn. 30: „Ginge es allein um [...] Fälle, die [...] nach Deliktsrecht angemessen entschieden werden könnten, so würde ich [...] [die] Bedenken [gegen die Integration des Integritätsschutzes in das Schuldverhältnisrecht] teilen.“); *Medicus*, *Schuldverhältnis*, 1987, S. 19 („Vor einer Refrom [...] kann daher das Deliktsrecht die Schutzpflichten nicht aufnehmen.“); *Medicus/Petersen*, *BR*, 26. Aufl. 2017, Rn. 199 („Nachdem [Verkehrspflichten] [...] zu dem jetzt erreichten Zustand ausgebaut worden sind, bedarf es bei solchen Verletzungen der c.i.c. nur noch sehr beschränkt: [...] [Sie] sollte sich [...] hauptsächlich auf andere Anwendungsfälle zurückziehen [...], nämlich auf [...] Vermögensverletzungen.“); HKK/*Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 157 (Rechtsprechung bei dem Ausbau der Haftung aus Nebenpflichtverletzung mit Blick auf rechtspraktisch fortentwickeltes Deliktsrecht „zuweilen weitergegangen als nötig“); *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 2007, S. 193 („Wenn [...] etwa das deutsche Deliktsrecht [...] tatsächlich [...] hinter dem gebotenen Schutzniveau zurückbliebe, so ist es naheliegend und auch geboten, sich der sonstigen Möglichkeiten des positiven Rechts zu bedienen, um das Schutzniveau auf anderem Wege herzustellen.“). *Dauner-Lieb*, *Schuldrechtsreform*, 2001, S. 305, 318 würde es mit Blick auf die Entwicklung der Verkehrssicherungspflichten offensichtlich für akzeptabel halten, für den „*Linoleumrollen-Fall*“ heutzutage „ohne weiteres auch über das Deliktsrecht eine angemessene Lösung [zu] finden“.
- 1160 von *Bar*, *JuS* 1982, 637, 643ff.; *Binder*, *AcP* 211 (2011), 587, 597f. („Tragfähigkeit dieser Begründung [...] angesichts des heutigen Standes der deliktsrechtlichen Dogmatik [...] keineswegs zweifelsfrei“); *Dauner-Lieb*, *Schuldrechtsreform*, 2001, S. 305, 318 („legislative Handlungsbedarf wegen der intensiven richterrechtlichen Weiterentwicklung der Verkehrssicherungspflichten ohnehin deutlich abgenommen“); *Gerecke*, *Rechtsgüterschutz*, 2007, S. 209; *Kreuzer*, *Anm. zu BGH*, *Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74*, *JZ* 1976, 778, 780; vgl. auch *Lieb*, *FS Medicus*, 1999, S. 337, 343f., der auf die „methodisch kaum ausreichend kontrollier-

Schließlich sollte zumindest dann das rechtspraktische Ergebnis entscheidend sein, wenn eine Einigung über die dogmatische Grundlage einer zumindest terminologisch abgrenzbaren Pflichtenkategorie nicht zu erreichen ist.¹¹⁶¹ Dass sich auch die herrschende Meinung mittlerweile mit der Systematisierung und Dogmatisierung der Nebenpflichten schwer tut, sollte zeigen, dass dies ein Rechtsbereich ist, der Entschlackung und nicht Anreicherung benötigt.¹¹⁶² Genau diese Entschlackung lässt sich über den Ergebnisvergleich mit dem Deliktsrecht bewirken. Schließlich sind die Unterschiede beider Haftungsbereiche mittlerweile erheblich geschrumpft. Auf der anderen Seite trifft diese Begrenzung keine Aussage über die Bereiche, in denen schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten weiterhin zentral für die Befriedigung des Haftungsinteresses des Gläubigers

te[...] Weiterentwicklung“ der Nebenpflichten hinweist. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 222 ist einer der wenigen Autoren aus der Zeit nach der Schuldrechtsreform, die mögliche Konsequenzen aus der Annäherung von Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht und der daraus resultierenden Pflichtdopplung zumindest explizit erwägen: Auch er gibt zu, dass die fehlenden Unterschiede zwischen Schuldverhältnis- und Deliktsrecht in gewissen Bereichen „dazu verleiten [würden], eines der Institute für überflüssig zu erklären. Indes, der Gesetzgeber [...] tut es nicht“. Er hält eine Abkehr von der Nebenpflicht auch in tatbestandlich mit dem Deliktsrecht identischen Bereichen persönlich „nicht [für] ratsam“, solange „funktionelle[...] Unterschiede“ zum Deliktsrecht bestehen, Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 222. Auch wenn Gerecke im Ergebnis eine andere Ansicht als die hier vorgeschlagene These vertritt, so spricht er die hier angedachte Konsequenz zumindest aus. Seine Argumente gegen die hier vertretene Ansicht lassen sich dabei umkehren: Eine Nebenpflicht soll schließlich nur abgelehnt werden, wenn eben gerade keine „funktionellen Unterschiede“ mehr bestehen. Wie oben gezeigt, lassen sich aufgrund der „Flexibilisierung“ des Deliktsrechts immer weniger funktionelle Unterschiede ausmachen, s.o., S. 118ff. Eine Nebenpflicht – auch von Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 222 ein als „Rückgriff auf das Vertragsrecht“ eingestandener Kunstgriff (deutlich aggressiver Kreuzer, Anm. zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, 778, 778 [„böse Tat“ lag in der generellen Erstreckung der Vertragshaftung auf die bereits deliktisch nach § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter“]) – ist dann eben nicht mehr nötig. Auch die gesetzgeberische Intention ist weitaus unklarer als von ihm dargestellt, s.o., S. 276f.

1161 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 220 weist zurecht darauf hin, dass die „Schutzpflicht [...] *Notlösung der Verkehrspflicht*“ ist. Ohne Schutzlücke – also mangels „*Not*“ – sollte von den Nebenpflichten daher konsequenterweise auch kein Gebrauch gemacht werden.

1162 Vgl. Nirk, RabelsZ 18 (1953), 310, 352, der bereits 1953 befürchtete, „daß durch die Hereinnahme [...], phänomenologisch dem V.b.V. [Verschulden bei Vertragsschluss] abartiger Tatbestände die Grenzen des sorgsam entwickelten Rechtsinstituts der c.i.c. aus reinen Zweckmäßigkeitgründen niedergerissen werden“ sowie Schapp, JZ 2001, 583, 584, der knapp 50 Jahre später durch die faktische Gleichstellung von Leistungs- und Nebenpflichten innerhalb von § 241 BGB eine „Überbetonung der Sorgfaltspflichten“ beklagte und infolgedessen eine klare „Tendenz zur Haftungsausdehnung“ vorhersah.

sind.¹¹⁶³ Die Bereiche der Nebenpflichten, die nichts mit Eigentums- oder Gesundheitsverletzungen zu tun haben, finden schließlich regelmäßig keine Entsprechung im Deliktsrecht. Der häufig im Vergleich zum Jedermannsrecht (zu) pauschal als stärker eingeschätzter Schutz des Schuldverhältnisrechts kommt hier deshalb tatsächlich partiell zum Tragen.¹¹⁶⁴ Gewährt eine Nebenpflicht einem Geschädigten also einen haftungsrechtlichen Vorteil gegenüber dem Jedermannsrecht, so bleibt die Subsumtion von der teleologisch ermittelten Lückenfüllungsfunktion des § 241 II BGB unbeeinträchtigt. Die Aufgabe, planwidrige Haftungslücken zu schließen, soll innerhalb eines Schuldverhältnisses schließlich trotzdem den Nebenpflichten – und nicht etwa dem Deliktsrecht – zugewiesen werden. Eine völlige Auslagerung der Nebenpflichten in das Deliktsrecht wird eben gerade nicht befürwortet.¹¹⁶⁵ Diese wird nämlich stets befürchtet, wenn es um die Begrenzung von Nebenpflichten geht.¹¹⁶⁶ In den USA ist es das Deliktsrecht, welches das Vertragsrecht in gewissen Fragen zu verdrängen droht.¹¹⁶⁷ In Deutschland ist die Lage genau umgekehrt: Dort hat sich das Schuldverhältnisrecht mit den Nebenpflichten auch nach Ansicht von deren Befürwortern einer im Kern deliktsrechtlichen Materie angenommen.¹¹⁶⁸ Ein

1163 Hingegen – dogmatisch provokant, aber weitab der „befahrenen Straßen“ – für eine völlige „Alternativität von Leistungs- und Verletzungsschutz“ plädierend Bälz, FS Picker, 2010, S. 39, 74ff.

1164 Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 220f.

1165 Vgl. aber jüngst Bälz, FS Picker, 2010, S. 39, 51ff., 82 sowie zur Integration vermögensschützender Verkehrspflichten in das Deliktsrecht von Bar, JuS 1982, 637, 644f.; dagegen wiederum im Kontext der Drittwirkung eines Schuldverhältnisses Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, S. 463 („Es ist nicht richtig, [...] die weiteren Verhaltenspflichten aus dem vertraglichen Schuldverhältnis zu eliminieren.“).

1166 Vgl. M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 561ff.; Zimmermann, Obligations, 1996, S. 903f. zu den (unbegründeten) Befürchtungen um eine „Death of Contract-Doktrin“ durch die Einstufung von „Vertragsverletzung als Delikt“; zur historischen und rechtsvergleichenden Beliebigkeit der Klassifikation eines schädigenden Verhaltens als Vertrags- oder Deliktshaftung Kegel, Vertrag, 2002, S. 129ff.

1167 Vgl. Gilmore, Contract, 1974, S. 87ff. („...contract“ is being reabsorbed into the mainstream of „tort“), 103 („Contract is dead – but who knows what unlikely resurrection the Easter-tide may bring?“); HKK/Michaels, 2007, vor § 241 (Systemfragen) Rn. 48.

1168 MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, Einl. § 241 Rn. 38; Katzenstein, Jura 2004, 584, 586; HKK/Michaels, 2007, vor § 241 (Systemfragen) Rn. 49 („Präferenz des Vertragsrechts [...] in Deutschland wohl hauptsächlich auf Schwächen des Deliktsrechts zurückzuführen“). M.-P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 567f. sieht zwar grundsätzliche Unterschiede zwischen „von der Willensfreiheit getragene[r]“ Haftung und dem Jedermannsrecht. Nebenpflichten lassen sich aber nicht auf die Willensfreiheit zurückführen, s.o., S. 196ff. Damit stellt dies auch kein

death of contract – lose umschrieben als Untergang des Schuldverhältnisrechts – ist in Deutschland nicht im Entferntesten zu befürchten.¹¹⁶⁹ Auch sperrt dies nicht etwa einen schuldverhältnisbedingten Begründungsansatz für Nebenpflichten. So soll im Rahmen der Subsumtion von § 241 II BGB keineswegs nur mit deliktsrechtlichen Haftungserwägungen gearbeitet werden. Die weiter unten ausführlich dargestellte funktionale Betrachtung des § 241 II BGB soll schließlich keine rein opportunistische Begründung von Nebenpflichten ermöglichen. Sie soll nur den Fokus auf die Haftungsunterschiede zwischen Schuldverhältnisrecht und Jedermannsrecht legen. Dieser Fokus ginge aber verloren, wenn die §§ 280 I, 241 II BGB auch einen Anspruch in Situationen gewähren würden, in denen gar kein Unterschied zum Jedermannsrecht besteht.

dd) Bedeutung des § 241 II BGB

Der Erlass des § 241 II BGB wird zum Teil als „*Plädoyer*“, ja gar als „*Aufwertung*“ der Nebenpflichten im Schuldverhältnisrecht gesehen, welche eine „*Auslagerung der Schutzpflichten [...] allenfalls noch de lege ferenda diskutabel*“ mache.¹¹⁷⁰ Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich Sentenzen wie diese vor allem gegen die Gegner der Nebenpflichten im Schuldverhältnisrecht aus alter Schule richten. Diesen ging es schließlich darum, sämtliche Nebenpflichten auszulagern, um ein uneingeschränktes Primat des Jedermannsrechts für den

Argument dar, Nebenpflichten mit Rücksicht auf den Bestandsschutz des Vertragsrechts besonders zurückhaltend zu begrenzen.

1169 Treffend zur aktuellen Situation im deutschen Recht *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 236 („*Inflation of Contract Law – the Price of a Rigid Tort Law*“); MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 80 („*fortschreitende Expansion des Vertragsrechts*“); vgl. auch *Zimmermann*, Obligations, 1996, S. 903f.; in den Zeiten des Nationalsozialismus und der DDR erschien dies eine berechtigte Sorge, näher *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 101; *HKK/Michaels*, 2007, vor § 241 (Systemfragen) Rn. 48.

1170 *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 209f.; ähnlich *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 127; genau wegen dieses denkbaren Schlusses krit. *U. Huber*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737 („*durchaus verfehlt, [...] die Hilfskonstruktionen [...] im allgemeinen Schuldrecht gesetzlich zu fixieren*“). Ähnlich sieht dies *M. Weller*, Leistungen, 2012, S. 423f. (Fn. 640), der zwar selbst keine grundlegende „*Unterscheidung zwischen Jedermannspflichten des Deliktsrechts und den besonderen Schutzpflichten aus bestehender Sonderverbindung*“ treffen möchte (ähnlich auch *Katzenstein*, Jura 2004, 584, 586 [Anspruch aus § 280 I, 241 II BGB als „*im Prinzip*“ mit dem Jedermannsrecht „*homogene*“ Haftung]), sich aber ob der Situation *de lege lata* dazu gezwungen sieht.

Integritätsschutz zu begründen. Dies würde unweigerlich zu einer Schwächung des Rechtsgüterschutzes des Gläubigers führen. Schließlich ist das Jedermannsrecht – isoliert betrachtet – in keinem Fall so durchschlagskräftig wie das Schuldverhältnisrecht, fehlt doch zu einer ganzen Reihe von Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen (bislang) jedwedes Pendant im Deliktsrecht.¹¹⁷¹ Die hier vorgeschlagene Vorgehensweise erkennt die Notwendigkeit des Integritätsschutzes auch durch das Schuldverhältnisrecht indes uneingeschränkt an. Sie hält Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht im Bereich des Integritätsschutzes lediglich für sich gegenseitig ausschließende Haftungsinstitute.¹¹⁷² Die Position des Gläubigers wird damit nicht geschwächt, ihm wird gegebenenfalls nur eine Anspruchsgrundlage – nämlich die aus §§ 280 I, 241 II BGB – entzogen. Dies kann aber zumindest dann keinen rechtserheblichen Nachteil darstellen, wenn die rechtspraktische Gleichwertigkeit des Anspruches aus Jedermannsrecht vorher überprüft wurde.

ee) Bedeutung des § 311 II BGB

Die teleologische Auslegung würde nach hier verstandener Weise dazu führen, dass insbesondere in den sog. Kaufhausfällen mangels Schutzlücken im Deliktsrecht eine Haftung nach §§ 280 I, 241 II BGB häufig ausscheiden wird. In all diesen Fällen würde die Nebenpflicht auf ein vorvertragliches Schuldverhältnis aus § 311 II BGB aufbauen, welches mangels Leistungspflichten nur Nebenpflichten zum Gegenstand haben kann. Es stellt sich also die Frage, ob sich aus dem Erlass des § 311 II BGB im Jahr 2002 ein Argument gegen das hier vorgeschlagene Verständnis von § 241 II BGB ziehen lässt. Das ist zu verneinen: So ist es richtig, dass § 311 II BGB in den Kaufhausfällen häufig leerlaufen wird. Der praktische Anwendungsbereich des § 311 II BGB wird damit verringert, die Entstehung eines Schuldverhältnisses bei geschäftlichem Kontakt wird damit aber nicht entwertet. Im vorvertraglichen Bereich gibt es schließlich immer noch ein großes Bedürfnis nach dem Schutz von vermögenswerten Interes-

1171 Vgl. Gerecke, Rechtsgüterschutz, 2007, S. 210.

1172 So auch – mit umgekehrtem Vorrang der Vertragshaftung – Bälz, FS Picker, 2010, S. 39, 74; für eine Verdrängung des Jedermannsrechts bereits Sympathie bei Hans Stoll, *RabelsZ* 58 (1994), 96, 100 („Damit entfallen in der Tat manche Schwierigkeiten.“).

sen, der über das Deliktsrecht nicht gewährleistet werden kann. In all diesen Fällen kommt weiterhin eine Haftung wegen Verletzung einer Nebenpflicht in Betracht. Zudem kann eine Verkehrssicherungspflicht als Nebenpflicht in Betracht kommen, wenn es spezifisch um den Vorteil der Verantwortlichkeit für Dritte geht. Scheidet ein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner aus den §§ 823 I, 831 BGB einmal abweichend vom Beweis- oder Drittverantwortlichkeitsstandard der §§ 280 I 2, 278 BGB aus, so bleibt die Haftung aus §§ 311 II, 280 I, 241 II BGB bestehen. § 311 II BGB wird damit also keinesfalls entkernt, lediglich der Anwendungsbereich der über die §§ 311 II, 280 I, 241 II BGB möglichen Haftung wird verkleinert.

ff) Vergleich zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

In der Sache wird mit der These der teleologischen Subsidiarität von Nebenpflichten die Voraussetzung der Schutzbedürftigkeit¹¹⁷³ des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in die Prüfung einer Nebenpflicht nach § 241 II BGB im Zweipersonen-Verhältnis integriert. Hier wie dort geht es darum, sicherzustellen, dass die Haftung auch notwendig ist, um eine tatsächlich bestehende Haftungslücke zu schließen.¹¹⁷⁴

Beispiel 36 Ein Verkäufer übernimmt gegenüber einem Käufer die Verpflichtung zur umfassenden Renovierung und anschließenden Übergabe eines Einzelhauses („Architektenfall“).¹¹⁷⁵ Zur Renovierung setzte der Verkäufer einen Architekten ein. Der Architekt beging mehrere Planungsfehler, sodass der Baustand nicht mehr der beantragten Baugenehmigung genügte. Die von ihm der den Kaufpreis finanzierenden Bank des Käufers gemeldeten Bautenstands-

1173 Hierzu BGH, Urt. v. 18.2.2014 – VI ZR 383/12, Rn. 11 (BGHZ 200, 188, 193f.); *Karampatzios*, Berufsbezogene Vertrauenshaftung, 2005, S. 76 m.w.N.

1174 Vgl. zu §§ 280 I, 241 II BGB OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.2017 – 11 U 43/17, Rn. 24 a.E. (Ablehnung eines Anspruchs eines Waschanlagenkundens gegen den Betreiber u.a. mit dem Argument, dass der Kunde „insoweit auch nicht rechtlos gestellt, da ihm die Inanspruchnahme des Herstellers der Waschstraße möglich ist“); zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BGH, Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 104/94 (Nitrierofen), Rn. 24 (BGHZ 133, 168, 173f.); *D. Fischer*, DB 2015, 1703, 1703; MüKo-BGB/*Gottwald*, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 188; *Zugehör*, NJW 2008, 1105, 1110.

1175 Fall nach BGH, Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 35/07.

berichte basierten jedoch allesamt auf der fälschlichen Annahme, alles verlaufe nach Plan. Aufgrund der Bautenstandsberichte des Architekten an die Bank zahlte der Käufer nach und nach die Raten für das Haus. Nach Übergabe stellte der Käufer die gravierenden Mängel fest und möchte Ersatz verlangen. Der Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer wegen Schlechtleistung war wegen dessen Insolvenz wertlos. Der Käufer wollte nun den Architekten in Anspruch nehmen. Weil der Architekt aber lediglich mit dem Verkäufer kontrahiert hatte, kam gegen ihn nur ein Anspruch aus § 280 I BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Die Vorinstanzen lehnten die Schutzwirkung des Vertrages zwischen Verkäufer und Architekt zugunsten des Käufers mit der Begründung ab, der Käufer sei aufgrund seines (vertraglichen) Anspruchs gegen den Verkäufer wegen Schlechtleistung nicht schutzwürdig. Die Fehlplanung des Architekten war dem Verkäufer schließlich nach § 278 BGB zuzurechnen.

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten teilen als Ursprung die Mängel des Deliktsrechts.¹¹⁷⁶ Die im Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter grundsätzlich anerkannte Subsidiarität des Haftungsregimes sollte folglich auf Nebenpflichten insgesamt ausgeweitet werden. Auch dort wird zur Entlastung der schuldverhältnisrechtlichen Dogmatik¹¹⁷⁷ teilweise vorgeschlagen, einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abzulehnen, wenn das Deliktsrecht bereits ausreichend Schutz bietet.¹¹⁷⁸

1176 *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 305; *MüKo-BGB/Gottwald*, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 164; *Horst*, ZAP Fach 4 (Nr. 23 v. 22.11.2012), 1461, 1463; *Bamberger-Roth/Janoschek*, 3. Aufl. 2012, § 328 Rn. 45; *Hadding*, FS Schlick, 2015, S. 153, 163f.; *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 153.

1177 Vgl. zur Kritik *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 153f. (Haftung lässt sich „an einem wirklichen Willen der eigentlichen Vertragsparteien nicht festmachen“).

1178 Verblüffend direkt (noch) *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 20. Aufl. 2012, Rn. 821 („Hierzu ist aber dasselbe zu sagen, was schon oben [...] zu der auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen gestützten Ersatzpflicht bei Körper- und Eigentumsverletzungen bemerkt wurde: Auch durch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte werden nicht selten mit den Mitteln des Vertragsrechts wirkliche oder vermeintliche Mängel des Deliktsrecht bekämpft. Dafür kann

Dabei stellt sich jedoch die wichtige Frage, ob der Gedanke auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für das Verhalten von Drittpersonen nach § 278 BGB trägt. Würde man die Voraussetzung der Schutzwürdigkeit aus den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ohne Modifikationen auf die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB übertragen, so würde eine Haftung des Schuldners aus §§ 280 I, 241 II BGB regelmäßig ausscheiden, wenn ein von ihm eingeschalteter Dritter für die Pflichtverletzung verantwortlich ist. Schließlich steht dem Gläubiger in solch einem Fall regelmäßig ein Anspruch aus den §§ 823ff. BGB gegen den Erfüllungsgehilfen zu. Aufgrund eines eigenen Anspruchs gegen den Dritten wäre er dann gegenüber dem Schuldner nicht schutzwürdig. Das wäre eine weitreichende Veränderung des geltenden Rechts.

Beispiel 37 *Modifiziert man den Architektenfall¹¹⁷⁹ dahingehend, dass der Architekt dem Käufer, der die Baustelle gemäß der vertraglichen Vereinbarung mit dem Verkäufer besichtigt, während der Bauaufsicht aus Versehen einen Hammer auf den Kopf fallen lässt, so haftet der Architekt dem Käufer nach § 823 I BGB. Gleichzeitig kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB gegen den (hier solventen) Verkäufer in Betracht. Dieser schuldete schließlich grundsätzlich die Rücksichtnahme auf die Integrität des Käufers im Rahmen der von ihm übernommenen Renovierungspflichtung. Handlungen des vom Verkäufer insoweit als Erfüllungsgehilfen eingesetzten Architekten sind dem Verkäufer schließlich nach § 278 BGB zuzurechnen. Sofern Ansprüche aus §§ 823 I, 831 BGB gegen den Verkäufer wegen Aufsichts-, Organisations- oder Auswahlverschulden ausscheiden, steht auch der Grundge-*

eine methodisch überzeugende Begründung kaum gelingen. Besser wären Korrekturen des Deliktsrechts selbst (etwa auch durch die inzwischen verbreitete Annahme einer deliktischen Überwachungspflicht [...]). Soweit damit die Entlastungsmöglichkeit bei § 831 I 2 beseitigt oder eingeschränkt wird, dürfte der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zum Ersatz von Körper- und Eigentumsschäden entbehrlich sein.“) (keine vergleichbare Äußerung in der allein von Lorenz überarbeiteten Nachauflage); ähnlich auch MüKo-BGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 166 („Bei einer sachgerechten Änderung des Deliktsrechts würde die Fortentwicklung der Vertragshaftung zwar nicht gegenstandslos, etwa solange nur § 278 Selbständige als Erfüllungsgehilfen erfasst, nach Umfang und Bedeutung aber sicherlich stark zurückgehen.“).

1179 S.o., S. 300.

danke der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB nicht entgegen. Überträgt man indes die Voraussetzung der Schutzwürdigkeit ohne Einschränkung auf § 241 II BGB, so könnte eine Haftung des Verkäufers völlig ausscheiden. Der Käufer ist schließlich aufgrund seines anderweitigen Anspruchs gegen den Architekten wegen der Integritätsverletzung nicht schutzwürdig.

Indes ist auch im Bereich des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anerkannt, dass die Schutzwürdigkeit des Gläubigers nicht wegen eines (nicht bebringbaren) Anspruchs gegen den Vertragspartner entfällt, wenn der Drittschutz gerade (auch) vor der Insolvenz des Vertragspartners schützen sollte.¹¹⁸⁰

Beispiel 36 Im Architektenfall¹¹⁸¹ nahm der BGH entgegen der Vorinstanzen eine Schutzwirkung des Architektenvertrags gegenüber dem Käufer mit der Begründung an, dass die vom Architekten vertraglich übernommenen Pflichten (insbesondere die Bautenstandsberichte gegenüber der Bank, welche weitere Ratenzahlungen erforderlich machen) gerade dem Schutz des Käufers vor der Insolvenz des Verkäufers dienen sollten.¹¹⁸² Deshalb sei aufgrund den jeweiligen vertraglichen Gestaltungen zwischen den drei Parteien hier von einer Irrelevanz des Kriteriums der Schutzwürdigkeit auszugehen.¹¹⁸³

Die einschränkende Voraussetzung der Schutzwürdigkeit kann damit durch die Zielsetzung der vom Anspruchsgegner schuldverhältnisrechtlich geschuldeten Pflichten im Einzelfall entbehrlich sein. Auch dieser Gedanke lässt sich womöglich auf Nebenpflichten übertragen.

1180 Vgl. BGH, Urt. v. 10.3.2005 – VII ZR 220/03, Rn. 20 a.E. („Die zwischen den drei Beteiligten gewählte Art der Vertragsgestaltung legt nahe, daß es für einen Anspruch des Klägers aus Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte auf die Frage der Schutzbedürftigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [...] nicht ankommt.“); BGH, Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 35/07, Rn. 18.

1181 S.o., S. 300.

1182 BGH, Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 35/07, Rn. 18.

1183 Vgl. BGH, Urt. v. 10.3.2005 – VII ZR 220/03, Rn. 20 a.E.

Beispiel 37 Ähnlich zur Entscheidung des BGH zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter könnte man daher in der Modifikation¹¹⁸⁴ des Architektenfalls¹¹⁸⁵ argumentieren, die Zurechnungsregel des § 278 BGB dient bei der Verletzung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten auch dem Schutz des Gläubigers vor der Insolvenz eines Erfüllungsgehilfen. Den Erfüllungsgehilfen hat sich der Gläubiger schließlich nicht als Vertragspartner ausgesucht. Damit würde auch die Voraussetzung der Schutzwürdigkeit den Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB gegen den Verkäufer nicht entfallen lassen. Die Voraussetzung wäre hier vielmehr irrelevant, weil die vom Verkäufer übernommene Verpflichtung gerade den Käufer vor der Insolvenz ihm nicht nicht näher bekannter Erfüllungsgehilfen des Verkäufers schützen soll.

Ein derart eingeschränktes Verständnis der Schutzbedürftigkeit des Gläubigers bei Nebenpflichtverletzungen durch Erfüllungsgehilfen entspricht auch der *ratio* des § 278 BGB. Die Norm soll den Gläubiger nämlich nach Aussage des BGB-Gesetzgebers gerade davor schützen, dass der Schuldner sich seiner Verantwortlichkeit für Fehlverhalten durch das Einschalten von dem Gläubiger womöglich unbekanntem Erfüllungsgehilfen entledigt: *„Mit Recht lässt sich für den heutigen Verkehr sagen, daß der Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung dient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt. In seiner Eigenschaft als Schuldner, der zur Leistung verpflichtet ist, kann er sich der Verantwortung, nach Maßgabe der von ihm in dem betr. Schuldverhältnisse zu beobachtenden Diligenz, für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht. Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist.“*¹¹⁸⁶ Auch wenn diese Ausführungen offensichtlich auf Leistungspflichten zugeschnitten waren, kommt hierin zumindest der unmissverständliche Wille des

1184 S.o., S. 302.

1185 S.o., S. 300.

1186 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 16.

Gesetzgebers zum Ausdruck, die Verantwortlichkeit des Schuldners aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht entgegen der Zurechnungsregel des § 278 BGB zu verteilen. Gerade weil der Schuldner sich der Hilfe Dritter bedienen darf, muss er für deren Verhalten einstehen, um nicht die von ihm geschuldeten Pflichten faktisch leerlaufen zu lassen. Die „Übernahme einer Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten“ eingeschalteter Dritter würde erheblich entwertet, wenn der Schuldner den Gläubiger bei Integritätsverletzungen durch seine Erfüllungsgehilfen auf die – womöglich wertlosen – Ansprüche gegen diese verweisen könnte. Würde man nun die Voraussetzung der Schutzwürdigkeit ohne deren oben diskutierte Einschränkung auf über § 278 BGB dem Schuldner zugerechnete Nebenpflichtverletzungen anwenden, so würde der eindeutige Wille des Gesetzgebers konterkariert. Das gilt es zu vermeiden.

Im Ergebnis wohnt der Voraussetzung der Schutzwürdigkeit im Rahmen der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine durchaus ähnliche Funktion inne wie die hier ermittelte teleologische Subsidiarität der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten. Beide Haftungsinstrumente dienen nämlich der Schließung von Haftungslücken. Im Bereich der Verantwortlichkeit für Drittverhalten (§ 278 BGB) ist jedoch von einer allzu wörtlichen Übertragung der Voraussetzung der Schutzwürdigkeit auf § 241 II BGB abzusehen, um nicht die vom BGB-Gesetzgeber intendierte Einstandspflicht des Schuldners für das Verhalten von Erfüllungsgehilfen im Bereich des Integritätsschutzes leerlaufen zu lassen. Ansprüche des Gläubigers gegen einen Erfüllungsgehilfen versperren damit nicht den Weg zur Haftung des Schuldners wegen Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht.

d) Rechtsfolge der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB

Ist eine Nebenpflicht mit Blick auf das Jedermannsrecht nicht für das haftungsrechtlich gewünschte Ergebnis notwendig, so könnte man bereits von der Annahme einer solchen im Rahmen eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB absehen. Die teleologische Subsidiarität würde so den Pflichtenkanon des § 241 II BGB unmittelbar beeinflussen. Dies wäre die konsequenteste Umsetzung des Gedankens der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB. Es hätte indes die dogmatisch unschöne Folge, dass der Pflichtenbestand eines Schuldverhältnisses augenscheinlich an das Jedermannsrecht gekoppelt wäre. Zudem sind Situatio-

nen vorstellbar, in denen der Bestand einer Nebenpflicht von Kleinigkeiten im späteren Sachverhaltsverlauf abhängt.

Beispiel 12 Wenn die Erkrankung der Mäuse im Rennmausfall¹¹⁸⁷ im Zeitpunkt der Übergabe an den Käufer für den Verkäufer erkennbar war, so ist der Verkäufer dem Käufer für die Erkrankung seiner anderen Mäuse wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht bereits aus § 823 I BGB verantwortlich. Eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht, den Käufer zur Vermeidung möglicher Integritätsbeeinträchtigungen (hier seine anderen Mäuse nach § 90a BGB) zu warnen, schiede dann aus, da der Verkäufer für die hiermit zu erfassende Rechtsgutsbeeinträchtigung bereits aus § 823 I BGB haftet.

Nun modifiziert man den Fall nur leicht dahingehend, dass der Käufer das Verhalten der erworbenen Maus sofort als unnatürlich einordnet und sie deshalb zunächst nicht in Kontakt mit seinen anderen Mäusen kommen lässt. Stattdessen geht er mit der Maus zu einem befreundeten Mäuseexperten, der das Tier einmal „unter die Lupe“ nehmen soll. Aufgrund einer durch die Krankheit erhöhten Aggressivität beißt die Maus den Bekannten und überträgt den Keim auch auf ihn. Die Heilungskosten kann der Bekannte nun vom Käufer aus § 833 S. 1 BGB verlangen.¹¹⁸⁸ Dieser Schadensposten aufseiten des Käufers ist aber durch die Haftung des Verkäufers aus § 823 I BGB nicht abgedeckt, da es insoweit an einer Rechtsgutsverletzung des Käufers fehlt. Die Beeinträchtigung des Vermögens als solchem – hierzu zählt die Haftung gegenüber einem Dritten – kann aber durch das Schuldverhältnisrecht aufgefangen werden. Die in der ersten Konstellation verneinte Warn-

1187 S.o., S. 63.

1188 Im Beißen liegt nicht nur ein artspezifisches, natürliches Verhalten, sondern hierin ist die Verwirklichung einer spezifischen Tiergefahr zu sehen, vgl. RG, Urt. v. 19.10.1912 – VI 94/12, RGZ 80, 237, 238ff. (offen für Ansteckung anderer Tiere aufgrund reinen Beschneppens); BGH, Urt. v. 6.7.1976 – VI ZR 177/75, Rn. 8ff. (bejaht für Deckung einer fremden Hündin) (BGHZ 67, 129, 130ff.).

pflicht aus § 241 II BGB müsste also hier mangels Eingreifen der teleologischen Subsidiarität wieder aufleben.

Es wirkt dogmatisch bedenklich, wenn der Bestand einer Nebenpflicht von der weiteren, rein zufälligen Entwicklung des Sachverhalts abhängig ist. Dem weiteren Verlauf eines Falls würde so eine Rückwirkung mit Blick auf den Bestand schuldverhältnisrechtlicher Nebenpflichten zukommen, die das gängige dogmatische Konstrukt einer schuldverhältnisbedingten Pflicht als fortgeltende Verhaltensanforderung einem rein funktionalen Verständnis – Wird die Pflicht im Zeitpunkt der Schädigung benötigt oder nicht? – gänzlich opfert.

Eine überzeugende Alternative, dieser Subsidiarität dennoch Rechnung zu tragen, wäre es hingegen, den Anspruch aus Schuldverhältnis hinter demjenigen aus Deliktsrecht auf Konkurrenzenebene zurücktreten zu lassen. Hier würde die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB den Pflichtenkanon unbeeinflusst lassen und lediglich einen auf die §§ 280 I, 241 II BGB gestützten Schadensersatzanspruch sperren. Das würde zum gleichen Ergebnis wie die unmittelbare Begrenzung der Nebenpflichten führen, dass sich nämlich nur der Anspruch aus Jedermannsrecht erfolgreich durchsetzen ließe. Wenn und soweit der auf die Verletzung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten gestützte Schadensersatzanspruch vom Jedermannsrecht verdrängt wird, würde es die schuldverhältnisbedingte Dogmatik in der Folge von der Notwendigkeit befreien, Pflichtkategorien zu beinhalten, mit deren Integration sie schon seit über 100 Jahren hadert. Damit dürfte auf lange Sicht durch Reduktion des Nebenpflichtkanons die Komplexität der Materie insgesamt verringert werden.

Grundsätzlich herrscht zwar im Zivilrecht der Grundsatz freier Anspruchskonkurrenz.¹¹⁸⁹ Gerade aus dem Schuldverhältnis- und dem Jedermannsrecht folgen

1189 Vgl. BGH, Urt. v. 4.3.1971 – VII ZR 40/70, Rn. 15 („in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß es sich bei dem Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzungen und aus unerlaubter Handlung um eine echte Anspruchskonkurrenz handelt, die sich aus dem gleichen Rangverhältnis von Delikts- und Vertragsrecht ergibt“) (BGHZ 55, 392, 295); BGH, Urt. v. 11.3.1971 – VII ZR 132/69, Rn. 33f. („Soweit die Haftung des Beklagten also daraus herzuleiten wäre, daß der Kleiderschaden ein Folgeschaden seiner fehlerhaften Bauaufsicht sei, würde die vertragliche Haftungsbeschränkung eingreifen. Das Urteil kann aber deswegen keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob der Beklagte für den Kleiderschaden der Klägerin wegen Eigentumsverletzung aus unerlaubter Handlung haftet“); Erman/Schmidt-Räntsch, 15. Aufl. 2017, § 194 Rn. 9.

grundsätzlich voneinander unabhängige Ansprüche.¹¹⁹⁰ Bereits dort gibt es aber eine Vielzahl diskutierter Wechselwirkungen.¹¹⁹¹ Auch im Vergleich zu anderen Haftungsregimen kommen Beschränkungen oder Modifikationen der Haftung aus Schuldverhältnis in Betracht: So sind beispielsweise die §§ 280ff. BGB gegenüber den Wertungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nach den §§ 987ff. BGB nachrangig¹¹⁹², allgemeine Informationspflichten aus § 241 II BGB stehen in einem hoch umstrittenen Verhältnis zu öffentlichem Aufsichtsrecht¹¹⁹³ und die §§ 818 IV, 819 I BGB entfalten .bis zum Vorliegen ihrer Voraussetzungen Sperrwirkung gegenüber der allgemeinen Schadensersatzpflicht aus § 280 I BGB¹¹⁹⁴. Anders als bei der systematischen Subsidiarität¹¹⁹⁵ geht es bei der teleologischen Subsidiarität zwar nicht um die inhaltliche Beeinflussung des Schuldverhältnisrechts durch ein anderes Haftungsregime. Wenn die wertungsmäßige Nachrangigkeit der allgemeinen Haftung wegen Verletzung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten gegenüber spezielleren Haftungsregimen aber schon zu inhaltlichen Beschränkungen der Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB führen kann, so muss sich die hier ermittelte teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB erst Recht auf Ebene der Anspruchskonkurrenz mit einem inhaltlich identischem Anspruch auswirken können. Wird das mit dem Anspruch aus

1190 BGH, Urt. v. 23.3.1966 – Ib ZR 150/63, Rn. 15 („Die Voraussetzungen nach Vertrags- und Deliktsrecht sind verschieden.“) (BGHZ 46, 140, 145f.); näher *Gsell*, Substanzverletzung, 2003, S. 325f.

1191 Zur „Verdoppelung deliktischer Sorgfaltspflichten in vertraglichen Schutzpflichten“ MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 80. Zur Anwendung der kurzen Verjährung des § 606 BGB auch auf deliktische Ansprüche des Verleihers wegen Verschlechterung der Leihsache RG, Urt. v. 8.10.1907 – III 86/07, RGZ 66, 363, 364f. Zur Überlagerung der schuldverhältnisrechtlichen Haftungserleichterung des § 708 BGB durch das deliktsrechtliche Sorgfaltsgebot im Straßenverkehr BGH, Urt. v. 20.12.1966 – VI ZR 53/65, Rn. 12 (BGHZ 46, 313, 317f.). Zur umstrittenen Wechselwirkung von Schuldverhältnis- und Deliktsrecht in den sog. „Weiterfresserschäden“ *Gsell*, Substanzverletzung, 2003, S. 327ff.

1192 Vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 89/15, Rn. 24 („Allerdings darf die Anwendung der §§ 280, 281 BGB auf den vindikatorischen Herausgabeanspruch nicht dazu führen, dass die verschärften Haftungsvoraussetzungen der §§ 989, 990 BGB mit ihrer Privilegierung des gutgläubigen, unverklagten Besitzers unterlaufen werden.“) (BGHZ 209, 270, 276). Die Anwendung von § 281 BGB ablehnend sowie zurückhaltend zur Anwendbarkeit von § 241 II BGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis MüKo-BGB/*Baldus*, 7. Aufl. 2017, § 985 Rn. 145ff. („Nebenpflichten allenfalls im Analogiewege und allenfalls dort konstruierbar, wo eine sachgerechte Lösung aus den Spezialvorschriften nicht herzuleiten ist“).

1193 Zur „negativen Ausstrahlungswirkung“ öffentlich-rechtlicher Aufsichtsnormen auf schuldverhältnisrechtliche Pflichten ausf. *Forschner*, Wechselwirkungen, 2013, S. 123ff.

1194 Zutreffend *M. Wolf*, Bereicherungsausgleich, 2017, S. 367ff.

1195 S.o., S. 230ff.

§§ 280 I, 241 II BGB verfolgte Interesse also bereits über das Jedermannsrecht – oder ein anderes Haftungsregime – gedeckt, so wird der Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB auf Konkurrenzebene verdrängt.

Dass dadurch im Rahmen der Pflichtverletzung eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II BGB inzident Ansprüche aus dem Jedermannsrecht (regelmäßig §§ 823ff. BGB) geprüft werden müssen, wird billigend in Kauf genommen. Haftungserweiternde Entwicklungen im Jedermannsrecht führen damit direkt zu Begrenzungen der Haftung wegen Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht.¹¹⁹⁶ Dies stellt auch jene zufrieden, die insbesondere den Bereich der Nebenpflichten mit Bezug zur körperlichen sowie sachlichen Integrität den *status quo* im Einzelnen ohnehin allein von deliktsrechtlichen Determinanten bestimmt sehen.

Greift die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB nicht – wird das Haftungsinteresse des Geschädigten also nicht bereits durch das Jedermannsrecht abgedeckt –, so ist keinesfalls stets von einer Haftung nach §§ 280 I, 241 II BGB auszugehen. Vielmehr ist dann erst mit der Subsumtion zu § 241 II BGB zu beginnen. Ob und inwieweit deliktsrechtliche Haftungslücken über die Annahme schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten zu füllen sind, ist dabei mit Blick auf den jeweils verfolgten Haftungsvorteil des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht (erweiterte Haftung für Vermögensschäden, Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB und erweiterte Verantwortlichkeit für das Verhalten von Drittpersonen nach § 278 BGB) zu entscheiden. Hierfür muss der Haftungsgrund, der den drei genannten Bereichen jeweils zugrundliegt, aufgefunden werden. Dem wird im folgenden Kapitel nachgegangen.¹¹⁹⁷

e) Entkräftung möglicher Einwände

Man könnte der Arbeit mit der These der teleologischen Subsidiarität den Vorwurf machen, viel Lärm um nichts zu machen. Schließlich verbleibt bei Eingreifen dieser Subsidiarität immer noch ein identischer Anspruch aus dem Je-

1196 Vgl. auch U. Huber, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, 737 („Soweit ein Bedürfnis anzuerkennen ist, Defekte des Deliktsrechts [...] zu korrigieren, ist am Deliktsrecht selbst anzusetzen.“).

1197 S.u., S. 315ff.

dermannsrecht, sodass das rechtspraktische Ergebnis – die Haftung des Schuldners – durch die These unbeeinflusst bleibt. Der Einwand greift aber zu kurz, weil er sich auf den Einzelfall beschränkt und die systemische Konsequenz der These unberücksichtigt lässt: Gerade, weil keiner der tradierten Haftungsgründe Nebenpflichten überzeugend konturieren kann – die Funktion von § 241 II BGB also bislang unklar blieb –, besteht in der Rechtspraxis häufig Unklarheit über die Reichweite von Nebenpflichten. Den einzig allgemeinen anerkannten Zweck von Nebenpflichten – den Ausgleich deliktsrechtlicher Haftungslücken – zum (konkurrenzrechtlichen) Prinzip zu erheben, bringt endlich Klarheit in das dogmatische Dunkel des § 241 II BGB. Größere Übersicht in der Dogmatik einer Haftungsnorm erleichtert die Anwendung dieser Norm. Auch wenn das haftungsrechtliche Ergebnis durch die These im Einzelfall unbeeinträchtigt bleibt, so liegt der entscheidende Nutzen der These in der fallübergreifenden Verschlinkung der Dogmatik von § 241 II BGB.

Zudem könnte man die These prinzipiell anzweifeln, weil der Schadensersatzanspruch aus einem Schuldverhältnis so – dogmatisch fragwürdig anmutend – augenscheinlich unter der auflösenden Bedingung einer späteren Gerichtsentscheidung steht, dass in einem bestimmten Schadensfall das Haftungsinteresse des Geschädigten bereits über der Jedermannsrecht gedeckt ist. Hingegen wurde bereits oben im Kontext der rechtstatsächlichen Durchsetzbarkeit von Nebenpflichten herausgearbeitet, dass die konkrete Pflichtentstehung an eine drohende Gefahr für die Integrität des Schuldners gekoppelt ist.¹¹⁹⁸ Erst wenn die Integrität des Schuldners (unmittelbar) beeinträchtigt zu werden droht, entsteht überhaupt eine konkrete Nebenpflicht. Ist die Integrität aber im konkreten Fall auch durch das Jedermannsrecht geschützt, so würden sich Haftungssysteme auch schon unmittelbar vor der Schädigung überlappen. Akzeptiert man die teleologische Subsidiarität wie vorgesehen als Teil der Dogmatik von § 241 II BGB, so fehlt es bei einem nahtlosen Überlappen beider Haftungssysteme zum Zeitpunkt der Schädigung als Moment der Anspruchsentstehung schlicht am Haftungsgrund des § 241 II BGB und es greift im Ergebnis nur das Jedermannsrecht. Ob das Haftungsinteresse im Einzelfall auch tatsächlich vollumfänglich durch das Jedermannsrecht gedeckt ist, kann zwar im Streitfall nur nachträglich durch ein

1198 S.o., S. 146ff.

Gericht festgestellt werden. Die nachträgliche Gerichtsentscheidung ändert aber nichts daran, dass die jeweilige Nebenpflicht bereits zum Zeitpunkt der Schädigung besteht oder nicht besteht. Ob eine Nebenpflicht besteht oder nicht, hängt damit nicht an der späteren Entscheidung des Gerichts, ob das Haftungsinteresse des Gläubigers bereits durch das Jedermannsrecht abgedeckt ist. Vielmehr stellt das Gericht nur im Nachhinein fest, dass das Jedermannsrecht den Sachverhalt schon zum Zeitpunkt der (drohenden) Integritätsbeeinträchtigung hinreichend erfasst hat. Dass Klarheit für die Parteien damit häufig erst *ex post* vor Gericht gewonnen werden kann, ist unschön, aber keine Folge der hier vorgeschlagenen These, sondern nur Ausfluss der für Nebenpflichten insgesamt typischen, haftungsrechtlichen Unberechenbarkeit. Ein Zustand schwebender Unwirksamkeit ist damit für schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten nicht zu befürchten.

Schließlich könnte man der These vorwerfen, dass sie für die Rechtspraxis zu unzumutbarem Mehraufwand führt. Eine merklich höhere Prüfungskomplexität ist durch die These der teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten im Alltag der Gerichte indes nicht zu erwarten. Die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB wird nämlich primär den Anwendungsbereich der Verkehrssicherungspflichten betreffen. Bei Nebenpflichten zum Schutz absolut geschützter Rechtsgüter werden in der Rechtspraxis ohnehin bereits Standards angelegt, die mit denen des Jedermannsrechts aus § 823 I BGB identisch sind. Damit ist im Regelfall der teleologischen Subsidiarität keine zusätzliche inhaltliche Prüfung notwendig, lediglich die Anspruchsgrundlage muss auf das Jedermannsrecht beschränkt werden. Umgekehrt lässt sich häufig auch ohne große Mühe feststellen, dass ein bestimmtes vermögenswertes Interesse – außerhalb von § 826 BGB – tatbestandlich nicht über das Jedermannsrecht geschützt ist und die Prüfung von § 241 II BGB deshalb ungehindert voranschreiten kann. Die typischen Fälle, in denen die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB nicht greift, lassen sich demnach ebenfalls ohne großen Mehraufwand in der Rechtspraxis lösen. Insgesamt ist der Bereich schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten – ebenso wie der des Jedermannsrechts – aufgrund hoher Flexibilität des jeweiligen Gesetzeswortlauts stark von fallgruppenartiger Kasuistik geprägt. Ob eine bestimmte von § 241 II BGB abgedeckte Fallgruppe in gleicher Haftungsintensität vom Jedermannsrecht erfasst ist, mag beim ersten Fall dieser Art noch gewissen Prüfungsaufwand kreieren. Ist dieser Fall aber (höchststrichlerlich) entschieden, so kann auf das Ergebnis der Prüfung von nachfolgenden Entscheidungen rekuriert werden. Die kasuistische Dogmatik des ganzen Haftungs-

komplexes führt deshalb dazu, dass die rechtliche Prüfung der Gerichte auf mittel- bis langfristige Sicht – nach einer kurzfristigen Belastung mit der Umstellung auf den Geltungsvorrang des Jedermannsrechts im Anwendungsbereich von § 241 II BGB – nicht beschwert wird.

f) Beginn eines neuen Kapitels in der Dogmatik schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten

Durch die Begrenzung werden viele Pflichten aus dem bisherigen Pflichtenkanon des § 241 II BGB aufgrund einer häufigen Verdrängung durch das Jedermannsrecht erheblich an Bedeutung verlieren. Dies mag zunächst exzessiv wirken. Tatsächlich soll es aber die Dogmatik der praktisch relevant bleibenden schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten stärken.¹¹⁹⁹ Wird nämlich wie im Bereich des Schutzes von Eigentum und Gesundheit auf schuldverhältnisbedingter Ebene lediglich das übernommen, was auf der Ebene des Jedermannsrechts dogmatisch entwickelt wird, so trägt dieser Bereich nichts zur Stärkung einer eigenen Dogmatik der Nebenpflichten bei. Die ursprüngliche Begründung für die Annahme schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten – die Schließung deliktsrechtlicher Lücken – nunmehr zu gehörigen Teilen ausgehöhlt¹²⁰⁰, bleiben die diesbezüglichen Nebenpflichten nur noch als Relikt. Nebenpflichten konkurrieren dort nämlich nicht nur mit den deliktischen Geboten, sie werden durch diese vollständig repräsentiert. Damit muss die archetypische, schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht ein Schattendasein fristen, weist sie schließlich in gewissen Bereichen gar keine eigene Dynamik auf.¹²⁰¹ Entledigt auf die Verletzung dieser Pflichten gestützter Schadensersatzansprüche, so kann ein neues Kapitel im Be-

1199 Vgl. von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1724 („ständigen Ausflüchte in das Vertragsrecht [...] tragen Fiktionen hinein, die dort auf die Dauer Schaden zeitigen müssen“).

1200 Zur Tragfähigkeit dieser Begründung aus methodischer Perspektive bereits krit. Kreuzer, Verkehrspflichten, 1971, S. 264 („*verschleierte Gesetzesumgehung keine tragfähige Grundlage für die Fortentwicklung des Rechts*“).

1201 Vgl. bereits die Forderung an die dogmatische Entwicklung der Nebenpflichten von Titze, JW 1931, 512, 512 („*Reinhaltung von allen sie nichts angehenden und darum ihr Bild nur verdunkelnden Problemen*“). Dies wird durch zahlreiche Aussagen aus der Literatur bestätigt, die nach dem *status quo* eine Vereinheitlichung der Nebenpflichten unter einem dogmatischen Hut für ausgeschlossen halten, vgl. MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 41; Jauernig/Mansel, 17. Aufl. 2018, § 241 Rn. 10; HK-BGB/Schulze, 9. Aufl. 2017, § 241 Rn. 5; Bamberger-Roth/Sutscher, 3. Aufl. 2012, § 241 Rn. 44.

reich der Nebenpflichten aufgeschlagen werden. Alle nunmehr praktisch relevanten Pflichten können von sich behaupten, kein Pendant im Deliktsrecht zu haben.¹²⁰² Damit wird aber auch eine dogmatische Begründung wieder relevant: Dem Schuldverhältnisrecht wird in Fällen fehlender Subsidiarität unmissverständlich die Aufgabe zugewiesen, eine eigene dogmatische Begründung für Nebenpflichten zu liefern. Ein Reimport deliktsrechtlicher Haftungsgründe scheidet dann aus. Weil dann die Begründung für Nebenpflichten allein aus dem Schuldverhältnisrecht stammt, sollte es wiederum auch möglich sein, die Nebenpflicht als abstraktes Instrument nachzubilden.

4. Zwischenergebnis: Teleologische Subsidiarität begrenzt § 241 II BGB

Die Funktion von § 241 II BGB ist aufgrund des historischen Einsatzzwecks von Nebenpflichten die Schließung deliktsrechtlicher Haftungslücken. Daraus lässt sich die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB gegenüber dem Jedermannsrecht als konkurrenzrechtliche Grenze für Ansprüche aus §§ 280 I, 241 II BGB ableiten.

V. Zwischenergebnis: Teleologische Subsidiarität als Haftungsgrund und Haftungsgrenze von § 241 II BGB

Tradierte Haftungsgründe wie der Vertrauensschutz oder die Kehrseite erhöhter Einwirkungsmöglichkeiten können die Funktion von § 241 II BGB nicht überzeugend und hinreichend präzise umschreiben. Einzig der funktionale Einsatz von Nebenpflichten zum Ausgleich deliktsrechtlicher Haftungslücken ist als Haftungsgrund von § 241 II BGB überzeugend. Aus dieser Funktion ergeben sich Grenzen für auf die Verletzung von Nebenpflichten gestützte Ansprüche, wenn das haftungsrechtliche Interesse des Geschädigten bereits über das Jedermannsrecht geschützt ist (teleologische Subsidiarität).

¹²⁰² Zwar wird die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB im Einzelfall geprüft, aber aufgrund der in diesem Bereich stark kasuistisch gerägten Rechtsprechung wird es zu typischen Fällen der Subsidiarität ebenso wie zu typischen Fällen der tatbestandlichen Anwendbarkeit von § 241 II BGB kommen.

D. Ergebnis: Einzig teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB lässt schlüssige Funktionsanalyse von § 241 II BGB zu

Nebenpflichten sind begründungsbedürftig und haben ihre methodische Grundlage in § 241 II BGB. Die Auslegung von § 241 II BGB zur Suche nach Haftungsgrund und –grenzen hat als zentralen Befund geliefert, dass einzig der historisch eindeutig belegte Einsatzzweck von Nebenpflichten zur Kompensation deliktsrechtlicher Mängel als Funktion von § 241 II BGB vollumfänglich überzeugt. Häufig bemühte Haftungsgründe – darunter insbesondere der Parteiwille, die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung, der Aspekt des Vertrauensschutzes sowie der Gedanke von Nebenpflichten als Kehrseite besonderer Einwirkungsmöglichkeiten – können Nebenpflichten hingegen nicht überzeugend erklären. Die Konsequenz daraus ist, eine Haftung aus Nebenpflichtpflichtverletzung wegen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB abzulehnen, wenn sie für ein bestimmtes haftungsrechtliches Ergebnis nicht notwendig ist. Umgekehrt gibt die teleologische Subsidiarität als Ausfluss der Funktion von § 241 II BGB nicht vor, nach welchen Maßstäben bestehende Haftungslücken zu füllen sind. Im Anschluss an die Herausarbeitung der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB gilt es deshalb im folgenden Kapitel, die Folgen dieser Subsidiarität zu untersuchen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 3. Folgen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB – Lückenfüllung in der Subsumtion

A. Rechtsmethodische Konsequenz der teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: Doppelfunktionalität von § 241 II BGB

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass Nebenpflichten bei teleologischer Auslegung des § 241 II BGB aus rechtspraktischer Perspektive Haftungslücken im Deliktsrecht füllen sollen, kann der Zweck des § 241 II BGB nun weiter untersucht werden. Erstere Erkenntnis hilft schließlich bei der Subsumtion in dem Moment nicht mehr weiter, in dem eine Haftungslücke im Deliktsrecht festgestellt wurde. Die Entscheidung, ob diese Lücke dann durch eine Nebenpflicht – und eine korrespondierende Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB – geschlossen werden soll oder gänzlich offen bleibt, muss sich letztlich ebenfalls aus dem Zweck von § 241 II BGB heraus erklären lassen.¹²⁰³

I. Blankettcharakter des § 241 II BGB

§ 241 II BGB wird von der Literatur zu Recht als Blankettnorm eingeordnet, die der näheren Ausfüllung bedarf.¹²⁰⁴ Die Untersuchung hat aber bislang gezeigt, dass die Konkretisierung des § 241 II BGB durch die bislang häufig deskriptiven Ansätze in der Literatur¹²⁰⁵ oder gänzlich theoretischen Konstrukte¹²⁰⁶ noch nicht entscheidend „vor[ge]prägt“¹²⁰⁷ wurde. Die bislang untersuchten Haftungsgrün-

1203 Das Vorgehen ist dabei der methodischen Begründung einer Analogie nicht unähnlich: Zunächst muss eine Regelungslücke festgestellt werden (i.e. die Haftungslücke im Deliktsrecht). Anschließend muss untersucht werden, ob diese Regelungslücke auch planwidrig ist. Der Plan, gegen den ohne Annahme einer Nebenpflicht verstoßen werden würde, wird dann entsprechend vom Normzweck des § 241 II BGB repräsentiert.

1204 Vgl. HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 109; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 241 Rn. 7; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 520f. Der Erlass einer solchen Generalklausel lässt sich als „Übertragung von Rechtssetzungsbefugnis“ auf die Rechtsprechung deuten, zutreffend C. Kirchner, FS Schäfer, 2008, S. 37, 39.

1205 Z.B. „Rechtskreiseröffnung“ (Frost, Schutzpflichten, 1981, S. 64), Kriterium der „sozialen Nähe“ (Teichmann, JA 1984, 709, 713) etc.

1206 Z.B. Gebot des *neminem laedere*, s. Katzenstein, Jura 2004, 584, 586; HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 34; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 186f.

1207 Treffend Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 521.

de konnten also mit anderen Worten nicht wesentlich zur Präzisierung und Begrenzung der Nebenpflicht beitragen. Naheliegender erscheint deshalb die Überlegung, dass die bisher vorgetragene Haftungsgründe sich für die sinnvolle Begrenzung der Nebenpflichten nicht nutzbar machen lassen und ein gänzlich anderer Weg eingeschlagen werden muss. Deshalb ist eine funktionale Betrachtung sinnvoll: Nur diese kann sich nämlich völlig von den deskriptiven Ansätzen lösen und die entscheidende Frage stellen: Welches Haftungsergebnis soll mit Nebenpflichten erreicht werden? Zur besseren Handhabung in der Subsumtion wird die Funktion im Folgenden zweigeteilt.

1. Nebenpflichten als Handlungsanreiz zur Vermeidung von Fahrlässigkeit

Nebenpflichten dienen dem Integritätsschutz. Sie sollen also bestimmte Interessen schützen. Sie können auf (grob) fahrlässige Weise oder vorsätzlich verletzt werden. Wird die Integrität von absolut geschützten Rechtsgütern vorsätzlich verletzt, so steht regelmäßig auch eine Straftat¹²⁰⁸ im Raum. Wird das Vermögen vorsätzlich geschädigt, so ist – neben ebenfalls denkbaren Straftaten¹²⁰⁹ – auch § 826 BGB einschlägig. Bei der vorsätzlichen Verletzung einer Nebenpflicht wird mit dem Verbot der Vorsatzschädigung¹²¹⁰ also stets auch ein allgemeines Rechtsprinzip beeinträchtigt. Das verdrängt in diesem Fall eine etwaige Eigendynamik der verletzten Nebenpflicht. Die originäre dogmatische Struktur einer Nebenpflicht lässt sich daher nur im Rahmen fahrlässiger Verletzungen freilegen.

1208 Für die Verletzung der körperlichen Integrität steht exemplarisch § 223 I StGB, für die Verletzung der sachlichen Integrität § 303 I StGB.

1209 Hier ist insbesondere an einen Betrug nach § 263 StGB oder eine Untreue nach § 266 StGB zu denken.

1210 Vgl. Bamberger-Roth/*Spindler*, 3. Aufl. 2012, § 826 Rn. 1; MüKo-BGB/*Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 6, die allerdings in § 826 BGB keine „Diskriminierung von Vorsatztätern“ sehen wollen; a.A. insoweit Staudinger/*Oechsler*, Neubearbeitung 2014, § 826 Rn. 12ff.; näher hierzu Rödl, *Gerechtigkeit*, 2015, S. 140ff.

2. Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen?

In der Diskussion zu Nebenpflichten wird auf die Unterscheidung von Tun und Unterlassen einigen Wert gelegt.¹²¹¹ So wird es regelmäßig als schwerere Belastung für den Schuldner empfunden, wenn ihm durch die Nebenpflicht ein positives Tun abverlangt wird.¹²¹² Die Belastung durch eine Unterlassungspflicht wird entsprechend weniger intensiv wahrgenommen.¹²¹³ Diese Unterscheidung kann nicht überzeugen: Unabhängig von der Qualität der abverlangten Handlung wird der Schuldner in jedem Fall mit einem Mehraufwand belastet.¹²¹⁴ Bei einer Pflicht zum aktiven Handeln ist dies offensichtlich: Der Schuldner muss hier die Kosten des konkreten Tuns schultern.¹²¹⁵ Auch bei einer Pflicht zum Unterlassen treffen den Schuldner indes positive Handlungsanforderungen¹²¹⁶: Er muss die Abläufe innerhalb seiner Sphäre derart gestalten, dass die verbotene Handlung unterbleibt.¹²¹⁷ Dies erfordert regelmäßig die Aufwendung von Zeit und/oder Geld. In beiden Fällen werden dem Schuldner also im Regelfall „*Investitionen*

1211 Aus historischer Sicht lässt sich dies auch damit erklären, dass *Staub*, Vertragsverletzungen, 1904, S. 6 als „der“ Begründer des Vorläufers der Nebenpflicht – der positiven Forderungsverletzung – für eine schuldverhältnisbedingte Schadensersatzhaftung wegen Integritätsverletzungen ein positives Tun verlangte. Dass gegen § 241 II BGB auch durch Unterlassen verstoßen werden kann, ist mittlerweile unumstritten, vgl. nur *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 367f. Dennoch mag es erklären, warum zwischen Tun und Unterlassen heute überhaupt noch differenziert wird.

1212 BGH, Urt. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, Rn. 17, 19f.; NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 60 („*aktive Schutzpflicht bedarf der Begründung*“); *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 449 („*Informationsbeschaffungspflicht [...] wird [...] ohne ein dem Schuldverhältnis immanentes besonderes Fürsorge- oder Beratungselement abgelehnt*“), 498 („*Pflicht zum aktiven Schutz der Gegenseite [...] sowie [...] sonstige Erhaltungspflichten [...] bedürfen stets besonderer Rechtfertigung*“).

1213 *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 285 (für den Schuldner „nicht mit einem besonderen Aufwand verbunden“); NK-BGB/*Krebs*, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 59 („*Schädigungsvermeidungspflicht belastet den Verpflichteten weniger*“).

1214 So auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 522; für eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Nebenpflichten, die ein Tun zum Gegenstand haben und solchen, die „*nur*“ ein Unterlassen fordern, hingegen *Krebs*, Sonderverbindungen, 2000, S. 504ff.; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 489, 498.

1215 Das umfasst auch die Kosten einer etwaig notwendigen Vorbereitung für das „Tun“, wie zum Beispiel die Beschaffung einer mitzuteilenden Information.

1216 Treffend *Träger*, FG Enneccerus, 1913, S. 1, 7 („*Unterlassen heißt nicht „nichts tun“, sondern „etwas nichttun“*“).

1217 Vgl. *Träger*, FG Enneccerus, 1913, S. 1, 8f. (Unterlassen als „*Nichtvornahme einer [...] Handlung*“).

zur Vermeidung des pflichtwidrigen Verhaltens“¹²¹⁸ abverlangt.¹²¹⁹ Zwar mögen Pflichten, die vom Schuldner ein Tun fordern, ihm häufig einen größeren Aufwand zuweisen als Unterlassungspflichten. Das muss aber nicht zwingend so sein. Zudem wäre es bloß eine graduelle Differenzierung. Der Unterschied zwischen Tätigkeits- und Unterlassungspflichten ist also – sofern es denn überhaupt einen gibt – nur quantitativer nicht qualitativer Natur. In der Lückenfüllung mittels § 241 II BGB sollen Handlungspflichten demnach einheitlich erfasst werden, ohne dass es eine Rolle spielt, ob dem Schuldner nur ein Unterlassen abverlangt wird.

II. Zur rechtspraktischen Funktion

Wie oben dargelegt besteht der Zweck von § 241 II BGB darin, Haftungslücken im Deliktsrecht zu schließen. Der Zweck – also die Funktion – einer Nebenpflicht ist damit aus einer praktischen Perspektive der Ersatz eines anderweitig nicht ersatzfähigen Schadens, der nichtsdestotrotz ersatzwürdig ist. Nach welchen Maßstäben der Schaden ersatzwürdig sein muss, bleibt offen. Der notwendige Vergleich mit der Situation im Jedermannsrecht macht aber schon deutlich, dass es weniger um spezifisch schuldverhältnisbedingte Fragen geht als vielmehr um ein (darzulegendes) allgemeines Bedürfnis nach Haftung (Soll A für einen B gegenüber verursachten Schaden prinzipiell haften?).¹²²⁰ Dabei wird jeder Haf-

1218 Die Phrase stammt von *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 522.

1219 Ähnlich *Köndgen/von Randow*, Travemünder Symposium, 1989, S. 122, 124; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, 666. Für die ökonomische Analyse spielt die finanzielle Belastung des Schuldners durch eine Verhaltensanforderung dabei eine größere Rolle in der Subsumtion als für die rechtswissenschaftliche Abwägung, treffend *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 247 (Fn. 4). In Nuancen wird dies deutlich bei der instruktiven Abhandlung von *E. Schmidt*, JA 1978, 597, 599f., der „den dem Schuldner [durch Nebenpflichten] abverlangten finanziellen Aufwand“ innerhalb der gesonderten Überschrift „Die ökonomische Situation“ würdigt, noch plakativer bei der Einschätzung zu Nebenpflichten von *Dölle*, ZgStW 103 (1943), 67, 102 („eine Vermögensleistung fordern sie von dem Gebotsunterworfenen nicht“). *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 145 sieht es als große Chance der ökonomischen Analyse an, dass sie „der Rechtsprechung verdeutlichen kann, welche ökonomischen Folgen ihre Entscheidungen haben können“.

1220 *HKK/Dorn*, 2007, § 241 Rn. 77 (Nebenpflichten „systembedingter Weg, die als billig anerkannte Haftung bestimmter Personen für bestimmte Schäden“ durchzusetzen); ähnlich auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 52, der Nebenpflichten – anders als das sonstige Leistungsstörungenrecht – eher als ein „überindividuell[es]“ Haftungssystem sieht.

tungsvorteil gegenüber dem Jedermannsrecht, welcher mit der Haftung aus Nebenpflichtverletzung angestrebt wird, separat untersucht.¹²²¹ Dieser Aspekt des Normzwecks von § 241 II BGB soll im Folgenden als die rechtspraktische Funktion einer Nebenpflicht bezeichnet werden.

Zunächst wird innerhalb der rechtspraktischen Funktion versucht, den *telos* des jeweiligen Haftungsvorteils mit bestehenden rechtswissenschaftlichen Ansätzen zu ermitteln. Anschließend wird der Zweck des jeweils angestrebten Haftungsvorteils aus der Perspektive der ökonomischen Analyse betrachtet.¹²²² Das Bedürfnis nach Haftung weniger aus einer schuldverhältnisbedingten Perspektive, sondern vielmehr aus einer ganzheitlich-rechtssystemischen Perspektive auszu-leuchten ermuntert nämlich zur Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts.¹²²³ Nebenpflichten werden von der herrschenden Lehre unabhängig von der konkreten dogmatischen Verortung als gesetzliche Haftung mit heterono-

1221 Vgl. – mit Ausnahme der nunmehr angeglichenen Verjährung – die Übersicht bei *Michael Lehmann*, Bürgerliches Recht, 1983, S. 97. Die Intensität der Analyse verhält sich dabei linear zu der Quantität der im ersten Teil festgestellten Haftungsunterschiede: Dem Aspekt des Vermögensschutzes wird folglich am meisten Raum eingeräumt, anschließend folgt die Verantwortlichkeit für Dritte. Die Beweislastumkehr wird aufgrund der geringen, verbleibenden Unterschiede nur noch kursorisch behandelt.

1222 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 66 hält eine rein rechtswissenschaftliche Problemanalyse im Schuldverhältnisrecht mittlerweile für ausgeschlossen, weil die ökonomische Analyse bereits die „*Denkstrukturen*“ verändert habe. Das mag mit Blick auf viele Ergebnisse der Rechtspraxis stimmen. Solange indes der Ansatz der ökonomischen Analyse nicht in der Subsumtion explizit gewürdigt wird, bleibt für die Schnittstellenwissenschaft die wichtige Aufgabe, für methodische Transparenz zu sorgen.

1223 Diese liefert abstrakte Kriterien, mit denen Haftungsrisiken zugewiesen werden können. Haftung, die aus einer abstrakten Perspektive für notwendig erklärt wird, muss aber stets im Ansatz fremdbestimmt sein, weil sie nicht vom Willen des Einzelnen abhängen darf, *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 411. Dieser könnte schließlich das als sinnvoll ausgemachte Haftungsniveau eigenmächtig herabsenken. Dieser Gedanke steht zunächst einmal im klaren Widerspruch zum Primat des Parteiwillens innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse. So ist die Akzeptanz der ökonomischen Analyse im Deliktsrecht auch größer als im Vertragsrecht. Die Risikozuweisung nach Effizienzgedanken meidet im Jedermannsrecht zumindest den Konflikt mit der Privatautonomie. Es bleibt weiterhin ein potentieller Konflikt mit Gedanken der Gerechtigkeit sowie mit dem teilweise vertretenen Grundsatz, dass Zivilrecht – anders als das öffentliche Recht oder das Strafrecht – frei von Verhaltenssteuerung zu sein habe, vgl. präzise hierzu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 360 („*heiße Kartoffel des Rechtssystems*“), 431 („*mitunter behauptet, die Verfolgung präventiver Ziele mit Hilfe zivilrechtlicher Schadensersatzdrohungen sei verfassungswidrig*“), 454 (zivilrechtliche Haftung in jedem Fall unmissverständliches „*Signal an sämtliche Akteure, die künftig in dieselbe Situation geraten*“ wie der Schädiger).

mem Haftungsgrund eingeordnet.¹²²⁴ Damit nehmen sie (auch) in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis eine Sonderstellung ein. In welcher Weise die Heteronomie der Nebenpflichten materiell-rechtlich auszufüllen ist, hat der Gesetzgeber der Wissenschaft überlassen.¹²²⁵ Damit steht auch der Anwendung der ökonomischen Analyse kein prinzipielles Hindernis entgegen.¹²²⁶

III. Zur schuldverhältnisspezifischen Funktion

Schon der Wortlaut des § 241 II BGB gibt vor, dass sich die Nebenpflicht (auch) aus dem jeweiligen Schuldverhältnis speisen muss („*Schuldverhältnis* [...] *nach seinem Inhalt*“). Zweck einer Nebenpflicht ist damit auch immer die dienende Unterstützung eines konkreten Schuldverhältnisses. Im Vergleich zur obigen rechtspraktischen liegt hier der Fokus auf der Frage, ob das konkrete Schuldverhältnis den Ersatz des jeweiligen Schadens aus einer situativen Perspektive rechtfertigen kann (Lässt sich eine Haftung von A gegenüber B darauf stützen, dass beide durch ein Schuldverhältnis verbunden sind?). Dieser Aspekt des Normzwecks von § 241 II BGB soll im Folgenden als die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht bezeichnet werden.¹²²⁷

IV. Funktionale Zweiteilung

Um im Einzelfall eine Nebenpflicht überzeugend auf dem Normzweck des § 241 II BGB stützen zu können, müssen beide (Teil-)Funktionen einschlägig sein. Die

1224S.o., S. 169 (Fn. 688).

1225 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125f.

1226 Nebenpflichten sind schließlich aus einer pragmatischen Perspektive lediglich Instrumente zum ausschnittweisen Ersatz von Vermögensschäden unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Entwicklungen, *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 325. Als kontemporäre Spielart des „*Vertragsfunktionalismus*“ bietet sich die ökonomische Analyse für einen funktionalen Ansatz im Schuldverhältnisrecht deshalb in besonderer Weise an, *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 133; s. bereits *Fezer*, JZ 1986, 817, 822f.

1227 Diese soll primär der Begrenzung dienen. Anders als die rechtspraktische Funktion kann sie eine Nebenpflicht nicht mit vorhersehbaren Maßstäben begründen, sie soll aber das Feld, auf dem die Nebenpflicht gesucht wird, klar abstecken. Die für die Subsumtion entscheidende Frage ist damit, wann sich eine Haftung von A gegenüber B eben gerade nicht mehr auf das Schuldverhältnis stützen lässt und eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht deshalb ausscheidet.

Aufspaltung des Normzwecks in zwei separate Prüfungspunkte ist nicht zwingend, soll aber die Subsumtion zur Existenz einer Nebenpflicht entzerren und damit differenzierter werden lassen. Zudem soll sie deutlich machen, dass die Natur einer Nebenpflicht nach heutigem Stand der Dogmatik ohnehin zweigespaltен ist¹²²⁸: Zum einen lässt sich ein gewisser Rückbezug auf das konkrete Schuldverhältnis in der Begründung schon wegen des Wortlauts des § 241 II BGB sowie der Einbettung in einen konkret schuldverhältnisbedingten Sachverhalt nicht vermeiden. Zum anderen steht aber häufig der Gedanke, prinzipiell – aus verschiedensten, nicht immer rechtlichen Gründen – eine Verhaltenssteuerung durch eine Nebenpflicht zu ermöglichen, bei der Subsumtion im Vordergrund.¹²²⁹

1228 Die Zweiteilung innerhalb des Verständnisses von Nebenpflichten findet sich in einigen, wenigen Varianten nämlich auch bereits in der Literatur: So stellt etwa *Lüsing* fest, dass schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten ein „hybrider Charakter“ innewohnt: Zum einen verfolgen sie ein Schutzinteresse gegenüber dem jeweils betroffenen Rechtsgut, zum anderen ist Teil ihrer Regelungsaufgabe auch die Förderung des Güter austausches, *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 165f. Ähnlich sieht dies *Fleischer*, der zum einen den konkreten Güterschutz sowie zum anderen den Schutz des Schuldverhältnisses auf lange Sicht aus einer makrojuristischen Perspektive als Aufgabe der Nebenpflichten sieht, *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 427; *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256f. Haftungsgrund der Nebenpflichten sei die Funktionsfähigkeit des Geschäftsverkehrs durch Schutz von „Systemvertrauen“ (Begriff von *Luhmann*, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. 50ff.), *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 423f. Durch eine Standardisierung der Verkehrserwartungen lasse sich das Kriterium der Effizienz berücksichtigen, *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 423. Das „generalisierte Vertrauen“ wiederum ist schutzwürdig, um makrojuristisch das jeweils betroffene Schutzinteresse langfristig zu sichern. Das „klassische Vertragsmodell“ – das die sachgerechte Abwicklung des einzelnen Schuldverhältnisses gewährleisten soll – wird damit von *Fleischer* um den Institutionenschutz des Rechtsgeschäfts „an sich“ ergänzt, vgl. bereits die Begründung von Nebenpflichten aus einem „Korrelat privatautonomer Gestaltungs-freiheit“ heraus bei *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, 172f. („Privatrecht [hat] notwendig eine überindividuelle Sozialfunktion zu erfüllen“). Im Ergebnis weisen Nebenpflichten damit auch nach seinem Ansatz ein hybrides Schutzgut auf: Auf der einen Seite steht der Schutz des individuell betroffenen Schutzinteresses – in concreto war dies für *Fleischer* die (rechts-geschäftliche) Entscheidungsfreiheit – und auf der anderen Seite steht der Institutionenschutz eines reibungslosen Rechtsverkehrs, *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 427; *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256f. Der jeweils als zweites genannte Aspekt lässt sich als „überindividuelles“ Schutzgut erfassen, vgl. zur „ökonomisch-sozialen Funktion des Vertrages“ bereits *Raiser*, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, 119f. Dabei soll der systemische Schutz auch die Position des konkreten Rechtsguts auf lange Sicht verbessern und damit einen Rückbezug der beiden Funktionen aufeinander ermöglichen, vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 423f.; *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256f.

1229 Vgl. zur culpa in contrahendo *Fleischer*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 251 („verhaltenssteuernde Funktion im Vordergrund“) sowie allgemein Köndgen/von Randow, Travemünder

V. Zur Prüfungsreihenfolge

Als prinzipielle, von Schuldverhältnis-spezifischen Einzelheiten befreite Frage bietet es sich aus einer theoretischen Perspektive – und somit auch in dieser Arbeit – an, mit der Prüfung nach der Haftungsnotwendigkeit dem Grunde nach zu beginnen. Allerdings ist es aus praktischer Perspektive wenig zielführend, zunächst die Ersatzwürdigkeit eines Schadens nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen, um sodann festzustellen, dass es einer entsprechenden Nebenpflicht an jeglichem Bezug zum konkreten Schuldverhältnis fehlt. Da § 241 II BGB ein Schuldverhältnis voraussetzt und in seinen Voraussetzungen an ein solches anknüpft, wäre folglich in der Rechtspraxis die spezifisch schuldverhältnisbedingte Voraussetzung – obgleich spezieller – als erste zu prüfen.

VI. Zwischenergebnis: Doppelfunktionales Verständnis von § 241 II BGB

Ist die auf Verletzung einer Nebenpflicht gestützte Haftung nicht wegen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB verdrängt, so wird zur Subsumtion ein doppelfunktionales Verständnis schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten vorgeschlagen. Eine Nebenpflicht lässt sich demnach nur dann aus § 241 II BGB ableiten, wenn sie (1) als Ausgleich für unerwünschte Haftungslücken im Jedermannsrecht eine rechtspraktische Funktion erfüllt und (2) als sachdienliche Stütze des konkreten Schuldverhältnisses dem konkreten Schuldverhältnis gegenüber eine schuldverhältnisspezifische Funktion erfüllt.

Symposium, 1989, S. 122, 123 („Haftungsregeln verhaltenssteuernd“); Wagner, AcP 206 (2006), 352, 454 („Wahl des maßgeblichen Sorgfaltsstandards“ als „Signal an sämtliche Akteure, die künftig in dieselbe Situation geraten“); plakativ Matthias Lehmann, ZEuP 2009, 693, 694 (Nebenpflichten als Baustein für „social engineering“). Indem diesem prinzipiellen Bedürfnis nach Verhaltenssteuerung durch Anerkennung einer Nebenpflicht Rechnung getragen wird, lässt sich häufig sogar eine gewisse Entkopplung von den Spezifika der Schuldverhältnis-spezifischen Situation feststellen.

B. Ausfüllung der rechtspraktischen Funktion von Nebenpflichten

Aus rechtspraktischer Perspektive soll eine Nebenpflicht aus § 241 II BGB Haftungslücken des Deliktsrechts schließen.¹²³⁰ Lässt sich der Schadensposten nicht über das Jedermannsrecht liquidieren, so beginnt der originäre Anwendungsbereich der Nebenpflichten. Als zweiter Schritt ist deshalb zu fragen, welcher der drei primären Vorteile des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht – Schutz vermögenswerter Interessen, Haftung für das Verhalten Dritter oder die Beweislastumkehr – im konkreten Fall für einen Anspruch des Anspruchsstellers notwendig ist. Fällt die Wahl auf einen – oder mehrere – der drei elementaren Haftungsvorteile des Schuldverhältnisrechts, so gilt es zu ermitteln, ob die Anwendung des jeweiligen Vorteils im konkreten Einzelfall angemessen scheint. Dafür bedarf es für jeden Vorteil haftungsausfüllender Kriterien, welche die Teleologie des jeweiligen Bereichs in abstrakter Hinsicht offenlegen. Nur so kann aus *ex-ante*-Perspektive vorhersehbare Haftungsreichweite garantiert werden. Der Schutzzweck des angestrebten Haftungsvorteils gegenüber dem Jedermannsrecht begründet und begrenzt damit die rechtspraktische Funktion einer Nebenpflicht.

I. Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken im Bereich des Vermögensschutzes

Der wichtigste Anwendungsbereich von Nebenpflichten ist der Schutz vermögenswerter Interessen.

1230 Für die Frage ob innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses eine Nebenpflicht in Betracht kommt, ist nach hier vertretener Ansicht bei teleologischer Auslegung des § 241 II BGB in einem ersten Schritt zu fragen, ob sich der gewünschte Schadensposten nicht prozessual und materiell-rechtlich in gleichwertigem Maße über das Jedermannsrecht liquidieren lässt. Ist dies der Fall, so entfällt die rechtspolitische Begründung für Nebenpflichten. Weil die Nebenpflichten nach allgemeiner Ansicht nur mit großer Mühe in die Dogmatik des allgemeinen Schuldrechts einzufügen sind, besteht dann keine Notwendigkeit mehr, über das Schuldverhältnisrecht eine dritte Spur zwischen Vertrags- und Deliktsrecht aufrechtzuerhalten, s.o., S. 275ff.

1. Frage nach der Reichweite von Vermögensschutz

a) Eignung als Haftungsgrund?

Der Gesetzgeber hat sich bei Erlass des BGB gegen eine große Generalklausel für den Ersatz aller vermögenswerter Interessen entschieden.¹²³¹ Dies tat er vor allem, um einer übermäßigen Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Einzelnen vorzubeugen.¹²³² Dieser würde durch die unbegrenzte Anzahl möglicher Gläubiger bei einem Unfall schließlich im Alltag in seiner grundgesetzlich verbürgten Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) unangemessen eingeschränkt. Zudem wäre damit jeder ein potentieller Schuldner einer vermögensschützenden Sorgfaltspflicht gegenüber seinen Mitbürgern, ohne jedwede Kenntnis von den konkreten Vermögensinteressen zu haben.¹²³³ Im Umkehrschluss hierzu ließe sich als Ausfluss des *neminem laedere*-Gebots formulieren, dass vermögenswerte Interessen immer dann zu schützen seien, wenn im Verhältnis zum Anspruchsgegner die Anzahl der möglichen Anspruchssteller fest-

1231 *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 35. Der BGB-Gesetzgeber hatte hierbei vor französischen Auswüchsen Angst, die entstehen könnten, wenn der Rechtsprechung mit einer solchen Generalklausel „*carte blanche*“ erteilt würde, vgl. *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1075; *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 65. In Frankreich gibt es eine „*große*“ Generalklausel im Jedermannsrecht, welche den Ersatz jedweder vermögenswerter Interessen ermöglichen kann: Nach Art. 1382 Code civil ist jeder für den Schaden haftbar, den er einem anderen durch schuldhaftes Verhalten zufügt, vgl. hierzu *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 2001, S. 733ff.; *Nirk*, RabelsZ 18 (1953), 310, 342f. Nach Art. 1383 Code civil wird nicht nur für positives Tun gehaftet, sondern auch für schuldhaftes Unterlassen und Fahrlässigkeit, *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. 74f.; näher zur historischen Entwicklung *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, 1611f. sowie zur Beweislastverteilung *Sonnenberger*, FS Medicus, 1999, S. 621, 630ff. Zusammengenommen erlauben die beiden Normen einen im Ansatz und der Auswahl schützenswerter Interessen unbeschränkten Schutz durch das Jedermannsrecht, näher – auch zu den faktisch durchaus vorhandenen Grenzen – *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1724 1727f., 1733f.; *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 50f.; *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 225ff.; *Wagner*, Schuldrecht, 2003, S. 203, 205.

1232 Die „Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb deren sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen“ sollten maßvoll voneinander abgegrenzt werden, *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1073; vgl. auch *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 36f.; *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 264; *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, 213f.; *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. 36 (Gefahr „eine[s] [die] [...] allgemeine Handlungsfreiheit nahezu erstickenen Haftungsrisiko[s]“); *HKK/Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 14 („floodgates argument“).

1233 *Treffend Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. 36 („Folgen einer Handlung von vornherein jeder Kalkulierbarkeit entzogen“).

steht oder zumindest *ex ante* bestimmbar ist.¹²³⁴ Zudem sollte der potentielle Anspruchsgegner seine Schuldnerposition erkennen können. Ist die Haftungsgefahr für den Schuldner zumindest erkennbar, so ist das Kernargument gegen den umfassenden Vermögensschutz im Jedermannsrecht entkräftet.¹²³⁵ Innerhalb

1234 So *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 491f.; *Picker*, JZ 1987, 1041, 1053; *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 437; zust. *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. 36ff.; vgl. auch *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 37f.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 101f. Im Ansatz nicht unähnlich versucht *Schur*, Leistung, 2001, S. 216ff., Nebenpflichten aus der „*Personalität*“ des Schuldverhältnisses heraus zu begründen. Er stellt damit ebenfalls die mengenmäßige Fixierung von Schuldner und Gläubiger im Vorhinein der Schädigung in den Mittelpunkt.

1235 So auch *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 264. Dieser Ansatz mag in theoretischer Abstraktheit attraktiv wirken, aber welche Anspruchsgrundlage den Vermögensschutz gewährleisten soll, geht aus ihm nicht hervor, ähnlich *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. 264f. Deshalb muss er sich am geltenden Recht messen lassen: Das Deliktsrecht soll nach allgemeiner Ansicht mit der Integrität den *status quo* schützen. Bei absoluten Rechtsgütern ist der Schutzzweck klar: Jedes rechtswidrige und schuldhaft Verhalten, das eine Beeinträchtigung des Rechtsguts herbeiführt, verpflichtet zur Naturalrestitution nach § 249 I BGB. Ist aber wie im Fall des Vermögens das Schutzgut amorph, so darf eben nicht jede Beeinträchtigung zum Schadensersatz führen. Vielmehr muss das zu sanktionierende Verhalten bereits vor der Schädigung genau umrissen und begrenzt sein. Im Jedermannsrecht liegt die Konturierung regelmäßig darin, dass aktiv auf einen fremden Gegenstand eingewirkt wird und dem Gegenstand nicht nur Nutzungsvorteile entzogen werden, zutreffend *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305f. Anderenfalls könnte auch der Abschluss eines nur für die eine Seite wirtschaftlich vorteilhaften Geschäfts zum Schadensersatz berechtigen. Abschreckung würde dann die Durchführung vermögensrelevanter Interaktionen zwischen Menschen insgesamt behindern. Hebt man die Nicht-Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden im Deliktsrecht auf, so bleibt zunächst völlig unklar, welches Verhalten sanktioniert werden soll und welches nicht. Außerhalb eines Schuldverhältnisses ließe sich der hier dargestellte Ansatz daher für die Begründung vermögensschützender Verkehrssicherungspflichten im Sinne von § 823 I BGB gebrauchen. Schließlich kommen nur die *ex ante* bestimmbar Adressaten der Verkehrssicherungspflicht als Schuldner eines Anspruchs in Betracht. Auch das jeweils betroffene vermögenswerte Interesse wäre beim Aufstellen der Verkehrspflicht näher zu konkretisieren. Zumindest die Schuldnerposition sowie das Schutzgut der Verkehrspflicht sind damit *ex ante* bestimmbar, was die die oben beschriebene Gefahr der unüberschaubaren Haftungsausweitung zumindest erheblich verringert. Auch *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, 328f. war der Auffassung, dass das Deliktsrecht mit dem Instrument der Verkehrssicherungspflichten in der Lage wäre, sinnvoll begrenzten Vermögensschutz zu leisten; vgl. zudem *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 94 (Fn. 39). *De lege lata* hat sich der Gesetzgeber aber gegen den Erlass einer vermögensschützenden Generalklausel im Jedermannsrecht entschieden. So wollte schon der BGB-Gesetzgeber den Gerichten „*einen gewissen objektiven Maßstab an die Hand [...] geben*“, weil „*es der im deutschen Volke herrschenden Auffassung von der Stellung des Richteramtes*“ nicht entspreche, den Gerichten mit einer großen Generalklausel eine „*autoritative[...] Stellung*“ hinsichtlich der grundsätzlichen Reichweite des Jedermannsrechts einzuräumen, *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1075. Diese Entscheidung würde man aushöhlen, würde man der Rechtsprechung erlauben, vermögensschützende Verkehrssicherungspflichten zu kreieren, entschieden *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 83; vgl. auch *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 445 („*nicht allein aus Traditionsbefangenheit kurios*“); *Hans Stoll*, RabelsZ 58 (1994), 96, 98 („*expansive Sprengkraft hypostasierender Gene-*

eines Schuldverhältnisses ist die Anzahl möglicher Gläubiger auf den oder die Schuldverhältnis-Partner sowie auf solche Dritte beschränkt, an deren Einbeziehung dem Gläubiger für den Schuldner erkennbar gelegen ist. Damit ist die Anzahl möglicher Gläubiger aus der Sicht des Schuldners *ex ante* bestimmbar.¹²³⁶

Im Umkehrschluss zu den Bedenken des BGB-Gesetzgebers lässt sich die Annahme einer Nebenpflicht nach § 241 II BGB zum Schutz vermögenswerter Interessen deshalb darauf stützen, dass der Gläubiger eines etwaigen Schadenersatzanspruches durch das Schuldverhältnis bereits im Vorfeld der Schädigung bestimmt ist.¹²³⁷

ralklauseln“); dafür aber von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 220ff.; K. Huber, FS von Caemmerer, 1978, S. 359, 378ff.; Mertens, AcP 178 (1978), 227, 251ff.; Replik wiederum von Steffen, VersR 1980, 409, 409ff. Selbst wenn man mit der obigen Argumentation davon ausgehe, dass die Furcht des Gesetzgebers vor Übermaßhaftung in bestimmten Konstellationen grundlos gewesen sei, so muss dem Gesetzgeber die Einschätzungsprärogative zugebilligt werden, in welchen konkreten Fällen Vermögensschutz gewährt werden soll. Diese Entscheidung würde aber hier den Richtern als Teil der Judikative zukommen. Sie wären schließlich diejenigen, die über die Existenz einer im Streitfall relevanten vermögensschützenden Verkehrssicherungspflicht zu urteilen hätten. Da die Richter mangels vorgegebener Maßstäbe bei der Prüfung einer vermögensschützenden Verkehrspflicht nicht zwingend zum gleichen Ergebnis kommen müssen, kann es zu einem verwirrenden Haftungsausmaß kommen, Picker, JZ 1987, 1041, 1047 („Gerichte [...] institutionell überfordert“); Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 318 (Fn. 3) m.w.N.; Steffen, VersR 1980, 409, 409; Teichmann, JA 1984, 709, 712. Obwohl er dem Ansatz Pickers aus einer theoretischen Perspektive nicht abgeneigt ist, lehnt auch Hassemer, Heteronomie, 2007, S. 266 es aus diesem Grund ab, hieraus eine konkrete Haftung abzuleiten. In jedem Fall würde aber durch vermögensschützende Verkehrssicherungspflichten die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative beschnitten, Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 83; Picker, AcP 183 (1983), 369, 498ff.; Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 15f. Deshalb kann der Ansatz nur innerhalb eines Schuldverhältnisses überzeugen. Dort sind Schuldner und Gläubiger bereits im Vorhinein fixiert.

1236 So auch Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 157); Picker, AcP 183 (1983), 369, 478f. Ob der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in der Handhabung durch die Gerichte für den Schuldner erkennbare Ergebnisse produziert, wird z.T. durchaus bezweifelt, näher MüKo-BGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 165.

1237 Ähnlich Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 437.

b) Eignung als Haftungsgrenze?

Wie weit ein aus dem *neminem-laedere-Gebot*¹²³⁸ abgeleiteter Vermögensschutz reichen soll, geht aus dem Gedanken selbst nicht hervor.¹²³⁹ Durch die *ex-ante*-Begrenzung potentieller Gläubiger innerhalb eines Schuldverhältnisses sollen der Vermögensschutz des Gläubigers und der Schutz der Handlungsfreiheit des Schuldners in einen maßvollen Ausgleich gebracht werden. Korrespondierend müsste umfassender Vermögensschutz gewährleistet werden. Auch im Schuldverhältnisrecht werden vermögenswerte Interessen der Beteiligten indes nicht vorbehaltlos geschützt. Eine der hier erörterten Fragen ist ja gerade, *inwieweit* das Vermögen des Gläubigers zu schützen ist. Die *ex ante* Beschränkung möglicher Gläubiger hebt zwar die grundsätzlich bestehende Barriere¹²⁴⁰ auf, welche der BGB-Gesetzgeber gegen die Haftungsflut für Vermögensschäden errichtet hat.¹²⁴¹ Welche Beeinträchtigungen des Vermögens dann aber im Einzelnen zu ersetzen sind – an welcher Stelle der Flut also wieder Einhalt zu gebieten ist –, ist unter Rückgriff auf ein einschränkendes Kriterium separat zu begründen. Dieses *caveat* wird in der Diskussion regelmäßig ausgelassen.¹²⁴² Unmittelbar lassen sich mit dem Gedanken, dass innerhalb eines Schuldverhältnisses die

1238 Picker, AcP 183 (1983), 369, 466 („Rückgriff auf das Prinzip des „neminem laedere“ als Idealpostulat jeder rechtlichen Ordnung“).

1239 Vgl. Picker, AcP 183 (1983), 369, 509 (Ansatz „beschränkt sich also auf die Methode der Haftungsbegrenzung“). Aus einer dogmatischer Perspektive soll der Ansatz wohl auch eher den Haftungsgrund für Nebenpflichten bilden, ohne konkrete Grenzen aufzustellen, vgl. Katzenstein, Jura 2004, 584, 586. Zudem scheint der Ansatz auch eher ein Gebot im Jedermannsrecht – und damit im Kern eine deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage – aufstellen zu wollen, vgl. Picker, NJW 2015, 2304, 2305f.; eindeutiger Bezug zur Haftung nach § 280 I BGB hingegen bei Katzenstein, Jura 2004, 584, 586. Damit entfernt sich der Ansatz aber von der hier thematisierten Auslegung des § 241 II BGB. Rückt man mit Schur das Kriterium der „Personalität“ des Schuldverhältnisses in den Vordergrund, so ist zumindest gewährleistet, dass die Haftung nicht aus dem Jedermannsrecht folgen soll. Gleichzeitig lässt sich hiermit keine Grenze für schützenswerte Vermögensinteressen ziehen. Wo genau die „Personalität“ endet, gibt der Ansatz nicht vor. Zudem sind durchaus Fälle aus dem Jedermannsrecht vorstellbar, in denen die „persönliche“ Komponente zwischen Schädiger und Geschädigtem ausgeprägter ist, ohne dass eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB in Betracht käme, in diese Richtung Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 159.

1240 Vgl. Schlechtriem, FS Medicus, 1999, S. 529, 538 („Schleusentore“).

1241 So auch Katzenstein, Jura 2004, 584, 595 (Fn. 157); Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 101f.

1242 Arg e contrario Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 445, der als Subsumtionskriterium vorschlägt, „ob aufgrund individualisierbarer Beziehungen der Parteien der Kreis der möglichen Gläubiger schon vorweg abstrakt-generell begrenzt werden kann“; deshalb skeptisch auch Medicus, Schuldverhältnis, 1987, S. 24.

Gläubigeranzahl *ex ante* abgegrenzt ist, Nebenpflichten demnach nicht rechtssicher im Hinblick auf die Reichweite von Vermögensschutz begrenzen.

Aus der ursprünglichen Befürchtung des BGB-Gesetzgebers lässt sich aber zumindest ableiten, dass die Haftungsgefahr für den Schuldner im weitesten Sinne überschaubar sein soll.¹²⁴³ Die Anzahl der Gläubiger ist im Schuldverhältnis bereits beschränkt. Wie gezeigt erlaubt diese Voraussetzung den Vermögensschutz nur dem Grunde nach. Welche Bestandteile des Vermögens aber *in concreto* schützenswert sind, muss aus dem Ansatz ableitbar sein. Für eine sinnvolle Begrenzung kann man aber erneut auf den BGB-Gesetzgeber zurückgreifen: Diesem war es wichtig, dass der einzelne sein Haftungsrisiko nicht als potentiell existenzvernichtendes Damoklesschwert unerkannt mit sich tragen muss.¹²⁴⁴ Soll ein vermögenswertes Interesse geschützt werden, so muss es folglich dem Schuldner gegenüber erkennbar sein. Der Schutz vermögenswerter Interessen innerhalb eines Schuldverhältnisses wird damit – in tatbestandlicher Hinsicht, nicht aber auf Rechtsfolgeenseite¹²⁴⁵ – sinnvollerweise durch das Kriterium der Erkennbarkeit begrenzt.¹²⁴⁶

1243 Vgl. auch *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 420f.; *Schur*, Leistung, 2001, S. 263f.

1244 Vgl. *Mugdan*, Materialien, Bd. I, 1899, S. 1073, 1075; *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 420.

1245 Dort gilt schließlich, ebenso wie im Jedermannsrecht, der Grundsatz der Totalreparation aller aus der Pflichtverletzung herrührenden Schäden, vgl. *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, 13. Aufl. 2014, Vor § 249 Rn. 14.

1246 Ähnlich, wenn auch mitunter in anderem Kontext *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 420f. (Kriterium für die „Allzweckwaffe“ eines Schuldverhältnisses nach § 311 II Nr. 3 BGB); *Schlechtriem*, FS Medicus, 1999, S. 529, 539; *Trimarchi*, ZHR 136 (1972), 118, 127 („Schuldner [nur bei Erkennbarkeit der Haftung] in die Lage versetzt [...], den von ihm geschuldeten Aufwand zu kalkulieren, um sich diesem im Bewußtsein seiner Verpflichtung unterziehen und eine entsprechende Gegenleistung fordern zu können“); vgl. auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 173, der aber in verkehrter Reihenfolge argumentiert: Weil die Gläubigerzahl im Schuldverhältnis *ex ante* begrenzt und die jeweiligen Vermögensinteressen erkennbar seien, könne die *ratio* der Begrenzung des Vermögensschutzes aus dem Jedermannsrecht im Schuldverhältnis nicht einschlägig sein. Korrespondierend sei der Schutz des Vermögens des Gegenübers angemessen. Auch im Schuldverhältnis gibt es aber durchaus vermögenswerte Interessen des Gläubigers, die dem Schuldner nicht bekannt und auch nicht erkennbar waren. Der Schutz jedes vermögenswerten Interesses des Gläubigers käme eben jener freiheitserdrosselnden Haftung gleich, die der BGB-Gesetzgeber zu verhindern suchte. Einziger Unterschied wäre, dass zumindest die Person des Gläubigers bekannt ist. Deshalb ist die Erkennbarkeit des vermögenswerten Interesses nicht Grund sondern Voraussetzung einer Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB, vgl. insoweit auch *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 445f. Weil Nebenpflichten die Durchführung des Schuldverhältnisses situativ absichern sollen, muss diese

c) Besonderheiten bei der Informationsverantwortlichkeit

Zielen Nebenpflichten auf den Schutz des Vermögens, so geht es häufig um die Beeinträchtigung vermögenswerter Interessen durch fehlerhafte oder unzureichende Information durch die Gegenseite. Zentral für ein einheitliches Verständnis der Teleologie von Informationspflichten ist, dass man sie als fremdbestimmt einordnet: Sie lassen sich also auch in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen nicht auf den Parteiwillen zurückführen.¹²⁴⁷ Schon der Gesetzgeber stand indes einer einheitlichen Begründungsgrundlage für vermögensschützende Aufklärungspflichten bei Erlass des BGB skeptisch gegenüber.¹²⁴⁸ Die Rechtsprechung nimmt mittlerweile tatbestandlich eine Aufklärungspflicht für solche Umstände an, die für die andere Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und auf deren Mitteilung sie nach Treu und Glauben vertrauen kann.¹²⁴⁹ Subsumtionsleitender Zweck jeder Nebenpflicht, welche die Informationsverantwortlichkeit verlagert, ist bei einer Rundschau über Rechtspraxis und Wissen-

Erkennbarkeit nicht schon bei Begründung des Schuldverhältnisses vorliegen. Das vom Schuldner zu schützende Interesse muss aber vor dem Moment erkennbar sein, in welchem ihm über die Nebenpflicht eine Handlung abverlangt wird.

1247 So auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 60f.

1248 Muggan, Materialien, Bd. I, 1899, S. 467 („Frage, inwieweit eine Rechtspflicht besteht, dem anderen Theile Umstände mitzuteilen, von denen vorauszusetzen ist, daß sie auf seine Entschliebung von Einfluss sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Lösung“). Auch Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 539 hielt 1981 eine dogmatisch einheitliche Rückführung der Informationspflichten auf einen gemeinsamen Nenner für „fast ausgeschlossen“. Breidenbach, Informationspflichten, 1989, S. 62ff. versuchte 1989 dann drei Abwägungskriterien zu entwickeln, mit denen sich jede Informationspflicht begründen lassen sollte: Der Bedarf des Gläubigers an der Information, die (faktische) Möglichkeit des Schuldners zur Information, sowie der „Funktionskreis“ der Information sollten die Leitlinien in der Subsumtion darstellen. Auch Lorenz versuchte Gemeinsamkeiten der Aufklärungspflichten aufzudecken, vgl. Lorenz, Schutz, 1997, S. 436f. mit einem Entwurf zu § 305f BGB als konkrete Kodifikation der vorvertraglichen Aufklärungspflicht; noch weitergehend Roth, Information, 2006, S. 179ff. („These vom einheitlichen Recht auf Information als dogmatische Grundlage aller Informationsansprüche“).

1249 RG, Urt. v. 1.3.1928 – VI 258/27, RGZ 120, 249, 252; BGH, Urt. v. 20.2.1967 – III ZR 134/65, Rn. 14 a.E. (BGHZ 47, 207, 210f.); BGH, Urt. v. 27.11.1985 – VIII ZR 316/84, Rn. 54 (BGHZ 96, 302, 311); BGH, Urt. v. 14.3.2003 – V ZR 308/02, Rn. 12; BGH, Urt. v. 25.3.2009 – XII ZR 117/07, Rn. 12; BGH, Urt. v. 1.2.2013 – V ZR 72/11, Rn. 8; vgl. *Faust/Grigoleit*, Verbraucher-acquis, 2011, S. 193, 198 („generalklauselartige Formel“); *Klinck*, Information, 2013, S. 103, 105 („Wertungsblankette“); *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 447; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 475 (Fn. 205) m.w.N.

schaft ein Informationsgefälle zwischen den Parteien auszugleichen.¹²⁵⁰ Nebenpflichten lassen sich also für die Verlagerung der Informationsverantwortlichkeit spezifisch auf das Ziel stützen, Informationsgefälle zu beheben.

Ob sich Nebenpflichten mit dem inneren Zweck der Verlagerung von Informationsverantwortlichkeit sinnvoll begrenzen lassen, hängt davon ab, wie man den Begriff des Informationsgefälles selbst begrenzt. In der Rechtspraxis wird der Begriff insbesondere mit den Kriterien der Erkennbarkeit, der Entscheidungserheblichkeit, der Schutzwürdigkeit und der Zumutbarkeit konturiert.¹²⁵¹ Wegen der Vielzahl von hochnormativen Begriffen lassen sich Nebenpflichten so zwar im Einzelfall durchaus sinnvoll begrenzen. Eine *ex ante* erkennbare Haftungsreichweite können die Kriterien wegen ihrer Vagheit aber nicht garantieren.¹²⁵²

d) Zwischenergebnis: Vermögensschutz muss erkennbar sein

Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen auf einen einzigen Zweck zurückzuführen – und damit dann zu begrenzen – gestaltet sich wie erwartet schwierig. Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen lassen sich aber zumindest insofern auf die Teleologie des Vermögensschutzes im BGB stützen, als in einem Schuldverhältnis keine grundsätzlichen Bedenken gegen umfassenden Vermögensschutz bestehen. Ab welchem Punkt vermögenswerte Interessen nicht mehr mittels einer Pflicht aus § 241 II BGB zu schützen sind, sollte mit Blick auf die Intentionen des BGB-Gesetzgebers vor allem das Kriterium der Erkennbarkeit des vermögenswerten Interesses entscheiden.

1250 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 447f.; Teichmann, JA 1984, 545, 547; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 476 (Fn. 209) m.w.N.

1251 Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 450ff. m.w.N.; Teichmann, JA 1984, 545, 547; vgl. beispielsweise BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 29, das auf die „erkennbaren Informationsbedürfnisse [...] einerseits und die Beratungsmöglichkeiten [...] andererseits“ als entscheidende Subsumtionskriterien abstellt.

1252 Provokant, aber treffend Honsell, FS Medicus, 2009, S. 181, 183 (Grenzen der Aufklärungspflichten nach dem Maßstab der Rechtsprechung als „Gretchenfrage“).

2. Bestimmung der Reichweite von Vermögensschutz nach Ansätzen der ökonomischen Analyse
 - a) Kein Widerspruch zwischen richterlicher Aufgabe und ökonomischer Analyse

Im Ausgangspunkt muss eine richterliche Entscheidung ein interessengerechtes Ergebnis im Einzelfall herbeiführen. Diese Aufgabe stellt nicht zwingend einen Widerspruch zur Berücksichtigung von Gedanken der ökonomischen Analyse dar.¹²⁵³ Das Zivilrecht hat nämlich nicht nur einen einzelnen Fall interessengerecht zu lösen, sondern muss den Sachverhalt auch als ein Muster für zukünftige, ähnlich gelagerte Konstellationen würdigen.¹²⁵⁴ Auch in der Rechtswissenschaft wird dabei darauf hingewiesen, dass das Privatrecht Anreize für volkswirtschaftlich sinnvolles Handeln setzen sollte.¹²⁵⁵ Der Grundansatz einer an der Rechtspraxis orientierten ökonomischen Analyse ist ganz ähnlich: So soll ein Richter bei seiner Entscheidung – vereinfacht gesagt – nicht nur die Parteiinteressen, sondern auch das kollektive Interesse der Gesellschaft im Blick haben.¹²⁵⁶

-
- 1253 Vgl. *Heusinger*, Rechtsfortbildung, 1975, S. 5 (Rechtsanwendung durch den Richter ist „*finales Handeln, ausgerichtet auf ein vernünftiges Ergebnis, wie es der Gerechtigkeit entspricht*“). Die „*Vernünftigkeit*“ eines Ergebnisses kann dabei auch von Determinanten beeinflusst werden, die über den einzelnen Sachverhalt hinausgehen, vgl. *Heusinger*, Rechtsfortbildung, 1975, S. 5 („*Richter [...] bei der Suche nach der Entscheidung in erster Linie von dem Streben geleitet, [...] etwas zu tun, wovon für Gegenwart und [...] Zukunft etwas Sinnvolles [...] zu erwarten ist*“); *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, 693f. So sieht beispielsweise *Coleman*, *Ariz. L. Rev.* 37 (1995), 15, 29 den haftungszuweisenden Begriff des *cheapest cost avoider* im Einklang mit dem Gedanken kompensatorischer Gerechtigkeit, wenn sich die Gesellschaft als Kollektiv darauf einigen kann, die Kosten der Schadensvermeidung möglichst gering zu halten; krit. indes *Rödl*, *Gerechtigkeit*, 2015, S. 78ff., 97f.
- 1254 Vgl. bereits *Coase*, *J. Law & Econ.* 3 (1960), 1, 27 („In a world in which there are costs of rearranging the rights establishes by the legal system, the courts [...] are, in effect, making a decision on the economic problem and determining how resources are to be employed.“). Schließlich hat jede Entscheidung über Sorgfaltsstandards aus einer rein faktischen Perspektive Signalwirkung, überzeugend *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 424, 454; verhalten *Eidenmüller*, *AcP* 197 (1997), 80, 86 („typisch für das Rechtsanwendungsverständnis der ökonomischen Analyse“).
- 1255 *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 232; *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, 693f. (Rechtspraxis „*kann sich der Verantwortung für die Folgen ihres Tuns oder Unterlassens nicht länger entziehen*“); *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 39, 55 (Fn. 116f.); ausf. zur „*Verhaltenssteuerung als Privatrechtsprinzip*“ *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 422ff.
- 1256 *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 4; vgl. aber gleichwohl das vernichtende Verdikt von *Taupitz*, *AcP* 196 (1996), 114, 120 („keine einzige gerichtliche Entscheidung, in der das Ergebnis ausdrücklich auf die ökonomische Analyse gestützt worden wäre“).

aa) Grundgedanke der Rechtsökonomie

Was steckt hinter der Idee, die ökonomische Analyse auf Nebenpflichten aus einem Schuldverhältnis anzuwenden? Funktion des Schuldrechts im Allgemeinen ist nach rechtswissenschaftlicher Auffassung die Ermöglichung und Erleichterung von Güterverschiebungen zwischen Rechtspersonen.¹²⁵⁷ Nebenpflichten sollen hierbei der Funktion des Schuldrechts flankierend dienen, indem im Rahmen eines Schuldverhältnisses auch Rechtsgüter der Beteiligten geschützt werden, die zwar nicht zum Leistungsgegenstand werden, aber trotzdem unmittelbar an etwaigen Gefahren des Schuldverhältnisses teilhaben.¹²⁵⁸ Weil Ressourcen (Geld, Wirtschaftsgüter, Zeit etc.) endlich sind,¹²⁵⁹ müssen sie aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive – zur Mehrung des gesamtgesellschaftlichen Wohlstands – mit größtmöglicher Sorgfalt verteilt werden.¹²⁶⁰ Aufgabe und Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts ist eine Symbiose von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.¹²⁶¹ Maßstab der ökonomischen Analyse für die Reichwei-

1257 *Bydlinski*, Prinzipien, 1996, S. 172f.; *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 4.

1258 Vgl. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 520f.

1259 Prämisse der Ressourcenknappheit, s. *J. Schmidt*, Vertragsfreiheit, 1985, S. 192; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 45f.

1260 Hieraus folgt die wirtschaftswissenschaftliche Forderung nach *Allokationseffizienz*, welche einen Zustand bezeichnet, in dem alle Ressourcen zum größtmöglichen Nutzen verteilt sind, näher *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 184f.; *R. Posner*, Economic Analysis, 9. Aufl. 2014, S. 8, 30; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 14ff.

1261 *Staudinger/Honsell*, Neubearbeitung 2013, Einl zum BGB Rn. 199; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. XXXIII. Hierum machte sich insbesondere der amerikanische Wirtschaftswissenschaftler und Nobelpreisträger *Richard Coase* verdient. Er stellte die – später als sog. *Coase-Theorem* bekannt gewordene – These auf, dass in einer Welt, in der Rechtsgüter ohne (Transaktions-)Kosten (Notargebühren, Beratungskosten, Austauschkosten etc.) getauscht werden können und die Durchsetzung individueller Rechte keine Kosten (Gerichtskosten, Rechtsanwaltskosten etc.) verursacht, die Menschen durch den Austausch der Rechtsgüter (Ressourcenallokation) eine effiziente Verteilung dieser Rechtsgüter (Zustand der Allokationseffizienz) erreichen werden, die keinerlei negative Auswirkungen auf unbeteiligte Marktteilnehmer (sog. negative Externalitäten) hat, näher *Coase*, *J. Law & Econ.* 3 (1960), 1, 13, 19. Prämisse dieser These ist aber ein stets rational im eigenen Interesse agierender Marktteilnehmer, der von (negativen) Stimuli wie Gruppenzwang, Neid, Gier, etc. unbeeinflusst bleibt (sog. *homo oeconomicus*). Der *homo oeconomicus* versucht dabei als rationales Individuum seine eigenen Präferenzen möglichst umfassend nach der *REM-Theorie* („*resourceful, evaluating, maximising*“ [individual]) durchzusetzen und prägt als solcher das gesamtgesellschaftliche Erscheinungsbild, näher zu alldem *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 40f. (Fn. 47, 51) m.w.N. Dies wird insbesondere von den Verhaltenswissenschaften scharf kritisiert, vgl. knapp *Staudinger/Honsell*, Neubearbeitung 2013, Einl zum BGB Rn. 199 sowie ausf. *Drexel*, Selbstbestimmung, 1998, S. 169ff. Mittlerweile konnten empirisch nachweisbare Verhaltensmuster festgestellt werden, die das Modell des *homo oeconomicus* zum Teil widerlegen, näher *M.-*

te von Nebenpflichten sind damit die Fragen, zu welchem Ressourceneinsatz die Schaffung einer Verhaltensanforderung in einem Schuldverhältnis führt (deskriptive Komponente) und ob dieser (neue) Umgang mit Ressourcen effizient(er)¹²⁶² ist (wertende Komponente).¹²⁶³

bb) Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts im Zivilhaftungsrecht

Zur ökonomischen Analyse des Rechts in Bezug auf zivilrechtliche Haftungsfragen gibt es – neben der Fülle an US-amerikanischer Literatur¹²⁶⁴ – mittlerweile auch einige deutsche Publikationen.¹²⁶⁵ Viele monographische Werke integrieren

P. Weller, Vertragstreue, 2009, S. 362; aus einer systemischen Perspektive *J. Schmidt*, Vertragsfreiheit, 1985, S. 203; schon früh das „*Menschenbild eines schieren Nutzenmaximierers*“ ablehnend *Fezer*, JZ 1986, 817, 822. Beispiele sind die sogenannten *bias*, also eine rationale nicht zu erklärende Abneigung oder Präferenz für ein bestimmtes Verhalten sowie bestimmte Formen von rational nicht erklärbarem sozial-empathischen Verhalten, vgl. instruktiv zu alledem aus der Perspektive der Verhaltensökonomie *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218f.; *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1210, 1212ff.; *Kahnemann*, Denken, 2012, S. 508ff.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 105ff. sowie spezifisch zu einer mit Risikoaversion zusammenhängenden „*omission bias*“, welche bei Beweislastfragen relevant wird, *Zamir/Ritov*, J. Leg. Stud. 41 (2012), 165, 192f.

- 1262 Was genau Effizienz bedeutet, ist in der ökonomischen Analyse umstritten. Nach dem *Pareto-Kriterium* ist ein prospektiver Zustand erstrebenswert, wenn zumindest eine Person ihn bevorzugt und niemand ihn ablehnt, näher *Calabresi*, Yale L.J. 100 (1991), 1211, 1215f.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 13; *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 125. Nach dem *Kaldor-Hicks-Kriterium* ist eine Zustandsveränderung erstrebenswert, wenn der Vorteil der Profiteure theoretisch ausreichen würde, um den Nachteil der den Zustand Ablehnenden auszugleichen, *Calabresi*, Yale L.J. 100 (1991), 1211, 1221f.; *Oechler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 137; *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 127f. Dass der Nachteil der von dem Zustand Beeinträchtigten auch tatsächlich ausgeglichen wird, ist nicht Voraussetzung der *Kaldor-Hicks-Effizienz*. Deshalb wird ein Zustand, der dem Kriterium genügt, auch „*potentielle Paretoverbesserung*“ genannt, *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 20 (Fn.11); krit. deshalb *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 205f. (Fn. 44); *Grundmann/Hoernig*, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 427. Gegen jedes Festklammern an einer der beiden (starken) Hypothesen und für eine rein normativ-abwägende Auseinandersetzung mit dem Begriff der Effizienz eindringlich und überzeugend *Calabresi*, Yale L.J. 100 (1991), 1211, 1229ff.
- 1263 Verneint man letzteres, so spricht zumindest die ökonomische Analyse gegen eine derartige Nebenpflicht. Bejaht man es, so bliebe in einem juristischen Gutachten zu überprüfen, ob andere Wertungen trotzdem gegen eine solche Nebenpflicht sprechen. Eine alleinige Maßgeblichkeit des Effizienzbegriffs würde in der Rechtspraxis auf Ablehnung stoßen.
- 1264 *R. Posner*, Economic Analysis, 9. Aufl. 2014, S. 26f, 35, 155f. m.w.N.
- 1265 Beispielsweise *Baumann*, RNotZ 2007, 297ff.; *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385ff.; *Doobe*, Vermögensschäden, 2014; *Fezer*, JZ 1986, 817ff.; *Gotwald*, FS Fasching, 1988, S. 181ff.;

mittlerweile Grundannahmen der ökonomischen Analyse in einer theoretischen Einführung.¹²⁶⁶ Unmittelbare praktische Konsequenzen werden hieraus aber selten gezogen.¹²⁶⁷ Insgesamt bleibt die ökonomische Analyse damit in der deutschen Zivilrechtswissenschaft – und insbesondere im Schuldverhältnisrecht¹²⁶⁸ – ausbaufähig.¹²⁶⁹

Köhler, ZHR 144 (1980), 589ff.; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 496ff.; *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687ff.; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 226ff.; *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246ff. *Riha*, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114ff.; *Trimarchi*, ZHR 136 (1972), 118ff.; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 424ff., 451ff.; vgl. näher *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 72 (2008), 513, 516ff. m.w.N.

1266 S. beispielsweise *Brors*, Nebenpflichten, 2002, S. 67ff.; *Drexler*, Selbstbestimmung, 1998, S. 162ff.; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 226ff.; *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 23ff.; *Riha*, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 19ff.; *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 122ff.; *M.-P. Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 348ff.

1267 Zutreffend *Doobe*, Vermögensschäden, 2014, S. 236f. („Es existieren keine höchstrichterlichen Entscheidungen, die sich eindeutig mit der ökonomischen Analyse des Rechts [...] auseinandergesetzt haben.“). Auch wenn er die ökonomische Analyse im Grundsatz für überzeugend hält, kritisiert beispielsweise *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 849f., dass ihre abstrakten Konstrukte sich in der Rechtspraxis nicht einsetzen lassen, weil die notwendige Modifizierung der Ansätze für die Praxis unterbleibt. Damit weist er letztlich der Wissenschaft die Aufgabe zu, die theoretischen Instrumente der ökonomischen Analyse auch tatsächlich am Einzelfall auszuprobieren, vgl. *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 850 („economic analysis [...] must come down to earth and sacrifice exactitude in order to get closer to real life“); ebenfalls in diese Richtung *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 31. Soweit ersichtlich unternahm lediglich *Brors* 2002 einen (monographischen) Versuch, die ökonomische Analyse des Rechts auf den Bereich der Nebenpflichten anzuwenden. Deren Arbeit fokussierte sich aber auf den spezifischen Kosmos des Arbeitsrechts, dessen Besonderheiten (v.a. strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers) dazu führten, dass die ökonomische Analyse nach Ansicht der Autorin nur eingeschränkt einsetzbar war, vgl. *Brors*, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 215, 219f., 225f.; *Brors*, Nebenpflichten, 2002, S. 84f., 103. Vor allem wandte sich *Brors* gegen die Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts als Rechtsprinzip mit eigenem Wertungsspielraum. Zudem lag der hauptsächliche Fokus dieser Arbeit auf den leistungsbezogenen Nebenpflichten eines spezifischen rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses und ließ für den Bereich der nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten im allgemeinen Schuldrecht weiteren Forschungsbedarf, vgl. *Brors*, Nebenpflichten, 2002, S. 41ff., 143ff.; s. auch den Kommentar von *Salje*, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 234, 235 zu einem Aufsatz von *Brors* im selben Band zum gleichen Thema.

1268 Eine längere, deutsche Historie hat nämlich vor allem die ökonomische Analyse des Deliktsrechts, wohingegen die Haftung aus einem Schuldverhältnis erst später von der ökonomischen Analyse aufgegriffen wurde, vgl. noch *Köhler*, ZHR 144 (1980), 589, 589f.; *Trimarchi*, ZHR 136 (1972), 118, 118.

1269 Vgl. *Baumann*, RNotZ 2007, 297, 297 („unter deutschen Juristen (vor allem Praktikern) wenig bekannte Theorie“); *Doobe*, Vermögensschäden, 2014, S. 236f.; *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 72 (2008), 513, 516 („vergleichsweise schwache Stellung der ökonomischen Analyse des Rechts

b) Methodische Möglichkeiten, die ökonomische Analyse in Bezug auf Nebenpflichten anzuwenden

Im Grundsatz hat die ökonomische Analyse des Rechts zwei voneinander unabhängige Funktionen: Die Folgenanalyse als deskriptive Komponente sowie die Folgenbewertung als normative Komponente.¹²⁷⁰

aa) Ökonomische Folgenanalyse von § 241 II BGB

Die erste und einfachste Methode, die ökonomische Analyse anzuwenden, ist die rein deskriptive Untersuchung des Bereichs der Nebenpflichten auf die Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte.¹²⁷¹ Trotz Kritik an den Wertungen der ökonomischen Analyse steht ein Großteil der Rechtswissenschaft einer Folgenanalyse bei der Rechtsanwendung einzelner Normen prinzipiell offen gegenüber.¹²⁷² Auch die Gerichte berücksichtigen bei der Subsumtion die möglichen Folgen der Entscheidung auf zukünftige Fälle.¹²⁷³ Soll eine Folgenanalyse um-

im deutschsprachigen Rechtsdiskurs“; Kötz, FS Drobniig, 1998, S. 563, 564 („[d]en meisten Juristen in Deutschland ist die ökonomische Analyse des Rechts noch ganz unbekannt“); Rückert/Seinecke/Laudenklos, Methodik, 3. Aufl. 2017, Rn. 1210, 1244ff; Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 228 („Schule der wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchung des Rechts [...] in Deutschland noch nicht einmal rudimentär vorhanden“); Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 120 („[k]eine Rezeption, aber partieller Begründungsgleichklang“); symptomatisch die (zu) knappe, kritische Darstellung bei Staudinger/Honsell, Neubearbeitung 2013, Einl zum BGB Rn. 199 sowie die lapidare Nennung bei Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 330 (Ökonomische Analyse gehe „von anderen Wertungen [...] als das BGB“ aus); zu möglichen historisch bedingten Gründen für die unterschiedliche Behandlung der ökonomischen Analyse in Deutschland und den USA instruktiv Grechenig/Gelter, RabelsZ 72 (2008), 513, 522ff. (“divergente Evolution des Rechtsdenkens“).

1270 Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 4; ähnlich Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 39 (zunächst „Ermittlung der [zu erwartenden] Resultate“, anschließend „Vergleich mit einem [...] sozialen Optimum“).

1271 Näher Ott, FS Kübler, 1997, S. 21, 27f. Ob und inwieweit die Rechtsanwendung sich bei der Bestimmung von Nebenpflichten auf wirtschaftliche Erwägungen stützt, wäre dann Fokus der Untersuchung, vgl. Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 136.

1272 S. Schwarze, Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, S. 8 („kann [...] die Ermittlung der Tatsachen verbessern“); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 35; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 128f.

1273 Vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 37 (sachlich überzeugendes, aber erkennbar über den Einzelfall hinausdeutendes Argument, „daß der der Werft durch den Abschluß einer umfassenden Haftpflichtversicherung entstehende zusätzliche Prämienaufwand die Eigner unterschiedlich risikogefährdeter Schiffe gleichermaßen treffen würde. Dadurch

fassend sein, muss sie aber auch die wirtschaftlichen Auswirkungen abbilden können.¹²⁷⁴ Hierfür wird die ökonomische Analyse mit ihren Instrumenten vorgeschlagen. Die analytische Transparenz der ökonomischen Analyse in der Folgenanalyse ist ein Vorteil, der unabhängig davon besteht, ob man der ökonomischen Analyse auch im Ergebnis wertenden Vorrang einräumt.¹²⁷⁵ Damit ist die Berücksichtigung der deskriptiven Komponenten der ökonomischen Analyse logische Konsequenz der rechtswissenschaftlich anerkannten Folgenanalyse.

bb) Ökonomische Folgenbewertung von § 241 II BGB

Instrumente der normativen ökonomischen Analyse dienen der Verwirklichung objektiver, abstrakt definierter Ziele. Nebenpflichten sollen ein bestimmtes Schuldverhältnis näher ausgestalten. Mit einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis und dem Primat des Parteiwillens lassen sich inhaltlich fremdbestimmte (Neben-)Pflichten zunächst kaum vereinen. Selbst wenn ein Schuldverhältnis willentlich begründet wird, muss sich der subjektive Wille des Antragenden aber noch am objektivierten Verständnis des Adressaten messen und gegebenenfalls modifizieren lassen.¹²⁷⁶ Auch Nebenpflichten sind von „heteronomen Zielvor-

würden nicht nur solche Kunden zusätzlich belastet, deren Interessen bereits ausreichend gewahrt seien, diese Kunden müßten vielmehr einen Teil der Reparaturkosten für besonders risikogeneigte Schiffe mittragen, während die Eigner dieser Schiffe dadurch einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil hätten.“) (BGHZ 103, 316, 327); Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 4f., 7f.; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 388f.

1274 Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie, 2001, S. 178ff. („makrojuristisches Vertragsmodell“).

1275 Kötz, FS Drobnig, 1998, S. 563, 576f.; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 145; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 40f. (deskriptive ökonomische Analyse „rechtliche[r] Institute“ in jedem Fall gewinnbringend), 43. Zwar werden die Begriffe der Effizienz und des *homo oeconomicus* sowie die ihnen zugrundeliegenden Hypothesen bisweilen kritisiert, Drexler, Selbstbestimmung, 1998, S. 169ff.; Fezer, JZ 1986, 817, 821ff.; zum Begriff des *homo oeconomicus* aber deutlich Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217ff. („nach wie vor das leistungsfähigste derartige Modell“). Kritik am Effizienzbegriff – und anderen Hypothesen – kann sich sinnvollerweise aber nur auf die Folgenbewertung mittels der Ökonomik beziehen. Darauf zu verzichten, alle Facetten eines Problems auszuleuchten, nur, weil es Kritik an den Bewertungsmaßstäben gibt, erschiene kurzsichtig.

1276 Auch ein Vertrag spiegelt damit ungeachtet des Geltungsprimats vom Parteiwillen „heteronome“ Elemente wider, Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 239f.

stellungen“ geprägt.¹²⁷⁷ Selbst in einem Vertrag teilen sie also nicht dessen dogmatischen Ursprung – den Parteiwillen.¹²⁷⁸ Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts sind deshalb zur Bestimmung der Reichweite von Nebenpflichten in einem Schuldverhältnis unabhängig von dessen Natur grundsätzlich geeignet.

(1) Widerspruch zwischen Effizienz und Rechtssystem?

Disziplinen wie die ökonomische Analyse, die nicht unmittelbar dem positiven Rechtssystem oder der juristischen Dogmatik entspringen, können sinnvollerweise – wenn überhaupt – nur innerhalb der teleologischen Auslegung einer Norm berücksichtigt werden.¹²⁷⁹ Über die rein deskriptive Folgenanalyse hinaus ließe sich ökonomische Analyse des Rechts demnach innerhalb von § 241 II BGB womöglich als eigenes Rechtsprinzip mit Wertungsspielraum integrieren.¹²⁸⁰ Diese Herangehensweise ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur aber auf erhebliche Kritik¹²⁸¹ gestoßen: So wird zum Teil die Eignung der ökonomischen Analyse für die Rechtspraxis angezweifelt¹²⁸², andere sehen in der

1277 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 60f., 517.

1278 *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 283f.

1279 *Drexel*, Selbstbestimmung, 1998, S. 167; *Schwarze*, Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, S. 8 („angebunden an die „objektive Teleologie““); *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 33 (Fn. 14) m.w.N.

1280 *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 205, 207; *Ott*, FS Kübler, 1997, S. 21, 30f. Ähnlich wird auch die Konkretisierung des Maßstabs einer ergänzenden Vertragsauslegung über Instrumente der ökonomischen Analyse des Rechts vorgeschlagen, *Salje*, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 234, 239. Nebenpflichten werden aber nach hier vertretener Ansicht nicht über das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung festgestellt, s.o., S. 185ff. Demnach scheidet die Berücksichtigung der ökonomischen Analyse auf diesem Wege aus.

1281 Repräsentativ *Assmann*, Travemünder Symposium, 1989, S. 45, 45ff.; *Fezer*, JZ 1986, 817, 821ff., 824 („ökonomische Rechtstheorie [...] ein Irrweg, den zu beschreiten, das Recht sich hüten sollte“); dezidierte Replik auf die häufigsten Kritikpunkte bei *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, 690ff.

1282 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 64 (Fn. 164) m.w.N. zeigt die Gefahr auf, dass sich Wissenschaft und Praxis wegen der inhaltlichen Komplexität der ökonomischen Analyse voneinander entfremden könnten, Weitergehend will *Luhmann* die Judikative als Teil der Rechtsanwendung nicht mit einer folgenfokussierten Problemanalyse beschweren, sondern diese Aufgabe ausschließlich der Rechtssetzung überlassen, *Luhmann*, Rechtssystem, 1974, S. 31ff., 48 („Auftauchen von folgenorientierten Scheinkriterien außerjuristischer Provenienz“ als Zeichen, dass rechtssicherheitsgefährdende Vermischung von Wertung und Kriterium droht). *Eidenmüller* weist die Rechtsanwendung der ökonomischen Analyse ebenfalls generell und entschieden unter Verweis auf die unzureichende „Kompetenz“ des einzelnen Rechtsanwenders sowie Systemschwächen der Einzelfallanalyse zurück, näher *Eidenmüller*, AcP 197

Maßgeblichkeit von Effizienzgedanken in der Rechtsanwendung einen grundsätzlichen Wertungswiderspruch¹²⁸³.

(1997), 80, 103ff. („Richter sind keine Ökonomen.“), 111 („Für eine umfassende ökonomische Folgenanalyse fehlt den Gerichten die Kompetenz, für eine umfassende ökonomische Folgenbewertung fehlt ihnen [darüber hinaus] die Legitimation.“), 119f. („Reale Akteure [in einem Schuldverhältnis sind keine] *homines oeconomici*“); skeptisch auch Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 168f.; Raiser, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, 120; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 165f. („gefährlich und verfehlt, [die ökonomische Analyse] [...] unter Abstraktion ihrer idealisierenden, abstrahierenden und isolierenden Prämissen unmittelbar zur Auslegung, Bewertung und Kritik rechtlicher Regelungen heranzuziehen“). Als Alternativkonzept zur ökonomischen Analyse durch den häufig nur mit begrenzten ökonomischen Kenntnissen ausgestatteten Rechtsanwender schlägt Eidenmüller vor, die ökonomische Analyse des Rechts als Gesetzgebungstheorie anzuwenden, näher Eidenmüller, AcP 197 (1997), 80, 93ff.; Eidenmüller, Effizienz, 2. Aufl. 1998, S. 414ff.; ähnlich Luhmann, Rechtssystem, 1974, S. 48, 53 („funktional abstrahierende dogmatische Begriffsarbeit [impliziert] in stärkerem Maße Fragen und Appelle an den Gesetzgeber“); Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 144 („ökonomische Analyse des Rechts in erster Linie eine Gesetzgebungstheorie“). Weil die Arbeit sich aber auf die Rechtsanwendung – und nicht auf die Rechtssetzung – beschränken will, wird auf diese Funktion nur der Abzengung halber hingewiesen.

- 1283 Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 136 hält einen absoluten Vorrang des Effizienzkriteriums in wertender Hinsicht für unangebracht; so auch Assmann, Travemünder Symposium, 1989, S. 45, 47 („keine konsens-theoretische Begründung dafür in Sicht, daß sich ein Sozialvertragspartner darauf einlassen müßte, den „Reichtum einer Gesellschaft“ auf der Grundlage gegebener Verteilungslagen zum „ethischen Maximand“ zu erheben“); Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 169 („Gefähr, daß sich das Recht [...] zu sehr am Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz orientiert“). Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 136 hält den Begriff der „Effizienz“ auch für unscharf definiert, s. auch Fehling, Ringvorlesung K. Schmidt, 2011, S. 39, 43 („Verdacht bloßer Scheinrationalität“); Fezer, JZ 1986, 817, 823 („Gefahr der Scheinpräzision“); Murphy/Coleman, Philosophy of Law, 1990, S. 250 („objection that has secured the greatest currency [...] is that the economics of law involves an insidious, unpalatable ideology“). Zudem bemängelt Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 13, dass sich in der ökonomischen Analyse mikro- und makroökonomische Betrachtungen ohne erkennbare Systematik abwechseln. Die Nutzenprognosen, auf die sich die ökonomische Analyse stütze, ließen sich regelmäßig nicht belegen, vgl. dagegen allerdings das eindrucksvolle Plädoyer zur Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden aus mathematischer Perspektive von Schweizer, Spieltheorie, 2015, S. 107ff. Dies alles führe laut Oechsler, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 138 zu einer praxisfernen „Abstraktheit“ und „fehlenden teleologischen Präzision“ der ökonomischen Analyse, ähnlich auch Larenz/Canaris, Schuldrecht BT 2, 13. Aufl. 1994, S. 417 („Mehraufwand an schwieriger Terminologie häufig außer Verhältnis zum Ertrag an sachhaltigen Argumenten“). Speziell in Bezug auf Nebenpflichten ist auch Brors, Nebenpflichten des Arbeitgebers, 2002, S. 76ff. dem Versuch kritisch gegenüber eingestellt, der ökonomischen Analyse des Rechts einen eigenen Wertungsspielraum einzuräumen. Die Kritik fußt jedoch auf der dem Arbeitsrecht eigenen, funktionalen Machtasymmetrie der beiden Schuldverhältnis-Parteien sowie der drohenden Gefahr einer Erosion von Arbeitnehmerrechten und ist deshalb nicht ohne weiteres auf alle Schuldverhältnisse übertragbar, vgl. Ott, FG Kübler, 1997, S. 21, 29; deshalb beispielsweise für die Berücksichtigung der Ökonomik (nur) im geschäftlichen

Der Ressourcenverteilung nach dem Kriterium der Effizienz darf in der Rechtsanwendung deshalb nur indikative Bedeutung zukommen.¹²⁸⁴ Nur so kann die Rechtsprechung dem Rechtsuchenden gegenüber einen Anreiz setzen, auch als vermeintlich Unterlegener die Rechtsverfolgung aufzunehmen. Würde sie ähnlich einer Planwirtschaft ohne Wenn und Aber nach dem allmächtigen Maßstab der Effizienz urteilen, so würde sie dem Einzelnen womöglich den Anreiz nehmen, sie überhaupt in Anspruch zu nehmen.¹²⁸⁵ Deshalb sind die Vorgaben der Effizienz innerhalb der teleologischen Auslegung des § 241 II BGB nicht zwingend. Der Legitimationsdruck auf eine Auslegung des § 241 II BGB, welche effiziente Risikoverteilung durch Aspekte der Einzelfallgerechtigkeit überlagern lässt, sollte indes merklich steigen.¹²⁸⁶

Die ökonomische Analyse wird zudem bisweilen als praxisfern und abstrakt bemängelt.¹²⁸⁷ Zieht man sie im Rahmen der teleologischen Auslegung von

Umfeld plädierend *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 206f. Aus neuerer Zeit sieht *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 135 die ökonomische Analyse in Bezug auf Nebenpflichten nur als „*rechtspolitische Forderung*“, die nicht allein maßgeblich sollte.

- 1284 So explizit auch *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 207 (nicht die „*Rolle einer „normativen Fliegenklatsche*““); Rückert/Seinecke/Rückert, *Methodik*, 3. Aufl. 2017, Rn. 1456; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 571 (kein rechtsverbindliches Kriterium); Schwarze, *Verständigungspflichten*, 2001, S. 67 („*Notwendigkeit einer subtileren, rechtsdogmatisch abgesicherten Rechtsfortbildung [...] in der Effizienzerwägungen als wichtiger Aspekt Berücksichtigung finden können*“); Schwarze, *Leistungsstörungen*, 2. Aufl. 2017, S. 8 („*Bedeutung der Effizienzanalyse kann nur eine punktuell-ergänzende sein*“).
- 1285 Murphy/Coleman, *Philosophy of Law*, 1990, S. 255 („prevalent [...] intuition is that courts, in part because they are essentially unaccountable, nondemocratic institutions that do not seek out issues or goals to promote or advance, are best left to adjudicate claims brought to them by particular litigants and framed in terms of the interest of the litigants alone“).
- 1286 So überzeugend *Ott*, *FG Kübler*, 1997, S. 21, 40; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 571; *Taupitz*, *AcP* 196 (1996), 114, 166.
- 1287 *Faust*, *Oxford Handbook*, 2006, S. 837, 849f.; *Fezer*, *JZ* 1986, 817, 820f.; *Taupitz*, *AcP* 196 (1996), 114, 165f. *Drexl*, *Selbstbestimmung*, 1998, S. 172f. zweifelt gar an, dass individuell nutzenfixiertes Handeln als Arbeitshypothese der ökonomischen Analyse zu gesamtgesellschaftlichem Mehrwert führen solle. Schließlich stütze sich die erste Annahme schon auf deren gesamtgesellschaftlichen Nutzen und lege damit einen logischen Zirkelchluss nahe; vgl. dazu auch *Hassemer*, *Heteronomie*, 2007, S. 229. *Tröger* hält beispielsweise im Kontext der begrifflichen Differenzen von Effizienz und hypothetischem Parteiwillen die Normen des Leistungsstörungenrechts „*gerade deshalb [für] konsensfähig, weil sie pareto-effizient sind*“, *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 52. Dass die Normen des Leistungsstörungenrechts (inklusive § 241 II BGB) nach dem Kriterium der Effizienz ausgerichtet sind, ist aber wiederum Voraussetzung dafür, sie dergestalt in den hypothetischen Parteiwillen integrieren zu können. Er versucht also die logische Identität beider Begriff mit einer petitio

§ 241 II BGB heran, so treibt man die rechtspraktische Anwendung der Ökonomik im gerichtlichen Alltag voran.¹²⁸⁸ Zum anderen ist die Rechtspraxis für die Arbeit mit der Ökonomik innerhalb der Subsumtion unter § 241 II BGB auf handhabbare Kriterien angewiesen. Die ökonomische Analyse muss damit alltagstauglich werden.¹²⁸⁹ Wissenschaft und Praxis können sich die Arbeit insoweit teilen: Die Wissenschaft kann durch theoretische Vorarbeit die Konzepte der ökonomischen Analyse in subsumtionsfähige Kriterien überführen und die Praxis kann diese dann in den Rechtsanwendungsalltag übernehmen.¹²⁹⁰ Zumindest ein Einwand gegenüber der ökonomischen Analyse lässt sich gerade mit der hier vorgeschlagenen Anwendung derselben im Rechtsalltag entkräften.

(2) Zur Vereinbarkeit der Zielsetzungen von Nebenpflichten und der ökonomischen Analyse

Bei einer Haftung aus Nebenpflichtverletzung geht es weniger um ein spezifisch schuldverhältnisbedingtes Problem als um die Frage, ob die Schadensersatzhaftung des BGB nach §§ 249ff. BGB bei einem bestimmten Verhalten generell greifen soll.¹²⁹¹ Das Vorgehen bei § 241 II BGB ist also ganz klar rechtsfolgenorientiert.¹²⁹² In dem zentralen, allgemeinen Haftungsrecht – dem Deliktsrecht –

principii darzulegen. Ebendiese Art von Argumentation – die auch in dieser Arbeit sicher nicht vermieden werden konnte – macht die Gegner der ökonomischen Analyse zu Recht misstrauisch gegenüber deren Grundannahmen. Wie diese Arbeit aber versucht aufzuzeigen, lösen sich viele der theoretischen Widersprüche in der praktischen Arbeit mit den Prinzipien der Ökonomik.

1288 Ebenfalls für die praktische Anwendung der ökonomischen Analyse im Normaltag plädierend *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 849f.; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 31; dagegen offenbar *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 166 („keine wohlfeile und unmittelbar umsetzbare Theorie für den grauen Alltag der Gerichte“).

1289 Eindringlich *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 850 („economic analysis must reduce complexity“).

1290 Vgl. zu diesem Gedanken auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 64f.

1291 HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 77 (Haftung aus Nebenpflichtverletzung „systembedingter Weg, die als billig anerkannte Haftung bestimmter Personen für bestimmte Schäden aufgrund der durch das Schuldrecht zur Verfügung gestellten Instrumentarien dogmatisch zu begründen“).

1292 Diese auch schon als „heteronom“ bezeichnete Qualität von Nebenpflichten macht den Rückgriff auf allgemeine Haftungsgründe erforderlich. Exemplarisch für dieses moderne Verständnis entstehen Nebenpflichten laut *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 62f. allein „aufgrund allgemeiner Gefahrüberlegungen“ und sind deshalb eben nicht spezifisch „schuld-

genießt die ökonomische Analyse mehr und mehr Anerkennung.¹²⁹³ Schließlich kann sie hilfreiche Hinweise dafür geben, wie die Verantwortungsbereiche zweier Parteien möglichst kostensparend voneinander abgegrenzt werden können.¹²⁹⁴ Eine effiziente – folglich zum größtmöglichen Wohle aller erfolgende – Ressourcenallokation sollte stets ein Ziel im Haftungsrecht sein.¹²⁹⁵ Weil sich Integritätsschützende Jedermannspflichten und Nebenpflichten von ihrem Haftungsgrund her ähnlich sind¹²⁹⁶, wäre es sinnvoll, die im Deliktsrecht mittlerweile weit verbreiteten Grundsätze der ökonomischen Analyse auch auf Nebenpflichten zu erstrecken. Dies gilt umso mehr, als es bei Nebenpflichten weniger um die Konturierung von Rechtsgütern geht, als um die Statuierung von Verhaltenspflichten (Schadensvermeidungspflichten).¹²⁹⁷ Die verhaltensbezogene Natur von Nebenpflichten und der daraus folgende Vermögensbezug machen umgekehrt deutlich, dass der Integritätsschutz von Rechtsgütern bei Nebenpflichten regelmäßig lediglich Mittel zur Verwirklichung wirtschaftlich schützenswerter Interessen des

rechtlicher“ Natur. Er begründet dies unter anderem damit, dass die „*Geschäftlichkeit des Kontakts*“ den Pflichtinhalt nicht beeinflusst.

1293 MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 51ff.; s. bereits Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 316f.; zur Kritik Soergel/Krause, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh II Rn. 34; Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 32f.

1294 Lehnt man die ökonomische Analyse im allgemeinen Haftungsrecht wegen der „*Ideologiefreiheit*“ desselben ab, so gilt es zu bedenken, dass auch moral-philosophische Gerechtigkeit als ein mögliches, anderes Ziel des Schadensersatzrechts mit „*Ideologie*“ behaftet ist, zutreffend zu diesem inneren Widerspruch vieler Kritiker der ökonomischen Analyse Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 56.

1295 So auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 55; vgl. auch J. Schmidt, Vertragsfreiheit, 1985, S. 222 („*die Ökonomie [kann] im Rahmen des Marktmodells [...] gewisse richtungsweisende Überlegungen bereitstellen*“). Dies gilt allemal, wenn die Teleologie einer Norm wie § 241 II BGB durch den Wortlaut so wenig vorgeprägt ist, vgl. Rückert/Seinecke/Rückert, Methodik, 3. Aufl. 2017, Rn. 1456. Dass dabei die „*Glückseligkeit*“ der Marktteilnehmer ausgeblendet wird ist bedauernd, aber hinnehmbar, wenn man die mit einem solchen Wertungsmaßstab verbundene Rechtsunsicherheit bedenkt, präzise Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 125f.; krit. hingegen Rödl, Gerechtigkeit, 2015, S. 84 („*Begriff des Glücks verkümmert*“).

1296 Vgl. nur Grünewald, Garantpflichten, 2001, S. 124; M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 249; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 52 (Fn. 102) m.w.N.

1297 Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 191. Ginge es vornehmlich um den Inhalt anerkannter Rechtsgüter, so ließe sich mit mehr Nachdruck vertreten, dass die Definition von Rechtsgütern nicht an ökonomischen Überlegungen hängen sollte, so auch deutlich Larenz/Canaris, Schuldrecht BT 2, 13. Aufl. 1994, S. 417; Schäfer, Travemünder Symposium, 1989, S. 1, 18f. („*Zivilrecht [...] kein reines Effizienzrecht*“).

Gläubigers ist.¹²⁹⁸ Um die Reichweite (wirtschaftlich) schutzwürdiger Interessen des Gläubigers sinnvoll abzustecken, erscheint die wertende Berücksichtigung ökonomischer Verteilungseffizienz durchaus angebracht.¹²⁹⁹ Deshalb ist es sinnvoll, die ökonomische Analyse heranzuziehen, wenn Verantwortung mittels Nebenpflichten verteilt wird.

(3) Zumindest indikative Bedeutung der Ökonomie

Naheliegender erscheint im Ergebnis folgende Überlegung: Im Rahmen der teleologischen Auslegung wird nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm gefragt und der Inhalt der Norm entsprechend diesem Zweck ausgelegt.¹³⁰⁰ Die Berücksichtigung deskriptiver Elemente der ökonomischen Analyse ist dabei schon wegen der damit verbundenen Horizonterweiterung begrüßenswert. Zudem erhöht eine ökonomische Folgenanalyse im Einzelfall die wirtschaftliche Kohärenz und Akzeptanz der rechtswissenschaftlichen Subsumtion. In objektiver Ausfüllung des Zwecks einer Rechtsnorm ist darüber hinaus davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine effiziente Allokation von Ressourcen einer verschwenderi-

1298 Vgl. Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 323f., 329f.; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 52f. („topische Vertragsnähe“).

1299 Ähnlich auch Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 210 („Seinsgrund [der Ökonomik] besteht gerade darin, die Optimierung individueller Freiheit im Sinne selbstbestimmter Präferenzen über den Markt zu erreichen“); Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 206f.; Grünewald, Garantienpflichten, 2001, S. 124; Faust, Verbraucher-acquis, 2011, S. 201, 220f.; Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256f.; Kötz, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 („Risikoverteilung, die den Nutzen beider Parteien maximiert“); AK-BGB/Kohl, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 30 („vernünftige Absicht“); M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 249; Ott, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 29 („Die aus Treu und Glauben abgeleiteten Rechtsgrundsätze weisen jedenfalls insoweit einen eindeutigen Bezug zum Effizienzprinzip aus, als sie [...] der Risikoverteilung (Begründung von Nebenpflichten und gesetzlichen Schutzpflichtverhältnissen) dienen.“); Ott, FG Kübler, 1997, S. 21, 25; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 61 (Teleologie der Informationspflichten hat ökonomischer Analyse „Anwendungsbefehl“ erteilt; etwas verhaltener, aber umso anschaulicher E. Schmidt, JA 1978, 597, 598 („[S]o liegt es gerade beim Vertrag als dem Standardmechanismus privater Güterversorgung nahe, die aus ihm resultierenden Pflichten vor dem Hintergrund unserer sozialstaatlich determinierten Wirtschaftsordnung zu betrachten, d. h. danach zu fragen, inwieweit die von Gesetzes wegen nicht vorgesehene Verpflichtung des einen Teils, die ja stets mit einer Belastung des Kontrahenten korrespondiert, in dieses System eingepaßt werden kann.“); ablehnend Assmann, Travemünder Symposium, 1989, S. 45, 49, der für die „Vertrauenshaftung“ generell einen „Ausgangspunkt jenseits aller Effizienzaspekte“ meint, zumal sie „auch Ergebnisse abzudecken vermag, die keinesfalls als effizient zu bezeichnen sind“. Das ist im Hinblick auf eindeutige Parallelen zwischen rechtspraktischen Ergebnissen der Rechtsprechung und den rechtstheoretischen Vorgaben der Ökonomik kein überzeugendes Argument.

1300 Staudinger/Honsell, Neubearbeitung 2013, Einl zum BGB Rn. 149.

schen Verteilung vorzieht¹³⁰¹, sofern nicht ausnahmsweise andere Gesichtspunkte überwiegendes Gewicht haben, da dies den gesamtgesellschaftlichen Mehrwert erhöht.¹³⁰² Auch die Rechtsprechung gibt bisweilen zumindest implizit zu erkennen, dass sie den Geboten der Ökonomie Respekt zollt:

Beispiel 7 In der Sache trifft der BGH im Mietwohnungsfall¹³⁰³ eine Entscheidung mit Blick auf die ökonomischen Aspekte der Vermietung: Vermietung darf auch bei fehlender vertragswidriger Benutzung der Mietsache nicht dazu führen, dass der Vermieter die Kosten für eine wohnliche Selbstverwirklichung des Mieters tragen muss. Ansonsten droht nämlich bei dem Überangebot an Mietern und allgemeiner Wohnraumknappheit die Vermietung gänzlich zu unattraktiv zu werden, d.h Ressourcen werden durch unvermietete Immobilien nicht effizient genutzt.¹³⁰⁴ Der BGH fällt damit in der Sache eher eine ökonomische Wertung unter dem Deckmantel einer normativen.

1301 So auch Ott, FG Kübler, 1997, S. 21, 39f.; Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 32 („kann kaum ernsthaft bestritten werden“).

1302 Vgl. Drexl, Selbstbestimmung, 1998, S. 167 („Einfallstor“), 168 („Ökonomische Argumente im Rahmen der teleologischen Auslegung [...] begegnen solange keinen durchgreifenden Bedenken, wie sie Gegenargumente [...] nicht per se ausschließen.“); Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 205ff.; Kübler, FS Steindorff, 1990, S. 687, 688 („Integration des Instrumentariums der modernen mikroökonomischen Theorie in die juristischen Begründungszusammenhänge“); Rückert/Seinecke/Laudenklos, Methodik des Zivilrechts, 3. Aufl. 2017, Rn. 1210; Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 135 (Ökonomik als „rechtspolitische Forderung“); Erman/Schiemann, 14. Aufl. 2014, Vor § 823 Rn. 15 („ökonomische Analyse [...] kann innerhalb der teleologischen Auslegung herangezogen werden, da von der Prämisse auszugehen ist, dass Gesetzgeber eine wirtschaftlich möglichst effiziente Regelung treffen wollte“); Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 33 („dort [...] methodisch legitim [...], wo Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte der Norm rechtssichere Antworten ohnehin nicht ermöglichen und der Durchsetzung des Effizienzprinzips nicht entgegenstehen, wenn man also davon ausgehen darf, dass auch der gesetzgeber den Norminhalt am Effizienzprinzip orientiert (oder wenigstens keine gegenteilige Tendenz verfolgt) haben wird“); im Ansatz ähnlich – wenn auch mit gewissen Einschränkungen – Eidenmüller, Effizienz, 2. Aufl. 1998, S. 452ff.

1303 S.o., S. 33.

1304 Die Möglichkeiten des Vermieters die Wohnungsvergabe durch exzessive Preissteigerungen ineffizient zu gestalten, sind durch die jeweiligen Mietspiegel (§§ 558, 558cf. BGB) und die sog. „Mietpreisbremse“ stark eingeschränkt, näher zu letzterem der durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz (MietNovG) vom 1.6.2015 erlassene § 556d BGB.

Die ökonomische Analyse muss demnach nicht uneingeschränkten Vorrang genießen, sollte aber zu einer „*behutsamen Modifizierung*“¹³⁰⁵ des Normzwecks von § 241 II BGB führen.¹³⁰⁶

cc) Zwischenergebnis: Anwendbarkeit der ökonomischen Analyse innerhalb § 241 II BGB

Die ökonomische Analyse lässt sich aufgrund teleologischer Überlegungen sinnvoll bei der Ausfüllung der rechtspraktischen Funktion des § 241 II BGB in der Subsumtion heranziehen.

c) Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses zur Bestimmung der Reichweite von Vermögensschutz durch Nebenpflichten

Ein korrekt funktionierender (Ideal-)Markt führt für beide Parteien eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses ein Haftungsausmaß herbei, welches ihren Präferenzen entspricht.¹³⁰⁷ Das ist aber nur eine wirtschaftspolitische Forderung.¹³⁰⁸ Realisieren lässt sich diese Forderung nur in Zusammenarbeit mit dem Rechtssystem. Dem Vertragsrecht kommt in den Augen der ökonomischen Analyse die Servicefunktion zu, Transaktionen zu erleichtern, indem durch die parteiwillenkonforme Verteilung von Risiken ein (rechtlicher) Verhaltenskodex aufgestellt wird, über dessen Einhaltung die Gerichte wachen.¹³⁰⁹ Bestehen Lü-

1305 Begriff von *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 31 (Fn. 2) m.w.N. zu ähnlich moderaten Ansätzen.

1306 Vgl. *Soergel/Spickhoff*, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 32 („am ehesten in der objektiv-teleologischen Auslegung zu verorten“); *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 127 („„Scharnier“ für die Bedeutung der ökonomischen Analyse im Rahmen der Rechtsanwendung können durchaus die herkömmlichen Auslegungsmethoden sein.“).

1307 *Köndgen/von Randow*, Travemünder Symposium, 1989, S. 122, 124; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 166f.

1308 *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 45 („*Gedankenexperiment*“).

1309 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 428f. („*Schmiermittel der Wirtschaft*“), 433 allerdings mit dem zutreffenden Hinweis, dass der Gerichtsbarkeit hier eine Gewährleistungsaufgabe zukommt, der sie aufgrund von Informationsdefiziten wohl nicht immer gerecht werden kann. Als absolute Grenze darf die Existenz einer Nebenpflicht dabei nicht dazu führen, dass die Erfüllung des Vertrags für eine Partei betriebswirtschaftlich unsinnig wird, vgl. *Unberath*, Vertragsverletzung, 2007, S. 157 (Fn. 52). Nur wenn der Parteiwille einmal erkennbar gegenläufig zum eigenen ökonomischen Wohl ist, so erkennt auch die ökonomische

cken im Vertrag, so soll das Vertragsrecht „eine marktmäßige Lösung [...] simulieren“.¹³¹⁰ Hierfür stellt die ökonomische Analyse das Instrument der Rekonstruktion des vollständigen Vertrags – also der Lückenfüllung hinsichtlich von Fragen, welche die Parteien nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand im Vorhinein hätten klären können¹³¹¹, mit dem Maßstab der Effizienz¹³¹² – zur Verfügung.¹³¹³

aa) Modell des vollständigen Vertrags

Ausgangspunkt des Modells vom vollständigen Vertrag ist, den hypothetischen Parteiwillen für unvorhergesehene Ereignisse in einem Vertrag deskriptiv nach-

Analyse des Rechts eine Vorrangigkeit der Privatautonomie an, *R. Posner*, *Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. 97.

1310 *M.-P. Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. 355; ähnlich bereits *Coase*, *J. Law & Econ.* 3 (1960), 1, 17f.; *Eidenmüller*, *JZ* 2005, 216, 222. Tatsächlich werden sich die Parteien über eine Vielzahl von möglicherweise vertragsrelevanten Umständen keine Gedanken machen, *Teichmann*, *JA* 1984, 545, 545.

1311 *Coleman/Maser/Heckathorn*, *Economic Institutions*, 1991, S. 227, 228; *Fleischer*, *Informationsasymmetrie*, 2001, S. 182f.; zur Diskussion, ob der Lückenfüllung auch sanktionierende Wirkung zukommen darf, *Ayres/Gertner*, *Yale L.J.* 99 (1989), 87, 87ff. *Shavell*, *Economic Analysis*, 2004, S. 300 (Fn. 9) weist zutreffend darauf hin, dass die Parteien eine Frage ungeregelt lassen werden, wenn die Kosten für deren Behandlung im Vertrag den (parteiübergreifenden) Schadensersparungswert übersteigen.

1312 Das ist die Grundannahme des „ökonomischen Vertragsmodells“, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 449f.; *Unberath/Cziupka*, *AcP* 209 (2009), 37, 47; ähnlich auch *Neuner*, *FS Canaris*, Bd. I, 2007, S. 901, 914 („Vertragsakteuere handeln typischerweise nach egoistischen Motiven“). Nach der „*Neuen Institutionenökonomik*“ soll sich die ökonomische Analyse nicht am Begriff der Effizienz, sondern am hypothetischen Parteiwillen ausrichten, näher *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 51 (Fn. 96) m.w.N. Diese Auseinandersetzung ist aber im gegenwärtigen Kontext irrelevant. Beide Parteien streben mit einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis schließlich eine Ressourcenallokation an, die aufgrund des beiderseitigen Nutzens eine Effizienzsteigerung zur Folge haben soll. Den Vertrag nun möglichst effizient durchzuführen, also mit minimalen Kosten für beide Beteiligten, entspricht aus einer *ex-ante*-Perspektive auch dem hypothetischen Parteiwillen. Damit sind aus der Perspektive des Schuldverhältnissrechts Effizienz und der hypothetische Parteiwille inhaltsgleiche Konzepte, zutreffend *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 51f. Nichtsdestotrotz ist der Begriff der Effizienz hier mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand der Arbeit der überlegene: Schließlich lässt sich das Konzept des hypothetischen Parteiwillens – anders als die Forderung nach Effizienz – nicht sinnvoll auf gesetzliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse übertragen.

1313 *Eidenmüller*, *Effizienz*, 2. Aufl. 1998, S. 402f.; *Kötz*, *FS Drobnig*, 1998, S. 563, 574 (Fn. 19); *Mankowski*, *IPRax* 2003, 127, 131f.; *Maultzsch*, *AcP* 207 (2007), 530, 547; *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 57f.; *C. Weber*, *DSiR* 2014, 213, 217 (Fn. 49); plakativ *Faust*, *Vorhersehbarkeit*, 1996, S. 207 (Ökonomik in der Rolle „eines Lückenbüßers, der auf den Plan tritt, wo andere normative Erwägungen zu keinem Ergebnis geführt haben“).

zubilden.¹³¹⁴ Hypothese ist dabei, dass ein Vertrag durch rationale und allwissende Parteien Regelungen aller denkbaren Fragen beinhaltet und *qua* dieser Vollständigkeit effizient ist, weil für keine der beiden Parteien ein Anreiz besteht, die getroffenen Regelungen zu unterlaufen.¹³¹⁵ Die Hypothese geht davon aus, dass ein vollständiger Vertrag, der unter den vorausgesetzten Bedingungen (keine Verhandlungs- und Transaktionskosten, vollständige Information sowie Rationalität der Parteien im Sinne eines *homo oeconomicus*) zustande gekommen ist, jedes denkbare Risiko derjenigen Partei zuweist, welche es aus ökonomischer Sicht am besten tragen kann.¹³¹⁶ Durch die effiziente Risikozuweisung wird so der Transaktionsnutzen und in der Folge der gesamtgesellschaftliche Mehrwert maximiert.

Weil insbesondere Verhandlungskosten eben entgegen der Hypothese *in realiter* sehr wohl bestehen¹³¹⁷, würde das Aushandeln des vollständigen Vertrags jeden Nutzengewinn der Parteien zunichte machen.¹³¹⁸ Aus diesem Grund wird im Streitfall der Rechtsanwendung – insbesondere der Rechtsprechung – die Aufgabe zugewiesen, den vollständigen Vertrag hinsichtlich des Streitgegenständlichen Risikos nachzubilden.¹³¹⁹ Ökonomisch sinnvoll zu vermeidende Risiken werden dabei derjenigen Partei zugewiesen, welche den monierten Schadenseintritt am günstigsten hätte verhindern können.¹³²⁰ Aus ökonomischer Sicht unvermeidbare Schäden werden derjenigen Partei zugewiesen, welche das Risiko am günstigst-

1314 Grundmann/Hoernig, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 423f.; Köndgen/von Randow, Travemünder Symposium, 1989, S. 122, 125f.; Kötz, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 (Fn. 19); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 227. Warum sich die Parteien die entsprechenden Fragen nicht stellen konnten als das Schuldverhältnis begründet wurde, spielt dabei keine Rolle. So kann es schließlich auch daran gelegen haben, dass das Schuldverhältnis nur rechtsgeschäftähnlichen oder gesetzlichen Ursprungs ist und die Parteien deshalb gar keine nach §§ 133, 157 BGB messbaren Willenserklärungen abgegeben haben.

1315 Coleman/Maser/Heckathorn, Economic Institutions, 1991, S. 227, 227 („fully specified contract“).

1316 Hölzle, Desinformation, 2012, S. 117f. Konzis Murphy/Coleman, Philosophy of Law, 1990, S. 244f. („In short, if negotiations are in fact costless, there is nothing to lose in specifying the rights and duties of contracting parties under any possible set of feasible conditions.“).

1317 Calabresi, Economics, 1975, S. 204, 206; Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 49; deshalb ein „Realitätsdefizit“ des Ansatzes beklagend Drexel, Selbstbestimmung, 1998, S. 192 (Fn. 124); krit. auch Fezer, JZ 1986, 817, 820f.

1318 Murphy/Coleman, Philosophy of Law, 1990, S. 245 („costs of negotiation are too high“).

1319 Murphy/Coleman, Philosophy of Law, 1990, S. 245 („court [...] would promote efficiency by reproducing the results of a fully specified contract“).

1320 Calabresi, Accidents, 1970, S. 263; s.u., S. 355ff.

ten hätte versichern oder einpreisen können.¹³²¹ Beide – alternativen und in einem Rangverhältnis stehenden (Schadensvermeidung vor Schadensversicherung) – Formen der Risikozuweisung bilden den Willen rationaler Marktakteure nach, weil sie die Kosten für beide Parteien zum gemeinsamen Vorteil möglichst gering halten. Würde das Risiko, einen (vermeidbaren) Schaden zu verhindern, schließlich nicht derjenigen Partei zugewiesen, welche den Schadenseintritt am günstigsten hätte verhindern können, so kommt es zu Ineffizienz. Der nunmehr Risikobelastete würde schließlich die (im Vergleich zum Gegenüber) höheren Kosten der Schadensvermeidung der Verhandlung zugrundlegen und damit würden die Kosten auch für diejenige Partei unnötig stark steigen, die augenscheinlich vom Risiko entlastet wurde.¹³²²

Diese Nachbildung eines effizienten Parteiwillens durch Risikozuweisung nach Gesichtspunkten der (jeweils günstigsten) Schadensvermeidung oder Schadensversicherung wird in der ökonomischen Analyse als Instrument des vollständigen Vertrags bezeichnet und geschieht im Wege der Konkretisierung des dispositiven Rechts.¹³²³ Die Modellierung des Parteiwillens nach dem Gesichtspunkt der Effizienz senkt Transaktionskosten, weil es den Parteien erlaubt, nur die zentralen Fragen (*essentia negotii*) durch Willensübereinstimmung zu regeln und bezüglich des Rests auf die Anwendung des dispositiven Rechts zu vertrauen.¹³²⁴ Durch Senkung der Transaktionskosten wird die Entstehung von rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen befördert. Schließlich werden gleichsam die Barrieren, welche vom Abschluss eines Vertrages abhalten könnten, aufgehoben. Weil jedes rechtsgeschäftliche Schuldverhältnis im Grundsatz einen Nutzengewinn für jeden der Beteiligten darstellt¹³²⁵, steigt der gesamtgesellschaftliche Wohlstand

1321 Hölzle, Desinformation, 2012, S. 122f.; s.u., S. 423ff.

1322 Vgl. Hölzle, Desinformation, 2012, S. 121 (Fn. 373).

1323 Hölzle, Desinformation, 2012, S. 123f.; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 232f.

1324 Hölzle, Desinformation, 2012, S. 123 („Vertrauen in Vertragsbeziehungen ersetzt vollständige Verträge“); Mankowski, IPRax 2003, 127, 131f.; Riha, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 36f. Schon die Existenz dispositiven Rechts hat Entlastungsfunktion, muss aber nicht immer Effizienz widerspiegeln. Führt die Anwendung einer bestimmten Norm des dispositiven Rechts nicht zu effizienten Ergebnissen, so ist es Aufgabe der ökonomischen Analyse zu überprüfen, ob dieses Ineffizienz intendiert ist oder über die Maßstäbe der Ökonomik korrigiert werden sollte, näher Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 455f.

1325 Sonst würden die Parteien – so die Annahme der Ökonomik auf Basis des Modells vom *homo oeconomicus* – das Rechtsgeschäft nicht eingehen, Köndgen/von Randow, Travemünder Symposium, 1989, S. 122, 125; Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 125; vgl. auch J. Schmidt,

annähernd linear im Verhältnis zur Anzahl der (durchgeführten) Rechtsgeschäfte.¹³²⁶ Damit führt die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags auf individueller Ebene auch zu einem gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsgewinn.¹³²⁷ Gleichzeitig wird das Primat des Parteiwillens im Vertrag durch die nachträgliche Modellierung mittels der ökonomischen Analyse nicht untergraben.¹³²⁸ Da ein tatsächlicher Wille der Parteien bei Begründung des Schuldverhältnisses zu den hier interessierenden Nebenpflichten eben gerade nicht auszumachen ist – sonst kämen eben gerade keine Pflichten nach § 241 II BGB, sondern ausschließlich solche nach § 241 I BGB in Betracht –, kommt es allein auf den hypothetischen Willen an. Es entspricht aber im absoluten Regelfall dem hypothetischen Willen der Parteien, den Nutzen des Schuldverhältnisses für beide Seiten zu maximieren.¹³²⁹ Genau dies bezweckt die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags.

(1) Zur Vereinbarkeit des Kriteriums der Effizienz mit dem Parteiwillen in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen

Der individuelle Nutzen, welchen jede Partei mit der Durchführung des Schuldverhältnisses anstrebt, soll durch Berücksichtigung des Effizienzkriteriums bei der Auslegung des dispositiven Rechts maximiert werden. Handelt eine Partei hingegen willentlich gegenläufig zu ihrem objektiven, ökonomischen Interesse,

Vertragsfreiheit, 1985, S. 196, der – systemisch grundlegend – der Vertragsfreiheit „die Funktion zu[weist], die Nutzenvorstellungen der Individuen am Markt zu artikulieren, damit sie durch den Prozeß der Marktpreisbildung mit den Nutzenvorstellungen der anderen Individuen am Markt koordiniert werden können“.

1326 Vgl. Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 209f.

1327 So auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 232.

1328 S.o., S. 348ff.; vgl. auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 233 (Fn. 86) m.w.N.

1329 So auch Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 206f.; Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 256; Kötz, FS Drobniig, 1998, S. 563, 574; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 47ff. (für eine Berücksichtigung der ökonomischen Analyse im Schuldverhältnisrecht aus „funktionaler Perspektive“), 233 („Koinzidenz“ zwischen dem hypothetischen Parteiwillen und den Ansätzen der ökonomischen Analyse des Rechts); etwas verhaltener Neuner, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 901, 916 („Vertragsergänzung“ nach § 242 BGB schließt „Effizienzgesichtspunkte“ mit ein); Salje, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 234, 239 („nicht von vorherin ausgeschlossen“); Unberath, Vertragsverletzung, 2007, S. 143 („eingeschränkte normative Relevanz“ der Ökonomik im Vertragsrecht „vermittelt durch die Interessen der Vertragsparteien“).

so räumt auch die Ökonomie diesem Willen Vorrang gegenüber der Forderung nach Effizienz ein. Das Primat der Selbstbestimmung gilt schließlich auch bezüglich der Herabstufung des eigenen Nutzens.¹³³⁰

Beispiel 6 Indem der Steuerberater im Haltefristfall¹³³¹ bei erkennbar hoher wirtschaftlicher Relevanz seines Handelns und einer hohen Inanspruchnahme von Vertrauen auf die Frage des Kunden geantwortet hat, zeigt er nach Ansicht der Rechtsprechung Rechtsbindungswillen für die Begründung eines Auskunftsschuldverhältnisses.¹³³² Die einseitige Haftung des Steuerberaters ist für ihn ökonomisch nachteilig. Er muss die Informationskosten schultern, die er benötigt, um seine Leistungspflicht zu erfüllen. Hierfür erhält er keine Vergütung. Gleichzeitig hat er nach den von der Rechtsprechung konturierten – und hier nicht näher hinterfragten – Kriterien Rechtsbindungswillen gezeigt. Damit ist sein Wille auf die Begründung des Schuldverhältnisses gerichtet. Ein objektiver ökonomischer Nutzen muss dann nicht ermittelt werden. Das Primat der Privatautonomie kommt – ungehindert von der Ökonomie – zur Anwendung

Das Vorgehen lässt sich deshalb mit dem Primat des Parteiwillens im Vertragsrecht vereinen.¹³³³ Auch ein kursorischer Ergebnisvergleich belegt dies: Wenn die ökonomische Analyse bei einem *ex ante* ineffizienten¹³³⁴ rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis für einen korrigierenden Eingriff plädiert, entspricht dies grundsätzlich der Handhabung der Privatautonomie durch die herrschende Meinung.¹³³⁵

1330 Objektiv „wenig“ ist dem Einzelnen dann eben „viel“ wert, näher *Grundmann/Hoernig*, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 423f.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 451.

1331 S.o., S. 26.

1332 Vgl. zum Maßstab für ein Auskunftsschuldverhältnis BGH, Urt. v. 29.10.1952 – II ZR 283/51, Rn. 7 (BGHZ 7, 371, 374); *Bamberger-Roth/Fischer*, 3. Aufl. 2012, § 675 Rn. 83 m.w.N.

1333 So auch *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 451; *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 220f.; mit Blick auf die Leistungspflichten krit. *Rödl*, *Gerechtigkeit*, 2015, S. 279ff.

1334 Also einem Schuldverhältnis, was nicht dem „Pareto“-Kriterium genügt.

1335 *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 219 (Fn. 14) m.w.N.

In einem Fall zur bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung für außerhalb der Börse gehandelte Aktien bejahte der BGH eine Verhaltenspflichtverletzung des Prospektverantwortlichen und damit im Kern eine Informationspflicht nach dem Abbild des § 241 II BGB, weil falsche Angaben über die Anzahl und Bezüge der Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gemacht worden waren.¹³³⁶ In der Sache führt der BGH die Informationspflicht hier auf das Recht zur vertraglichen Dispositionsfreiheit, mithin die Vertragsfreiheit, zurück.¹³³⁷ Die ökonomische Analyse führt die Prospekthaftung auf die Informationskostenasymmetrie zwischen Anleger und Emittent und die korrespondierende Zahlungsbereitschaft des Anlegers für eine sorgfältige Prospekterstellung zurück.¹³³⁸

1336 BGH, Urt. v. 5.7. 1993 – II ZR 194/92, Rn. 3, 6, 9 (BGHZ 123, 106, 108ff.). Der Wertverfall der Anleihe beruhte im Ergebnis auf einer verweigerten Zulassung der Aktie zum Handel an der Börse und nicht auf der geltend gemachten Falschinformation. Dennoch bejahte der BGH einen „*Rechtswidrigkeitszusammenhang*“, weil das „*Recht [des Anlegers] zur Selbstbestimmung über die Verwendung [seines] Vermögens*“ beeinträchtigt sei, BGH, Urt. v. 5.7. 1993 – II ZR 194/92, Rn. 9 (BGHZ 123, 106, 113).

1337 So auch *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 119. Nur eine entsprechende Nebenpflicht zur vollumfänglichen Information konnte in den Augen des BGH die Privatautonomie des Gläubigers gewährleisten. Schutzgut einer solchen Nebenpflicht müssen im Übrigen – wie später auch in § 241 II BGB anerkannt – nicht zwingend die Vermögensinteressen des Gläubigers sein, sondern kann – wie hier – auch das Dispositionsinteresse des Gläubigers sein kann. Eine Anknüpfung an ersteres hätte dem Anleger schließlich die Geltendmachung eines Schadens verwehrt, weil die Aufklärungspflichtverletzung nicht kausal für die Wertminderung der Anlage war, so überzeugend *Rehm*, Aufklärungspflichten, 2003, S. 119. Die Dispositionsfreiheit lässt sich indes auch als Teil aller „*vermögenswerten Interesse*“ des Gläubigers deuten, s.o., S. 91ff. Dann wäre eine Haftung dem Grunde nach ohne weiteres zu bejahen gewesen.

1338 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 709. Ohne konkrete Informationen über die Anlage müsste jedes Anleihegeschäft einzeln ausverhandelt werden. Das erhöht die Transaktionskosten enorm und führt dazu, dass viele Geschäfte entweder gar nicht oder auf völlig unzureichender Informationsbasis geschlossen werden. Deshalb ist der Anleiheprospekt für beide Seiten vorteilhaft. Der Emittent vergrößert damit seinen Absatzmarkt und kann seine Anleihe zu einem angemessenen Preis an den Mann bringen. Er müsste schließlich deutlich Abschläge befürchten, wenn die Anleger keine Anhaltspunkte hätten, das Potential seiner Anlage zu schätzen. Der Anleger kann wiederum eine Entscheidung treffen, die seinen (Risiko-)Präferenzen angemessen ist. Weil die Erstellung des Prospekts für den Emittenten Kosten verursacht, ist dieser daran interessiert, diese an den Anleger weiterzureichen. Weil der Anleger selbst viel höhere Informationsbeschaffungskosten schultern müsste, um an die im Prospekt enthaltenen Informationen zu kommen und eine präferenzadäquate Entscheidung zu fällen, ist er bereit anteilig für die Prospekterstellung zu bezahlen, vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 709. Diese Hypothese stützt sich auf die zuvor dargelegten Gründe. Die Bezahlung erfolgt, indem der Anleger eine Anleihe erwirbt, deren Preis um die anteilige Um-

Im Ergebnis kommen beide Ansätze zum gleichen Ergebnis. Das Interessante ist dabei die unterschiedliche Perspektive der Ansätze: Der BGH betrachtet den Fall aus der Perspektive der Vertragsfreiheit. Selbige wäre seiner Ansicht nach im konkreten Fall gefährdet, würde man nicht von einer Informationspflicht ausgehen. Die ökonomische Analyse sieht hingegen die Effizienz des einzelnen Rechtsgeschäfts gefährdet, welche wiederum eine Gefahr für das effiziente Funktionieren des Kapitalmarktes insgesamt darstellt.¹³³⁹ Hieraus lässt sich schließen, dass die Forderung nach Effizienz in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen zumindest bei Informationspflichten lediglich die Kehrseite der Vertragsfreiheit darstellt.¹³⁴⁰

lage der Prospekterstellungskosten erhöht ist. Im Verhältnis zum typisierten Emittenten ist also der typisierte Anleger die „risikoaverse“ Partei, welche lieber die Kosten für die Information schultert, als eine Anleihe ohne nähere Information zu einem diskontierten Preis zu erwerben. Die Frage, ob eine Information für die präferenzadäquate Entscheidung des Anlegers von Bedeutung ist, muss dabei objektiv beantwortet werden. Nur so kann die ökonomische Analyse vorhersehbare Maßstäbe gewährleisten. Die Information über die Bezüge der Unternehmensleitung ist dabei zum einen mit Blick auf die laufenden Kosten des Unternehmens relevant. Zum anderen kann die relative Höhe im Verhältnis zum Umsatz darüber Auskunft geben, ob die Geschäftsleitung angemessen bezahlt ist und das Unternehmen demnach solide wirtschaftet, ähnlich argumentierte der Kläger, vgl. BGH, Urt. v. 5.7. 1993 – II ZR 194/92, Rn. 11 a.E. (BGHZ 123, 106, 115). Die Information ist demnach keineswegs so unerheblich, dass der typische Anleger für ihre Weitergabe nicht implizit in Form eines um anteilige Prospekterstellungskosten erhöhten Ausgabepreises der Anleihe bezahlen würde. Demnach ist auch mit der ökonomischen Analyse eine Informationspflicht zu fordern.

1339 Vgl. Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 814; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 15.

1340 Ähnlich auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 220 (Forderung nach Austauscheffizienz „kongeniales Äquivalent“ zur Austauschgerechtigkeit); zu den Begriffen der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit grundlegend Aristoteles, Grumach/Flashar (Hrsg.), Bd. 6, Nikomachische Ethik, 10. Aufl. 1999, Buch V, S. 100ff. („Die Gerechtigkeit als Teilerscheinung und das entsprechende Gerechte weist zwei Grundformen auf: die eine (A) ist wirksam bei der Verteilung von öffentlichen Anerkennungen, von Geld und sonstigen Werten, die den Bürgern eines geordneten Gemeinwesens zustehen. [...] Eine zweite (B) Grundform ist die, welche dafür sorgt, daß die vertraglichen Beziehungen von Mensch zu Mensch rechtens sind.“). Eine besondere soziale Funktion soll der Vertrag – als Urform des Schuldverhältnisses – hingegen nicht erfüllen, ähnlich auch Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 206f.; Ott, FG Kübler, 1997, S. 21, 42. Es wäre auch ineffizient, mittels des mühsamen Umwegs des Schuldverhältnissrechts auf die Verteilungsgerechtigkeit hinzuwirken, wenn dem Gesetzgeber mit staatlicher Intervention ein viel direkteres Mittel zur Verfügung steht, vgl. Schäfer, Travemünder Symposium, 1989, S. 1, 14; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 490. Damit können zumindest

Im Ergebnis lässt sich das Kriterium der Effizienz daher auch im Geltungsbereich der Privatautonomie ohne Systembruch anwenden.

(2) Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses

Mit einigen Modifikationen¹³⁴¹ ist die Ermittlung des effizienten Risikoträgers durch die Modellierung des vollständigen Vertrags auch innerhalb gesetzlicher und rechtsgeschäftsähnlicher Schuldverhältnisse sinnvoll (Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses). Unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Funktion des Schuldrechts – Ermöglichung und Erleichterung von Gütertransfer¹³⁴² – spricht nichts dagegen, alle Schuldverhältnisse unter effizienter Zuordnung von Ressourcen abzuwickeln: In gesetzlichen Schuldverhältnissen wird der Akt des Versprechens einer Leistung durch die gesetzliche Anordnung der (Leistungs-)Schuld ersetzt.¹³⁴³ Auch hier gilt es, das geforderte Ergebnis möglichst kosteneffizient zu erreichen. In rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen gibt es regelmäßig keine Leistungspflichten. Es kommen aber Nebenpflichten als Schuld in Betracht.¹³⁴⁴ Damit wird klar, dass sich der Zweck eines Schuldverhältnisses auch auf Nebenpflichten beschränken kann.¹³⁴⁵ Auch dieser Zweck –

solche Bedenken gegen die ökonomische Analyse nicht verfangen, die darauf abstellen, dass Effizienz keinen Spielraum für soziale Gerechtigkeitsabwägungen lässt, s. auch zum möglichen Verständnis von Informationspflichten als ökonomisches „*social engineering*“ *Faust/Grigoleit*, *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 193, 194 („*ökonomische Legitimierung von Aufklärungspflichten korrespondiert mit dem sozialpolitischen Desiderat, Ungleichgewichtslagen zu beseitigen*“).

1341 Insbesondere kann außerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse nicht auf den Parteiwillen oder eine „*Austauschäquivalenz*“ als absolute Grenze abgestellt werden.

1342 *Bydlinski*, *Prinzipien*, 1996, S. 172f.

1343 Auch dies geschieht aber mit Blick auf eine verbesserte Ressourcenallokation: Ohne die §§ 812ff., 823ff. BGB wäre der Schutz eigener Rechtsgüter vor rechtswidriger Beeinträchtigung oder ungerechtfertigter Bereicherung durch einen Dritten erheblich entwertet. Ressourcen wären dann nicht bestmöglich verteilt, sondern würden sich in den Händen derer ansammeln, die besonders „*dreist*“, „*geschäftsfreudlich*“ oder gar deliktisch agieren würden, zur Marktbezogenheit des Güterschutzes bereits *J. Schmidt*, *GS Schultz*, 1987, S. 341, 344 (Fn. 9).

1344 Vgl. die §§ 311 II, III, 241 II BGB. Dass Nebenpflichten auch rechtstatsächlich geschuldet sein können, wurde bereits dargelegt, s.o., S. 146ff.

1345 Dass der Zweck eines Schuldverhältnisses mit Leistungspflichten dann zumindest die Nebenpflichten mitumfasst, ist die logische Konsequenz.

der gegenseitige Integritätsschutz in den sachlichen Grenzen des Schuldverhältnisses – ist möglichst kosteneffizient zu erreichen.¹³⁴⁶

(3) Risiken bei einer Modellierung des Parteiwillens

Die Anwendung des Modells vom vollständigen Vertrag auf Nebenpflichten bedeutet *in concreto*, den hypothetischen Parteiwillen für Eventualitäten nachzubilden. Ist das Ergebnis der Modellierung eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht, so besteht zunächst einmal das Risiko, dass das dies nicht den Parteivorstellungen im Einzelfall entspricht.¹³⁴⁷ Dann müssten die Parteien das Ergebnis des dispositiven Rechts – die Nebenpflicht – abbedingen. Hierbei entstünden zusätzliche Transaktionskosten, deren Reduktion ausdrücklich erklärtes Ziel der Rekonstruktion des vollständigen Vertrags ist.¹³⁴⁸ Es ist deshalb von zentraler Bedeutung den individuell erkennbaren Parteiwillen sowie den Kontext des

1346 Aus der Übertragbarkeit des Begriffes auf alle Schuldverhältnisse folgt, dass der hypothetische Parteiwille im hiesigen Kontext letztlich mit der Anwendung des Effizienzkriteriums identisch ist, ähnlich auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 51f. Der hypothetische Parteiwille ist nur ein Konstrukt, um die Forderung nach Effizienz innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse möglichst vereinbar mit dem Primat des Parteiwillens zu halten. Ein Vorteil des hypothetischen Parteiwillens gegenüber dem Effizienzbegriff könnte sein, dass ersterer innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse die Umstände des Einzelfalls besser in die Prüfung integrieren kann. Effizienz lässt sich aber ebenfalls nicht gegen den expliziten oder konkludent ermittelten Willen der Parteien erreichen, vgl. *Grundmann/Hoernig*, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 423f.

1347 Näher *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 234; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 52ff.

1348 Um diesen Widerspruch zu vermeiden, können auch die Abbedingungskosten für das dispositive Recht möglichst gering gehalten werden, hierzu *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 235f. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass das Ergebnis der Modellierung der Mehrheit der potentiellen Parteien zusagt, *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 222; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 54. Zum anderen kann es genügen, die Modellierung auf die Minderheit potentieller Parteien zuzuschneiden, sofern die Mehrheit eine entsprechende Nebenpflicht besonders günstig abbedingen könnte, *Ayres/Gertner*, Yale L.J. 99 (1989), 87, 93; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 54. Die zweite Alternative wird im hiesigen Kontext nur selten einen Ausweg darstellen, weil sich Nebenpflichten faktisch nur schwer ausschließen lassen, s.o., S. 204ff.; überdies findet *E. Posner*, Fla. St. U. L. Rev. 33 (2006), 563, 585ff. in einer empirischen Analyse keinen einzigen Fall, in dem (US-amerikanische) Gerichte eine von der „majoritarian default rule“ abweichende Regelung annehmen wollten. Widersprüche des dispositiven Rechts mit dem individuellen Parteiwillen sollten allerdings bereits auf unterster Stufe – und damit bei der Frage zu welchem Ergebnis das dispositive Recht überhaupt kommt – aufgelöst werden. Eine Optimierung auf der Ebene der Abbedingungskosten ist demgegenüber zweitrangig.

Schuldverhältnisses bereits bei der Modellierung zu berücksichtigen.¹³⁴⁹ Auch wenn die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags als Instrument der Rechtsanwendung ein theoretisches Modell darstellt, darf demnach keine rein abstrakte Modellierung nach risikozuweisenden Kriterien vorgenommen werden. Vielmehr ist bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen der bei Vertragsschluss erkennbare Gestaltungswille zu berücksichtigen.¹³⁵⁰

Ganz allgemein wird die Heranziehung des hypothetischen Parteiwillens für die nähere Inhaltsbestimmung eines Schuldverhältnisses aus der herkömmlich-rechtswissenschaftlichen Perspektive kritisiert, weil aufgrund der Schwammigkeit des Maßstabs stets der Einfall von Billigkeitserwägungen droht.¹³⁵¹ Weil die ökonomische Analyse für die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags aber gerade handhabbare, konkrete sowie justiziable Maßstäbe für die Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens liefert, kann dieser Gefahr hier bedenkenlos begegnet werden.

1349 Überzeugend *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 236f.

1350 Bei rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen lässt sich auf den von den Parteien mit der Geschäftsanbahnung verfolgten Zweck abstellen. Das Schuldverhältnis beruht hier zwar nicht auf einem rechtsgeschäftlichen, aber doch zumindest auf einem geschäftlichen Moment, vgl. § 311 II Nr. 3 BGB. Bei gesetzlichen Schuldverhältnissen entsteht das Schuldverhältnis durch Anordnung des Gesetzgebers. Damit fehlt es hier an jeglichem privatautonomen Gestaltungswillen. Für die Ermittlung des konkreten Kontextes des Schuldverhältnisses könnte man zunächst eine vertragliche Übereinkunft zwischen den Parteien fingieren und diesen hypothetischen Parteiwillen als Maßstab nehmen. Bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis aus §§ 823 I, 249 I BGB oder §§ 812 I 1 Alt. 2, 818 I BGB schuldet die eine Partei der anderen eine Leistung, die andere schuldet hingegen keine (synallagmatisch verknüpfte) Gegenleistung. Das ist aus vertraglicher Perspektive eine Schenkung, mithin ein unentgeltliches Schuldverhältnis. Der in einer vertraglichen Haftungsmilderung (z.B. § 521 BGB) zum Ausdruck kommende Gedanke, dass der Schuldner dem Gläubiger „einen Gefallen“ tut und deshalb nicht übermäßig verpflichtet werden sollte, passt jedoch nicht auf diese Restitutions-schuldverhältnisse. Man kann hier also nur auf den gesetzlichen Zweck des Schuldverhältnisses abstellen. All diese Gedanken dienen letztlich dazu, eine mittels einer abstrakten Risikoverteilungserwägung hergeleiteten Nebenpflicht mit Blick auf die konkrete Zielsetzung des Schuldverhältnisses im Einzelfall zu begrenzen. Im hier vertretenen, doppeifunktionalen Ansatz sind das Fragen der schuldverhältnisspezifischen Funktion einer Nebenpflicht, s.u., S. 529ff.

1351 Vgl. *Medicus*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 629, 638f.

(4) Zwischenergebnis: Anwendbarkeit des Modells der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses auf Nebenpflichten

Die Reichweite des Schutzes vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten kann demnach im Folgenden mit den Kriterien der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses bestimmt werden.

bb) Primäre Haftung des *cheapest cost avoider*

Grundsätzlich sollte immer diejenige Partei haften, die den Schaden am günstigsten hätte verhindern können.¹³⁵² Diese wird in der Terminologie der ökonomischen Analyse des Rechts *cheapest cost avoider* genannt.¹³⁵³ Voraussetzung ist, dass die Schadensvermeidungskosten unterhalb des Erwartungswerts des Schadens bleiben. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bei unterlassenen Anstrengungen zur Schadensvermeidung multipliziert mit der erwarteten Schadenshöhe ergibt den Schadenserwartungswert. Ist dieser Wert geringer als die Schadensvermeidungskosten, so wäre es für die Gesellschaft als Ganzes günstiger, es auf den Schadenseintritt ankommen zu lassen. Entweder ist dann nämlich

1352 Calabresi, Accidents, 1970, S. 135ff. („*pure market approach to primary accident cost avoidance*“); Kötz, Travemünder Symposium, 1989, S. 189, 195; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 436; anschaulich Kötz, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 (Fn. 21: „*Ver-schwendung von Ressourcen [...], wenn dem Käufer ein Risiko aufgebürdet würde, das abzuwenden ihn viel und den Händler wenig Geld kostet*“).

1353 Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 214f.; Grundmann/Hoernig, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 427; M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 249. Dabei wird der Begriff nicht nur im Kontext volkswirtschaftlicher Effizienz gebraucht: Coleman, Ariz. L. Rev. 37 (1995), 15, 29 sieht den *cheapest cost avoider* beispielsweise unter bestimmten Voraussetzungen als haftungszuweisenden Begriff im Dienste kompensatorischer Gerechtigkeit. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur finden sich ähnliche Ansätze: So befürwortet beispielsweise Träger, Arbeitsteilung, 2012, S. 226 grundsätzlich eine Risiko-zuweisung an den „*low-cost risk bearer*“, welche indes noch durch die individuellen Risikopräferenzen der Beteiligten und der Möglichkeit einer Fremd- oder Eigenversicherung modifiziert werden kann. Er fasst damit alle haftungszuweisenden Kriterien der Rekonstruktion des vollständigen Vertrags in einem Begriff zusammen. Das erhöht zwar die Flexibilität, lässt aber die Aussagekraft der einzelnen Kriterien sinken. Schließlich ist nicht mehr klar, in welchem Hierarchieverhältnis die einzelnen Kriterien zueinander stehen; explizit auf den *cheapest cost avoider* als sinnvollen Risikoverteilungsmaßstab verweisend Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 214f.; Faust, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 853; Fleischer, Schuldrechtsreform, 2001, S. 243, 263 („*cheapest-cost-avoider-Postulat*“); Hopt, AcP 183 (1983), 608, 654; Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 320; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 160f.; Thole, AcP 209 (2009), 498, 532f.; Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 46, 53.

der erwartete Schaden sehr gering, oder der Eintritt des Schaden ohnehin sehr unwahrscheinlich oder schließlich die Kosten für die Schadensvermeidung ganz besonders hoch.

Als pragmatischer Weg Risiken zuzuweisen, kann der Ansatz des *cheapest cost avoider* sinnvolle Ergebnisse präjudizieren, für welche die rechtswissenschaftliche Problemanalyse deutlich mehr Aufwand betreiben muss.

Beispiel 32 Im Krankenbettfall¹³⁵⁴ hat die Rechtsprechung letztlich den *cheapest cost avoider* herausgefunden.¹³⁵⁵ Denn *cheapest cost avoider* ist der Käufer nur solange, wie er Ursachen aus der eigenen Sphäre als Schadensursache eliminieren kann.¹³⁵⁶ Zudem sind die Schadensvermeidungskosten geringer als der Schadenserwartungswert.¹³⁵⁷ Der Schaden liegt in den Kosten, die dem Gläubiger dadurch verursacht werden, dass er eine Nacherfüllung in die We-

1354 S.o., S. 255.

1355 So auch *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 532.

1356 Er muss dabei keineswegs den Mangel ausfindig machen, *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 539f. Geht es um Fehlerursachen außerhalb der Sphäre des Käufers, so wird der Verkäufer *cheapest cost avoider* hinsichtlich der Ermittlung der Mangelherkunft. Schließlich hat letzterer grundsätzlich höhere Sachkenntnis vom verkauften Gegenstand und der Historie der Herstellung oder des Ankaufs vom Hersteller. Der BGH hat die Nebenpflicht aber explizit von „die Kaufsache betreffende[n] Fachkenntnisse[n]“ abgekoppelt, BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 13

1357 Es handelt sich hier nicht um eine praktisch unvermeidbare Schädigung oder die Realisierung eines völlig unkontrollierbaren Risikos. Wenn der Schuldner die hauseigenen Ursachen für den Fehler vor Benachrichtigung des Gläubigers ausschließt, entstehen keine besonders hohen Kosten. Zudem kann er diese Kosten ausweislich der Regel des § 439 II BGB im Falle eines tatsächlich bestehenden Nacherfüllungsanspruchs vom Verkäufer ersetzt verlangen, vgl. nur *Bamberger-Roth/Faust*, 3. Aufl. 2012, § 439 Rn. 22. Unterlässt der Käufer diese Evidenzkontrolle, so ist es durchaus wahrscheinlich, dass der Verkäufer umsonst zur Mangelprüfung anreist. Viele vermeintliche Mängel einer Sache sind schließlich auf Fehlbedienungen, Anschlussfehler, etc. zurückzuführen. Die hierbei entstehenden Kosten sind typischerweise höher als die Kosten des Käufers für die Evidenzkontrolle. Schließlich ist der Käufer der Sache meistens näher als der Verkäufer. Zudem muss er nur Ursachen aus der eigenen Sphäre (mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt) ausschließen. Das erfordert eine geringere zeitliche Investition als die umfassende Fehlersuche, welche der Verkäufer betreiben wird. Damit ist der Schadenserwartungswert typischerweise unter den Schadensvermeidungskosten. Man merkt aber, dass sich diese Voraussetzung aufgrund des Mangels belastbarer Datensätze bisweilen nur schwammig feststellen lässt. Sie macht einige Annahmen erforderlich, die sich aus Zeitgründen – zumindest in der gerichtlichen Subsumtion – maximal populärwissenschaftlich untermauern lassen.

ge leitet.¹³⁵⁸ *Interessant ist dabei die unterschiedliche Perspektive der beiden Herangehensweisen mit Blick auf das identische Ergebnis: Während die Rechtsprechung die Nebenpflicht letztlich auf eine komplizierte Abwägung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben stützt, käme die ökonomische Analyse hier zur Nebenpflicht über das deutlich simplere Kriterium des *cheapest cost avoider*.*

(1) Vorgang der Risikozuweisung

Der Begriff des *cheapest cost avoider* will Schadensrisiken zuweisen. Anders als bei der Verletzung einer Leistungspflicht lässt sich die klare Trennung von Pflichtverletzung und Schaden bei Nebenpflichten aber nicht immer aufrechterhalten. Die Voraussetzungen gehen mitunter ineinander über, weil die Nebenpflicht häufig nur Vorwand dafür ist, einen bestimmten Posten für ersatzfähig zu erklären. Damit ist in Fällen, in denen Nebenpflichten eine Rolle spielen, häufig gar kein klarer Schaden erkennbar, der in der Folge über das Kriterium des *cheapest cost avoider* zugewiesen werden könnte. Für die Konturierung eines vermögenswerten Interesses, welches durch die Nebenpflicht geschützt werden soll, ist die Rechtswissenschaft mit ihren wertungsoffenen Kriterien im ersten Zugriff besser geeignet.

Beispiel 7 Im Mietwohnungsfall¹³⁵⁹ lag der Schaden in den Kosten für das Weißeln der bemalten Wände. Diesen Schaden hätte der Mieter am kostengünstigsten verhindern können, wenn er die Wände gar nicht erst bemalt hätte. Dieses Ergebnis stünde aber in Widerspruch zum geltenden Recht. Er hatte schließlich das vertragliche Recht die Wohnung während der Mietdauer nach seinem Belieben zu gestalten, vgl. § 538 BGB. Alternativ hätte der Mieter die Wandfarbe vor Ablauf der Mietdauer wieder in Weiß verwandeln

1358 Die Wahrscheinlichkeit, dass er diese Kosten umsonst aufwendet, wenn der Käufer noch nicht mögliche Schadensursachen aus der eigenen Sphäre eliminiert hat, ist relativ hoch. Schließlich kann bis dahin noch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Mangel aus der Sphäre des Verkäufers stammt.

1359 S.o., S. 33.

können. Dann würde man zumindest seinem aus § 538 BGB folgenden Nutzungsrecht Respekt zollen. Zu diesem Zeitpunkt ist er aber nicht mehr zwingend cheapest cost avoider. Die Kosten, die Wand wieder weiß streichen zu lassen, sind für ihn schließlich nicht niedriger als für den Vermieter.¹³⁶⁰ Im Fall galt es deshalb das vermögenswerte Interesse des Vermieters herauszuarbeiten, nicht durch Selbstverwirklichung des Mieters in den Möglichkeiten zur Weitervermietung beeinträchtigt zu werden. Hierbei ist der Begriff des cheapest cost avoider nicht ohne Weiteres¹³⁶¹ hilfreich. Schließlich sind beliebig viele Fälle denkbar, in denen der Vermieter die Kosten dafür, eine Veränderung, Umgestaltung oder sonstige, vermeintliche Verschönerung des Mieters wieder rückgängig machen zu lassen, vom Mieter ersetzt verlangen möchte. Wendet man das Kriterium bedenkenlos an, so wäre in jedem Fall – völlig unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – eine Haftung des Mieters aus §§ 280 I, 241 II BGB zu bejahen. Schließlich wäre stets er es gewesen, der den Schaden mit den geringsten Kosten hätte verhindern können, indem er die Wohnung unverändert belassen hätte. Die Vorschrift des § 538 BGB drohte dann ausgehöhlt zu werden. Im Ergebnis kommt es deshalb auf die Schutzwürdigkeit des Interesses des Vermieters an, das Objekt in einem Zustand zu erhalten, in welchem eine Weitervermietung bereits möglich ist.¹³⁶² Die Reichweite dieser Schutzwürdigkeit lässt sich vermeintlich besser durch eine rechtswissenschaftliche Abwägung bestimmen. Der Begriff des cheapest cost avoider scheint hierfür zu rigide.

1360 Der Mieter könnte die Wand natürlich kostengünstig selber weißeln. Diese Möglichkeit steht aber theoretisch auch dem Vermieter offen, sodass sich hieraus kein Kostenvorteil des Mieters ergibt.

1361 Sieht man einmal von der Möglichkeit ab, den hier drohenden Ressourcenschaden (näher s.u., S. 369ff. sowie 0, S. 375ff.) als Schaden zu erfassen. Diesen wiederum kann man dann über die Figur des *cheapest cost avoider* dem Mieter zuweisen. Um die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses also als universales Subsumtionsinstrument für den Schutz vermögenswerter Interessen durch § 241 II BGB zu positionieren, muss der Begriff der „*kostengünstigsten Schadensvermeidung*“ (*cheapest cost avoider*) also auch einen möglichen Ressourcenschaden erfassen.

1362 Vgl. MüKo-BGB/Bieber, 7. Aufl. 2016, § 538 Rn. 4.

Mit dem Ansatz des *cheapest cost avoider* lässt sich ein Schadensrisiko aber rechtsfolgenorientiert zuweisen. Die Nebenpflicht ist dann schlicht als diejenige Verhaltensanforderung abzuleiten, welche den Schadenseintritt verhindert hätte. Damit wird die Nebenpflicht letztlich erst im zweiten Schritt – nach Zuweisung des Schadensrisikos an den Schuldner – konkretisiert. Das mag zwar kontrovers und dogmatisch fragwürdig wirken, ist aber letztlich dem pragmatischen Einsatz von Nebenpflichten durch die Rechtsprechung geschuldet.¹³⁶³ Es entspricht zudem dem hier vertretenen, funktionalen Verständnis von Nebenpflichten.

Beispiel 38 Das OLG Hamm hat eine Nebenpflicht des Telefonnetzbetreibers angenommen, die Verbindung zu einer teuren 0190-Nummer nach einer Stunde zu unterbrechen („Telefongebührenfall“).¹³⁶⁴ Die eigenen Ansprüche gegenüber Kunden zu maximieren, ist aber Grundlage und Forderung der Marktwirtschaft.¹³⁶⁵ Der Sachverhalt bietet also zunächst gar keinen Ansatzpunkt dafür, ein Schadens-Risiko über den Ansatz des *cheapest cost avoider* zuzuwei-

1363 Vgl. BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 15f.; BGH, Urt. v. 25.3.2009 – XII ZR 117/07, Rn. 13ff. (Hinweispflicht eines Autovermieters gegenüber dem Interessenten auf „mögliche Probleme bei der Abrechnung der Mietwagenkosten mit der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners“; der Schaden liegt hier in den nicht von der Versicherung getragenen Mietwagenkosten, welcher wiederum über den Begriff des *cheapest cost avoider* mittels einer Nebenpflicht dem Autovermieter zugewiesen werden konnte, weil dieser wiederum extra einen deutlich höheren, die Grenzen der Haftpflichtversicherung bewusst austestenden, Unfallersatztarif angeboten hatte und somit minimale Informationsbeschaffungskosten hinsichtlich der möglichen Abrechnungsprobleme hatte); KG Berlin, Urt. v. 2.3.2016 – 26 U 18/15, Rn. 11ff. (Verletzung sowohl einer Obhuts- als auch einer Informationspflicht gegenüber den Kunden durch eine Bank bei letztlich unbefriedigender Absicherung von Schließfächern vor Einbrüchen); Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37 („[v]on einer Schädigung kann bei verhaltensbezogenen Pflichten auf eine Pflichtverletzung geschlossen [!] werden, wenn der Gläubiger dartut, dass die Schadensursache allein aus dem Verantwortungsbereich des Schuldners herrühren kann“); ähnlich OLG Hamm, Urt. v. 19.2.2010 – 19 U 106/09, Rn. 14, 18 (Hinweispflicht eines Hörgeräteverkäufers auf mögliche Abrechnungsschwierigkeiten mit der Krankenversicherung); s. auch Werres, Aufklärungspflichten, 1985, S. 145f.

1364 OLG Hamm, Urt. v. 5. 11. 2002 – 19 U 41/02, Rn. 26. Die Pflichtverletzung lag hier darin, dass der Netzbetreiber die Verbindung nicht unterbrochen hatte, der Schaden dann in dem erhöhten Anspruch des Netzbetreibers gegenüber dem Kunden.

1365 Es widerspräche dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, den Gläubiger hiergegen grundsätzlich durch eine Nebenpflicht schützen zu wollen, vgl. Klinck, Information, 2013, S. 103, 108 („*vorvertragliche Pflicht zur Vermeidung des Vertragsschlusses*“ grenzt „*an das Absurde*“); Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 454, 498.

sen. Dennoch ging das OLG hier von einer Nebenpflichtverletzung aus, weil das Ergebnis – knapp 15.000 DM an Telefongebühren für eine über 68 Stunden andauernde Verbindung zu einer 0190-Nummer – schon auf den ersten Blick nicht hinnehmbar schien.¹³⁶⁶ Damit kam das Gericht über den „Umweg“ einer Nebenpflichtverletzung dazu, den Entgeltanspruch des Netzbetreibers aus Billigkeitsgründen zu beschränken.

Wendet man auf den Sachverhalt das Kriterium des cheapest cost avoider an, so kommt man ebenfalls dazu, die Haftung zu bejahen: Nimmt man das Sammelsurium an möglichen¹³⁶⁷ Ursachen (bewusste und gewollte Herstellung der Verbindung durch den Kunden, fehlerhafte Bedienung des Nutzers¹³⁶⁸, Fehler des Geräts, Verhalten Dritter sowie fehlerhafte Verbindungsverwaltung des Netzbetreibers), so lässt sich die Eigenschaft des Netzbetreibers als cheapest cost avoider bejahen. Schließlich hat der Kunde keine oder nur extrem kostenintensive Möglichkeiten, den Schaden bei einer der drei Fremdursachen zu verhindern. Der pauschale Abbruch der Verbindung durch den Netzanbieter über ein einmalig einzurichtendes, automatisiertes Verfahren ist dann im Vergleich die günstigere Variante, den Schaden zu verhindern. Ein solches Schutzsystem erfordert nämlich nur eine einmalige Investition, welche auf eine Vielzahl von Kundenverträgen umgelegt werden kann und dadurch im Einzelfall zu keiner übermäßigen Belastung

1366 Mit Blick auf den „Vertragszweck“, den „redlichen Geschäftsverkehr“ und die dem Netzbetreiber bekannten, besonders hohen Kosten der 0190-Nummern ist es nach Ansicht des Gerichts zumutbar – weil „ohne weiteres technisch möglich“ – die Verbindung nach einer Stunde als „Schutzvorkehrung[...]“ zugunsten des Kunden zu unterbrechen, OLG Hamm, Urt. v. 5. 11. 2002 – 19 U 41/02, Rn. 26.

1367 Das Gericht abstrahierte – in Übereinstimmung mit der schon häufig betonten Heteronomität der Nebenpflichten – von den Umständen des Einzelfalls und stellte zu Recht auf die „generell denkbaren Ursachen, die zu einer hohen Telefonrechnung und damit zu einem hohen Schaden führen können“, ab.

1368 Vgl. hierzu das Vorbringen des Netzbetreibers, OLG Hamm, Urt. v. 5.11.2002 – 19 U 41/02, Rn. 15 a.E. („Insoweit wisse der Kunde, daß eine solche Verbindung teuer sei und daß eine Verbindung bestehen bleibe, falls der Hörer nicht richtig aufgelegt werde.“); zur Relevanz der Gebrauchsanleitung im Kontext einer Risikozuweisung über den Begriff des cheapest cost avoider Thole, AcP 209 (2009), 498, 533.

des Netzbetreibers führt. Dies gilt – unter Inkaufnahme der geringen Kosten des unerwünschten Abbruchs gewollter kostenintensiver Gespräche – auch, wenn nicht sicher festgestellt werden kann, welche der genannten Ursachen dazu geführt hat, dass die Verbindung bestehen bleibt. Schließlich wäre die Unklarheit im Einzelfall leichter vom Netzbetreiber zu beheben gewesen als vom Kunden: Nur der Netzbetreiber kann schließlich die Fehlerhaftigkeit der Verbindungstrennung, die Intervention eines Dritten, die Datenübertragung oder das Abrechnungssystem mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand überprüfen.¹³⁶⁹

Der Begriff des cheapest cost avoider kann hier also durchaus überzeugend vorgeben, wem das Risiko im Ergebnis zugewiesen werden soll. Die Konkretisierung der Nebenpflicht – Verbindungsabbruch durch den Netzbetreiber – erfolgt dann im Anschluss an die Feststellung, dass der Kunde vom Schadensrisiko befreit werden soll.

Auch in Fällen, in denen es gilt, die Schutzwürdigkeit eines vermögenswerten Interesses herauszuarbeiten, kann der Begriff des *cheapest cost avoider* also zu vertretbaren Ergebnissen führen.

(2) Relevanz der Erkennbarkeit

Um verhaltenssteuernde Wirkung leisten zu können, muss der Begriff des *cheapest cost avoider* zu einer Haftungsverteilung führen, die für den Haftenden aus einer *ex ante* Perspektive erkennbar ist.¹³⁷⁰ Basis des Kriteriums ist es ja gerade, dass derjenige ein Risiko tragen soll, der den Schaden mit den geringsten Kosten hätte verhindern können.¹³⁷¹ Kann der Schuldner aber gar nicht erkennen, dass

1369 Die Sphäre des Netzbetreibers umfasst insoweit alles, was über die konkrete Benutzung des Telefonapparats hinausgeht, vgl. zu diesem aus der Beweislastverteilung entlehnten Begriff BGH, Urt. v. 3.1.1961 – VI ZR 67/60, Rn. 20.

1370 Vgl. bereits *Trimarchi*, ZHR 136 (1972), 118, 127. Damit werden schließlich – auch bei rechtsvergleichender Umschau – die zentralen Bedenken gegen einen umfassenden Vermögensschutz ausgeräumt, *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 236f.

1371 *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 853.

ihm eine Handlung abverlangt wird, so wird es faktisch nie zur Schadensvermeidung kommen.¹³⁷² Das Argument, dass er die Schadensvermeidung mit den geringsten Kosten hätte betreiben können, wird dann *ad absurdum* geführt.¹³⁷³ Die Vorhersehbarkeit einer Schädigung wird geprägt durch die Informationskosten, welche bei der Aufdeckung des Risikos entstehen.¹³⁷⁴ Lässt sich ein (Schadens-) Risiko mit niedrigen Informationskosten erkennen, so ist die Wertung des *cheapest cost avoider* stimmig.

Beispiel 23 Im Fußballfanfall¹³⁷⁵ wäre der entstandene Schaden – die Strafe für den Verein – am kostengünstigsten vom Fan verhindert worden.¹³⁷⁶ Die Opportunitätskosten dafür sind lediglich, die individuelle Präferenz dafür, aus Wut über den Spielverlust einen Böller in die gegnerische Fangemeinde zu werfen, zurückzustellen. Für den einzelnen Fan ist es wegen der medialen Aufarbeitung der Problematik dabei auch durchaus vorhersehbar, dass sein Handeln zu einer Strafe gegen den Verein führen wird.¹³⁷⁷ Das vermögenswerte Interesse des Vereins, nicht wegen Ausschreitungen der Fans vom DFB in Anspruch genommen zu werden, ist dem einzelnen Fan damit ohne nennenswerte Investition von Informationskosten

1372 Um Schäden überhaupt vermeiden zu können, müsste der Schuldner dann „ins Blaue hinein“ Schadensvermeidungsmaßnahmen treffen, dagegen zu Recht dezidiert BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 11; deutlich auch E. Schmidt, JA 1978, 597, 604 (Schuldner sollte nur dann mittels einer Nebenpflicht am Schutz des Vermögensinhaber „beteiligt werden, falls diesem die Relevanz der betreffenden Position und deren Verflechtung mit den weiteren Interessen des Partners deutlich vor Augen geführt worden ist“).

1373 Präzise Faust, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 216f.; Faust, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 853f.

1374 Köhler, ZHR 144 (1980), 589, 595. Dabei ist eine objektive „Verkehrsperspektive“ angemessen, näher Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 189.

1375 S.o., S. 136.

1376 Der Verein hätte seine Sicherheitsvorkehrungen bei der Einlasskontrolle massiv aufstocken müssen, um das Mitbringen von Feuerwerkskörpern zu verhindern. Dadurch wären ihm sehr hohe Kosten entstanden. Damit ist der einzelne Fan *cheapest cost avoider*.

1377 Es spricht Bände, dass eine Webseite von (und für) begeisterte(n) Fußballfans eine wissenschaftliche Veranstaltung mit einem Sportrechtler über das Strafsystem des DFB dokumentiert, http://www.faszination-fankurve.de/index.php?head=Wie-funktioniert-das-Strafsystem-des-DFB&folder=sites&site=news_detail&news_id=8653&gal_id=543&bild_nr=1, zuletzt eingesehen am 24.7.2018; s. auch AG Lingen, Urt. v 17.2.2010 – 4 C 1222/09, Rn. 7 („bekannt [...], dass gerade im Rahmen von Fußballspielen jegliches Fehlverhalten - ob tätlicher oder nur verbaler Art - durch Sportverbände geahndet wird“).

erkennbar. Das Kriterium des cheapest cost avoider kann damit auch wertungsmäßig überzeugen.

Eine Nebenpflicht lässt sich demnach nur dann überzeugend auf das Kriterium des *cheapest cost avoider* stützen, wenn das von ihr geschützte vermögenswerte Interesse dem Schuldner *ex ante* erkennbar und die mit seiner Handlung einhergehende Schädigung vorhersehbar war.¹³⁷⁸

(3) Zur Konvergenz von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

Eine Nebenpflicht kommt nach dem Begriff des *cheapest cost avoider* nur infrage, wenn die Grenzkosten der Schadensvermeidung durch den Grenznutzen derselben zumindest aufgewogen werden.¹³⁷⁹ Nach der sogenannten *Learned Hand*-Formel ist fahrlässiges Handeln allgemein zu bejahen, wenn der Vorsorgeaufwand geringer als das Produkt aus Schadenshöhe und Schadenseintrittswahrscheinlichkeit ist.¹³⁸⁰ Individuelle Defizite spielen bei der Bestimmung des

1378 Bei Schadensersatzansprüchen aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung sind Pflichtverletzung und Schaden häufig eng miteinander verknüpft. Die Kriterien der Erkennbarkeit sowie der Vorhersehbarkeit greifen damit ineinander. Mit dieser wertenden Einschränkung verliert der Begriff des *cheapest cost avoider* insgesamt an Präzision. Das lässt sich aber nicht vermeiden, wenn man das Haftungskriterium für alle Arten von Nebenpflichten tauglich gestalten möchte. Hier wäre im Übrigen auch ein möglicher Ansatzpunkt, um den Begriff des *cheapest cost avoider* auf geldwerte Handlungen zu erstrecken. Ist ein bestimmtes vermögenswertes (Informations-)Interesse dem Schuldner erkennbar und eine Schädigung vorhersehbar, so erscheint die Risikozuweisung über den Begriff des *cheapest cost avoider* akzeptabel. Es bleibt aber offen, warum der Schuldner eine geldwerte Handlung erbringen soll, ohne hierfür eine Kompensation zu erlangen. Diesen Widerspruch kann auch die Erkennbarkeit eines Risikos nicht auflösen. Dogmatisch würde die Subsumtion zu § 241 II BGB mit dem Grundsatz im deutschen Recht brechen, dass die „*foreseeability rule*“ erst auf Rechtsfolgenseite bei § 254 BGB relevant wird, vgl. *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 853f.; *Trimarchi*, ZHR 136 (1972), 118, 127.

1379 Vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 521f.

1380 *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 70; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 183. Das Produkt aus Schadenshöhe und Schadenseintrittswahrscheinlichkeit lässt sich auch als „*Schadenserwartungswert*“ bezeichnen, *Riha*, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 44 (Fn. 79). Entwickelt wurde diese Formel vom US-amerikanischen Richter *Billings Learned Hand* im Jahr 1947 im Urteil *United States v Carroll Towing Co.* (1947), 159 F. 2d 169, 173 („*if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i. e., whether B > PL*“). Auch in der deutschen Rechtsprechung finden sich Parallelen zur „*Learned-Hand*“-Formel, s. dazu *Drexler*, Selbstbestimmung, 1998, S. 166f.; *AK-BGB/Kohl*, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 30; *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, 700f.; *Ott*, FG Kübler, 1997, S. 21, 29 („*tendenzielle Übereinstim-*

Sorgfaltsmaßstabs keine Rolle.¹³⁸¹ Dieser Befund lässt sich sowohl bei den Verkehrssicherungspflichten¹³⁸² als auch bei den Nebenpflichten¹³⁸³ wiederfinden. Die Frage stellt sich also, ob sich der Pflichtinhalt in einem Schuldverhältnis mit diesem rechtsvergleichend für das Vertretenmüssen entwickelten Kriterium bestimmen lässt.¹³⁸⁴ Zunächst wirkt dies befremdlich: Schließlich ist ein (volkswirtschaftlich) wünschenswerter Fahrlässigkeitsmaßstab normtechnisch auf § 276 II BGB bezogen. Die Prüfung von § 276 II BGB ist indes Gegenstand des Vertretenmüssens. Damit ist sie der Pflichtverletzung – und folglich dem Prüfungsstandort von § 241 II BGB – nachgelagert. Nebenpflichten sind indes von ihrer Zwecksetzung her verhaltensbezogene Pflichten. Die Prüfung des Ver-

mung“); Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 185f.; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 155ff. So wird insbesondere bei Verkehrssicherungspflichten – und damit ebenfalls bei entsprechenden Nebenpflichten – stets auf das Ausmaß drohender Gefahr abgestellt, vgl. beispielsweise RG, Urt. v. 11.4.1935 – VI 540/34, RGZ 147, 353, 356; BGH, Urt. v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, Rn. 15; BGH, Urt. v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05, Rn. 11 a.E. Das ähnelt dem Schadenserwartungswert in der ökonomischen Analyse. Aufseiten des Schuldners wird stets die „Zumutbarkeit“ der aus den Nebenpflichten folgenden Belastung berücksichtigt, Dezidiert beispielsweise BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 32 (Schuldner darf durch Nebenpflicht nicht „überfordert werden“); BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 12 (a.A. offenbar die Vorinstanz OLG Köln, Urt. v. 9.3.2012 – I U 48/11, Rn. 13, das an die „allgemeine Pflicht“ des Auftraggebers anknüpfen wollte, sein „Rapsfeld vor den Erntearbeiten von größeren Fremdkörpern freizuhalten“ ohne die immense wirtschaftliche Belastung dieser Pflicht explizit zu würdigen); BGH, Urt. v. 29.5.2013 – IV ZR 165/12, Rn. 15ff.; LG Osnabrück, Urt. v. 26.1.2011 – 2 O 2278/08, Rn. 31; vgl. auch Teichmann, JA 1984, 545, 547. Das wiederum ist inhaltlich an den Vorsorgeaufwand angelehnt. Schließlich haben beide Ansätze gemeinsam, dass sie im Grundsatz eine objektive Analyse durchführen.

1381 Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385, 436ff.; Brüggemeier, AG 1982, 268, 268f.; *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 6; AK-BGB/Kohl, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 48 („Objektivierung der Schuldmaßstäbe“); Tröger, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 59f. (Fn. 142) m.w.N.; Wagner, *Grundstrukturen*, 2003, S. 189, 269 („Maßgeblichkeit eines gemäßigt-objektiven Maßstabs“).

1382 Die sogenannte „äußere“ Sorgfalt ist entscheidend für den Anspruchsbestand, die „innere“ Sorgfalt hat dagegen in diesem Bereich kaum eine eigenständige Bedeutung, vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 191f. Systematisch lässt sich dieser Befund auf § 827 BGB stützen. Aus der Norm lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass individuelle Defizite außerhalb von Bewusstlosigkeit oder schwerer Geistesbeeinträchtigung keinen Einfluss auf die Fahrlässigkeitshaftung haben.

1383 Oben wurde bereits festgestellt, dass die Haftung aus Nebenpflichtverletzung einen objektiven Sorgfaltsstandard anlegt, der von den individuellen Vorstellungen des Schuldners abstrahiert, s.o., S. 66ff., 139f.

1384 Hierzu bereits Köndgen/von Randow, *Travemünder Symposium*, 1989, S. 122, 133ff. sowie Koller, *Risikozurechnung*, 1979, S. 57ff., der allerdings an den praktischen Möglichkeiten des Richters zweifelt, die Schadensvermeidungskosten ausfindig zu machen.

tretensmüssens – in der Regel die Prüfung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gem. § 276 II BGB – verliert dadurch entscheidend an Gewicht.¹³⁸⁵

*Der BGH hält ein unbegründetes Nacherfüllungsverlangen dann für „eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung [...], wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel nicht vorliegt, sondern die Ursache für die von ihm beanstandete Erscheinung in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt“.*¹³⁸⁶ Der BGH integriert hier mit „Vertragsverletzung“ und „schuldhaft“ die Tatbestandsmerkmale beider Prüfungsvoraussetzungen in eine zusammenhängende Definition und lässt demnach bei präziser Lesart die Grenzen zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen verschwimmen.¹³⁸⁷ Liegt die Mangelursache nämlich im Verantwortungsbereich des Käufers, so wird ein unbegründetes Nacherfüllungsverlangen in aller Regel auch vom Käufer zu vertreten sein. Mit der Verortung der Mangelursache in der Sphäre des Käufers ist schließlich schon ein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch das unbegründete Nacherfüllungsverlangen angelegt. In der Sache verlagert der BGH hier gewisse Bestandteile des Vertretenmüssens in die Pflichtverletzung hinein. Anderenfalls würde die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB zu intensive Wirkung entfalten.¹³⁸⁸

Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird schließlich schon dann relevant, wenn gefragt wird, was der Rechtsverkehr in der risikobehafteten Situation unter Berücksichtigung von Treu und Glauben vom Schuldner für ein Verhalten erwarten konnte – und damit letztlich schon bei der Prüfung der Pflichtverletzung.

1385 Vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 519.

1386 BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 12.

1387 Für eine – dogmatisch und ökonomisch fragwürdige – strikte Trennung hingegen BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, Rn. 17ff. (BGHZ 179, 238, 245ff.); AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, Rn. 26f.; krit. dazu auch *Deckenbrock*, NJW 2009, 1247, 1248.

1388 Das wird unter anderem als Argument dafür angeführt, die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB generell bei Nebenpflichten teleologisch zu reduzieren, näher s.o., S. 73ff.; aus einer dogmatischen Perspektive skeptisch gegenüber einer zu offenen Formulierung der Pflichtverletzung in diesem Kontext auch *Thole*, AcP 209 (2009), 498, 528f., der jedoch – ohne nähere Begründung – der Meinung ist, dass zumindest die Beweislastumkehr den Schuldner „nicht in unzumutbarer Weise belasten“ würde.

Beispiel 39 Der BGH hält einen Anspruch aus vorvertraglicher Nebenpflichtverletzung für angebracht, wenn der Schuldner „die Verhandlungen [grundlos¹³⁸⁹] abbricht, obwohl er vorher durch sein Verhalten schuldhaft das Vertrauen geweckt oder genährt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustandekommen“ („Verhandlungsabbruchsfall“).¹³⁹⁰ Auch hier wird die Vermischung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen deutlich: Die zitierte Sentenz des BGH inkorporiert erneut Elemente beider Tatbestandsvoraussetzungen. Die strikte Trennung würde hypothetisch dazu führen, allein den Abbruch der Vertragsverhandlungen als Pflichtverletzung genügen zu lassen. Ob der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zurechenbar ein berechtigtes Vertrauen geschaffen hat, dass der Vertrag zustande kommen würde, und dieses dann durch die Grundlosigkeit seines Verhandlungsabbruchs enttäuscht hat, wäre dann erst Gegenstand des Vertretenmüssens. Erst hier kann die zunächst neutrale Pflichtverletzung (das Soll) in den Kontext der im Verkehr üblichen Sorgfalt (das Kann) gesetzt werden. Dort würde aber wegen § 280 I 2 BGB der Schuldner die Beweislast tragen. Um einem Schadensersatzanspruch wegen eines – durch die Vertragsfreiheit verbürgten – Abbruchs von Vertragsverhandlungen zu entgehen, müsste er dann beweisen, dass sein Verhalten keinerlei berechtigtes Vertrauen erweckt haben konnte. Der Beweis eines Negativums muss – zumindest gegenüber der Alternative – als schwierig bezeichnet werden. Sieht man die Formulierung des BGH als einheitliche Definition der Nebenpflicht in diesem Kontext, trägt der Gläubiger für alle ihre Voraussetzungen die Beweis-

1389 Vgl. BGH, Urt. v. 6.2.1969 – II ZR 86/67, Rn. 29. Über das Erfordernis und die Definition eines „*triftigen Grundes*“, welcher eine Haftung aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB entfallen ließe, besteht erhebliche Unsicherheit, MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 162.

1390 BGH, Urt. v. 14.7.1967 – V ZR 120/64, Rn. 15. Dogmatisch handelt es sich hierbei um eine Haftung wegen der Enttäuschung berechtigten Vertrauens, explizit BGH, Urt. v. 20.9.1984 – III ZR 47/83, Rn. 39 (BGHZ 92, 164, 176).

*last. Das Vertretenmüssen verliert dann entscheidend an Bedeutung.*¹³⁹¹

Die Wertung des § 276 II BGB wird also zum Teil Bestandteil der Nebenpflicht. Das ist auch aus wirtschaftlicher Perspektive stimmig: Wenn ein bestimmtes Verhalten einen objektiven, nach Maßgabe der ökonomischen Analyse ermittelten Verstoß gegen § 241 II BGB darstellt, muss der schadensrechtliche Ausgleich ungeachtet des individuellen Sorgfaltsstandards erfolgen.¹³⁹² Ansonsten wird die Ermittlung des objektiv effizienten Sorgfaltsniveaus durch unklar definierte Wertungen des Vertretenmüssens untergraben. Deshalb erscheint es ein sinnvolles Unterfangen, die für die Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabs maßgeblichen Ansätze auf Nebenpflichten anzuwenden. Zur systemtheoretischen Begründung von Nebenpflichten ist der Ansatz also durchaus in der Lage.¹³⁹³

1391 In der Pflichtverletzung wurde schließlich bereits festgestellt, dass der Schuldner eine berechnete Erwartung des Gläubigers, dass der Vertrag zustande kommen würde, zurechenbar verursacht hatte. Durch die Objektivierung der Voraussetzungen wird sich das nur in absoluten Ausnahmefällen auf ein Verhalten des Schuldners zurückführen lassen, was der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht. Dieser Gedankengang wird im Ansatz bestätigt, wenn man sich den Streit in der rechtswissenschaftlichen Literatur vor Augen führt, ob die Haftung wegen grundlosen Abbruchs der Vertragsverhandlungen als Ausdruck allgemeiner Vertrauenshaftung nach dem Vorbild von § 122 BGB überhaupt ein Verschulden erfordert, hierzu MüKoBGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 167. Weil die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vom BGH bereits zu großen Teilen in die entsprechende Nebenpflicht integriert wurde, wird die Verschuldensprüfung nämlich ohnehin weitgehend entwertet. Deshalb ist letztlich auch der Streit um die Notwendigkeit von Verschulden hinfällig. Schließlich wird durch die Abkoppelung der Haftung vom Verschulden nichts erreicht, außer den Anspruch über eine mühsame Analogie zu § 122 BGB aus der allgemeinen Struktur der §§ 280 I, 241 II BGB zu entfernen. Da die Praxis das Verschuldenserfordernis innerhalb der Pflichtverletzung berücksichtigt – und somit die eigentliche Verschuldensprüfung zur Makulatur lassen –, bietet die abweichende Ansicht keinen rechtspraktischen Vorteil, sondern nur den dogmatischen Nachteil einer strukturell uneinheitlichen Behandlung von Nebenpflichtverletzungen.

1392 Vgl. zum Integritätsschutz Calabresi, Accidents, 1970, S. 263 („system seeking to burden the cheapest cost avoider would often shift losses even in the absence of fault. Indeed, [...] there are many areas in torts today where the shifting of losses in the absence of fault has clearly resulted in a reduction of the sum of the accidents and their avoidance and therefore in a benefit to society quite apart from possible spreading benefits“).

1393 Der Ansatz ist im Kern auf die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter ausgelegt. Geht es um den Schutz vermögenswerter Interessen, so kann die geforderte Handlung aber auch – anders als das Unterlassen einer „typischen“ Schädigung – einen eigenen Marktwert haben. Ähnlich dem Begriff des *cheapest cost avoider* – der auch im Übrigen viele Gemeinsamkeiten mit der „*Learned-Hand*“-Formel hat – kann der Ansatz das (berechtigte) Interesse des Schuldners, die Pflichterfüllungskosten zu amortisieren, nicht berücksichtigen. Der

Ob sich die *Learned-Hand*-Formel aber in der (gerichtlichen) Praxis anwenden lässt, ist indes eine andere Frage. Dagegen spricht, dass der Vorsorgeaufwand häufig schwierig zu berechnen ist.¹³⁹⁴ Insbesondere wenn es um eine innovative oder bislang unbekannte Form der Schadensvermeidung geht, kann vom Richter nicht erwartet werden, an diese nicht nur zu denken, sondern auch noch deren (Entwicklungs-)Kosten zu berechnen.¹³⁹⁵ Gleichzeitig ließe sich ein Schadensvermeidungsaufwand ja häufig zumindest schätzen. Für die Rechtspraxis wären keine im Detail exakten Zahlen erforderlich, sondern lediglich das Ergebnis, dass die typisierten Schadensvermeidungskosten zumindest unterhalb des typisierten Schadenserwartungswerts liegen. Zu einer solchen populärwissenschaftlichen Wertung ließe sich wohl auch gelangen, wenn man auf naturwissenschaftlich belegbare Zahlen verzichtet. Das Kriterium verliert dadurch natürlich ein deutliches Stück an Präzision. Dass die rechtswissenschaftliche Interessenabwägung jedoch ein höheres Level an Präzision aufweist, wird auch von Kritikern der Ökonomik nicht behauptet. Insofern sollte man den Ansätzen der Ökonomik zumindest eine Chance geben, bevor man sie wegen fehlender mathematischer Präzision verwirft, welche man nicht auch nur im Entferntesten von der eigenen Dogmatik verlangt.¹³⁹⁶

Nebenpflichten aus § 241 II BGB mit der *Learned Hand*-Formel zu begrenzen, kann sich in der Praxis zwar als (zu) schwierig herausstellen, Bemühungen in diese Richtung sind jedoch durchaus sinnvoll.

Gedanke kann deshalb auch aus einer systemtheoretischen Perspektive nicht für alle vermögenswerten Interessen allein maßgeblich sein.

1394 Hier liegt ein Ansatzpunkt derjenigen, welche die ökonomische Analyse als praxisuntauglich kritisieren. Tatsachen lassen sich in diesem Bereich eben schwer ermitteln, vgl. beispielsweise Fezer, JZ 1986, 817, 823 („Gefahr der Scheinpräzision“) sowie selbst Calabresi, Economics, 1975, S. 204, 206 („largely defined by guesses“).

1395 Grundsätzlich überzeugend Koller, Risikozurechnung, 1979, S. 59.

1396 Vgl. auch Calabresi, Economics, 1975, S. 204, 206 („no reason to assume that in the absence of conclusive information no [...] action is better than some action“); Faust, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 849f.; AK-BGB/Kohl, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 30 („vernünftige Absicht“); Kübler, FS Steindorff, 1990, S. 687, 696f.; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. 60 („Abwägung der Nutzen und Kosten auch dort sinnvoll [...], wo sie mit Schätzungen operieren muss“). Bei einer rein modellhaften Darstellung droht der Ökonomik schließlich wiederum der Vorwurf eines abschreckenden Abstraktionsgrades, zutreffend Faust, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 849f.

(4) Risikozuweisung im Hinblick auf den ökonomischen Ressourcenschaden

Das zentrale Argument gegen den breiten Ersatz reiner Vermögensschäden im Deliktsrecht ist die Uferlosigkeit der daraus resultierenden Haftung.¹³⁹⁷ Im Vordergrund stehen hier aber ökonomische Argumente: Ein Vermögensschaden hat nach der ökonomischen Analyse häufig einen korrespondierenden Vermögenszuwachs bei einer anderen Person zur Folge.¹³⁹⁸ Um abschreckende Haftungsgewinn auszuschießen, darf ein Vermögensschaden vor allem deshalb nicht pauschal – im Deliktsrecht oder anderswo – ersetzt werden.¹³⁹⁹ So hat ein reiner Vermögensschaden aus ökonomischer Perspektive zwei Komponenten: den Schaden des Geschädigten (privater Schaden) und einen sogenannten Ressourcenschaden (sozialer Schaden).¹⁴⁰⁰ Ersterer wird auch Umverteilungsschaden genannt, weil er mit dem Gewinn einer anderen Person korrespondiert.¹⁴⁰¹ Die vornehmlich in der Ökonomik behandelte Schadenskomponente ist der gesellschaftliche Schaden, den eine pflichtwidrige Handlung endgültig anrichtet.¹⁴⁰²

1397 Dieses Argument wird auch in der ökonomischen Analyse genannt, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 324f. („*floodgate*“-Argument“).

1398 *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 14 („[r]eine Vermögensschäden [...] häufig [...] Umverteilungsschäden“); krit. gegenüber dieser Hypothese aus einer spieltheoretischen Perspektive *Schweizer*, *Spieltheorie*, 2015, S. 105ff.

1399 *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 325. Die Reaktion der deutschen Rechtsordnung auf diese Bedenken ist es, die Haftung für reine Vermögensschäden zumindest im Deliktsrecht auf vorsatzähnliche Handlungen zu beschränken, *Schäfer*, *AcP* 202 (2002), 808, 835ff. Plakatives Beispiel sind hier die §§ 826, 823 II BGB i.V.m. §§ 263, 266 StGB, näher *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 334. In diesen Fällen wird dem Schädiger (zu Recht) unterstellt, dass er genau wisse, wann er die Grenze zum pflichtwidrigen Verhalten überschritten habe. Deshalb besteht auch keine Gefahr der „Überabschreckung“ mehr, *Faust*, *AcP* 210 (2010), 555, 558f.; *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 132f.; *Schäfer*, *AcP* 202 (2002), 808, 836f. Für eine Öffnung der „schuldrechtliche[n] Grundnorm für reine Vermögensschäden“ aus mathematischer Perspektive plädierend *Schweizer*, *Spieltheorie*, 2015, S. 107.

1400 *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 109 („*Differenz zwischen dem Ertrag der Ressource bei richtiger und bei falscher Information*“); *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 330; *Wagner*, *Grundstrukturen*, 2003, S. 189, 237f.

1401 *Schäfer*, *AcP* 202 (2002), 808, 813. Insofern unterscheiden sich Schäden an absoluten Rechtsgütern und Vermögensschäden. Die sachliche Beeinträchtigung eines Gegenstands durch eine fahrlässige Handlung wird in keinem Fall durch einen Vorteil aufseiten des Schädigers oder eines Dritten aufgewogen.

1402 *Schäfer*, *AcP* 202 (2002), 808, 812f. Der Ressourcenschaden wird hierbei ermittelt, indem man von dem Ertrag einer Ressource bei pflichtgemäßem Handeln des Schuldners den Ertrag derselben Ressource bei pflichtwidrigem Handeln des Schuldners abzieht, *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 109; *Schäfer*, *AcP* 202 (2002), 808, 814.

Beispiel 33 Im Bodengutachtenfall¹⁴⁰³ entsteht ein Umverteilungsschaden, weil das Grundstück aufgrund des unerwartet hohen Grundwasserstandes nur unter Inkaufnahme zusätzlicher Kosten mit einem unterkellerten Haus bebaut werden kann. Weil diese Information dem Käufer bei den Verhandlungen mit dem Verkäufer nicht bekannt war, wird der Käufer einen über dem eigentlichen Marktwert liegenden Kaufpreis bezahlen. Die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis (als Repräsentant des Marktwertes bei unvollständiger Information) und dem tatsächlichen Marktwert des Grundstücks bei vollständiger Information (Kaufpreis abzüglich der Zusatzkosten für die Unterkellerung) ist dann der Umverteilungsschaden des Käufers, der in gleicher Höhe mit einem Gewinn des Verkäufers korrespondiert.

Zusätzlich lässt sich hier aber auch über einen Ressourcenschaden nachdenken: Wenn nämlich ein Käufer nicht mehr davon ausgehen kann, dass er über geschäftsrelevante Risiken im Rahmen eines Hauskaufes aufgeklärt wird, so wird er die Informationen mangels Marktvertrauen vermehrt selber suchen (müssen).¹⁴⁰⁴ Wegen der hierdurch für ihn anfallenden Suchkosten wird er bei der Verhandlung einen mit den Informationsbeschaffungskosten korrespondierenden Risikoabschlag verlangen.¹⁴⁰⁵ Weil die Informationsbeschaffungskosten hinsichtlich grundsätzlicher Risiken des zu kaufenden Hauses für den Käufer als Außenstehenden aber regelmäßig höher sind als diejenigen des Verkäufers, führt dieser Weg zu Unterbewertungen der zu verkaufenden Häuser. Die gestörte Informationseffizienz des Häusermarktes führt dann zu vermeidbarem Einsatz von Ressourcen (bei der Informationsbeschaffung) und korrespondierend vermeidbarem Fehleinsatz von Ressourcen (bei der Häuserbewertung).¹⁴⁰⁶ Zudem werden besonders risikoverse Käufer gänzlich vom Hauskauf absehen, sodass gesamtge-

1403 S.o., S. 260.

1404 Vgl. *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 109.

1405 Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 330.

1406 Zum Wertpapiermarkt *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 108f.

*sellschaftlich wünschenswerte Transaktionen unterbleiben. All diese Aspekte bilden gemeinsam den Ressourcenschaden ab, der sich quantitativ als der im Vergleich zum informationseffizienten Häusermarkt verloren gegangene Ertrag aus den eingesetzten Ressourcen (Geld, geldwerte Zeit) erfassen lässt.*¹⁴⁰⁷

Die §§ 249ff. BGB ersetzen – auch in Verbindung mit den §§ 280 I, 241 II BGB – den privaten Schaden (Umverteilungsschaden) ohne Rücksicht auf den gesellschaftlichen Schaden. Im Gegensatz hierzu wird von der Ökonomik vorgeschlagen, den Ressourcenschaden in den Vordergrund zu stellen, um den zu ersetzenden Schaden allein nach dem gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlust – den sozialen Kosten¹⁴⁰⁸ – zu bemessen.¹⁴⁰⁹

1407 Der von *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 238 vorgeschlagene Weg, um den Unterschied zwischen privatem und gesellschaftlichem Schaden zu berücksichtigen, „zwischen Verletzungen absoluter Rechtsgüter und reinen Vermögensschäden“ zu differenzieren, ginge hier also ins Leere. Die Informationshaftung aus § 241 II BGB ist schließlich Teil des erweiterten Vermögensschutzes innerhalb eines Schuldverhältnisses.

1408 Die sozialen Kosten bezeichnen den gesellschaftlichen Nettoschaden. Dieser setzt sich zusammen aus den Schadensvermeidungskosten und dem sozialen Schaden (Ressourcenschaden). Die Schadensvermeidungskosten steigen proportional zum Level an Sorgfalt, welches der Schuldner walten lässt. Der soziale Schaden ist als Kurve in einem Modell das Produkt aus der durch das Sorgfaltsniveau des Schuldners determinierten Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und dem sozialen Schaden (Ressourcenschaden) bei Schadenseintritt, vgl. zu alldem instruktiv *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 332 (Abb. 9.1).

1409 Der Schädiger muss nach deutschem Recht den vollen privaten Schaden (Umverteilungsschaden) ersetzen, welcher regelmäßig die Nettowohlfahrtseinbuße der Gesellschaft (Ressourcenschaden) übersteigen wird, so *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 332; *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 14f. („gesellschaftliche Schaden nicht identisch mit dem privaten Nachteil, sondern bleibt dahinter zurück“). Übermaßhaftung droht deshalb immer dann, wenn der gesellschaftliche Schaden kleiner als der private Schaden ist. Die Höhe des gesellschaftlichen Schadens ist nämlich Ausdruck des gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlusts, während der private Schaden im Falle der Umverteilung zumindest aus der Vogelperspektive der Volkswirtschaft gar kein echter Schaden ist. Da § 249 I BGB aber nur den Ersatz des privaten Schadens kennt, wird mehr ersetzt als nach diesem Modell gesamtgesellschaftlich zerstört wurde, daher also der Begriff der Übermaßhaftung, hierzu auch *Gilead*, Int'l Rev. L. & Econ. 17 (1997), 589, 597 („overinternalization“); krit. gegenüber der Hypothese dieses Ansatzes aus mathematischer Perspektive *Schweizer*, Spieltheorie, 2015, S. 54 (gesamtwirtschaftlicher Schaden womöglich häufig größer als der private Schaden).

(a) Mögliche Konsequenz für § 241 II BGB: Begrenzung des Schadensersatzes auf den Ressourcenschaden

Eine mögliche Konsequenz hieraus wäre es, einen Schadensersatzanspruch aufgrund Nebenpflichtverletzung aus einer Vermögensbeeinträchtigung auf den entstehenden Ressourcenschaden zu begrenzen.¹⁴¹⁰ Haftung nach §§ 280 I, 241 II BGB muss dann nur derjenige befürchten, der mit seiner Handlung – bei gleichzeitiger (privater) Vermögensschädigung eines anderen¹⁴¹¹ – einen gesellschaftlichen Schaden verursacht. Es ist allerdings häufig schwierig, das Vorliegen oder gar die genaue Höhe eines Ressourcenschadens präzise zu bestimmen.¹⁴¹²

Beispiel 25 Im Insolvenzfall¹⁴¹³ ist unklar, ob sich die von der Rechtsprechung angenommene Nebenpflicht des Steuerberaters auch auf einen drohenden Ressourcenschaden wegen einer Vertrauensverringering in die Berufsbranche stützen lässt: So ist dem Steuerberater – anders als dem Rechtsberater – vom Markt nicht die Aufgabe zugewiesen, rechtliche Fragestellungen zu klären. Die Klärung der Insolvenzreife eines Unternehmens basiert zwar auf wirtschaftlichen Feststellungen, ist aber im Ergebnis eine Rechtsfrage (§§ 17, 19 InsO).¹⁴¹⁴ Dass der Markt einem Steuerberater also deshalb besonders skeptisch gegenübertritt, weil er nicht über seinen unmittelbaren Kompetenzbereich hinaus agiert, ist nicht ernsthaft zu befürchten. Der Rechtsverkehr würde im Gegenteil weder eine kostenlose Auskunft noch überhaupt eine Vereinbarung über einen

1410 Vgl. Kötz/Schäfer, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 132; Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 835; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 334. Nur so ließe sich die in der ökonomischen Analyse monierte Gefahr der Übermaßhaftung bannen, näher Gilead, *Int'l Rev. L. & Econ.* 17 (1997), 589, 600ff. („*exclusionary rule*“)

1411 Ohne zumindest vermeintliche Schädigung einer konkreten Person wird der Fall rechtstatsächlich gar nicht zur (gerichtlichen) Entscheidung gelangen (Wo kein Kläger, da kein Richter).

1412 So auch Ott, FS Schäfer, 2008, S. 171, 179f.; Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 835; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 334.

1413 S.o., S. 150.

1414 So auch eindringlich OLG Dresden, Teiltur. v. 18.2.2015 – 13 U 1963/13, Rn. 35ff. Nichtsdestotrotz darf der Steuerberater hierzu als Nebenleistung seiner Berufstätigkeit nach §§ 5 I RDG, 57 III Nr. 3 StBerG Stellung nehmen, D. Fischer, DB 2015, 1643, 1644; Kayser, ZIP 2014, 597, 597.

berufsfremden Beratungsgegenstand erwarten.¹⁴¹⁵ Das Vorliegen oder gar die Höhe eines Ressourcenschadens kann – neben dem hier eindeutig zu bestimmenden privaten Schaden der durch den verspäteten Insolvenzantrag geschädigten Insolvenzgläubiger – damit nicht ohne weiteres festgestellt werden.

Schließlich kann ein Ressourcenschaden sich aus vielen unterschiedlichen Faktoren zusammensetzen, die selbst für sich genommen kaum quantifizierbar sind.¹⁴¹⁶

Beispiel 6 Im Haltefristfall¹⁴¹⁷ ist die marktsensitive Komponente des Ressourcenschadens letztlich nur schätzbar. Inwieweit bestimmte schädigende Handlungen das effiziente Funktionieren des Marktes beeinträchtigen, ist schon schwer einzuschätzen. In welcher Höhe durch den unterlassenen Hinweis eines Steuerberaters aber zukünftig unnötige Transaktionskosten entstehen oder unter Inkaufnahme welcher Einbußen Ressourcen zukünftig unter Wert bewirtschaftet werden, weil potentielle Marktteilnehmer von einer Transaktion mit einem Steuerberater insgesamt absehen, lässt sich nicht konkret berechnen.

Selbst wenn klar ist, dass ein Ressourcenschaden entsteht, wird man sich mangels konkreter Berechnungsmöglichkeiten in der Rechtspraxis am privaten Schaden orientieren müssen.¹⁴¹⁸

Beispiel 23 Unmittelbare Folge der Handlung des Fans im Fußballfanfall¹⁴¹⁹ war die körperliche Beeinträchtigung anderer Fans. Das war aber nicht Voraussetzung der Pflichtverletzung. Schließlich konnten die anderen Fans ihr Integritätsinteresse direkt gegenüber dem Schädiger nach § 823 I BGB liquidieren. Im Mittelpunkt stand vielmehr der private Schaden des Vereins, der vom DFB-Sportgericht eine

1415 So auch *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 681f.; *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 413; vgl. auch *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1965f.

1416 Aus einer mathematischen Perspektive überzeugend *Schweizer*, Spieltheorie, 2015, S. 108ff.

1417 S.o., S. 26.

1418 Vgl. die überaus vage Aussage von Gilead, Int'l Rev. L. & Econ. 17 (1997), 589, 605 („loss of welfare due to negligent misrepresentation or negligent performance of a service is sometimes offset, wholly or partially, by the gains of third parties, and sometimes is not.“).

1419 S.o., S. 136.

Vereinsstrafe erhalten hatte. Für die Frage, ob auch ein Ressourcenschaden entsteht, kann die Vereinsstrafe nicht unmittelbar berücksichtigt werden. Schließlich verschwindet das Geld nicht, sondern fließt an den DFB.¹⁴²⁰ Wenn man die Vereinsstrafe nicht für ersatzfähig halten würde, würde der Verein den ihm persönlich entstehenden Schaden über den Preis der Eintrittskarte auf alle Fans abwälzen. Dass ihm dies gelingt, erscheint wegen der hohen Nachfrage und des begrenzten Angebots an Karten zumindest mittelfristig durchaus realistisch. Als Beispiel eines externen Effekts¹⁴²¹ wäre der widrig handelnde Fan dann in der Lage, die Kosten seines Handelns auf unbeteiligte Dritte abzuwälzen. Die Fans müssten dann einen gehörigen Aufpreis für die Ticketleistung zahlen, nur damit Einzelne sich mittels destruktivem Verhalten selbst verwirklichen könnten (ökonomisch unerwünschte Quersubventionierung). Das führt eine Ineffizienz am Ticketmarkt herbei. Womöglich würden sich langfristig sogar einige Fans vom Stadionbesuch abwenden, weil die erhöhten Kosten sich ja nicht in der erhaltenen Leistung widerspiegeln können. Im Ergebnis droht daher ein vermeidbar suboptimaler Einsatz von Ressourcen – mithin ein Ressourcenschaden. Um einen Ressourcenschaden zu vermeiden, ist es daher erforderlich, dem Fan die gesamte Strafe in Rechnung zu stellen. Ob der drohende Ressourcenschaden aber genau in der Höhe des privaten Schadens des Vereins besteht, ist nicht klar zu beantworten. Die Rechtspraxis würde sich dann aber wohl oder übel daran orientieren müssen.

Zudem würde die Aufgabe, den Ressourcenschaden festzustellen, der Zivilgerichtsbarkeit aufgebürdet, weil sich hierzu keine verallgemeinerungsfähigen

1420 Dieser verwendet das Geld für gemeinnützige Zwecke, s. § 34 der Rechts- und Verfahrensordnung des DFB, abrufbar unter http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/50986-08_Rechts-Verfahrensordnung.pdf, eingesehen am 4.6.2015. Regelmäßig wird das Geld an die Bundesliga-Stiftung geleitet, die wiederum nach ihrer Satzung über die Verwendung zu gemeinnützigen Zwecken entscheidet, vgl. § 6 V Anhang I zur Lizenzierungsordnung, abrufbar unter http://www.dfb.de/fileadmin/_dfbdam/15_Ligaverband_Ligastatut-3.pdf, zuletzt eingesehen am 24.7.2018. Dies kann kaum als sozialer Schaden bezeichnet werden.

1421 Zum Begriff *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 245.

Aussagen treffen lassen. Richter wären mit ihrer begrenzten Zeit und Recherchemöglichkeiten aber selbst bei tieferschürfendem Vortrag der klagenden Partei womöglich – zu Recht – davon überfordert, eindeutige Feststellungen zu dem sozialen Schaden einer Handlung zu treffen. Der Ansatz ist deshalb zwar theoretisch attraktiv, er lässt sich aber in der Rechtspraxis nicht umsetzen. Es ist zudem nicht eindeutig, warum ausgerechnet der Gläubiger einer Nebenpflicht im Falle eines Ressourcenschadens diesen geltend machen können sollte. Schließlich wurde ja unmittelbar vorher festgestellt, dass der Schaden nicht ihm, sondern der Gesellschaft als Ganzes entstanden ist. Im Ergebnis kann deshalb aus dieser ökonomischen *ratio*, deretwegen Vermögensschäden nicht ungefiltert zu ersetzen sind, kein Schluss für die Reichweite von Nebenpflichten gezogen werden.

(b) Mögliche Konsequenz für § 241 II BGB: Bei Ressourcenschaden zumindest Schadensersatz

Ob der private Schaden über den Ressourcenschaden hinausgeht, ist aus ökonomischer Sicht für den sinnvoll zu ersetzenden Betrag irrelevant, weil diesem im Regelfall der Gewinn eines anderen gegenübersteht. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive geht damit kein Geld verloren. Für den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand ist nach der Ökonomik damit allein der Ressourcenschaden schädlich. Solche Überlegungen finden sich zwar explizit nicht in der deutschen Rechtsanwendung. Exemplarisch gegenüberzustellen sind aber einige Fälle, in denen eine Nebenpflicht abgelehnt oder angenommen wurde und sich das Ergebnis auch auf die Überlegungen zum Ressourcenschaden übertragen lässt.

Beispiel 7 Im Mietwohnungsfall¹⁴²² steht nicht der private Schaden des einzelnen Vermieters im Vordergrund, sondern der Ressourcenschaden, der dadurch entsteht, dass Mieter die Kosten ihrer Selbstverwirklichung (auf den ersten Blick) auf den Vermieter abwälzen. Letzterer hat dann zwei Möglichkeiten: Er kann entweder die Kosten, die Wände wieder weiß zu streichen, selbst schultern oder die Wohnung in unverändertem Zustand auf dem Wohnungsmarkt präsentieren. Entscheidet er sich für die erste Alternative, so wird

1422 S.o., S. 33.

er zukünftig die Miete erhöhen müssen, um potentiell Weißeln der Wände am Ende der Mietzeit zu amortisieren. Dies individuell danach zu bemessen, ob der jeweilige Mieter geneigt ist, seine Wände farbig zu gestalten, würde immense Transaktionskosten nach sich ziehen. Zudem wäre es impraktikabel. Der Mieter darf seine Wände schließlich aus rechtlicher Perspektive während der Dauer der Mietzeit bunt streichen, vgl. § 538 BGB. Im Nachhinein fehlt es dem Vermieter aber an einem Druckmittel, die Kosten für das Weißeln vom Mieter zurückzuverlangen. Den Mieter vor der Anmietung zwischen einer Mieterhöhung oder dem Verzicht auf eine zulässige Nutzung der Mietsache wählen zu lassen, erscheint nicht nur rechtlich bedenklich. Damit wird der Vermieter pauschal die Miete für alle um die Kosten des Weißelns erhöhen. Wegen seiner Marktmacht ist er hierzu auch in der Lage. Der durchschnittliche Mieter wird schließlich eine weiße Wandfarbe in allen Räumen bevorzugen. Selbst ein farbaffiner Mieter wird im Regelfall individuelle Präferenzen bezüglich Farbe und Platzierung haben. Er wird sich kaum mit der Selbstverwirklichung durch einen Fremden zufrieden geben. Damit werden praktisch alle Mieter eine weiße Wandfarbe vorziehen. Gleichzeitig werden aber nicht alle Mieter überhaupt eine bunte Wandgestaltung innerhalb der Mietzeit vornehmen wollen. Sie müssen damit für die farbliche Selbstverwirklichung anderer Mieter mitbezahlen (ökonomisch zu missbilligende Quersubventionierung), was nicht ihrem Interesse entspricht.

Gleiches gilt für die zweite Alternative: Zwischen Mieter und Vermieter besteht – bis auf Aspekte des gesetzlichen Mieterschutzes – eine zum Mieter hin geneigte Machtasymmetrie. Die Nachfrage ist im Regelfall größer als das Angebot. Deshalb werden Mieter sich schwer tun, eine Mietpreisreduktion durchzusetzen, weil die Wandfarbe nicht durchgehend weiß ist. Der Nachmieter wird dann notgedrungen aus eigenem Interesse dafür sorgen, dass die Wände wieder weiß gestrichen werden. Da nicht jeder Mieter auch selbst eine farbigere Wandgestaltung vornehmen möchte, entspricht es nicht seinem Interesse, diese Kosten der Rückgängigmachung einer fremden Selbstverwirklichung selbst zu tragen. Auch hier

müssen wieder die anderen Mieter die Kosten für die Handlungen des ersten Mieters schultern, obwohl sie nicht alle das gleiche Interesse an farbiger Wandgestaltung haben.

Wegen der Marktmacht der Vermieter haben also in beiden Alternativen die anderen, zukünftigen Mieter die Kosten dafür zu tragen, die Wände wieder weiß zu streichen. Deren Interessenlage ist aber nicht stets identisch mit der des farbauffinen Mieters. Der Mieter kann damit die Kosten für sein Handeln auf unbeteiligte Dritte abwälzen. Das Handeln des Mieters führt im Fall damit zu einem negativen externen Effekt. Das Entstehen eines negativen externen Effekts ist Zeichen für ein spezifisches Marktversagen, welches einen Markteingriff rechtfertigt.¹⁴²³ Schließlich zahlt nicht derjenige, der von etwas profitiert. Damit entsteht auch ein Ressourcenschaden. Der Vermietungsmarkt ordnet nämlich die Belastungen nicht ausschließlich demjenigen zu, der sie verursacht. Manche Interessenten werden daher vom Abschluss eines Mietvertrages absehen und so dort effizient einzusetzendes Kapital dem Vermietungsmarkt entziehen. Zudem wird dem Vermietungsmarkt insofern zu viel Kapital zugeführt, als der von jedem Mieter zu tragende Aufschlag für das Weißeln einen Aufpreis darstellt, den diejenigen Mieter, welche kein Interesse am farbigen Streichen einer Wand haben, besser gewinnbringend in einem anderen Marktsegment untergebracht hätten. Dadurch werden Ressourcen nicht dort eingesetzt, wo sie den größtmöglichen Ertrag abwerfen – und damit Ineffizienz generiert. Der Markteingriff ist hier mittels einer aus § 241 II BGB abzuleitende Nebenpflicht vorzunehmen.

Droht indes kein nennenswerter Ressourcenschaden, so ist eine Nebenpflicht aus ökonomischer Perspektive mangels gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlusts abzulehnen.

1423 Mankiw/Taylor, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 192, 247, 250; vgl. auch Spiecker, Informationsgewinnung, 2003, S. 33 („[e]ntzieht sich der Staat [...] einer Entscheidung über eine Materie, [...] findet die Weiterentwicklung in diesem Bereich fernab seines Einflusses statt“).

Der BGH hat entschieden, dass ein Steuerberater nicht auf Regressansprüche gegen den vorherigen Steuerberater sowie eine etwaige drohende Verjährung dieser Ansprüche hinzuweisen hat.¹⁴²⁴ Das gilt auch dann, wenn der Steuerberater im Einspruchsverfahren gegen den Steuerbescheid tätig ist, welcher inhaltlich mit dem Fehlverhalten des vorherigen Steuerberaters in Verbindung steht.¹⁴²⁵ Zwar ist der Steuerberater cheapest cost avoider hinsichtlich der Schadensvermeidung, weil ihm ein Hinweis ohne größeren Aufwand möglich gewesen wäre. Aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive führt der fehlende Hinweis des Steuerberaters auf die drohenden Verjährung eines etwaigen Schadensersatzanspruches gegen den alten Steuerberater indes in erster Linie zu einem Umverteilungsschaden: Der falsch Beratene ist nun nicht mehr in der Lage, den früheren Steuerberater in Anspruch zu nehmen, während jener von der Verbindlichkeit der Schadensersatzzahlung wirtschaftlich befreit wird. Der private Schaden des Beratenen spiegelt damit den Gewinn des früheren Steuerberaters. Ein Ressourcenschaden kommt damit nur noch hinsichtlich des effektiven Funktionierens des Steuerberatermarktes in Betracht. Hier gilt aber das gleiche wie im Insolvenzfall¹⁴²⁶: Für die Frage, ob einer Partei Ansprüche gegen eine andere Partei zustehen, ist auf dem Dienstleistungsmarkt der Rechtsanwaltsmarkt zuständig.¹⁴²⁷ Dass der Steuerberater womöglich im Verhältnis zum Mandanten besser

1424 Hierzu und zum Sachverhalt BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Rn. 1f., 5.m

1425 BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Rn. 9, 11; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, Rn. 34ff.; *Meixner/Schröder*, Anm. zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, DStR 2015, 848; *Zwade*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, jurisPR-BGHZivilR 12/2015, Anm. 1; insoweit a.A. *Esskandari/Schmitt*, Anm. zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, StBW 2015, 71, 72f.; *Röhm/Seichter*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, EWIR 2015, 575, 576 mit Blick auf die „abstrakte Gefahr“ der Möglichkeit einer Verjährung von Regressansprüchen, auf die der Steuerberater hinweisen solle.

1426 S.o., S. 372.

1427 Deziert *G. Wolf*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, DStR 2015, 2094, 2095. Weil sich der Aufgabenbereich des Steuerberaters gem. §§ 3, 33 S. 1 StBerG auf die Hilfeleistung in Steuersachen beschränkt, darf er wegen § 3 RDG gar nicht weitergehend rechtlich beraten, zutreffend *Röhm/Seichter*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, EWIR 2015, 575, 576.

qualifiziert ist, über dessen Ansprüche wegen fehlerhafter Steuerberatung zu urteilen, ist irrelevant. Entscheidend ist, dass er zumindest im Verhältnis zu einer anderen Berufsgruppe auf dem Dienstleistungsmarkt schlechter qualifiziert ist, über das Bestehen der Ansprüche zu urteilen.¹⁴²⁸ Da es aber durch die Handlung des Steuerberaters zu keinem nennenswerten Ressourcenschaden kommt, kann von der Annahme einer Nebenpflicht unter diesem Aspekt abgesehen werden. Weil kein Ressourcenschaden droht, wäre eine Risikozuweisung nach dem Prinzip des cheapest cost avoider ökonomisch fehlgeleitet. Schaden im Sinne der cheapest cost avoider ist nämlich grundsätzlich der Umverteilungsschaden. Lässt sich feststellen, dass ein Ressourcenschaden durch das streitige Verhalten nicht droht, so zeigt eine ökonomische Perspektive, dass der Schaden zumindest im Verhältnis dieser beiden Parteien nicht ersatzfähig sein sollte. Anderenfalls würde nämlich dem Mandanten der Anreiz genommen, für die Klärung von Verjährungsfragen einen Anwalt aufzusuchen und der Steuerberater somit in Teilen zum Rechtsanwalt des Mandanten gemacht. Dem besser für die Beantwortung von Rechtsfragen qualifizierten Markt würde in der Folge Kapital entzogen, was zur ineffizienten Verteilung von Ressourcen führt. Die ökonomische Analyse befürwortet hier demnach gleiche Ergebnis, welches die Rechtsprechung erreicht.

1428 Aus diesem Grund kann der Kunde auch nicht auf die Hilfe des Steuerberaters vertrauen, G. Wolf, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, DSStR 2015, 2094, 2095. Vgl. auch Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 403, der zutreffend darauf hinweist, dass sich jeder Dienstleister selbst auf freiwilliger Basis davor hüten würde, eine „*professionsfremde Zusatzleistung*“ mit „*Assekuranzcharakter*“ zu versprechen. Wäre hingegen ein Rechtsanwalt mit der Finanzstreitigkeit beauftragt gewesen, so hätte dieser sehr wohl darauf hinweisen müssen, dass bei Verlust im Einspruchsverfahren ein demnächst verjährender Anspruch gegen den vorherigen Steuerberater in Betracht kommen würde, so auch BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Rn. 10.

(c) Zwischenergebnis: Konvergenz von Ökonomik und Rechtspraxis

Auch wenn die Ökonomik nicht explizit berücksichtigt wird, so zeigen die Beispiele doch, dass die Rechtspraxis die Frage, ob eine Nebenpflicht anzunehmen ist, bereits bisweilen parallel zur Frage beantwortet, ob das Verhalten des Schuldners zu einem Ressourcenschaden führt. Die Forderung der Ökonomik, bei Vorliegen eines Ressourcenschadens daher zumindest Ersatz des privaten Schadens zu gewähren, lässt sich daher gut in die Subsumtion zu § 241 II BGB hinsichtlich der Frage nach der sinnvollen Reichweite von Vermögensschutz integrieren. Da sich der Ressourcenschaden aber einer praktischen Berechnung entzieht, kann auf den Umverteilungsschaden als quantitativen Anhaltspunkt für die Schadenshöhe in der Rechtspraxis indes nicht verzichtet werden.

(5) Besonderheiten bei der Zuweisung von Informationsverantwortlichkeit durch Nebenpflichten

Innerhalb der Kategorie der Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen machen Informationspflichten den größten Teil der aus § 241 II BGB abgeleiteten Verhaltensanforderungen aus. Weil sie deshalb in der Literatur häufig als isoliertes Diskussionsobjekt ausladend behandelt werden, soll auch im Kontext der Haftung des *cheapest cost avoider* auf einige Besonderheiten eingegangen werden.

(a) Struktur einer Informationspflicht

(aa) Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?

Wenn es um die Verletzung von Informationspflichten durch Täuschung geht, wird der Unterscheidung von Tun und Unterlassen von der überwiegenden Ansicht eine zentrale Bedeutung beigemessen.¹⁴²⁹ Liegt ein Tun vor, so wird mehrheitlich eine Wahrheitspflicht gefordert.¹⁴³⁰ Unabhängig vom Bestehen einer

1429 Vgl. MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 115 („Falschinformation ist grundsätzlich immer eine Pflichtverletzung“), 116 („bei einer unterbliebenen Information [...] Begründungslast für das Bestehen einer positiven Informationspflicht grundsätzlich höher“).

1430 BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 6 AZR 578/15, Rn. 27; BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, Rn. 25 (BGHZ 180, 205, 214f.); OLG Köln, Urt. v. 26.2.2016 – 20 U 102/15, Rn. 21 („verletzt

Aufklärungspflicht über den konkreten Gegenstand wird in der Äußerung eine Pflichtverletzung gesehen, wenn sie nicht zutreffend ist.¹⁴³¹ Liegt der Schwerpunkt der Handlung auf einem Unterlassen, so ist lediglich dann eine wahrheitsgemäße Information gefordert, wenn über den betreffenden Gegenstand auch tatsächlich eine Aufklärungspflicht bestand.¹⁴³² Eine trennscharfe Abgrenzung ist jedoch in der konkreten Subsumtion nur selten möglich.¹⁴³³

Beispiel 40 Ein Autohändler will einem Interessenten ein Auto verkaufen („Tachofall“). Im Rahmen der Verhandlung fragt der Käufer den Verkäufer, nach der Tacholeistung. Der Verkäufer hat an der Authentizität der angezeigten 34.000 km aufgrund einer gründlicher Inspektion des Tachos „keine Zweifel“ und gibt gegenüber dem Käufer eine „Laufleistung von 34.000 km auf Basis des von mir gründlich geprüften Tachos“ an. In Wahrheit ist das Auto schon über 200.000 km gelaufen. Zur Verdeckung dieser Tatsache wurde der Tacho vom vorherigen Besitzer zurückgedreht. Dies geschah jedoch auf äußerst geschickte Weise, sodass es auch von einem Fachmann nur bei Ausbau des Tachos hätte bemerkt werden können. Der Verkäufer hatte das Auto von dem ihm vorher unbekanntem Vorbesitzer zu einem verdächtig günstigen Preis erworben und

der Makler allerdings dann seine Beratungspflichten, wenn er seinem Auftraggeber falsche Auskünfte erteilt“); Faust/Grigoleit, Verbraucher-acquis, 2011, S. 193, 195f.; Lorenz, Schutz, 1997, S. 412ff.; Lorenz, Anm. zu BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, LMK 2009, 282362; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 472 (Fn. 190) m.w.N.; Werres, Aufklärungspflichten, 1985, S. 158. Teichmann, JA 1984, 545, 547 (Fn. 12) weist zutreffend darauf hin, dass der Befragte der Wahrheitspflicht auch genügt, wenn er die Antwort aktiv verweigert. Die überwiegende Ansicht in der Literatur stützt diese Wahrheitspflicht auf eine „Inanspruchnahme von [normativ geprägtem] Vertrauen“, Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 483 (Fn. 252f.) m.w.N.

1431 Lorenz, Schutz, 1997, S. 412f.

1432 Ausf. Lorenz, Schutz, 1997, S. 416ff. Die weichenstellende Abgrenzung zwischen Tun (Wahrheitspflicht) und Unterlassen („nur“ Aufklärungspflicht, sofern vorhanden) wird im Wege einer „Gesamtbetrachtung“ unter Berücksichtigung des (erkennbaren) Parteiwillens und der jeweiligen Informationsasymmetrie vorgenommen, vgl. Lorenz, Schutz, 1997, S. 410f., 414f.; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 484

1433 MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 116 („Grenze zwischen unterlassener Information und Falschinformation häufig fließend“); vgl. auch die für den normalen Rechtsverkehr schon beinahe zu diffizil wirkende Analyse von BGH, Urt. v. 13.6.2007 – VIII ZR 236/06, Rn. 18ff. zur Frage, ob es sich bei dem Hinweis, dass die Montage einer Solarheizungsanlage auch „durch Laien erfolgen könne“, um eine Täuschung handeln könnte.

hatte dessen Vertrauenswürdigkeit schon damals insgeheim infrage gestellt.

Die Handlungen des Verkäufers lassen sich hier in viele Teilakte unterteilen, denen man mit einer zwingenden Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen nicht gerecht wird. So hat er eine aktive Aussage getroffen („keine Zweifel“), die im Ergebnis zu einem sachlich falschen Schluss geführt hat. Darin ließe sich ein Tun sehen. Genauso gut ließe sich darin aber ein Unterlassen sehen: So hatte er persönlich zumindest an der Authentizität des Tachos keine Zweifel. Die Aussage war also – auf ihn gemünzt – wahr. Er hätte aber trotzdem einen Irrtum aufseiten des Käufers verschuldet, wenn ihn eine Aufklärungspflicht über den korrekten Kilometerstand getroffen hätte. Genauso ist die Aussage zu werten, dass die Laufleistung „auf Basis des von mir gründlich geprüften Tachos“ 34.000 km beträgt. Hier entspricht ein Teil der Aussage der Wahrheit, denn er hatte den Tacho tatsächlich gründlich überprüft und hieraus auf die Laufleistung von 34.000 km geschlossen. Dass der tatsächliche Kilometerstand aber – wie von ihm explizit angegeben – 34.000 km beträgt, ist als die entscheidende vom Verkäufer transportierte Information sachlich falsch (Täuschung), er war sich dieser Tatsache aber nicht bewusst (möglicherweise pflichtwidrig unterlassene Aufklärung). Hinzu kommt, dass der Verkäufer hier aus einem anderen Grund Anlass hatte, an dem Auto insgesamt – und damit auch an dessen Tachostand – zu zweifeln. Das ließe sich zum einen als Argument dafür nehmen, dass der Verkäufer hier über die Laufleistung mittels aktiver Aussagen getäuscht hat.¹⁴³⁴ Zum anderen ließe sich diese Tatsache ebenso dafür ins Feld führen, dass der Verkäufer schwerpunktmäßig unterlassen hat.¹⁴³⁵ In jedem Fall ist die Abgrenzung hier – wie in vielen Fäl-

1434 Dass die Tacholeistung zutreffend sein müsse, hat er schließlich mehr oder weniger direkt durchblicken lassen.

1435 Schließlich hat er den entscheidenden Grund dafür, dass womöglich Zweifel an der Tacholeistung angebracht gewesen wären, verschwiegen.

len – kaum überzeugend und vermag auch keinen wirklichen Mehrwert zu leisten.

Eine Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen bei Informationspflichten ist damit wenig sinnvoll.¹⁴³⁶ Viel wichtiger ist die Frage, ab welchem Punkt einer Partei die Verantwortung für ein bestimmtes Vorstellungsbild der anderen Partei zugewiesen werden kann.¹⁴³⁷ Für diese Frage muss ein Abgleich der Realität der Informationsverteilung mit einem normativ ermittelten Sollzustand vorgenommen werden. Es müssen also Kriterien abgeleitet werden, welche die Verantwortlichkeit für eine bestimmte Information von der einen Partei zur anderen verlagern. Dieser Ansatz gilt für alle Informationspflichtverletzungen gleichermaßen.

(bb) Verhaltensbezogenheit von Informationspflichten

Das Verhalten eines Vorsatztäters im Kontext von Informationspflichtverletzungen wird von der Rechtsordnung bereits über die – insoweit speziellere – Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB missbilligt. Der originäre Anwendungsbereich informationsbezogener Nebenpflichten findet sich deshalb bei unbewussten Verstößen gegen Informationspflichten.¹⁴³⁸

Beispiel 40 Im Tachofall¹⁴³⁹ täuscht der Verkäufer den Käufer in keinem Fall arglistig, denn er hat die Äußerung nicht ins Blaue hinein getä-

1436 So auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 470 (Fn 180) m.w.N., 473f. Bände spricht insofern, dass Lorenz, Schutz, 1997, S. 409ff. zahlreiche Beispiele – nicht nur aus der Rechtsprechung – nennt, in denen fälschlicherweise Tun oder Unterlassen angenommen wurde. Eine Abgrenzung, die derart fehleranfällig ist, sollte keinen Bestand haben.

1437 Letztlich auch MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 116 (Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen bei Bestehen einer Aufklärungspflicht „irrelevant“); i.E. auch BGH, Ur. v. 13.6.2007 – VIII ZR 236/06, Rn. 18ff., 35ff., der zwar eine Täuschung durch den – ohnehin nur schwer in die Dichotomie von Wahrheit und Unwahrheit einzufügenden – Hinweis ablehnte, dass die Montage einer Solarheizungsanlage auch durch „Laien erfolgen könne“, dann aber zumindest eine Hinweispflicht wegen der offenkundig eher schwierigen Montage annahm.

1438 Nur bei der unbewussten Verletzung einer Informationspflicht lassen sich auch ökonomisch fassbare Anreize zur Verbesserung des schuldner eigenen Informationshaushalts ausmachen, Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 471.

1439 S.o., S. 381.

tigt¹⁴⁴⁰: Gründlich untersucht hat er den Tacho schließlich. Die vom Verkäufer getätigte Aussage war dennoch in Teilen sachlich falsch. Der korrekte Kilometerstand war dem Verkäufer nicht bekannt. Würde man dem Verkäufer im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen eine Informationspflicht über den Wahrheitsgehalt des abgebildeten Kilometerstands auferlegen, so hätte er die betreffende Information erst noch beschaffen müssen. Hierfür wäre nicht nur eine cursorische Kontrolle, sondern sogar der Ausbau des Tachos erforderlich gewesen. Die Informationsbeschaffungskosten wären demnach beträchtlich gewesen. Ohne entsprechenden, womöglich gar separat vergüteten Prüfauftrag durch den Kunden muss ein Gebrauchtwagenverkäufer den Tacho daher nicht zur Kontrolle ausbauen. Daran kann aus einer ex-ante-Perspektive auch der Käufer kein Interesse haben, denn ansonsten hätte der Verkäufer den Kaufpreis um die beträchtlichen Informationsbeschaffungskosten erhöht. Da ein solch geschicktes Zurückdrehen des Tachos in der Praxis eher selten ist, wird der Käufer den Aufpreis in den meisten Fällen umsonst zahlen. Eine entsprechende Informationspflicht ist also zu verneinen. Diese – auch die Interessen des Käufers berücksichtigende – Wertung kann nicht berücksichtigen, wer eine unbedingte Wahrheitspflicht fordert.¹⁴⁴¹ Der Verkäufer hat dem Käufer hier schließlich auf dessen Frage eine in der Kernaussage – dem Kilometerstand – sachlich falsche Antwort gegeben. Damit hat er ihn – ohne jede Wertung zum Vertretenmüssen – getäuscht.¹⁴⁴²

Ausgehend von dem Streit um die Unterscheidung von Tun und Unterlassen lassen sich Informationspflichtverletzungen durch Täuschung auf zwei unterschiedlichen Wegen erfassen: Man kann entweder im Rahmen der Pflichtverletzung eine unbedingte Pflicht zur Information fordern („generelle[...] Wahrheitspflicht“) und die materiell entscheidenden Kriterien erst im Vertretenmüssen

1440 Vgl. zum Subsumtionsstandard HK-BGB/Dörner, 9. Aufl. 2017, § 123 Rn. 5.

1441 So BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, Rn. 25 (BGHZ 180, 205, 214f.).

1442 Grundsätzlich gegen den Begriff der fahrlässigen Täuschung Honsell, FS Medicus, 2009, S. 181, 183.

thematisieren.¹⁴⁴³ Alternativ hierzu könnte man die Informationsverantwortlichkeit direkt im Rahmen der Pflichtverletzung begrenzen.¹⁴⁴⁴

Beispiel 40 Im Tachofall¹⁴⁴⁵ hat der Verkäufer dem Käufer gegenüber eine „Laufleistung von 34.000 km auf Basis des von mir gründlich geprüften Tachos“ angegeben. Diese Aussage ist, was den wirklichen Kilometerstand anbelangt, nicht übereinstimmend mit der Realität und damit eine „Lüge“. In der Fortsetzung vom Tachofall wurde – in Übereinstimmung mit der zweiten Ansicht – eine Informationspflicht über den Wahrheitsgehalt der abgebildeten Laufleistung abgelehnt. Weil der Verkäufer sich hierzu aber explizit geäußert hat, würde die erste Ansicht eine Pflichtverletzung wegen Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht bejahen.¹⁴⁴⁶

Nach der ersten Ansicht würde man im Rahmen der Pflichtverletzung den unbedingten Erfolg der Information über den betreffenden Gegenstand fordern. Das kommt einer erfolgsbezogenen Pflicht gleich und widerspricht der grundsätzlich verhaltensbezogenen Natur von Nebenpflichten. Auch die Bedeutung der Beweislastumkehr steigt hier in deutlichem Maße. Der Schuldner müsste dann bei jeder objektiven Falschaussage wegen § 280 I 2 BGB beweisen, dass die Beschaffung der richtigen Information die im Verkehr erforderliche Sorgfalt überstiegen hätte. Eine Begrenzung der Verantwortlichkeit auf objektiver Ebene ist deshalb sinnvoll, weil es dem Vorgehen bei normalen Aufklärungspflichten entspricht¹⁴⁴⁷ sowie einen Bruch mit dem Verständnis von Nebenpflichten insgesamt als verhaltensbezogene Pflichten vermeidet. Demnach sind Informationspflichten verhaltensbezogen zu verstehen und die Verantwortungsbereiche der

1443 So die herrschende Meinung, vgl. MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 65; Teichmann, JA 1984, 545, 547 (Fn. 12); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 471, 472 (Fn. 190) m.w.N.

1444 Dies befürwortend Grigoleit, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, 275 (Fn. 28); Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 472.

1445 S.o., S. 381.

1446 Mangels abweichender Regelung kann sich der Verkäufer gem. § 280 I 2 BGB exkulpieren, wenn die Täuschung nicht darauf zurückzuführen ist, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, vgl. § 276 II BGB. Die Berücksichtigung der hohen Informationsbeschaffungskosten etc. würde dann erst die verkehrserforderliche Sorgfalt und nicht bereits den Pflichtumfang begrenzen.

1447 Vgl. Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 472.

Parteien – unabhängig von der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen – bereits innerhalb der Pflichtverletzung trennscharf abzugrenzen.

(b) Ökonomische Funktion einer Informationspflicht

(aa) Grundsätzliches: Informationsbeschaffungskosten

Eine Informationspflicht hat die Mitteilung einer bestimmten Information¹⁴⁴⁸ zum Gegenstand. Ohne Informationspflicht ist der Gläubiger selbst für seine Versorgung mit Informationen das Schuldverhältnis betreffend zuständig.¹⁴⁴⁹ Mit einer Informationspflicht wird also die Verantwortlichkeit für einen bestimmten, abgegrenzten Informationsbereich vom Gläubiger auf den Schuldner verlagert.¹⁴⁵⁰ Verfügt der Schuldner noch nicht über die Information, muss er sie beschaffen, um keine Pflichtverletzung zu begehen. Dafür muss er (wegen der Opportunitätskosten geldwerte) Zeit und/oder Geld aufwenden. Diese Kosten nennt man Informationsbeschaffungskosten.¹⁴⁵¹ Bei der Rekonstruktion des voll-

1448 Informationen sind nach der ökonomischen Analyse „zweckorientiertes Wissen“, Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538. Durch ihre finale Ausrichtung auf einen (kosten-)relevanten Vorgang können sie ein Handelsgut darstellen, auch wenn sie nur für ein einzelnes Individuum von Interesse sind.

1449 Roth, Information, 2006, S.104f.

1450 Um die Transaktionskosten möglichst gering zu halten, sollte der Gläubiger in diesem Fall auch auf die etwaige Aufwendung eigener Kosten zur Beschaffung der Information verzichten. Da der Schuldner ja wegen der Informationspflicht ohnehin Kosten zur Beschaffung der Information aufwenden muss, droht sonst ein doppelter Aufwand durch den Gläubiger, der als Teil der parteiübergreifend zur Transaktion aufgewendeten Kosten wiederum die Transaktionskosten erhöhen würde, vgl. Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 483.

1451 Faust, Verbraucher-acquis, 2011, S. 201, 205. Damit soll nicht nur etwas Schädliches unterlassen werden, vielmehr wird dem Schuldner schon im Vorfeld der Pflichterfüllung ein kostenrelevantes Tun abverlangt. Aus diesem Grund ist eine Informationspflicht über beim Schuldner nicht vorhandenes Wissen nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise anzuerkennen, vgl. BGH, Beschl. v. 28.1.1992 – XI ZR 301/90, Rn. 4 („Die Bank ist gegenüber dem Kreditinteressenten nicht verpflichtet, sich durch gezielte Auswertung ihr zugänglicher Unterlagen oder gar durch weitere Nachforschungen einen Wissensvorsprung zu verschaffen. Der positiven Kenntnis ist die bloße Erkennbarkeit nur dann gleichzustellen, wenn sich die für den Kreditnehmer bedeutsamen Tatsachen einem zuständigen Bankmitarbeiter nach den Umständen des Einzelfalls aufdrängen mußten [...]“); BGH, Ur. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, Rn. 17, 20 („Ausnahmsweise [...] steht die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen [...] der positiven Kenntnis [...] gleich“); BGH, Ur. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, Rn. 22 („Ausnahmsweise steht sogar die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen [...] der positiven Kenntnis gleich, wenn sich diese dem Vertragspartner [...] aufdrängen mussten und er die Augen davor verschlossen hat [...]“); OLG Bamberg, Ur. v. 18.1.2016 – 4 U

ständigen Schuldverhältnisses ist deshalb für die Frage, wer von beiden Parteien *cheapest cost avoider* ist, auf die Informationsbeschaffungskosten abzustellen.¹⁴⁵² Sind die Informationsbeschaffungskosten für den Schuldner niedrig, so ist auch die durch eine entsprechende Nebenpflicht drohende Belastung gering.

Beispiel 40 Im Tachofall¹⁴⁵³ traf den Verkäufer eine Informationspflicht über seine Zweifel an der Ehrbarkeit des Vorbesitzers, weil er aufgrund der Vorgeschichte des Autos konkrete Anhaltspunkte hatte, die Historie des Autos – inklusive der angezeigten Kilometerleistung – zu hinterfragen.¹⁴⁵⁴ Diese Information hatte auch unmittelbare Relevanz für ein vermögenswertes Interesse des Käufers, weil mit einer unsicheren Vergangenheit des Autos stets die Gefahr von Manipulationen oder versteckten Mängeln verbunden ist.¹⁴⁵⁵ Die Information der fragwürdigen Herkunft besaß der Verkäufer bereits. Damit wären keine weiteren Informationsbeschaffungskosten angefallen. Auch bestand keinerlei ökonomisch schutzwürdiges Interesse des Verkäufers, die Information zurückzuhalten.

In einem solchen Fall ist ein mögliches Argument gegen die Belastung des Schuldners mit der Nebenpflicht – die aufoktroierten Informationsbeschaffungskosten – zwar nicht gänzlich entkräftet, aber doch entscheidend ausgehöhlt.¹⁴⁵⁶ Die Ausnahmestellung einer Informationsbeschaffungsspflicht wird im

160/14, Rn. 36 („wesentlicher Punkt, dass sich Aufklärungspflichten grundsätzlich auf präsenten Wissen beschränken“); Juretzek, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, DSiR 2015, 1646. Dies sieht auch die überwiegende Ansicht in der Literatur so, statt aller Träger, Arbeitsteilung, 2012, S. 480f. (Fn. 241) m.w.N.

1452 Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 404f.; Ott, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 35.

1453 S.o., S. 381.

1454 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, Rn. 16.

1455 Vgl. MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 83; zur Aufklärungspflicht über den bloßen „Verdacht“ von „besonders schwerwiegenden Mängeln“, LG Köln, Urt. v. 17.3.2016 – 2 O 355/14, Rn. 23.

1456 Eine Nebenpflicht ist dann eher zu bejahen, vgl. BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 13 (Hinweispflicht eines Maklers auf eine in Fachkreisen hinlänglich bekannte Rechtsbestimmung im Mietrecht); BGH, Urt. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, Rn. 20 (Aufklärungspflicht einer Bank gegenüber einem Kreditnehmer über eine offensichtlich erkennbare, sittenwidrige Überteuering des von einem Dritten zu erwerbenden Kaufobjekts); BGH, Urt. v. 19.3.2013 – XI ZR 431/11, Rn. 26f. (Hinweispflicht eines nachgeschalteten Wertpapierdienstleistungsunternehmens auf eine vorherige Falschberatung, sofern sie „aufgrund massiver Verdachtsmo-

Rahmen der Behandlung von Aufklärungspflichten durchaus explizit betont.¹⁴⁵⁷ Eine Informationsbeschaffungspflicht setzt – anders als eine reine Hinweispflicht¹⁴⁵⁸ – schließlich eine vorhergehende Untersuchung und damit deutliche höhere Informationsbeschaffungskosten für den Schuldner voraus. Sie droht damit leichter in Konflikt mit dem (parteiautonom) bestimmten Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu geraten. Die Unterscheidung zwischen reiner Aufklärungspflicht und umfassender Informationspflicht (inklusive einer Recherchepflicht) gelingt aber in der Praxis nicht immer trennscharf.¹⁴⁵⁹

Beispiel 6 Im Haltefristfall¹⁴⁶⁰ war der Steuerberater aufgrund der Nebenpflicht dazu verpflichtet, auf die drohende, kurz vor Ablauf der

mente objektiv evident ist“); LG Heidelberg, Urt. v. 14.2.2006 – 2 S 46/05, Rn. 15ff. (Hinweispflicht des Maklers auf eine dem Mieter nicht bekannte Sozialproblematik der Wohngegend); LG Rottweil, Urt. v. 23.1.2007 – 6 O 1/06, Rn. 17 (Hinweispflicht einer Autoreparaturwerkstatt auf einen (für Fachkreise) typischen, die ursprüngliche Reparatur begründenden Vorschaden); LG Trier, Urt. v. 19.2.2016 – 1 S 131/15, Rn. 42ff. (keine „Verpflichtung zum Vorhalten einer funktionsfähigen Toilette im Personennahverkehr“ mit Blick auf die „Mehrkosten“, aber denkbare „Aufklärungspflicht hinsichtlich nicht funktionsfähiger Toiletten“ gegenüber Bahnkunden aufgrund von „geringerem organisatorischen Aufwand“) Menkel, DStR 2010, 2477, 2479f. (Grenze der weiteren „Sachverhaltsermittlung“ für Nebenpflichten des Steuerberaters); M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 248; Tröger, Arbeits-
teilung, 2012, S. 481f.

1457 Laut MüKo-BGB/Bachmann, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 122 könne die Aufklärungspflicht einer Partei ausnahmsweise „aber auch so weit [!] gehen, dass sie sich die Kenntnis aus den ihr zugänglichen Quellen verschaffen muss“.

1458 Auch wenn von Hinweispflicht gesprochen wird, so ist jedoch präzise zu untersuchen, ob nicht doch eine Informationsbeschaffungspflicht gemeint ist. So wird im Anwaltshaftungs- und sonstigem Beratungsrecht häufig der Gedanke bemüht, dass eine Partei die andere auf ihre Fehler hinweisen muss, weil diese ansonsten nur schwerlich oder unter unzumutbaren Kosten vom Gläubiger aufgedeckt werden könnten, vgl. MüKo-BGB/Heermann, 7. Aufl. 2018, § 675 Rn. 28f.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 448 sowie nunmehr im Arzthaftungsrecht explizit in § 630c II 2 BGB („Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren.“) geregelt; skeptisch hierzu MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2016, § 630c Rn. 31 („praktische Relevanz der Pflicht zur Fehlerinformation dürfte minimal bleiben“). Nur wenn der Dienstleister den begangenen Fehler positiv kennt, handelt es sich aber um eine Hinweispflicht. Hat er seinen eigenen Fehler hingegen fahrlässig (vgl. § 276 II BGB) übersehen – was der praktische Regelfall sein dürfte –, so ist einer etwaigen Hinweispflicht eine Informationsbeschaffungspflicht vorgeschaltet.

1459 So wird bei den Informationspflichten von Dienstleistern bisweilen eine Informationsbeschaffungspflicht implizit angenommen, ohne dass die Ausnahmestellung hierbei explizit betont wird.

1460 S.o., S. 26ff.

Haltefrist maximierte Wirkung des § 23 III 4 EStG hinzuweisen. Diese Information hatte er im Fall nicht parat. Vielmehr ist er in der kurzen Zeit, die ihm zum Überlegen zur Verfügung stand, nicht darauf gekommen. Damit traf den Schuldner hier nicht nur eine Informationspflicht, sondern auch eine vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflicht. Dass der BGH hier aus diesem Grund besonders restriktiv mit der Annahme einer Nebenpflicht umgegangen ist, lässt sich nicht feststellen. Vielmehr hat er eine Nebenpflicht angenommen, obwohl das zugrundeliegende Schuldverhältnis überhaupt keine Vergütung für den Steuerberater vorsah. Dass die Informationspflicht den Steuerberater hier dazu verpflichtete, die – zugegebenermaßen wohl einfach zu beschaffende – Information unter Einsatz seiner geldwerten Arbeitszeit zu beschaffen, wurde vom BGH in der Subsumtion nicht explizit berücksichtigt.¹⁴⁶¹

Anstelle einer qualitativen (kategorialen) Unterscheidung zwischen reinen Hinweis- und umfassenden Informationspflichten sollte eine quantitative (stufenweise) Analyse unter anderem in Bezug auf die Informationsbeschaffungskosten vorgenommen werden.

(bb) Ökonomische Grenzen einer Informationspflicht

Eine natürliche Grenze für eine mit einer Informationsbeschaffungspflicht einhergehende Informationspflicht ist – im Einklang mit dem Prinzip des *cheapest cost avoider* – ein Kostenvorteil des Gläubigers bei der Informationsbeschaffung. Kann der Gläubiger die Information günstiger als der Schuldner beschaffen, so ist es aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive ineffizient, die Informationsbeschaffung dem Schuldner zuzuordnen.¹⁴⁶² Auch aus mikroökonomischer Schuldverhältnis-Perspektive ist eine solche Nebenpflicht abzulehnen: Der

1461 M. Müller/Hempel, AcP 205 (2005), 246, 247 (Fn. 4) weisen zutreffend darauf hin, dass die Schadensvermeidungskosten in der ökonomischen Analyse eine größere Rolle spielen als in der rechtswissenschaftlichen Abwägung, vgl. ähnlich zur Herangehensweise der Rechtsprechung Mertens, AcP 178 (1978), 227, 257 („Kosten-Nutzen-Problem [wird] ignoriert“).

1462 Vgl. Ott, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 35; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 482

Schuldner würde versuchen, seine Informationsbeschaffungskosten durch eine Preiserhöhung zu amortisieren. Der Gläubiger würde wiederum nur einen solchen Aufpreis akzeptieren, welche maximal seine eigenen Informationsbeschaffungskosten erreicht. Ansonsten würde er die Information schließlich lieber selber beschaffen und auf die Pflicht des Schuldners verzichten.

Sollte umgekehrt der Schuldner die Information günstiger als der Gläubiger beschaffen können – ist er also *cheapest cost avoider* – so spricht dies in den Grenzen der Höhe des Nutzens der Information für den Gläubiger (als Repräsentant für dessen Bereitschaft, für die Nebenpflicht zu bezahlen) für die Annahme einer Nebenpflicht. Eine Informationspflicht des Gläubigers kommt dann in Betracht, wenn das angestrebte Geschäft aufgrund einer asymmetrisch verteilten Informationslage – bei individueller Betrachtung – für den Schuldner keinen Nutzen (mehr) abwirft und deshalb – bei überindividueller Betrachtung – Ineffizienzen auf dem jeweiligen Markt drohen (ökonomisch zu missbilligende Gefahr des Opportunismus).¹⁴⁶³ In der Sache strebt die Ökonomik hier das gleiche Ziel an wie die rechtswissenschaftliche Dogmatik, wenn sie versucht, mittels Nebenpflichten ein funktionales Äquivalenzverhältnis aufrechtzuerhalten¹⁴⁶⁴.

(cc) Makroökonomische Folgen einer Informationspflicht

Welchen Einfluss die Folgenbewertung auf Nebenpflichten für Informationen hat, zeigt sich insbesondere dann, wenn die potentiell mit der Nebenpflicht zu belastende Partei bereits über die Information verfügt. Die Informationsbeschaffungskosten belaufen sich auf Schuldnerseite in diesem Fall auf Null, belasten ihn also überhaupt nicht. Eine Nebenpflicht hier abzulehnen, würde bedeuten,

1463 Kübler, FS Steindorff, 1990, S. 687, 701f.; Rehm, Aufklärungspflichten, 2003, S. 118f., 238f., 266f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 451f.; vgl. auch Schweizer, Spieltheorie, 2015, S. 288, der Informationspflichten aus mathematischer Perspektive vor allem bei fremdnützigen (also allein den Nutzen des Schuldverhältnis-Partners betreffend) Informationen in risikoreichen Geschäften für angemessen hält. Das erscheint auch ökonomisch plausibel: Je höher das Risiko eines Geschäfts *ex ante* ist, umso mehr Einfluss kann eine einzelne Information auf das Äquivalenzverhältnis haben, vgl. auch Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 403f.; zu Recht skeptisch gegenüber dem Versuch, für die Annahme von Aufklärungspflichten fremdnützige Schuldverhältnisse ausmachen zu wollen, Klinck, Information, 2013, S. 103, 106.

1464 S.o., S. 244ff.

die Verantwortlichkeit für die betreffende Information beim Gläubiger zu belassen. Dieser müsste sie aber erst beschaffen. Es würden also Informationsbeschaffungskosten anfallen. Weil der Schuldner die Information bereits hat, ist davon auszugehen, dass bereits einmal Informationsbeschaffungskosten aufgewendet wurden. Diese nun doppelt anfallen zu lassen, erscheint wenig sinnvoll. Ähnliches gilt, wenn der Schuldner zumindest niedrigere Informationsbeschaffungskosten als der Gläubiger hat – er also *cheapest cost avoider* ist. Sollen die gesamtgesellschaftlichen Kosten im Interesse aller möglichst gering gehalten werden, so sprechen die zumindest niedrigeren Informationsbeschaffungskosten des Schuldners zunächst für eine Informationspflicht. Leistet die Beschaffung der Information durch den Gläubiger aber zum Beispiel einen ökonomisch sinnvollen Beitrag zum Funktionieren des Marktes durch die analytische Nutzung offener Quellen, so führt sie zu einem positiven externen Effekt.¹⁴⁶⁵

Im Grundsatz¹⁴⁶⁶ führt die Beschaffung von Informationen durch den Gläubiger über ein fungibles Handelsgut dazu, dass der Preisbildungsmechanismus gestärkt wird. Schließlich setzt die Vereinbarung eines marktgerechten Preises die Information des Gläubigers über erkennbare Risiken voraus. Nimmt man allzu großzügig Nebenpflichten des Schuldners zur Information des Gläubigers an, so wird dem Gläubiger jeglicher Anreiz genommen, sich selbst an einer Risikoanalyse des Kaufguts zu beteiligen. Dieser Paternalismus kann zum Erlahmen der Preisbildung führen, was wiederum in Unter- oder Überbewertungen die Fehlallokation von Ressourcen auf dem Markt zur Folge haben kann. Abgesehen vom Nutzen des Gläubigers für die konkrete Verhandlung hat die Informationsbeschaffung durch den Gläubiger daher als Beitrag zur Preisbildung auch einen ökonomisch-überindividuellen Nutzen für den

1465 Vgl. *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 246f., 250ff.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538f.

1466 Eine Ausnahme stellt das Umfeld des Kapitalmarktes dar: Hier hat der einzelne Teilnehmer ohnehin kaum Einfluss auf den positiven externen Effekt „Funktionieren des Preisbildungsmechanismus“, weshalb eine Informationspflicht mit Blick auf die drohende Dopplung der Informationsbeschaffungskosten hier eher anzunehmen ist, *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 479 (Fn. 228).

Markt als Ganzes – und hat damit einen positiven externen Effekt zur Folge.

Eine Nebenpflicht kann demnach trotz der möglicherweise erneut anfallenden Informationsbeschaffungskosten abzulehnen sein, weil dem Gläubiger sonst der Anreiz genommen würde, zum Funktionieren des Marktes beizutragen.¹⁴⁶⁷

So muss beispielsweise ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter nicht auf die für die Altersversorgung relevante Möglichkeit einer Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hinweisen, weil die Mitarbeiter sich hierüber zum einen kostengünstig selbst informieren können und anderenfalls zudem eine völlige Initiativlosigkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer eigenen Altersversorgung droht.¹⁴⁶⁸ Will ein Arbeitnehmer zu seinem eigenen Vorteil von einer steuerrechtlichen Grundregel durch Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer abweichen, so muss er ebenfalls Eigeninitiative beweisen und kann nicht auf das Tätigwerden des Arbeitgebers vertrauen.¹⁴⁶⁹ Entsprechende Nebenpflichten zur Information des Gläubigers werden hier von der Rechtsprechung im Ergebnis zutreffend abgelehnt, weil der Informationsbeschaffung durch den Schuldner in der Sache ein positiver externer Effekt innewohnt. Die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Planung seiner Sozialversicherungs- und Steuerplanung führt nämlich dazu, dass er insoweit eine mündigere Rolle einnimmt und in der Folge eine Planung verfolgen kann, die genau seinen individuellen Präferenzen entspricht. Fehleinsatz von Ressourcen bei der Planung der Altersversorgung oder der Steuerangelegenheiten – auch vonseiten der Altersversorger oder der Steuerbehörden – wird so besser vermieden, als wenn der Arbeitnehmer blind auf die zwingend generischen Hinweise des Arbeitgebers vertraut. Nimmt man dem Arbeitnehmer hier über eine Informationspflicht des Arbeitgebers den Anreiz, sich über die Ge-

1467 Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 477f.

1468 Vgl. BAG, Urt. v. 21.1.2014 – 3 AZR 807/11, Rn. 20 (BAGE 147, 155, 161); Hartmann, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.1.2014 – 3 AZR 807/11, EWiR 2014, 569, 570.

1469 BAG, Urt. v. 13.11.2014 – 8 AZR 817/13, Rn. 24f.

staltungsalternativen zu informieren, so verhindert man das Entstehen dieses positiven externen Effekts.

Das zeigt, dass die jeweilige Höhe der Informationsbeschaffungskosten für den Gläubiger und den Schuldner der Ausgangspunkt für die Entscheidung über eine Nebenpflicht sein muss. Ist aber die Informationsbeschaffung durch den Gläubiger von Vorteil für das Funktionieren des Marktes oder führt sie zu einem anderen positiven externen Effekt, so geben die Informationsbeschaffungskosten nicht mehr den Ausschlag. Vielmehr ist dann zu untersuchen, welche Bedeutung die Informationsbeschaffung für den jeweiligen positiven externen Effekt hat.¹⁴⁷⁰

Ist eine Information gesamtgesellschaftlich nutzenbringend, so darf dem Schuldner durch eine Nebenpflicht zudem nicht der Anreiz genommen werden, sie zu beschaffen. Die Verwertung einer Information ist dann produktiv, wenn sie zu einem Nettowohlfahrtsgewinn führt.¹⁴⁷¹

Beispiel 41 Ein Verkäufer bietet in einem abgelegenen Teil Schleswig-Holsteins ein großes Grundstück für 100.000€ zum Verkauf an („Grünkohlfall“).¹⁴⁷² Ein Interessent besichtigt das Grundstück und nimmt im Einvernehmen mit dem Verkäufer eine Bodenprobe. Nach wissenschaftlicher Analyse des Mutterbodens stellt er fest, dass der Untergrund biologisch besonders gut für den Anbau einer seltenen Zuchtform des Grünkohls geeignet ist. Weil diese Form des Grünkohls stark nachgefragt ist, es aber wegen der komplexen Anforderungen an die „Ackerkrume“ (Mutterboden) sehr schwierig ist, ihn anzubauen, beträgt der Marktwert eines Anbauorts in der Größe des Grundstücks vom Verkäufer 200.000€. Die Verwer-

1470 Je mehr Einfluss die Informationsgewinnung durch den Gläubiger auf das Funktionieren des Marktes hat, desto mehr spricht gegen eine Nebenpflicht. Die soeben genannten Kriterien sind letztlich in einer wertenden Abwägung gegenüberzustellen, vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 478f.

1471 *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, 569; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 815; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538; *Shavell*, Economic Analysis, 2004, S. 334. Das ist schon dann der Fall, wenn die Partei, die sie erhalten soll, von ihr einen größeren Nutzen hat, als sie in Form eines (Auf-)Preises dafür hypothetisch zu zahlen bereit gewesen wäre, *Faust*, Verbraucher-acquis, 2011, S. 201, 206; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 399, 403f.; *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, 566f.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 584.

1472 Fall basierend auf *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538f.; vgl. auch *Shavell*, Economic Analysis, 2004, S. 333.

tung der Information durch den Interessenten führt hier dazu, dass er ein Grundstück deutlich unter Marktwert kauft. Dass der Marktwert so hoch ist, hat er aber durch Investitionen in die Informationsbeschaffung selbst herausgefunden. Ohne ihn oder einen vergleichbar investigativen Interessenten wäre der über dem Kaufpreis liegende Nutzwert des Grundstücks unentdeckt geblieben. Der Käufer hat durch die Informationsverwertung dafür gesorgt, dass eine Ressource (Grundstück des Verkäufers) ihrer gewinnbringendsten Bewirtschaftung zugeführt wird. Damit erhöht die Verwertung dieser Information durch den Käufer den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand. Sie ist also produktiv.

Erhöht sie den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand nicht, sondern dient lediglich einer einzelnen Privatperson, so ist die Information entsprechend unproduktiv.¹⁴⁷³

Beispiel 42 Ein Verkäufer bietet ein Grundstück für 100.000€ (aktueller Marktwert) zum Verkauf an („Erdbeerfall“).¹⁴⁷⁴ Das Grundstück bietet als eines der wenigen in Hamburg ausgezeichneten Mutterboden für den Anbau von Erdbeeren. Die landwirtschaftliche Nutzung von Grundstücken innerhalb Hamburgs ist indes derzeit verboten. Ein potentieller Käufer interessiert sich für das Grundstück, ist aber nicht bereit den geforderten Preis zu bezahlen. Während er seine Frau besucht, die im Rathaus arbeitet, hört er ein Gespräch zwischen zwei Stadtangestellten. Aufgrund der gedämpften Lautstärke des Gesprächs kann der Interessent nur verstehen, dass das Verbot der landwirtschaftlichen Nutzung von Grundstücken vonseiten der Legislative „unter Beschuss“ steht. Angestachelt von der Hoffnung das „Geschäft seines Lebens“ zu machen, nimmt er sich unbemerkt den Eintrittsausweis seiner Frau für das Rathaus und schleicht sich in eine geschlossene Sitzung des betreffenden Ausschusses. Dort bekommt er mit, wie die Aufhebung des Verbots

1473 Kötz, FS Drobniq, 1998, S. 563, 570; Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 815; Shavell, Economic Analysis, 2004, S. 334.

1474 Fall angelehnt an Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538f.

der landwirtschaftlichen Nutzung von Stadtgrundstücken für das kommende Jahr beschlossen wird. Das Grundstück des Verkäufers ist aufgrund seiner exzellenten Ackerkrume und der Tatsache, dass Hamburger Landwirtschaftsprodukte wegen des geringen Angebots extrem nachgefragt sind, nun 200.000€ wert. Bevor der Beschluss im Newsletter der Bürgerschaft oder im Gesetzesblatt bekanntgegeben wird, eilt der Interessent zum Verkäufer und schließt einen Kaufvertrag über das Grundstück für 100.000€. Der Käufer hat hier Zeit und Mühe (Opportunitätskosten) in die Beschaffung der Information investiert. Durch die Verwertung der Information hat er ein Grundstück letztlich unter Marktwert erworben, weil er sich sicher sein konnte, dass sich der Wert kurz nach dem Kauf verdoppeln würde. Die Verwertung der Information hat ihm daher einen Vorteil verschafft. Dieser Vorteil hat aber keine Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Produktivität zur Folge. Schließlich wäre die Information, dass das Grundstück zukünftig für landwirtschaftliche Bewirtung freigegeben ist, auch ohne die „Recherche“ des Käufers öffentlich geworden. Zu diesem Zeitpunkt hätte sich der Marktwert automatisch an die nunmehr verbesserte Nutzbarkeit des Grundstücks angepasst und der Verkäufer hätte das Grundstück für 200.000€ anbieten können. Dass der Käufer die Information vor ihrer Veröffentlichung ausfindig gemacht hat, erhöht auch nicht den Ertrag aus dem Grundstück. Die Nutzung als Anbaufläche ist schließlich auch für den Käufer erst zum gesetzlich geregelten Zeitpunkt möglich. Der Käufer hat also mit der Verwertung der Information keinen Nettowohlfahrtsgewinn erzielt, sondern lediglich einen privaten Gewinn auf Kosten des Verkäufers erzielt. Damit ist die Verwertung dieser Information unproduktiv.

Der Rechtsordnung kommt in den Augen der ökonomischen Analyse die Aufgabe zu, Anreize für die Beschaffung produktiver Informationen zu setzen und gleichzeitig die Beschaffung unproduktiver Informationen als Fehleinsatz von Ressourcen, welche an anderer Stelle einen Nettowohlfahrtsgewinn generieren

könnten, zu unterbinden.¹⁴⁷⁵ Ein Steuerungsinstrument hierfür sind Nebenpflichten, welche zur (unvergüteten) Weitergabe einer Information verpflichten können.¹⁴⁷⁶ Um die richtigen Anreize zu setzen, muss in einem Schuldverhältnis der Inhaber einer unproduktiven Information mit einer Nebenpflicht zur Weitergabe dieser Information an den Schuldverhältnis-Partner verpflichtet werden.

Beispiel 42 Im Erdbeerfall¹⁴⁷⁷ hat der Käufer eine unproduktive Information erlangt und verwertet. Will man ihn dazu zwingen die Information vor Abschluss des Vertrages preiszugeben, so muss der Verkäufer Gläubiger einer entsprechenden Nebenpflicht nach § 241 II BGB werden.¹⁴⁷⁸ Hat der Verkäufer bereits im Laufe der Verhandlungen Anhaltspunkte, den plötzlichen Sinneswandel des Käufers über die Angemessenheit des Verkaufspreises verdächtig zu finden, so kann er von diesem die Erfüllung einer etwaigen Informationspflicht fordern oder gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen.¹⁴⁷⁹ Mit einer solchen Nebenpflicht ist der Käufer jedenfalls dazu verpflichtet, die Information kostenlos im Rahmen der Verhandlungen an den Verkäufer weiterzugeben.¹⁴⁸⁰ Tut er das nicht, so kann der Verkäu-

1475 Näher Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 538f., 540; Schweizer, *Spieltheorie*, 2015, S. 265; ähnlich auch Faust, *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 201, 210f.; Matthias Lehmann, *ZEuP* 2009, 693, 701.

1476 Kötz, *FS DrobniG*, 1998, S. 563, 568; Schäfer, *AcP* 202 (2002), 808, 815.

1477 S.o., S. 394.

1478 Er befindet sich im Rahmen der Grundstückskaufverhandlungen in einem Schuldverhältnis mit dem Verkäufer nach § 311 II Nr. 1 BGB.

1479 Nebenpflichten sind nach umstrittener Ansicht sowohl einforder- als auch klagbar, s.o., S. 146f., 152f.

1480 Bei der Begründung einer Nebenpflicht auf diesem Weg wird plastisch deutlich, dass der Gedanke der Kompensation für Nebenpflichten in vorvertraglichen Schuldverhältnissen nur bedingt passt und deshalb Nebenpflichten nicht zur Gänze erfassen kann, s.o., S. 254ff. Der Käufer würde hier eine Information aufgeben müssen, deren Beschaffung ihm (Opportunitäts-)Kosten verursacht hat. Da die Informationspflicht ja aber schon aus dem Verhandlungsschuldverhältnis und § 241 II BGB folgt, hat der Verkäufer keinerlei Anreiz, einem separaten Vergütungs-Schuldverhältnis mit dem Käufer zuzustimmen. Da für den Käufer die Erfüllung der Pflicht aufgrund des ansonsten drohenden Schadensersatzanspruchs nicht optional ist, hat er auch kein probates Mittel, eine solche Vereinbarung durchzusetzen. Gleiches gilt für den womöglich auf die Verhandlung folgenden Kaufvertrag: Da der Käufer bereits aus dem vor-

fer gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 BGB Schadensersatz fordern. Da der Käufer für die Information (Opportunitäts-)Kosten aufgewendet hat, stellt die kostenlose Weitergabe an den Verkäufer für ihn ein Verlustgeschäft dar. Dieses Verlustgeschäft kann er nur vermeiden, wenn er bereits die Beschaffung der Information unterlässt. Die Nebenpflicht setzt damit einen Anreiz dafür, unproduktive Informationen gar nicht erst in Erfahrung zu bringen.¹⁴⁸¹ Damit ist eine Nebenpflicht hier die adäquate Reaktion der Rechtsordnung.¹⁴⁸²

Beispiel 41 Im Grünkohlfall¹⁴⁸³ hingegen verwertet der Käufer eine produktive Information. Dieser Vorgang ist von der Rechtsordnung zu schützen.¹⁴⁸⁴ Den Käufer hier mit einer Nebenpflicht zur Aufdeckung seiner kostenrelevanten Rechercheergebnisse zu belegen, würde genau das Gegenteil erreichen: Ihm würde ein Anreiz dafür gegeben, die Information gar nicht erst zu beschaffen. Eine Nebenpflicht ist hier daher abzulehnen.¹⁴⁸⁵

Die makroökonomischen Folgen der Informationsbeschaffung und –verwertung sind deshalb ein wichtiger Anhaltspunkt dafür, ob die Ökonomik eine informationsbezogene Nebenpflicht befürwortet oder nicht.

vertraglichen Schuldverhältnis dazu verpflichtet ist, die Information an den Verkäufer weiterzuleiten, besteht für ihn kein Anreiz, bei der Vereinbarung des Kaufpreises innerhalb des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses die Nebenpflicht des Käufers preismindernd zu berücksichtigen. Der Käufer wiederum hat – bis auf einen ebenfalls keine Vergütung generierenden Verhandlungsabbruch – erneut kein Druckmittel in der Verhandlung darüber, ob seine eigenen Informationskosten als Teil seiner Gegenleistung (Kaufpreis) gelten sollen.

1481 Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 815; Schweizer, Spieltheorie, 2015, S. 266 (sog. „Hold-up-Problematik“).

1482 So zu einem ähnlichen Fall auch Kötz, FS Drobniig, 1998, S. 563, 570.

1483 S.o., S. 393.

1484 In diese Richtung bereits Medicus, Privatautonomie, 1994, S. 21f.

1485 Vgl. Kötz, FS Drobniig, 1998, S. 563, 568; ähnlich Medicus, Privatautonomie, 1994, S. 21f. („... Verdiente[s]“ Ungleichgewicht“); R. Posner, Economic Analysis, 9. Aufl. 2014, S. 154 („incentive to discover information about true values [...] [must not] be blunted“); Shavell, Economic Analysis, 2004, S. 333.

(dd) Vermeidung von Informationsasymmetrien

In der Diskussion über Informationspflichten ist der Begriff der Informationsasymmetrie als Voraussetzung für eine entsprechende Nebenpflicht allgegenwärtig. Dabei ist gar nicht ganz klar, was mit dem Begriff gemeint ist.¹⁴⁸⁶ Der Wortlaut legt nahe, dass bei einer Informationsasymmetrie die Informationen zwischen Gläubiger und Schuldner ungleich – mit anderen Worten: asymmetrisch – verteilt sind. Geht es um eine entsprechende Nebenpflicht, so läge eine Informationsasymmetrie also nur vor, wenn der Schuldner über mehr Informationen über den betreffenden Gegenstand als der Gläubiger verfügt. Es ist nun aber eine Selbstverständlichkeit, dass der Schuldner dem Gläubiger nicht jede ihm bekannte Information mitzuteilen hat, über die der Gläubiger nicht verfügt.¹⁴⁸⁷ Ein allzu wörtliches Verständnis der Informationsasymmetrie ist demnach nicht angebracht.

Dies rechtfertigt sich auch aus einer Kostenperspektive: Zwar treffen den Schuldner hinsichtlich einer ihm bereits bekannten Information regelmäßig keine Übermittlungskosten. Der Schuldner hat diese Information aber zunächst erlangen müssen und dieser Vorgang wiederum ist regelmäßig nicht kostenneutral. Dieses *caveat* wird in der Diskussion zu Nebenpflichten selten explizit gewürdigt.¹⁴⁸⁸ Allein auf Informationsasymmetrie fußende Nebenpflichten würden damit den Schuldner einseitig finanziell belasten, ohne aus sich selbst heraus eine Rechtfertigung für diese Belastung darstellen zu können.

Knüpft eine Informationspflicht erst an das beim Schuldner vorhandene Wissen an – also an die tatsächliche bestehende Informationsasymmetrie –, so ergibt sich zudem folgendes Paradoxon¹⁴⁸⁹:

1486 Zunächst unklar beispielsweise *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 258 („asymmetrische Informationen“).

1487 Ein zufälliger Wissensvorsprung einer Partei kann zwar eine Nebenpflicht auslösen, wenn die Informationsverbreitung sinnvoll erscheint, aber im Regelfall muss der Inhaber der Information für die Weitergabe ein Entgelt verlangen können, *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 585f. Ausfluss der Privatautonomie ist es, dass jedem im Grundsatz nur die Wahrnehmung seiner eigenen Interessen zugewiesen ist, *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 50; *Staudinger/Olzen*, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 454 („Prinzip der Eigenverantwortung“); *Teichmann*, JA 1984, 545, 546f.; spezifisch auf die Beschaffung von Informationen genützt *Klinck*, Information, 2013, S. 103, 104.

1488 Positiv hervorzuheben hier MüKo-BGB/*Bachmann*, 7. Aufl. 2016, § 241 Rn. 123.

1489 Hierzu auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 482.

Um einer Mitteilungspflicht zu entgehen, könnte der Schuldner dann sogar fahrlässig (§ 276 II BGB) die Beschaffung der aufklärungspflichtigen Umstände unterlassen. Das würde die praktische Wirksamkeit einer Informationspflicht völlig aushöhlen. Zudem würde es dem Schuldner einen expliziten Anlass dafür geben, seinen Informationshaushalt besonders unsorgfältig zu verwalten. Die Anreizwirkung einer Informationspflicht würde damit ad absurdum geführt. Die ökonomische Analyse bezeichnet dies als – mit den Mitteln des dispositiven Rechts zu bekämpfende – Gefahr des Opportunismus.¹⁴⁹⁰ Aus diesem Grund muss jede Informationspflicht schon bei der Ermittlung des jeweiligen Sachverhalts ansetzen. Einer reinen Hinweispflicht kann damit eine Informationsbeschaffungspflicht vorzuschalten sein. Kann der Gläubiger den Sachkomplex der betreffenden Information aufgrund seiner Fertigkeiten oder der Struktur der Informationsgewinnung deutlich schlechter als der Schuldner beurteilen, so fehlt ihm nämlich die Möglichkeit, das Ausmaß der notwendigen Sachverhaltsaufklärung durch den Schuldner auszumachen. Dass der Schuldner ihm eine relevante Information aufgrund fehlender Informationsbeschaffung fahrlässig vorenthält, bleibt dem Gläubiger unbekannt. Er kann sich vor dem Leerlaufen der Aufklärungspflicht also auch nicht schützen.

Dreh- und Angelpunkt für die Reichweite der Informationspflichten ist deshalb auch das Ausmaß der Informationsasymmetrie.¹⁴⁹¹ Die Asymmetrie bezieht sich dabei nicht mehr auf die den Parteien des Schuldverhältnisses konkret bekannten Informationen, sondern auf den Vorgang der Informationsbeschaffung.¹⁴⁹² Der

1490 Zum Begriff *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 549f.

1491 *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 482. Im ersten Szenario der fehlenden Fertigkeiten könnte man von einer „funktionellen“, im zweiten Fall der strukturbedingten Schwierigkeit von einer „strukturellen“ Informationsasymmetrie sprechen.

1492 Verfügt der Schuldner bereits über die Information, so ist auch der Fokus auf die kostenlose Möglichkeit der Informationsweitergabe als Argument für eine entsprechende Informationspflicht bezeichnend: Hier wird deutlich, dass weniger die Verteilung der Informationen an sich als vielmehr der (finanzielle) Aufwand der konkreten Informationsweitergabe für die Bestimmung der Nebenpflicht entscheidend ist. In den Aufwand zur Informationsweitergabe sind aber die Kosten der Informationsbeschaffung mit einzupreisen.

Begriff der Informationsasymmetrie ist damit zumindest verwirrend. Präzise umschrieben ist vielmehr eine asymmetrische Verteilung der Informationsbeschaffungskosten zwischen Gläubiger und Schuldner gemeint.¹⁴⁹³ Etwas abgekürzt formuliert, ließe sich folglich auch von Informationskostenasymmetrie sprechen.¹⁴⁹⁴ Im Ergebnis basieren informationsbezogene Nebenpflichten aus der Perspektive der Ökonomik auf einer Informationskostenasymmetrie zwischen Gläubiger und Schuldner.

(ee) Verhinderung eines race to the bottom

Eine von der ökonomischen Analyse angemahnte Gefahr ist das in einem sog. Markt für Zitronen¹⁴⁹⁵ befürchtete *race to the bottom*.¹⁴⁹⁶ Abstrakt umschrieben ist das ein Markt, in dem sich die Produktqualität bis zum potentiellen Marktzusammenbruch immer weiter verschlechtert, weil sich höhere Qualität für den einzelnen Anbieter nicht lohnt.¹⁴⁹⁷ Voraussetzung für diese Gefahr ist zum einen, dass die Qualität des jeweiligen Produkts *ex ante* nicht erkennbar ist.¹⁴⁹⁸ Zum anderen darf keine Möglichkeit für den Nachfragenden bestehen, den einzelnen Anbieter, der seine Qualität verschlechtert, durch Abwanderung zu bestrafen.¹⁴⁹⁹

1493 Richtig *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574; *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, 701; *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 248. In der Rechtsprechung wird das Kriterium häufig mit der „überlegenen Sachkunde“ des Schuldners umschrieben, vgl. beispielsweise BGH, Urt. v. 15.3.2012 – III ZR 190/11, Rn. 14; BGH, Urt. v. 19.7.2012 – III ZR 71/12, Rn. 22; LG Heidelberg, Urt. v. 27.7.2011 – I S 9/10, Rn. 25.

1494 Die „berufliche Professionalisierung“ des Schuldners ist dabei ein Indiz für eine solche Asymmetrie, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 583f.

1495 Im Englischen („*The Market for Lemons*“) ein berühmter Aufsatz von *G.A. Akerlof* (*The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488ff.)

1496 Ausführlich hierzu und zur folgenden Erläuterung *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 370ff.; S. auch *Riha*, *Sachmängelgewährleistungsrecht*, 2007, S. 41f.

1497 Vgl. auch generell zu den „*costs of dishonesty*“ *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 490, 495.

1498 *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 489. In der Terminologie der ökonomischen Analyse handelt sich dabei entweder um „*Erfahrungsgüter*“ (Qualität ist erst nach dem Erwerb erkennbar) oder „*Glaubensgüter*“ (Qualität ist niemals erkennbar). Einzig bei „*Suchgütern*“ ist die Qualität durch vorherige Suche feststellbar, näher zu alldem *Drexl*, *Selbstbestimmung*, 1998, S. 195; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 542.

1499 Vgl. *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 489f. Ein einzelnes Produkt kann dabei auch nur teilweise die Gefahr einer steten Qualitätsverschlechterung bergen, wenn nur eine von

Beispiele für Märkte, an denen diese Gefahr droht, sind Restaurants an Touristenorten¹⁵⁰⁰ und Makler. Im grundlegenden Aufsatz von Akerlof hierzu ging es um den Verkauf von Gebrauchtwagen.¹⁵⁰¹

Die einem solchen Markt inhärente Gefahr der stetigen Qualitätsverschlechterung kann durch Eingreifen der Rechtsordnung bekämpft werden. Eine Möglichkeit, auf einen Markt für Zitronen zu reagieren, kann die Annahme einer Nebenpflicht über § 241 II BGB sein. Dafür muss das Schuldverhältnis Teil einer Marktdynamik sein, welche die Gefahr eines *race to the bottom* birgt.

Die Verwendung unwirksamer AGB durch den Schuldner stellt nach ständiger Rechtsprechung der Gerichte eine (vor-)vertragliche Nebenpflichtverletzung dar, die bei Aufwendungen des Gläubigers im Vertrauen auf den Bestand der AGB in einem Schadensersatzanspruch nach den §§ 280 I, 241 II (, 311 II) BGB resultieren kann.¹⁵⁰² Das Produkt wäre hier die Wahrung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner, keine unwirksamen AGB zu verwenden. Dies kann vom Gläubiger ex ante entweder gar nicht oder nur unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Informationskosten beurteilt werden. Für einen Rechtsunkundigen ist selbst bei sorgfältiger Lektüre schließlich nicht ohne anwaltliche Beratung erkennbar, ob eine Klausel wirksam ist. Damit stehen die Informationsbeschaffungskosten des Gläubigers – zumindest bei der Ver-

mehreren Qualitäten *ex ante* nicht erkennbar ist. So ist beispielsweise das Design eines Produkts *ex ante* überprüfbar, nicht aber dessen Ungefährlichkeit im Gebrauch.

1500 *Drexel*, Selbstbestimmung, 1998, S. 197. Es muss sich aber um Restaurants handeln, die nicht Mitglieder einer Kette sind. Assoziation mit einer Kette oder einem Markennamen schafft schließlich Transparenz und „*accountability*“ für Qualitätsabweichungen auch über den Einzelbesuch hinaus, s. *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 499f.

1501 *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 489f.

1502 Erstmals – wenn auch ohne gesonderte Herleitung – und plakativ den Wortlaut des § 241 II BGB antizipierend BGH, *Urt. v. 28.5.1984* – III ZR 63/83, Rn. 30 („*vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Kunden*“); folgend BGH, *Urt. v. 12.11.1986* – VIII ZR 280/85, Rn. 15 (BGHZ 99, 101, 106f.); BGH, *Urt. v. 11.6.2010* – V ZR 85/09, Rn. 24; OLG Köln, *Urt. v. 16.2.1995* – 7 U 100/94, Rn. 16; s. auch *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 19.

wendung unwirksamer AGB gegenüber Verbrauchern¹⁵⁰³ – regelmäßig außer Verhältnis zum vermögenswerten Interesse des Gläubigers an Wahrung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner, keine unwirksamen AGB zu verwenden.¹⁵⁰⁴ Die Qualität des Produkts ist damit für den Gläubiger ex ante nicht erkennbar.

Gleichzeitig ist zweifelhaft, ob der Markt das Verhalten des einzelnen Qualitätsverschlechterers genügend sanktionieren kann. Wegen der regelmäßig prohibitiven Informationskosten hinsichtlich der Frage, ob AGB wirksam sind oder nicht, wird ein Verstoß des Schuldners gegen diese Unterlassungspflicht häufig unentdeckt bleiben. Der Gläubiger wird das Verhalten des Schuldners daher mangels Kenntnis vom Verstoß gar nicht durch Abwanderung sanktionieren können. Damit besteht hier aus ökonomischer Sicht die Gefahr eines *race to the bottom*.

Insbesondere der Markt für professionelle Dienstleistungen kann dabei die Gefahr eines *race to the bottom* bergen.

Die Qualität von Dienstleistungen durch Steuerberater ist ex ante nicht erkennbar. Insbesondere ist nicht (sofort) erkennbar, ob der Berater zwar die aus § 241 I BGB geschuldete Beratung geleistet hat, aber nichtsdestotrotz Schäden an anderen Rechtsgütern des Gläubigers – insbesondere seinen sonstigen, vermögenswerten In-

1503 Bei einer Transaktion zwischen zwei Geschäftsleuten mit großem Handelsvolumen sind die Informationskosten im Verhältnis zum Gesamtvolumen der Transaktion deutlich geringer als bei einer kleineren Transaktion mit einem Verbraucher, *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1047. Sofern AGB verwendet werden, erscheint deshalb die Investition von Informationskosten zur Analyse der Wirksamkeit dieser Bedingungen (zum Beispiel durch anwaltlichen Rat) aufgrund der wirtschaftlich gewichtigen Folgen ökonomisch sinnvoll. Bezogen auf die Voraussetzungen des Markts für Zitronen fehlt es deshalb bei wertender Betrachtung an der ex ante fehlenden Erkennbarkeit der Qualität des Produkts, allgemein deshalb auch *de lege ferenda* für einen „Ausschluss großvolumiger Verträge von der AGB-Kontrolle“ plädierend *Leuschner*, ZIP 2015, 1045, 1047f.; *Leuschner*, ZIP 2015, 1326, 1328ff. Damit würde die ökonomische Analyse einen Markteingriff in Form einer Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB in einem solchen Fall ablehnen, näher *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 554.

1504 Vgl. bereits allgemein zur AGB-Kontrolle *Leuschner*, ZIP 2015, 1326, 1328 („negative Transaktionskosten-Vertragswert-Relation“).

teressen – fahrlässig herbeigeführt hat. Damit ist die wichtigste Voraussetzung eines Markts für Zitronen gegeben.

Die zentrale Voraussetzung des Markts für Zitronen ist, dass die Produktqualität für den Nachfragenden *ex ante* nicht oder nur unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Informationskosten herausgefunden werden kann. Dies deutet auf eine ausgeprägte Informationskostenasymmetrie zwischen Anbieter und Erwerber hin. Diese Asymmetrie bedingt häufig auch die zweite Voraussetzung für die Gefahr eines *race to the bottom*: Wenn der Nachfragende die Qualität des Produkts *ex ante* nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Informationskosten beurteilen kann, so kann er sich deshalb auch nicht sicher sein, dass die Qualität bei einem Konkurrenten besser ist. Weil aber der Wechsel eines Anbieters regelmäßig mit zumindest geringen Kosten verbunden ist, hat der Nachfragende ohne garantierte Qualitätsverbesserungen keinen Anreiz, das Verhalten des einzelnen Qualitätsverschlechterers durch Abwanderung zu bestrafen. In Fällen, in denen der Nachfragende das Produkt nur ein einziges Mal abnimmt (z.B. der Besuch von Touristenrestaurants), scheidet Abwanderung als Marktkorrektur völlig aus. Um der Gefahr, die ein solcher Markt birgt, entgegenzuwirken, gilt es also die Informationskostenasymmetrie aufzuheben. Eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB anzunehmen, mit dem Inhalt, die Gegenseite im Schuldverhältnis über etwas zu informieren, ist ein wichtiger Weg hierzu. Dabei überschneiden sich die Ergebnisse durchaus auch mit denen der Rechtsprechung. Wenn kein Markt für Zitronen vorliegt, so stellt die Möglichkeit des Marktes zur Selbstkorrektur ein Argument gegen die Annahme einer Nebenpflicht dar. Insofern kann der Ansatz auch begrenzend wirken. Auch innerhalb eines Markts für Zitronen gilt es aber, die aus § 241 II BGB folgenden Verhaltensanforderungen zu begrenzen. Schließlich kann der Schuldner nicht aus § 241 II BGB dazu verpflichtet werden, jede Informationsasymmetrie, ohne Rücksicht auf die ihm entstehenden Kosten, aufzuheben. Damit taugt der Ansatz nur bedingt für die Begrenzung von Vermögensschutz.

(ff) Marktdynamiken als ausreichendes Korrektiv?

Nach der ökonomischen Analyse gibt es verschiedene – sich nicht zwingend gegenseitig ausschließende – Möglichkeiten bestehende Informationskostenasymmetrien durch intrinsische Marktdynamiken auszugleichen.¹⁵⁰⁵ Lässt sich ein solcher Marktmechanismus als Korrektiv feststellen, so ist aus der Sicht der Ökonomik ein Markteingriff in Form einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht gem. § 241 II BGB unnötig und im Ergebnis abzulehnen. Exemplarisch¹⁵⁰⁶ für die Möglichkeiten des Marktes, Informationsasymmetrien auszugleichen, ist die Anwendung des Extrapolationsprinzips¹⁵⁰⁷ durch den Nachfragenden.¹⁵⁰⁸ Wird ein Schuldverhältnis mit einem Anbieter durchgeführt, ohne dass sich die Informationsasymmetrie negativ für den Nachfragenden auswirkt, so hat letzterer Anlass zur Vermutung, dass dies auch zukünftig nicht der Fall sein wird. Auf den Markt als Ganzes bezogen entwickelt sich so mit der Zeit ein *goodwill*¹⁵⁰⁹ desjenigen Anbieters, der die Informationsasymmetrie erfolgreich

1505 Hierzu *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 544ff.

1506 Zum – letztlich für die Konturierung von § 241 II BGB wenig überzeugenden – „*Schutz des Vertrauens*“ durch Berufsethik, näher *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 544f.; vgl. hierzu auch *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 500 („*licensing practices [...] reduce quality uncertainty.*“); für eine „*herausragende Rolle*“ staatlicher „*Aufsichtsämter*“ im Kontext von Vermögensschutz plädiierend *Hopt*, *AcP* 183 (1983), 608, 716

1507 Mittels Extrapolation wird von einem Anhaltspunkt in der Vergangenheit auf das Eintreffen eines zukünftigen Ereignisses geschlossen („*Was früher die Qualität X hatte, wird auch zukünftig die Qualität X aufweisen*“), vgl. *Drexler*, *Selbstbestimmung*, 1998, S. 196.

1508 Ausführlich *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 545ff.

1509 Mit dem englischen Begriff des *goodwill* bezeichnet man den Geschäftswert eines Unternehmens, *MüKo-Bilanzrecht/Henrichs*, 2013, § 246 HGB Rn. 143. Er ergibt sich rechnerisch aus der Differenz zwischen dem Wert aller herkömmlichen Vermögensgegenstände (Aktiva) abzüglich aller Schulden (Passiva) und dem Wert, den das Unternehmen bei Verkauf auf dem freien Markt wert ist. Der Begriff ist mittlerweile in 246 I 4 HGB legal definiert und gilt kraft gesetzlicher Anordnung als bilanzieller Vermögensgegenstand, näher *MüKo-Bilanzrecht/Henrichs*, 2013, § 246 HGB Rn. 142ff. („*Fiktion*“). Rein tatsächlich ist der *goodwill* geprägt von den Gewinnaussichten eines Unternehmens. Diese wiederum werden von einer Vielzahl von ideellen Faktoren beeinflusst, zu denen auch das Qualitätsmanagement, die Kundenzufriedenheit und die Wahrnehmung des Unternehmens auf dem Markt als ehrbarer Kaufmann zählt, vgl. *MüKo-Bilanzrecht/Henrichs*, 2013, § 246 HGB Rn. 65, 143. Ob ein Anbieter Nebenpflichten einhält oder nicht, beeinflusst unter anderem die genannten Faktoren und damit unmittelbar den *goodwill* des Anbieters, vgl. zur empirisch nachweisbaren Korrelation zwischen Unternehmenswert und Unternehmensreputation *Klöhn/Schmolke*, *NZG* 2015, 689, 691ff. („*Wert der Reputation [...] entspricht dem Barwert aller zukünftigen Kosteneinsparungen, die auf dem Ruf der Gesellschaft beruhen.*“).

und nach außen sichtbar¹⁵¹⁰ auszugleichen versucht.¹⁵¹¹ Konsequenterweise kann er deshalb auch grundsätzlich höhere Preise als ein Anbieter verlangen, dem es an dieser speziellen Komponente des *goodwill* fehlt. Er erhält damit einen Anreiz sein Verhalten – konkret: Informationsdefizite der Nachfragenden auszugleichen anstatt sie auszunutzen – aufrechtzuerhalten oder gar zu steigern.¹⁵¹² Konkret auf die Auslegung von § 241 II BGB bezogen müsste man also fragen, ob die Marktdynamik den Schuldner bereits ausreichend mit dem perspektivischen *goodwill* dazu motiviert, die Informationsasymmetrie auszugleichen. Ist das der Fall, so muss ein Markteingriff in Form einer Nebenpflicht ausscheiden.¹⁵¹³

Allein auf diesen Ansatz zu vertrauen bedeutet indes, dem Einzelnen einen möglichen Regress zu verwehren. Nutzt ein Anbieter die bestehende Informationskostenasymmetrie auf Kosten des Nachfragenden aus, so kann der Nachfragende den Anbieter zwar mit Herabstufung des *goodwill* abstrafen (schlechte Bewertung in Benutzerportalen, Mitteilung an Bekannte und Geschäftspartner, etc.).¹⁵¹⁴

1510 Da Nebenpflichten nicht in Stein geschrieben sind, sondern das Schuldverhältnis nur flexibel schützend begleiten können, kann der Gläubiger nach Abschluss des Schuldverhältnisses nicht die Erfüllung einer bestimmten Nebenpflicht registrieren. Umgekehrt lässt sich aber feststellen, dass mangels Schaden an einem sonstigen Rechtsgut zumindest keine Nebenpflicht verletzt wurde. Insbesondere bei Schäden an vermögenswerten Interessen kann sich die Bewertung zwar etwas verzögern. Regelmäßig wird aber ab einem bestimmten Zeitpunkt feststehen, ob Informationspflichten verletzt wurden oder nicht. Ob ein bestimmter Anbieter Nebenpflichten einhält oder nicht, lässt sich also durchaus erfassen. Dasselbe gilt – da schließlich nur die ökonomische Beschreibung für den rechtlichen Haftungsgrund einer Informationspflicht aus § 241 II BGB – auch für den Ausgleich von Informationskostenasymmetrien.

1511 *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 195f.

1512 *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 195f.; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 545ff.

1513 Bei typisierenden Betrachtung wird sich der Schuldner dann schon aus reinem Gewinnmaximierungsinteresse der opportunistischen Handlung enthalten, weil sich publiziertes Fehlverhalten eines Unternehmens gegenüber Vertragspartnern – anders als Fehlverhalten gegenüber Dritten – empirisch nachweisbar negativ auf den durch die Unternehmensreputation beeinflussten Unternehmenswert auswirkt, näher *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 691f., 693. Die Prämisse, dass der Anbieter über einen *goodwill* davon profitieren kann, die Informationsasymmetrie auszugleichen, ähnelt vom Gedanken her der Begründung von Nebenpflichten über eine mögliche Kompensation des Schuldners für seine Belastung (S.o., S. 248ff.) sowie über die Vertrauensprämie (S.u., S. 409ff.). Deshalb wird der *goodwill* in der Ökonomik zum Teil auch als Teil einer möglichen Vertrauensprämie angesehen, zutreffend *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 585.

1514 *Hölzle*, Desinformation, 2012, S. 131 („*Negativprogaganda*“). Der zu großen Teilen (einigen Studien nach bis zu 60 Prozent!) durch die Unternehmensreputation repräsentierte Unternehmenswert wird – empirisch nachweisbar – unmittelbar negativ durch publiziertes Fehlverhalten gegenüber Vertragspartnern beeinflusst, *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 691, 693. Das

Abstrakt trägt er damit zwar zur Verdrängung des Anbieters vom Markt bei. Den persönlich erlittenen Schaden kann er aber nicht ersetzt verlangen. Damit fehlt ihm auch der Anreiz, den Sachverhalt überhaupt näher zu erforschen. Insbesondere die (fahrlässige) Schädigung eines Schuldverhältnis-Partners wegen einer Informationskostenasymmetrie kann schwer zu entdecken sein. Kann der Geschädigte nicht nach §§ 280 I, 241 II BGB gegen den Schädiger vorgehen, so trägt er mit der Ausforschung des Sachverhalts zwar zum Funktionieren des Marktes bei, er muss aber die aufgewendeten Informationskosten vollständig selber tragen. Ohne persönlich von der Verbesserung der Marktdynamik profitieren¹⁵¹⁵ zu können, lässt sich die Prämisse des Ansatzes auch unter Zugrundelegung des *homo oeconomicus* deshalb anzweifeln.¹⁵¹⁶ Der Ansatz vermag § 241 II BGB daher nicht sinnvoll zu begrenzen.

(c) Zwischenergebnis: Informationsverantwortlichkeit von ökonomischer Analyse durchdrungen

In der Rechtspraxis führen die Instrumente der ökonomischen Analyse des Rechts bei der Verlagerung der Informationsverantwortlichkeit häufig zu den gleichen Resultaten wie die herkömmlichen, funktionalen Begründungsansätze, welche die ökonomischen Ansätze entweder explizit ablehnen oder zumindest

gilt zumindest nur in deutlich geringerem Maße für Fehlverhalten gegenüber Dritten, *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 693. Wie jemand seine Geschäftspartner behandelt, hat also großen Einfluss auf dessen Reputation. Nebenpflichten setzen ein Schuldverhältnis voraus und spielen damit ohnehin nur innerhalb zumindest geschäftlicher Kontakte (vgl. § 311 II Nr. 3 BGB) eine Rolle. Insoweit kann der Schuldner dem Gläubiger durch Preisgabe dessen „Verfehlung“ durchaus schaden. Weil Nebenpflichten aber stark verhaltensbezogen sind, wird dem Verkehr die Einschätzung unter Umständen schwer fallen, ob es sich bei dem Verhalten des Gläubigers um ein „Fehlverhalten“ handelt oder lediglich um angemessenes Geschäftsgebahren.

1515 Der angestrebte Profit läge hier in der rechtlichen Inanspruchnahme des Anbieters nach §§ 280, 241 II BGB. Der Anspruch erlaubt aber nur den Ersatz eines erlittenen Schadens und bietet – mangels eines deutschen Äquivalents zu den US-amerikanischen *punitive damages* – keinen Spielraum für tatsächlichen Profit.

1516 Hölzle, *Desinformation*, 2012, S. 136 („Vertragsbruch des Anbieters, der in einem opportunistischen Ausnutzen von Informationsasymmetrien besteht, [wird] „öffentlich“ gemacht, indem er klagbar wird“); für eine entsprechende „Gestaltung des Rechts“ deshalb auch Drexl, *Selbstbestimmung*, 1998, S. 197f.

namentlich häufig unerwähnt lassen.¹⁵¹⁷ Will man mittels einer Nebenpflicht aus § 241 II BGB die Informationsverantwortlichkeit verteilen, so hat die ökonomische Analyse die Subsumtion wenn auch nicht stets in der Terminologie, so doch zumindest im Ergebnis bis auf weite Teile durchdrungen.

(6) Ergänzung der Haftung des *cheapest cost avoider* durch den Gedanken des Vertrauensschutzes

Vertrauen kommt auch nach der ökonomischen Analyse eine markterleichternde Funktion zu,¹⁵¹⁸ deren Beziehung zu Nebenpflichten untersucht werden soll.

(a) Folgen einer Risikoverteilung nach dem Prinzip des *cheapest cost avoider*

Verlangt die Wahrung der Nebenpflicht eine Handlung, für die typischerweise eine Vergütung verlangt werden könnte, so entstehen Bedenken, ob das Kriterium des *cheapest cost avoider* allein maßgeblich sein kann.¹⁵¹⁹

Beispiel 6 Wegen der Informationskostenasymmetrie zwischen dem Steuerberater und seinem Kunden ließe sich in Fällen wie dem Haltefristfall¹⁵²⁰ häufig eine beliebige Anzahl von Nebenpflichten mit dem Kriterium des *cheapest cost avoider* herleiten.¹⁵²¹ Der Steuerbera-

1517 So auch Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 407; Ott, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 42; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 475.

1518 Näher hierzu Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 537. Ohne Vertrauen in den Schuldverhältnis-Partner muss der eine Schuldverhältnis-Teilnehmer das Verhalten des anderen Schuldverhältnis-Teilnehmers konstant kontrollieren, mit anderen Worten verlässliche Informationen über die Güte dessen Aktionen beschaffen. Das verursacht (Informations-)Kosten. Vertrauen erspart diese Kosten. Damit ist Vertrauen in die Gegenseite nach der ökonomischen Analyse ein wichtiges Instrument im Repertoire des rational-egoistisch agierenden *homo oeconomicus*. Es „vertraut“ also keineswegs nur der schutzbedürftige Privatmann, s. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 538.

1519 So bereits treffend Trimarchi, ZHR 136 (1972), 118, 136 („Schadensrisiko [sollte] derjenigen Partei auferlegt [werden] [...], die mit geringeren Kosten und [!] gegen eine angemessene Gegenleistung Vorsorge treffen kann“); vgl. auch E. Schmidt, JA 1978, 597, 602 („gern vernachlässigtes Faktum [im Zivilrecht], daß man das, was man dem einen gibt, notwendig dem anderen nimmt“).

1520 S.o., S. 26.

1521 Vgl. Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 405; wenn auch nicht eindeutig dafür, so doch diesbezüglich zumindest in Versuchung geratend Hopt, AcP 183 (1983), 608, 654. Voraussetzung dafür,

*ter hat stets überlegene Sachkunde. Deshalb wäre es stets günstiger, einen möglichen Schaden vom Gläubiger durch eine Information vonseiten des Steuerberaters abwenden zu lassen, als dass der Gläubiger ihn eigenhändig abzuwenden versucht. Gleichzeitig ist der Steuerberater für sein Auskommen grundsätzlich darauf angewiesen, für die Informationsweitergabe eine Vergütung verlangen zu können. Das Kriterium des *cheapest cost avoider* führt deshalb ohne Korrektiv dazu, die Informationsverantwortung sehr zulasten professioneller Ratgeber zu verteilen.*

Es kann aber nicht der rechtspraktischen Funktion einer Nebenpflicht entsprechen, eine Informationskostenasymmetrie derart zulasten des Überlegenen auszulegen – und damit in ihr Gegenteil zu verkehren.¹⁵²²

Beispiel 43 Die Folgen einer solchen Risikoverteilung im Haltefristfall wären schließlich die Totalversicherung des Gläubigers durch den Steuerberater. Der Steuerberater würde dann entweder seine Grundberatungsgebühren erheblich anheben müssen, um die Kosten aller zufälligen Hinweispflichten abzudecken, oder aber schlicht jede Aussage ohne Vereinbarung einer zusätzlichen Vergütung verweigern.¹⁵²³ Ersteres wirft das Problem einer unerwünschten Quersubventionierung einiger beratungsintensiver Mandanten

ein Risiko über den Begriff des *cheapest cost avoider* zuzuweisen, ist, dass die Schadensvermeidungskosten geringer sind als der Schadenserwartungswert. Häufig wird jedoch ein Schaden im Raum stehen, der die Informationsbeschaffungskosten des Steuerberaters (deutlich) übersteigt. Damit würde der Begriff des *cheapest cost avoider* über die Risikoverteilung entscheiden.

1522 Deziert Hopt, AcP 183 (1983), 608, 655 („praxisüberfordernde Anforderungen kontraproduktiv“).

1523 Ob sich der Steuerberater – als dritte denkbare Handlungsalternative – durch einen bloßen Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Auskunft von der Haftung befreien kann (nur dann wäre diese Variante sinnvoll), ist mehr als zweifelhaft. Ein einseitiger Haftungsausschluss ist dem deutschen Recht unbekannt. Selbst wenn man in dem Verweis des Steuerberaters auf die Unverbindlichkeit und die stillschweigende Inkaufnahme dieses *caveats* durch den Mandanten eine zweiseitige Haftungsbeschränkung sehen würde, so bleibt offen, ob hierdurch die Haftung des Steuerberaters auch tatsächlich entfällt. Nebenpflichten nach § 241 II BGB repräsentieren nämlich im Kern den Gedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und sind deshalb einem privatautonomen Haftungsausschluss nur in sehr begrenztem Ausmaß zugänglich, s.o., S. 204ff.

durch das Gros der normalen Mandanten auf¹⁵²⁴, zweiteres mag vertrauensvolle Mandatsbeziehungen gefährden¹⁵²⁵ und bedarf zumindest einer genauen Folgenabschätzung.

Wird dem Schuldner mit der Nebenpflicht eine Handlung abverlangt, die isoliert betrachtet einen Marktwert hat¹⁵²⁶, so ist das Kriterium des *cheapest cost avoider* damit ohne genaue Berücksichtigung der gesetzten Anreize nicht geeignet, eine überzeugende Risikoverteilung zu gewährleisten.¹⁵²⁷ Die Risikozuweisung nach dem Begriff des *cheapest cost avoider* bedarf deshalb einer diese Folgen in den Vordergrund rückenden Ergänzung.

(b) Ansatz der Vertrauensprämie

Schuldner und Gläubiger haben bei der Frage, ob eine Nebenpflicht bestehen soll oder nicht, im Gerichtsprozess erkennbar gegenläufige Interessen: Die eine Partei verlangt nach Haftung, die andere Partei versucht sie abzuwenden. Die ökonomische Analyse versucht diese kontradiktorische Struktur mit dem Ansatz der Vertrauensprämie¹⁵²⁸ aufzulösen: Der Gläubiger profitiert von der Existenz der

1524 Alternativ zu einem derart überhöhten Tarif würde womöglich die Mehrzahl der Kunden einen Tarif bevorzugen, der fair im Verhältnis zur Leistungspflicht ist. Tun sich – was nicht immer der Fall sein muss – neue Gefahren oder Fragen auf, so steht es jedem Kunden frei, hierfür mittels separat vergüteten Auftrags Rat einzuholen.

1525 Vgl. zu den praktischen Auswirkungen des Verhaltens eines auf sein Recht bedachten Steuerberaters innerhalb eines bestehenden Mandatsverhältnisses *Zwade*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, jurisPR-BGHZivilR 12/2015, Anm. 1 („*Mandant wird [...] entweder Zeter und Mordio rufen und unabhängig von rechtlichen Einstandspflichten eine Kompensation erwarten oder noch auf dem Fuße das Steuerberatungsmandat kündigen*“)

1526 Damit ist nicht etwa gemeint, dass die Handlung Schadensvermeidungskosten nach sich zieht. Jede Handlung verursacht schließlich zumindest Opportunitätskosten. Gemeint sind Handlungen, die einen eigenen Marktwert haben. Eine gewisse Sorgfalt walten zu lassen, bevor ein vermeintlicher Nacherfüllungsanspruch gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht wird, zieht auch Schadensvermeidungskosten nach sich. Die Handlung ließe sich aber nicht eigenständig vermarkten. Professionelle Beratungskapazitäten zum (Integritäts-)Wohle des Gläubigers einzusetzen, verursacht aber nicht nur (Informationsbeschaffungs-)Kosten aufseiten des Schuldners, sondern hat einen eigenständigen Wert auf dem Dienstleistungsmarkt.

1527 Instrukтив auch Hopt, AcP 183 (1983), 608, 654 („Indessen wäre es naiv zu glauben, Berufsrecht und Berufspflichten könnten rechtlich kostenneutral ausgebaut und verschärft werden. Auch die Belastung eines Berufsstands mit vertraglichen oder außervertraglichen Nebenpflichten hat seinen Preis.“)

1528 Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 559f., 575f.; dazu auch *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 400ff.

Nebenpflicht natürlich ohnehin, weil er die betreffende Information erhält. Darüber hinaus profitiert er von dem um die gesetzliche Festlegung des Pflichtenprogramms reduzierten Kontrahierungsaufwand. Durch eine privatautonome Vereinbarung der betreffenden Informationspflicht hätten sich schließlich die Transaktionskosten erhöht. Der Schuldner wiederum kann für seine Aufklärungsbereitschaft einen Bonus – mit anderen Worten: eine Vertrauensprämie – verlangen.¹⁵²⁹ Selbst ohne konkret zu beziffernden Aufschlag kann er sich durch Aneignung der gesetzlichen Vorgaben als vertrauenswürdig vermarkten. Er kann indirekt von der Information der Gegenseite profitieren, seine Reputation in der Geschäftswelt steigern oder durch seine Handlung zukünftige Geschäftschancen generieren.¹⁵³⁰ Ein unmittelbarer Handlungsanreiz für den Schuldner wird dann gesetzt, wenn die Vertrauensprämie höher ist als der Nutzen, den das Zurückhalten der Information brächte.¹⁵³¹

(c) Die Voraussetzung der Vertrauensprämie in der Subsumtion

Die Annahme einer Nebenpflicht unter Rückgriff auf den *cheapest cost avoider* ist unter Berücksichtigung des Kriteriums der Vertrauensprämie ökonomisch stimmig, wenn der Schuldner die Kosten für die Wahrung der Nebenpflicht als Teil der von ihm geforderten Gegenleistung amortisieren kann.¹⁵³² Als Vertrau-

1529 Damit ist die Gesamtheit aller wirtschaftlich messbaren Vorteile gemeint, die der Schuldner durch regelkonformes Verhalten erlangen kann (konkrete Einpreisung des regelkonformen Verhaltens in die geforderte Vergütung, „goodwill“ als gesteigerter Unternehmenswert, Kundenloyalität wegen vertrauensvoller Schuldverhältnis-Durchführung etc.), vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 585 sowie zum empirisch eindeutig nachweisbaren Zusammenhang zwischen der Unternehmensreputation und dem (marktbekanntem) Umgang mit Vertragspartnern Klöhn/Schmolke, NZG 2015, 689, 691f.

1530 Vgl. Hölzle, *Desinformation*, 2012, S. 131 („informationssubstituierende Wirkung des Vertrauens potentieller Abnehmer [greift] auf geronnene Informationen, also vergangenheitsbezogene Informationen zurück, die dadurch für die Geschäftsabschlüsse der Zukunft entscheidend werden“).

1531 Die Relevanz der „Vertrauensprämie“ für Informationspflichten spiegelt sich mitunter auch in der herkömmlich argumentierenden Literatur: Dass die Übernahme von Informationsverantwortlichkeit typischerweise vergütet wird, hält Staudinger/Olzen, *Neubearbeitung 2015*, § 241 Rn. 455 a.E. beispielsweise für eine denkbare Begründung von informationsbezogenen Nebenpflichten.

1532 Vgl. Hopt, AcP 183 (1983), 608, 654 („Belastung eines Berufsstands mit vertraglichen oder außervertraglichen Nebenpflichten hat seinen Preis“); Kersting, *Dritthaftung*, 2007, S. 401; Kötz, FS Steindorff, 1990, S. 643, 666; Kötz, FS Drobnig, 1998, S. 563, 574 (bei Annahme einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht zahlt der Käufer „einen Kaufpreis, in dem ein Zuschlag für den Aufwand des Händlers enthalten ist“); Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*,

ensprämie kommt ebenso eine Geschäftschance oder eine andere Verbesserung des *goodwill* des Schuldners in Betracht.¹⁵³³ Die Voraussetzung der Vertrauensprämie spricht aber grundsätzlich gegen eine Haftung aus einem Gefälligkeitsverhältnis.¹⁵³⁴ Schließlich werden die durch die Nebenpflicht entstehenden Informationskosten bei einer Gefälligkeit nur selten durch messbare Vorteile aufgewogen.¹⁵³⁵

Beispiel 6 Im Haltefristfall¹⁵³⁶ konnte der Steuerberater die von ihm geforderten Informationsbeschaffungskosten mangels konkreter Kenntnis von der Hinweispflicht im Einzelfall nicht amortisieren.¹⁵³⁷ Da

5. Aufl. 2012, S. 559; zutreffend daher gegen eine „*Verpflichtung zum Vorhalten einer funktionsfähigen Toilette im Personennahverkehr*“ aufgrund von „*womöglich auch von Bahnkunden aufzufangende[n] Mehrkosten*“, LG Trier, Urt. v. 19.2.2016 – 1 S 131/15, Rn. 42, 44.

1533 Hölzle, *Desinformation*, 2012, S. 128f. („*Vertrauenswerbung ist [...] geeignet, die Zahl der Geschäftsabschlüsse effektiv zu erhöhen*“); dazu – sowie zu den Berechnungs- und Abwägungsschwierigkeiten bei dieser Mischform aus konkreter und nichtexistenter Vertrauensprämie – auch Kersting, *Dritthaftung*, 2007, S. 401f., 406.

1534 So überzeugend *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 84; Kersting, *Dritthaftung*, 2007, S. 402f.; Michaelis, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, 330f.; Schäfer/Out, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 56. Mit „*Gefälligkeitsverhältnis*“ kann zum einen gemeint sein, dass mangels rechtlichen Bindungswillens schon kein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht, vgl. beispielsweise BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, Rn. 8. Dann kommt eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB schon im Ansatz nicht in Betracht, wenn nicht ausnahmsweise ein Schuldverhältnis nach § 311 II, III BGB vorliegt, zutreffend HKK/Dorn, 2007, § 241 Rn. 64 m.w.N., 73; unklar NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 12f. Dieser Teil der Aussage ist daher für die Arbeit uninteressant. Ist aber ein Schuldverhältnis im sozialen Umfeld gemeint, in dem der Gläubiger der Hauptleistung keine Gegenleistung schuldet (beispielsweise die Fallgruppe der Auskunftshaftung), so kann die Prüfung von § 241 II BGB relevant werden. Da ein Schuldverhältnis mit Gefälligkeitscharakter aber gerade durch seine Unentgeltlichkeit gekennzeichnet ist, kann der Gläubiger hier nicht redlicherweise erwarten, dass dem Schuldner über § 241 II BGB weitere, geldwerte Verpflichtungen auferlegt werden, folgerichtig deshalb auch OLG Hamm, Urt. v. 17.6.2014 – 7 U 77/13, Rn. 41ff. (Keine Nebenpflicht eines Autohändlers zur Versicherung eines zum Verkauf überlassenen Autos oder zur Warnung wegen mangelnder Versicherung, wenn die Vermittlung nur auf einem Auftragsverhältnis beruht). Nichtsdestotrotz kann man mit Kersting, *Dritthaftung*, 2007, S. 403 auch in solchen Fällen erwarten, „*daß präsentés Wissen subjektiv richtig wiedergegeben*“ wird. Verletzt der Schuldner aber diese Pflicht, so ließe sich der Sachverhalt wohl letztlich auch – und mit Blick auf die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB sachnäher – über § 826 BGB regulieren, ähnlich Kersting, *Dritthaftung*, 2007, S. 403 („*deuliche Annäherung an den deliktischen Pflichtenumfang nach § 826 BGB*“).

1535 von Bar, JuS 1982, 637, 640.

1536 S.o., S. 26.

1537 Er war sich der drohenden Haftungsgefahr ja gar nicht bewusst. Die Nebenpflicht erwischte ihn – wie für Präzedenzfälle typisch – schließlich auf dem falschen Fuß. Wohl mit Blick auf

aber aus einer ökonomischen Vogelperspektive nach der rechtspraktischen Sinnhaftigkeit eines Markteingriffs gefragt wird, ist eine objektivierte Betrachtung sinnvoll. Setzt man die Nebenpflicht als gegeben voraus, so muss ein Steuerberater in einer vergleichbaren Situation also die Möglichkeit haben, die Informationskosten als Vertrauensprämie zu erheben. Auch das ist zweifelhaft: Das Schuldverhältnis weist hier keinerlei Gegenleistung des Gläubigers auf.¹⁵³⁸ Der Schuldner könnte natürlich auf die Frage des Kunden antworten: „Ich kann auf diese beiläufig gestellte Frage erst eine Antwort geben, wenn Sie mir eine Vergütung zusichern“. Der Nachfragende kann hierauf aber ebenso gut mit „Nein“ antworten.¹⁵³⁹ In diesem Fall müsste der Steuerberater eine Auskunft insgesamt verweigern.¹⁵⁴⁰

In jedem Fall wirkt ein solches Verhalten äußerst kleinlich. Es verursacht zudem immense Transaktionskosten für beide Seiten, obwohl der Kunde bereit war, sich mit einer beiläufigen Auskunft zu frieden zu geben.¹⁵⁴¹ Dass sich der goodwill des einzelnen Steuer-

die Einzelfallgerechtigkeit mahnt *G. Wolf*, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, DStR 2015, 2094, 2095 daher auch dazu, die Gefahr einer „unverhältnismäßigen Vergrößerung der Haftung“ nicht zu verkennen.

- 1538 Eine tatsächliche Prämie für den Schuldner würde damit aus einer reinen Auskunftshaftung einen Dienstvertrag machen. Damit würde sich die Struktur des Schuldverhältnisses grundlegend verändern.
- 1539 Um dann nicht unnötig Informationskosten aufgewendet zu haben, müsste der Steuerberater bereits unmittelbar nach der Frage des Kunden die Vergütung thematisieren, ohne auch nur einen Gedanken an den Umfang der Fragestellung verschwendet zu haben. Ist der Kunde grundsätzlich zahlungsbereit, so müsste er sogar einen Kostenvoranschlag anbieten, weil erst eine kursorische Analyse der Frage die Höhe der Informationskosten konturiert, welche über die Vertrauensprämie zurückgewonnen werden müssen. In Frage steht hier schließlich nicht das Bestehen der mit dem Auskunftsvertrag verbundener Leistungspflicht, sondern von darüber hinaus gehenden Nebenpflichten zum Schutz sonstiger, vermögenswerter Interessen.
- 1540 So der Praxishinweis von *Eschenfelder*, BB 2015, 1963, 1967 für den Bereich der Nebenpflichten bei einer möglichen Insolvenz des betreuten Unternehmens, ähnlich auch *Ehlers*, BB 2014, 131, 132 („ausdrücklich jedes einschlägige Gespräch zu insolvenznahen Themen verweigern“). Wie er das Schweigen des Schuldners deutet, ist dann – selbst auf Grundlage der missverständlich formulierten „Wahrheitspflicht“ – Aufgabe des Gläubigers, zutreffend *Teichmann*, JA 1984, 545, 547 (Fn. 12).
- 1541 Würde der Kunde diese Haltung auch für sich selbst ernst nehmen, so würde er die Gratisauskunft als das nehmen, was sie ist: Im Zweifel nicht völlig „wasserdicht“ („with a grain of

beraters auf dem Dienstleistungsmarkt durch ein solches Geschäftsgebaren erhöht, ist mehr als fraglich. Man könnte schließlich noch fragen, ob die Vertrauensprämie allein in dem „goodwill“ besteht, den er durch eine umsichtige und kostenlose (Zusatz-)Auskunft für einen Kunden für sich verbuchen kann. Kostenfreie Zusatzhinweise und Warnungen zu erteilen mag zwar bei den Kunden gut ankommen.¹⁵⁴² Alle Eventualitäten auch bei beiläufigen Anfragen zu bedenken, erhöht aber die Informationskosten für den Steuerberater ganz erheblich. Steuerberater müssten dann ihre Tarife für (Dauer-)Mandate derart erhöhen, dass alle Informationskosten durch eventuelle Spontananfragen mit großer wirtschaftlicher Relevanz – und damit zusammenhängende Nebenpflichten – abgedeckt sind.¹⁵⁴³ Dieser Sorglos-Tarif¹⁵⁴⁴ entspricht

salr“), vgl. Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 404 (Fn. 2091: mögliche, tatbestandliche Berücksichtigung von angesichts des Kontexts einer Aussage unrealistischen Qualitätserwartungen des Gläubigers in der Verneinung einer „Vertrauensinanspruchnahme“). Diese Einstellung würde ihn entsprechend auch davor bewahren, allein im Vertrauen auf eine unvergütete Aussage wirtschaftlich entscheidende Dinge zu regeln, vgl. unter Berufung auf Einstein Zwade, Anm. zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, jurisPR-BGHZivilR 12/2015, Anm. 1 („Was nichts kostet, ist nichts wert“). Das war schließlich auch das Anliegen des (heutigen) § 675 II BGB, der indes mittlerweile von der Rechtsprechung „in sein Gegenteil verkehrt“ wurde, treffend Honsell, FS Medicus, 1999, S. 211, 223. Anders kann die Lage liegen, wenn der Steuerberater ungefragt eine Auskunft zu neben der Leistungspflicht liegenden Vermögensinteressen gibt. Damit wertet er sein Interesse an einer Vertrauensprämie von eigener Hand ab, plakativ Ehlers, BB 2014, 131, 131 („Wer sich Kompetenz anmaßt, muss auch die Erwartungen der Mandanten erfüllen.“); wegweisend bereits Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465, 486. Ansonsten endet das aus ökonomischer Sicht schutzwürdige Vertrauen des Schuldners aber bei der aus dem unvergüteten Auskunftsvertrag folgenden Leistungspflicht, krit. deshalb zur „nur eingeschränkt Rechtssicherheit“ vermittelnden Rechtsprechung der Gerichte Ehlers, BB 2014, 131, 131f.

1542 Gerade weil es nicht üblich dem üblichen Geschäftsgebaren entspricht, besteht aber keinesfalls eine „Vermutung“ des Geschäftsverkehrs, dass ein Rat „schenkweise“ erteilt wird, zutreffend Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 403.

1543 Vgl. Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 832 (Fn. 46); deshalb krit. gegenüber der Haftung eines Gutachters gegenüber einem Dritten Faust, AcP 210 (2010), 555, 568 („zumal eine solche erweiterte Haftung des Gutachters das Gutachten aller Wahrscheinlichkeit nach verteuern würde“); Picker, FS Medicus, 1999, S. 397, 403 (Der Schuldner müsse dann schließlich „auf Dauer“ ein „zusätzliches Entgelt als Ausgleich verlangen“).

1544 Vgl. Eschenfelder, BB 2015, 1963, 1965 („RDG kein Blankoscheck für jedwede rechtliche Beratung“); dezidiert gegen die Umgestaltung eines spezifischen Dienstleistungsverhältnisses in ein Rundum-sorglos-Paket durch Nebenpflichten auch BGH, Urt. v. 23.1.1972 – VII ZR 197/71, Rn. 12 („Wollte man dem Berufungsgericht folgen, so würde man den Architekten in

im Zweifel keinesfalls dem Interesse aller Kunden.¹⁵⁴⁵ Eine Vertrauensprämie für den Steuerberater, welche die Annahme einer Nebenpflicht in diesem Fall hätte stützen können, ist demnach nicht ersichtlich.

Geschäftliche Kontaktaufnahme in sozialem Umfeld sollte demnach regelmäßig keine Haftung aus einer Nebenpflichtverletzung nach sich ziehen. Im Regelfall wird es schon an einem Schuldverhältnis fehlen. Besteht wegen der erkennbaren wirtschaftlichen Relevanz der Anfrage ein Auskunfts-Schuldverhältnis oder sind die Parteien bereits durch ein kooperatives Schuldverhältnis verbunden, so kommt eine Nebenpflicht insbesondere dann in Betracht, wenn der Schuldner in der Lage ist, mit dem Gläubiger eine Gegenleistung auszuhandeln. Wegen des sozialen Umfelds des Geschehens wird es dem Schuldner im Regelfall aber an der Möglichkeit fehlen, seine Informationskosten durch eine Vertrauensprämie zu amortisieren. Soziales Umfeld und eine Vertrauensprämie als Förderung von *goodwill* schließen sich aber insbesondere im Beraterumfeld keineswegs kategorisch aus.¹⁵⁴⁶

Beispiel 44 Ein Steuerberater möchte für seine Kunden und potentielle Mandanten ein legeres Get-together organisieren („Sommerfestfall“).¹⁵⁴⁷ Auf dem Sommerfest trifft er einen Mandanten, mit dem ihn ein Dauermandat verbindet. In einer Runde mit vier potentiellen Mandanten fragt dieser ihn nach einer steuerlichen Optimie-

den steuerlichen Fragen, die mit dem Bau zusammenhängen, praktisch zum Steuerberater des Bauherrn machen.“) (BGHZ 60, 1, 3); Krämer, Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 10.10.2012 – 4 U 36/12, GmbH-StB 2013, 12; Thole, ZfPW 2015, 31, 42f.

1545 Alternativ zu einem derart überhöhten Tarif würde womöglich die Mehrzahl der Kunden einen Tarif bevorzugen, der fair im Verhältnis zur Leistungspflicht ist. Tun sich – was nicht immer der Fall sein muss – neue Gefahren oder Fragen auf, so steht es jedem Kunden frei, hierfür mittels separat vergüteten Auftrags Rat einzuholen.

1546 So auch *Hölzle*, Desinformation, 2012, S. 130f.; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 680f.; *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 401f., 404; anders wohl *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 84; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 839; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 585; aus Praktikerperspektive auf die Möglichkeit von wirtschaftlich sinnvollen, unentgeltlichen Auskünften innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses hinweisend *Meixner/Schröder*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2009 – IX ZR 12/05, DStR 2009, 819 („guter Mandant“ als Grund); *Nassall*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, jurisPR-BGHZivilR 6/2009, Anm. 3 (unentgeltliche Auskunft als mögliche „Beziehungspflege“).

1547 Vgl. zum Ansatz des Falls auch *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. 404.

rungsmöglichkeit für ein Projekt, welches er und seine Frau gemeinsam betreiben. Der Steuerberater überlegt kurz. Die Frage ist an sich zu komplex, als dass er sie ohne Hilfsmittel und Ruhe beantworten könnte. Um aber bei den potentiellen Kunden Eindruck mit seiner geistigen Flexibilität zu schinden, überlegt er sich eine ihm vertretbar erscheinende Antwort. Der Mandant vertraut in der Folge auf die Aussage des Steuerberaters und handelt entsprechend. Weil der Steuerberater bei seiner Aussage die Möglichkeit einer steuerlichen Absetzbarkeit nicht ausreichend in Betracht gezogen hat, macht der Mandant mit seiner Investitionsentscheidung einen Verlust. Er will den Steuerberater in der Folge wegen der Verletzung einer Nebenpflicht des Beratungsvertrags in Anspruch nehmen. Die Umstände der Auskunft des Steuerberaters waren hier so gelagert, dass er seinen eigenen Unternehmenswert durch die (richtige) Auskunft gegenüber den anderen (potentiellen) Kunden verbessern konnte. Er erhoffte sich schließlich zusätzliches Geschäft von diesen.¹⁵⁴⁸ Im Einzelfall kann daher perspektivischer goodwill auch für relativ hohe Informationskosten entschädigen.¹⁵⁴⁹ Die Annahme einer Nebenpflicht lässt sich demnach auf eine Vertrauensprämie für den Steuerberater stützen.

(d) Erkennbarkeit der Nebenpflicht den Schuldner als Prämisse der Vertrauensprämie

Die potentielle Anreizwirkung einer Informationspflicht ist stets an die Erkennbarkeit der Pflicht gekoppelt.¹⁵⁵⁰ Auch der Ansatz der Vertrauensprämie setzt

1548 Vgl. zu diesem Aspekt als Haftungsgrund auch BGH, Urt. v. 14.11.1968 – VII ZR 51/67, Rn. 18f.; Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 401f.

1549 Zutreffend Hölzle, Desinformation, 2012, S. 131 („Für die Beurteilung des sich für den Anbieter aus dem konkret gestörten Geschäft ergebenden Vertragswerts ist der diesem voran gegangenen Werbeaufwand daher ohne ökonomischen Belang“).

1550 Teichmann, JA 1984, 545, 547; Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 480. Die Erkennbarkeit ist dabei weder abstrakt noch rein konkret zu ermitteln, vielmehr ist eine typisierte Betrachtung unter Berücksichtigung des jeweiligen Sachverhalts vorzunehmen. All dies verkennt auch die Rechtsprechung nicht, welche die typisierte „Erkennbarkeit“ für den Schuldner im Kontext von Informationspflichten stets zumindest streift, BGH, Urt. v. 28.4.1971 – VIII ZR 258/69,

daher voraus, dass die Verhaltensanforderung für den Schuldner *ex ante* erkennbar ist. Ansonsten kann der Schuldner seine in der Nebenpflicht verbrieft Informationsbereitschaft nicht bei der Begründung¹⁵⁵¹ des Schuldverhältnisses verwerten.

Zutreffend geht deshalb auch die Rechtsprechung davon aus, dass es grundsätzlich Aufgabe des Gläubigers ist, die für ihn entscheidenden Umstände einer Geschäftsabwicklung dem Schuldner gegenüber erkennbar zu machen.¹⁵⁵² Zudem ist eine Nebenpflicht abzulehnen, wenn der Gläubiger eine für den Schuldner nicht sichtbare Informationsasymmetrie verdeckt.¹⁵⁵³ Gleiches gilt, wenn der Gläubiger eine im Vergleich zu den Informationskosten des Schuldners günstigere Möglichkeit, selbst das Informationsdefizit auszugleichen, (unbewusst) verdeckt. Das Verhalten des Gläubigers ist dann nicht erst im Rahmen des Mitverschuldens bei der Schadensentstehung über § 254 I BGB zu berücksichtigen, sondern lässt die Nebenpflicht an einer ihrer Voraussetzungen – nämlich der Erkennbarkeit der Informationsasymmetrie oder dem Kosten-

Rn. 28 („*offensichtlich von Bedeutung*“); BGH, Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 136/76, Rn. 34 (Hinweispflicht über „*solche Umstände, die für die Entschließung des anderen Teils erkennbar von Bedeutung sein können*“), 37 (Hinweispflicht auf Risiken, die dem Gläubiger „*typischerweise drohten*“) (BGHZ 72, 92, 101ff.); BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 11 („*keine uferlose Information "ins Blaue hinein" geschuldet*“); BGH, Urt. v. 6.7.1993 – XI ZR 12/93, Rn. 16 (expansive „*Erkennbarkeitsermittlungspflicht*“ für Anlagegeschäfte: Wird der Bank trotz der Verhandlungen nicht erkennbar, was für den Anleger von wesentlicher Bedeutung ist, „*muß sie Informationsstand und Anlageziel des Kunden erfragen*“) (BGHZ 123, 126, 128f.); BGH, Urt. v. 13.6.2002 – VII ZR 30/01, Rn. 16 („*ohne weiteres erkennbar*“); BGH, Urt. v. 29.4.2008 – XI ZR 221/07, Rn. 19f.; BGH, Urt. v. 25.3.2009 – XII ZR 117/07, Rn. 12, 14; BGH, Urt. v. 19.3.2013 – XI ZR 431/11, Rn. 27 („*objektiv evident*“); BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, Rn. 22 („*Augen davor verschlossen*“); Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, § 241 Rn. 450f. m.w.N.; Ott, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, 42.

1551 Bei vorvertraglichen Informationspflichten verliert dieser Gedanke einiges an Überzeugungskraft, s.o., S. 396 (Fn. 1480).

1552 BGH, Urt. v. 8.7.1981 – IVa ZR 244/80, Rn. 11.

1553 Näher *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 493.

*vorteil des Gläubigers bei der Informationsbeschaffung – scheitern.*¹⁵⁵⁴

Die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB käme einer reinen Sanktion gleich, die nicht zu einer effizienten Informationswirtschaft beiträgt. Der Schuldner kann dann nämlich gar *nicht cheapest cost avoider* sein, weil er keinerlei Schadensvermeidungsmöglichkeit hatte.

Besteht eine Informationspflicht, so sollte der Gläubiger die Aufwendung eigener Informationsbeschaffungskosten sinnvollerweise unterlassen, um unnötige Kostendopplungen zu vermeiden. Grundsätzlich ist es aber die ureigene Aufgabe des Gläubigers, sich mit Informationen zu besorgen. Um den Gegenstand der Informationspflicht zur Minderung der Gesamtkosten bewusst aus seiner Informationssuche auslassen zu können, muss der Informationsbereich, für den der Schuldner zuständig ist, für ihn *ex ante* abgrenzbar sein. Damit sollte die Übernahme der Informationsverantwortlichkeit durch den Schuldner auch für den Gläubiger erkennbar sein. Ist die Verlagerung des Informationsrisikos vom Gläubiger auf den Schuldner aber gerade wegen der Informationskostenasymmetrie zwischen Schuldner und Gläubiger nicht für den Gläubiger erkennbar, so ist dies unschädlich. Genau diese Informationsasymmetrie soll durch die Annahme einer Nebenpflicht schließlich behoben werden.

Ist für den Schuldner nicht erkennbar, dass er die Informationsverantwortlichkeit übernehmen soll, so scheidet die Realisierung der Vertrauensprämie aus und eine Nebenpflicht ist folglich abzulehnen. Ist die Übernahme der Informationsverantwortlichkeit durch den Schuldner zwar für diesen erkennbar, nicht aber für den Gläubiger, so spricht dies nicht zwingend gegen die Annahme einer Nebenpflicht. Im Ergebnis entscheidet damit die Erkennbarkeit des vom Schuldner zu tragenden Informationsrisikos für den Schuldner darüber, ob die Ökonomik die Annahme einer entsprechenden Nebenpflicht unterstützt oder nicht.

1554 Vgl. Faust, *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 201, 207.

(e) Ökonomischer Vertrauensschutz in der Subsumtion

Die bislang erarbeiteten Voraussetzungen der um Vertrauensschutzgesichtspunkte angereicherte Haftungszuweisung mittels des Begriffs des *cheapest cost avoider* sind beispielhaft auf die Fallgruppe des Abbruchs von Vertragsverhandlungen zu übertragen.¹⁵⁵⁵

Beispiel 40 Mit dem Ansatzpunkt des *cheapest cost avoider* ist – im informativischen Kontext¹⁵⁵⁶ – die erste Voraussetzung für ökonomisch sinnhafte Haftungszuweisung das Bestehen einer Informationskostenasymmetrie.¹⁵⁵⁷ Im Verhandlungsabbruchsfall¹⁵⁵⁸ geht es darum, kein unbegründetes Vertrauen auf einen künftigen Vertragsschluss zu erwecken. Der Gläubiger hat keine Möglichkeit, die zukünftige Verhandlungsbereitschaft des Schuldners zu beurteilen. Er kann nur das vergangene Verhalten als Anhaltspunkt nehmen und darauf aufbauend extrapolieren. In den Fällen, in denen die Rechtsprechung von einer Nebenpflicht ausgeht, ruft der Schuldner durch sein Verhalten das begründete Vertrauen des Gläubigers herbei, dass die Verhandlungen in einen Vertragsschluss münden. Allein dadurch lässt sich der Gläubiger ja schließlich dazu bringen, für den ungewissen Vertragsschluss Aufwendungen zu machen.¹⁵⁵⁹ Will der Schuldner sich auch durch intensive Verhandlungen in keiner Weise binden, so muss er seinen Vorbehalt lediglich dem Gläubiger gegenüber kommunizieren oder durch sein Verhalten klar zu erkennen geben, dass der Vertragsschluss noch ungewiss ist.¹⁵⁶⁰ Dieses Verhalten ist dem

1555 Vgl. hierzu bereits S. 83; Beispiel 39, S. 366.

1556 Bei Nebenpflichten mit Vermögensbezug, die keine Information zum Gegenstand haben, ist danach zu fragen, ob der Schuldner einen Kostenvorteil gegenüber dem Gläubiger bei der Schadensvermeidung hat.

1557 Die Information muss also vom Schuldner mit geringeren Kosten zu beschaffen sein als vom Gläubiger.

1558 S.o., S. 366.

1559 Der Gläubiger könnte zur Schadensvermeidung lediglich komplett auf Aufwendungen vor Vertragsschluss verzichten. Bisweilen sind solche aber notwendig. Ein Totalverzicht würde häufig deshalb ebenso feindlich gegenüber den Vertragsverhandlungen wirken wie das Verhalten des Schuldners.

1560 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.7.1999 – 10 U 67/98, Rn. 5.

Schuldner möglich und verursacht ihm auch keine nennenswerten (Opportunitäts-)Kosten. Damit hat der Schuldner hier einen Vorteil gegenüber dem Gläubiger bei der Schadensvermeidung und in der Folge besteht eine Informationskostenasymmetrie.

Im Bereich informatorischen Vermögensschutzes ist Voraussetzung für eine Haftung, dass die geforderte Information produktiv ist.¹⁵⁶¹ Die geforderte Information würde hier dazu führen, dass keine geldwerten Ressourcen wie Zeit und Geld in einen zukünftigen Vertragsabschluss investiert werden, nur um wegen eines grundlosen Abbruchs der Verhandlungen mit einem Schlag unnütz gemacht zu werden.¹⁵⁶² Damit wäre die geforderte Information produktiv.

Zudem muss der Schuldner der Nebenpflicht für sein Verhalten eine Vertrauensprämie vom Gläubiger verlangen können. Die Bereitschaft des Schuldners, die Vertragsverhandlungen ohne grundlosen Abbruch fortzusetzen, wird er sich nicht bezahlen lassen können. Vielmehr kommt als Vertrauensprämie nur in Betracht, dass er mit pflichtkonformen Verhalten einer Vertrauensstrafe entgeht. Der grundlose Abbruch fortlaufender Verhandlungen würde schließlich einen schweren Vertrauensverlust aufseiten des Gläubigers nach sich ziehen. Wenn also bereits berechtigtes Vertrauen auf der Seite des Gläubigers geweckt wurde, so kommt dem Schuldner durch pflichtkonformes Verhalten eine indirekte Vertrauensprämie zugute.¹⁵⁶³

1561 Geht es nicht um eine Information, sondern um eine sonstige vermögensschützende Handlung, muss auf die Produktivität der geforderten Handlung abgestellt werden.

1562 Da die Nebenpflicht auf den grundlosen Abbruch der Verhandlungen beschränkt ist, bleibt auch gewährleistet, dass ein Vertragsschluss nicht entgegen ökonomischen Erwägungen erzwungen wird.

1563 Diese Voraussetzung ist durch die Vertrauenskomponente entscheidend an Wertungen gebunden und damit wenig präzise. Gleichzeitig kann nur mit ihr gegenüber Fällen abgegrenzt werden, in denen der Schuldner in Ausübung seiner Vertragsabschlussfreiheit berechtigterweise die Verhandlungen abbricht. Ressourcen in Form von Aufwendungen und Zeitinvestition werden schließlich durch jeden Verhandlungsabbruch vernichtet. Jedem zwanghaften Fortführen von Verhandlungen würde damit auf den ersten Blick eine gewisse Produktivität innewohnen, vgl. zu diesem aus der Verhaltenswissenschaft als Phänomen der *sunk costs* umschriebenen

Damit lassen sich die ersten drei Voraussetzungen vertretbar bejahen. Schließlich muss die Opportunismusprämie größer als die Vertrauensprämie sein. Mit anderen Worten darf sich der Markt nicht schon von allein regulieren.¹⁵⁶⁴ Wenn jemand grundlos oder unter Nennung sachfremder Gründe eine Vertragsverhandlung abbricht, so wird der Gläubiger mit dem Schuldner voraussichtlich nie wieder kontrahieren. Der einzelne „Qualitätsverschlechterer“ kann damit durch Abwanderung bestraft werden. Indem der Schuldner die Verhandlungen aus sachfremden Erwägungen abbricht, zeigt er ja gerade, dass er rationales Verhalten – das eines homo oeconomicus – geringschätzt¹⁵⁶⁵. Damit beeinträchtigt er mutwillig seine eigene Markt- und Wettbewerbsfähigkeit. Im Kontext geschäftlicher Vertragsverhandlungen ist zudem keineswegs pauschal davon auszugehen, dass sich die Parteien „ohnehin nie wieder sehen werden“ und deshalb eine Abwanderung faktisch gar nicht möglich sei: Im Einzelfall mag dies so sein, im Modellfall

Problem *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 196f.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 108; *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 2007, S. 133.

1564 Nur wenn sich das als pflichtwidrig dargestellte Verhalten im Vergleich zum pflichtgemäßen Verhalten aus einer ökonomischen Perspektive lohnt, darf das Rechtssystem überhaupt intervenieren.

1565 Zwar schätzt der Schuldner den Vertragsabbruch hier offensichtlich persönlich höherwertig an als den Gewinn, den er aus der Durchführung des Vertrages ziehen könnte. Sein Affektionsinteresse am Verhandlungsabbruch ist damit als Opportunismusprämie für ihn persönlich höher als die Vertrauensprämie. Auch die ökonomische Analyse erkennt im Vertragsrecht grundsätzlich einen Vorrang der persönlichen Präferenzen (Nutzenmaximierung) vor ökonomischer Rationalität an, *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 449f. An dieser Stelle ist aber eine objektivierte Betrachtung sinnvoll. Es soll schließlich überprüft werden, ob die Marktverhältnisse den Opportunismus aus abstrakter Perspektive rentabel erscheinen lassen oder nicht. Verhält sich der Einzelne mit einem Verhandlungsabbruch irrational, so ist grundsätzlich nicht zu befürchten, dass die Masse dieses Verhalten wiederholt. Aus ökonomischer Vogelperspektive lohnt es sich schließlich nicht. Deshalb ist für das Verhältnis der Opportunismus- zur Vertrauensprämie die Perspektive eines rationalen Marktteilnehmers maßgeblich. Gibt es ökonomisch auch nur im Ansatz vertretbare Gründe für den Verhandlungsabbruch durch den Schuldner, so wird auch von Rechtsprechung und Literatur eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB abgelehnt, vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1996 – VIII ZR 327/94, Rn. 18; *Bamberger-Roth/Gehrlein/Sutschet*, 3. Aufl. 2012, § 311 Rn. 57, 61. Mit diesem Ansatz würde eine Haftung dann zusätzlich daran scheitern, dass die geforderte Handlung (der Vertragsschluss) dann nicht produktiv wäre. Schließlich gibt es wirtschaftliche Argumente dagegen.

*dürfte jedoch ein erneutes Kontrahieren der Parteien nicht von vornherein auszuschließen sein. Ein Markt für Zitronen besteht bei grundlosem Verhandlungsabbruch deshalb nicht. Damit ist auch die Opportunismusprämie nicht höher als die Vertrauensprämie. Eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen ist damit aus einer ökonomischen Perspektive abzulehnen.*¹⁵⁶⁶

Damit sind die Kriterien ökonomischen Vertrauensschutzes im Kontext der Risikozuweisung an den *cheapest cost avoider* subsumtionstauglich.

1566 Dies widerspricht zwar im ersten Zugriff der Ansicht der Rechtsprechung, s. hierzu BGH, Urt. v. 4.3.1955 – V ZR 66/54, Rn. 11; BGH, Urt. v. 8.6.1978 – III ZR 48/76, Rn. 16, 18 (BGHZ 71, 386, 395f.) BGH, Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 23/78, Rn. 42 (BGHZ 76, 343, 349); BGH, Urt. v. 15.10.2003 – VIII ZR 329/02, Rn. 13. Auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive wird die mit diesen Nebenpflichten einhergehende Beschränkung der Vertragsabschlussfreiheit aber kritisch begutachtet, von Bar, JuS 1982, 637, 639 („sollte man vom Einsatz der culpa in contrahendo in diesen Fällen besser ganz absehen“); Cziupka, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, LMK 2013, 342589; Dauner-Lieb, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, 318 (Tendenz „ganz grundsätzlich keinen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo zu geben“); Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 344f.; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 497ff.; Rieble, Schuldrecht, 2003, S. 137, 151 („Mir liegt deshalb der Verzicht auf diese Vertrauenshaftung deutlich näher.“). Fehlt es bei einem Grundstückskaufvertrag noch an der Form des § 311b BGB, so wird das Recht des Schuldners, die Vertragsverhandlungen abzubrechen, auch von der Rechtsprechung besonders hoch eingeschätzt, BGH, Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, Rn. 8; LG Aachen, Urt. v. 15.1.2015 – 10 O 106/14, Rn. 18f. Die Literatur hält die privatautonom begründete Abschlussfreiheit zum Teil ohnehin für so hochrangig, dass sie eine richterliche „Motivanalyse“ beim Abbruch von Vertragsverhandlungen generell ablehnt, Näher von Bar, JuS 1982, 637, 639; Cziupka, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, LMK 2013, 342589; Medicus, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, 498f.; Rieble, Schuldrecht, 2003, S. 137, 150f.; vgl. zur Kritik auch Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 91; MüKo-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 311 Rn. 162, 164. Übrig bliebe dann nur noch das vorsätzliche „In-die-Irre-Führen“ des Schuldverhältnis-Partners als Nebenpflichtverletzung, vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1996 – V ZR 332/94, Rn. 11, 13; BGH, Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, Rn. 11; etwas großzügiger LG Aachen, Urt. v. 15.1.2015 – 10 O 106/14, Rn. 20. Das kann indes auch über das Institut der vorsätzlichen, sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) reguliert werden, von Bar, JuS 1982, 637, 639; vgl. auch Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 280 Rn. 45. Das wäre zudem sachnäher: Es sollte vorzugswürdig sein, ein Rechtsproblem über ein modifiziertes Verständnis einer speziellen Regelung zu lösen, anstatt den Aussagegehalt der speziellen Regelung mithilfe einer auf eine allgemeine Regelung zurückgehenden Lösung zu entwerten, so bereits treffend Medicus, FS Kern, 1968, S. 313, 326ff.

(f) Nutzen der Vertrauensprämie

Auch der ökonomische Vertrauensschutz geht – auf den Schutz vermögenswerter Interessen mittels § 241 II BGB bezogen – als Basis von dem haftungszuweisenden Kriterium des *cheapest cost avoider* aus. Verfeinert wird das Kriterium aber durch das Element der Vertrauensprämie. Ein Risiko wird nicht nur pauschal demjenigen zugewiesen, der den Schaden am kostengünstigsten hätte verhindern können. Vielmehr wird zusätzlich verlangt, dass dieser für die aus der Nebenpflicht herrührender Weise in irgendeiner Weise entschädigt werden kann. Das Problem an dieser Voraussetzung ist zwar, dass sie sehr wertungsoffen ist. Bei Nebenpflichten lässt sich nämlich häufig keine konkrete Vertrauensprämie berechnen. Stellt man auf den *goodwill* als Vertrauensprämie ab,¹⁵⁶⁷ so müssen Verdienstchancen und Kundenerwartungen analysiert werden. Welche Handlung von potentiellen Kunden mit einer besonders hohen Vertrauensprämie goutiert wird, hängt schließlich auch von deren redlichen Erwartungen ab sowie einer komplexen Marktanalyse ab. Insbesondere die redliche Erwartung des typischen Kunden ist Einfallstor für ebenjene Vagheit, die mehrfach kritisiert wurde. Gleichzeitig ist es genau diese Voraussetzung, die den Ansatz für vermögensschützende Nebenpflichten insgesamt tauglich macht. Trotz gewisser Subsumtionsschwierigkeiten kennzeichnet der Gedanke der Vertrauensprämie präzise die Folgen einer Risikozuweisung nach dem Prinzip des *cheapest cost avoider*, welche ansonsten allzu leicht in Vergessenheit geraten.

Insbesondere bei Handlungen, die isoliert betrachtet einen Marktwert haben – und die pauschale Risikozuweisung mit dem Kriterium des *cheapest cost avoider* die mit der Nebenpflicht gesetzten ökonomischen Handlungsanreize womöglich aus dem Blick geraten lässt¹⁵⁶⁸ –, kann der ökonomische Vertrauensschutz die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses demnach bereichern. Damit ist der Ansatz insgesamt gut in der Subsumtion zu § 241 II BGB zu gebrauchen.¹⁵⁶⁹

1567 Hierzu *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 585.

1568 S.o., S. 407f.

1569 Auch *Kersting*, *Dritthaftung*, 2007, S. 398ff., 407 hält den Ansatz – beschränkt auf die Informationsverantwortlichkeit in Fällen der Dritthaftung nach § 311 III BGB – für sinnvoll.

- (g) Zwischenergebnis: Symbiose des *cheapest cost avoider* mit ökonomischem Vertrauensschutz

Das Haftungskriterium des *cheapest cost avoider* und die Perspektive der ökonomischen Analyse auf Vertrauensschutz ergänzen sich somit sinnvoll.

- (7) Zwischenergebnis: Begriff des *cheapest cost avoider* mit dem Ansatz der Vertrauensprämie zu kombinieren

Das Haftungskriterium des *cheapest cost avoider* bietet überzeugende Ansatzpunkte, um Risiken mittels der Annahme von Nebenpflichten zu verteilen. Sofern die geforderte Handlung einen Marktwert aufweist, ist über die ergänzende Voraussetzung der Vertrauensprämie sicherzustellen, dass der Schuldner für die mit der Nebenpflicht einhergehende Belastung entschädigt werden kann – und eine solche Entschädigung auch im (ökonomischen) Interesse des Gläubigers ist.

- cc) Sekundäre Haftung des *cheapest cost insurer*

Kann ein Schaden nicht (sinnvoll) verhindert werden, so soll – die Versicherbarkeit des Risikos vorausgesetzt – sekundär derjenige haften, der das Risiko am kostengünstigsten durch Dritte oder selbst hätte versichern können (*cheapest cost insurer*).¹⁵⁷⁰

1570 Grundmann/Hoernig, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 427; Kötz, Travemünder Symposium, 1989, S. 189, 195f.; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 437; zur konkreten Relevanz der Versicherbarkeit eines Risikos für die Fähigkeit zur Risikotragung auch Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385, 402ff.; Staudinger/Olzen, Neubearbeitung 2015, Einl zum SchuldR Rn. 90ff.; Schlechtriem, VersR 1973, 581, 593f. Gleiches gilt, wenn der Erwartungswert des Schadens – also die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit multipliziert mit der erwarteten Schadenshöhe – unterhalb der Schadensvermeidungskosten liegt, Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 437. In einem solchen Fall wäre es ineffizient, den Schaden durch Aufwendung der dafür notwendigen Kosten zu verhindern. Schließlich muss innerhalb eines Schuldverhältnisses auf das Kriterium des *cheapest cost insurer* zurückgegriffen werden, wenn der *cheapest cost avoider* nicht an diesem Schuldverhältnis beteiligt ist. Wer im Zweipersonenverhältnis das Risiko für den Schaden tragen soll, lässt sich dann mit dem Begriff des *cheapest cost avoider* nicht ermitteln.

Beispiel 45 Ein Käufer will seinen alten Golf III beim Kauf eines neuen Golf VII bei einem Autohändler in Zahlung geben („Inzahlungsgabefall“).¹⁵⁷¹ Der Händler ist aber nicht bereit, den vom Käufer geforderten Preis für den Altwagen zu akzeptieren. Die Verhandlungen kühlen deshalb etwas ab. Zwei Wochen später stößt der Händler auf einen Interessenten, der den vom Käufer geforderten Preis für den Golf III zu zahlen bereit wäre. Dies teilt der Händler dem Käufer mit. Die beiden vereinbaren, dass der Händler die Verkaufsverhandlungen führen soll. Der Händler erhält zu diesem Zweck das Auto, die Schlüssel und die Fahrzeugpapiere. Der Händler und der Interessent einigen sich auf eine Probefahrt. An einer Ampel übersieht der Interessent die klar erkennbare Rotfärbung und fährt mit 50 km/h auf das ordnungsgemäß bremsende Fahrzeug vor ihm auf. Der Golf III erleidet schwerste Schäden. Weder der Käufer noch der Händler haben für eine (Voll-)Kaskoversicherung des Autos gesorgt.

Der Käufer möchte nun vom Händler¹⁵⁷² Ersatz verlangen. Der BGH bejahte eine Haftung des Autohändlers aus positiver Ver-

1571 Der Fall basiert auf BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85.

1572 Gegenüber dem Interessenten besteht ein Anspruch des Käufers aus § 823 I BGB: Zwar geht der BGH davon aus, dass zwischen Verkäufer und Interessent ein stillschweigender Haftungsausschluss für fahrlässige Beschädigungen bei einer Probefahrt zustande kommt, wenn nicht der Verkäufer vor Beginn der Fahrt darauf hingewiesen hat, dass kein Kaskoschutz besteht, BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 11. Dieser Haftungsausschluss gilt laut BGH über den – im Bereich der Drittwirkung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen eigentlich deplatzierten – Rechtsgedanken des § 278 BGB sogar gegenüber einem vom Autohändler unterschiedlichen Eigentümer des beschädigten Autos, der den Wagen dem Händler zur Verkaufsvermittlung überlassen hat, BGH, Urt. v. 10.1.1979 – VIII ZR 264/76, Rn. 23, 26 („Die von dem Zeugen M. gewährte Haftungsfreistellung muß der Kläger gegen sich gemäß § 278 BGB gelten lassen. Die Probefahrt diente der Anbahnung von Verkaufsverhandlungen. Die Haftungsfreistellung erfaßt vertragliche Ersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß und deliktische Ansprüche.“). Der Ausschluss umfasst aber keine Beschädigungen aufgrund grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verhaltens, BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 11, 13. Bei mindestens grober Fahrlässigkeit endet das schutzwürdige Vertrauen des Kaufinteressenten auf eine finanziell risikolose Probefahrt. Der Interessent hat hier mit der klar erkennbar Rot werdenden Ampel etwas außer Acht gelassen, was jedem vernünftigen Menschen in seiner Situation sofort eingeleuchtet hätte, und in besonders erheblicher Weise gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßen. Damit hat der Interessent grob fahrlässig gehandelt. Ihm kommt also kein stillschweigender Haftungsausschluss zugute. Er haftet demnach dem Eigentümer des Autos aus fahrlässiger Eigentumsbeschädigung. Ob zwischen dem Käufer und dem

tragsverletzung mit dem Argument, dass es ihm möglich und aufgrund des eigenen, wirtschaftlichen Interesses am Verkauf des Autos zumutbar gewesen wäre, das Auto des Kunden zu versichern.¹⁵⁷³ Ohne konkreten Hinweis des Autohändlers darauf, dass er das zu vermittelnde Auto nicht versichern werde, sei er dazu verpflichtet eine Vollkaskoversicherung abzuschließen.¹⁵⁷⁴ Da der Interessent hier grob fahrlässig gehandelt hatte, bestand aber bereits ein Anspruch gegen ihn. Trotzdem war der Schaden hier laut BGH vom Schutzzweck der (verletzten) Norm gedeckt: Die Neben-

Interessenten ein durch den Händler vermitteltes, vorvertragliches Schuldverhältnis zustande gekommen ist, hat der BGH offen gelassen, vgl. BGH, Urt. v. 10.1.1979 – VIII ZR 264/76, Rn. 12. Bejaht man diese Frage, so haftet der Interessent zudem aus §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II BGB. In einem anderen Fall hat der BGH auf das Verhältnis zwischen Eigentümer des Autos und Interessent den Gedanken des § 278 BGB mit Blick auf das Verhalten des Autohändlers angewandt, BGH, Urt. v. 10.1.1979 – VIII ZR 264/76, Rn. 23, 26. Das lässt sich nur erklären, wenn man ein Schuldverhältnis bejaht.

1573 Näher BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 15; zustimmend Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 11. Die Haftung würde heute aus §§ 280 I, 241 II BGB resultieren. Zugrundeliegendes Schuldverhältnis war hier ein Vermittlungsauftrag zwischen dem Händler und dem Käufer zum Verkauf des PKW, vgl. hierzu die Ausführungen des Berufungsgerichts, BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 7.

1574 Eigentlich ging es also darum, dem Kunden die bewusste Entscheidung zu ermöglichen, entweder die Vermittlung des Autos an eine Versicherung durch den Händler zu knüpfen oder, ohne Versicherungsschutz ganz auf die Vermittlung zu verzichten, oder, das Risiko von ohne ihn durchgeführten, unversicherten Probefahrten explizit zu akzeptieren. Das Berufungsgericht ging dementsprechend auch von der Verletzung einer Aufklärungspflicht des Händlers aus, dass er keine Versicherung abzuschließen gedenke, BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 9. Der BGH formulierte andersherum: Wenn der Händler nicht auf seine Intention hinweise, keine Versicherung abzuschließen, sei er eben dazu aus einer „Fürsorgepflicht“ verpflichtet, BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 15. Die Nebenpflicht zum Abschluss der Vollkaskoversicherung wäre demnach als erfüllt (oder wirksam abbedungen) anzusehen, wenn der Kunde auf die Warnung des Händlers hin mit dem Vermittlungsgeschäft fortgefahren wäre. Das ist ein überzeugender Blickwinkel: Der Händler wird schließlich eine solche Warnung häufig aus pragmatischen Gesichtspunkten unterlassen wollen, um den Kunden nicht nervös zu machen und das Geschäft womöglich platzen zu lassen. Dann wird er durch das Urteil aber faktisch dazu gezwungen eine Versicherung abzuschließen, um nicht selber zu haften, vgl. Grünewald, Garantienpflichten, 2001, S. 121 (Fn. 563). Es galt also zu überprüfen, ob sich eine solche Versicherungspflicht inhaltlich rechtfertigen lässt – nicht nur, ob eine Hinweispflicht zumutbar ist. Entscheidend war hier also nicht der konkrete Inhalt der Nebenpflicht, sondern die Tatsache, dass sie dem Autohändler das Schadensrisiko für den betreffenden Sachverhalt zuweisen konnte. Das zeigt erneut die haftungsrechtliche Flexibilität der Nebenpflichten im Gebrauch durch die Rechtsprechung sowie die teilweise Befreiung von dem Korsett, die Nebenpflicht im Detail präzise zu formulieren, um eine gewünschte Risikoverteilung zu erreichen.

*pflicht solle schließlich sowohl davor schützen, dass der Interessent nur leicht fahrlässig handle und somit von der Haftung befreit würde, als auch davor, dass er zwar grob fahrlässig handle, aber den gegen ihn bestehenden Anspruch nicht bedienen könne.*¹⁵⁷⁵

Es gilt zu überprüfen, ob auch die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses zum gleichen Ergebnis käme. Fraglich ist zunächst, wer cheapest cost avoider ist. Der Käufer hatte hier keinerlei Zugriffsmöglichkeit auf das Auto während des Unfallvorgangs, dementsprechend kommt als cheapest cost avoider nur der Händler in Betracht. Diese war aber nicht Fahrer des Fahrzeugs. Zudem stand ihm keine Möglichkeit der Schadensvermeidung (wie zum Beispiel Einbau einer Fahrschulbremse auf dem Beifahrersitz und entsprechende Kontrolle) zu, welche im Verhältnis zum Schadenserwartungswert (Wahrscheinlichkeit, dass elementare Verkehrsregeln vom Interessenten außer Acht gelassen werden, multipliziert mit dem durchschnittlich zu erwartenden Schaden) gestanden hätte. In der Terminologie der Ökonomik handelt es sich um einen unvermeidbaren Schaden. Das Haftungskriterium des cheapest cost avoider kann bei der Entscheidung, ob eine Nebenpflicht anzunehmen oder abzulehnen ist, demnach nicht helfen. Dementsprechend ist in der Rangfolge der Rekonstruktion des vollständigen Vertrags auf den cheapest cost insurer für die Risikoverteilung abzustellen. Dem Käufer hätte zwar die Möglichkeit einer Kaskoversicherung für sein Auto offen gestanden. Da er diese Versicherungsform aber bislang nicht gewählt hatte, wäre er gezwungen gewesen, nur für die vom Händler angebotene Fahrzeugvermittlung eine solche Versicherung abzuschließen. Das hätte erhebliche Kosten nach sich gezogen. Die Ziffern A.1.2.3 I, A.3.1, A.3.2 sowie A.5.1.1 II der Sonderbedingungen zur Kfz-Haftpflicht- und Kasko-

1575 BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 15, 18. Das Berufungsgericht hatte den Anspruch abgelehnt, weil die fehlende, praktische Durchsetzbarkeit eines Anspruchs ein allgemeines Lebensrisiko sei und insofern die Nebenpflicht des Händlers die Realisierung dieses Risikos nicht decke, vgl. BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 9.

versicherung für Kfz-Handel und -Handwerk (KfzSBHH)¹⁵⁷⁶ belegen indes, dass dem Autohändler die Möglichkeit zusteht, mit einer Handelsversicherung auch fremde, ihm nur zum Verkauf überlassene Fahrzeuge zu versichern.¹⁵⁷⁷ Weil der Händler – anders als der Privatmann – gleich mehrere Fahrzeuge mit einer Kaskover-sicherung versehen möchte, besteht regelmäßig ein Preisvorteil sowie der Vorteil niedrigerer Transaktionskosten. Damit konnte der Händler hier das Schadensrisiko am günstigsten versichern. Cheapest cost insurer ist damit der Autoverkäufer. Das Schadensrisiko sollte also aus der Perspektive der ökonomischen Analyse ihm zugewiesen werden. Indem der BGH im hier besprochenen Urteil dasselbe tat, kommen die herkömmlich-rechtswissenschaftliche und die ökonomische Argumentation hier also zum gleichen Ergebnis.¹⁵⁷⁸

Der Gedanke, dass ein Risiko dem Schuldner über eine Nebenpflicht zugewiesen werden kann, weil er es am kostengünstigsten versichern kann, findet demnach auch in der Rechtsprechung durchaus Berücksichtigung.¹⁵⁷⁹

1576 Unverbindliche Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (Stand März 2010), abrufbar unter http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2014/07/KfzSBHH_Maerz2010.pdf, zuletzt eingesehen am 24.7.2018.

1577 Damals bestand dieselbe Möglichkeit nach Nr. 1 oder 4 der Sonderbedingung zur Haftpflicht- und Fahrzeugversicherung für Kraftfahrzeug-Handel und -Handwerk (BAnz Nr. 20 vom 28. Oktober 1970), BGH, Urt. v. 8.1.1986 – VIII ZR 8/85, Rn. 15.

1578 So letztlich auch *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 322f.

1579 Vgl. BGH, Urt. v. 25.3.2009 – XII ZR 117/07, Rn. 13ff. („Aufklärungspflicht des Autovermieters gegenüber dem Mietinteressenten über mögliche Probleme bei der Abrechnung der Mietwagenkosten mit der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners“); BGH, Urt. v. 2.6.2016 – VII ZR 107/15, Rn. 11ff. (Aufklärungspflicht eines Juweliers über etwaig fehlenden Versicherungsschutz bei der Entgegennahme von Kundensmuck zur Reparatur aufgrund der „Branchenüblichkeit“ des Versicherungsschutzes); umgekehrt eine Nebenpflicht verneinend, weil der Gläubiger gegenüber dem Schuldner einen Kostenvorteil bei der Versicherung des Schadens hatte BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 36 (BGHZ 103, 316, 326f.); vgl. zur Abhängigkeit eines Haftungsausschlusses für Nebenpflichtverletzungen des Schuldners durch AGB von der Versicherbarkeit des Risikos für den Gläubiger BGH, Urt. v. 7.2.1979 – VIII ZR 305/77, Rn. 19, 23; KG Berlin, Urt. v. 14.11.1990 – 23 U 5029/89, Rn. 46f. sowie zur Relevanz der Versicherbarkeit eines Risikos für die Annahme von Nebenpflichtverletzungen in einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter BHG, Urt. v. 23.1.1985 – IVa ZR 66/83, Rn. 33; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.9.1999 – 6 U 106/98, Rn. 10, 15; OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.2.2018 – 6 U 50/17, Rn. 32 (verneinte Haftung einer Ratingagentur gegenüber einem

(1) Besonderheiten rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse

Vorausgesetzt der Schuldner kann das Schadensrisiko kostengünstiger als der Gläubiger versichern, sind in einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis zudem besondere Voraussetzungen zu beachten: Um die privatautonome Entscheidung der Parteien, ein Schuldverhältnis zu begründen, nicht zu untergraben, muss der Gläubiger der Nebenpflicht zum Zeitpunkt der Schuldverhältnis-Entstehung bei typisierter Interessenlage bereit sein, die Versicherungsprämie – welche sich aus dem Schadenserwartungswert sowie der Profitmarge des Versicherers zusammensetzt – als Umlage auf die versprochene Gegenleistung (im Regelfall den vereinbarten Kaufpreis) zu akzeptieren.¹⁵⁸⁰ Aufgrund der Signalwirkung der Annahme einer entsprechenden Nebenpflicht ist nämlich davon auszugehen, dass zukünftige Schuldner die durch die Pflichtversicherung über § 241 II BGB entstehenden Kosten einpreisen werden. Dies muss der Interessenlage des typisierten Gläubigers entsprechen. Anderenfalls würde der Gläubiger zukünftig für etwas zahlen müssen, was er nicht haben will (Fehlallokation von Ressourcen). Der gleiche Gedanke wurde bereits im Rahmen der Risikozuweisung nach dem Prinzip des *cheapest cost avoider* in Form der Vertrauensprämie bemüht.¹⁵⁸¹

Im Einklang mit diesem Gedanken wurde beispielsweise eine Nebenpflicht zur Versicherung eines zum Verkauf übernommenen Autos zutreffend abgelehnt, wenn die Vermittlung des fremden Fahrzeugs vom Autohaus lediglich aus Gefälligkeit (Auftragsverhältnis)

Anleger); OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.1.2014 – 4 U 66/13, Rn. 42. Im Arbeitsrecht findet der Gedanke bei der internen Schadenaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei einer Nebenpflichtverletzung des Arbeitnehmers Berücksichtigung, vgl. BAG, Urt. v. 18.4.2002 – 8 AZR 348/01, Rn. 15, 22 (BAGE 101, 107, 113, 118); ArbG Köln, Urt. v. 16.5.2002 – 1 Ca 11099/01, Rn. 19f.; s. auch die Einschätzung von Hopt, AcP 183 (1983), 608, 654 („notorische, wenn auch selten offen eingestandene Phänomene gerichtlicher Ausrichtung von Schadensersatzansprüchen am Vorhandensein von Haftpflichtversicherungen“) sowie von Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 241 Rn. 11 (Prüfung, „ob die Kosten, etwa für eine Versicherung einer unbenannten Zahl von Kunden, dem Vertragsschließenden billigerweise auferlegt werden können, oder ob es sich nicht im jeweiligen Einzelfall um das allgemeine jedes Verkehrsteilnehmers handelt“).

1580 Vgl. hierzu und zum Folgenden Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 438f.

1581 S.o., S. 407ff.

übernommen wurde.¹⁵⁸² Mangels einer über eine Aufwandsentschädigung hinausgehenden „Bezahlung“ des Autohändlers konnte der Kunde „den Abschluss einer Vollkaskoversicherung auf Kosten des Vermittlers gerade nicht erwarten“.

Einen entsprechenden Aufschlag werden nur risikoaverse Gläubiger – also Menschen, die ein bestimmtes Risiko nicht tragen wollen – akzeptieren.¹⁵⁸³ Denn nur diese werden freiwillig mehr als den Erwartungswert des Schadens – nämlich zusätzlich die Profitmarge des Versicherers – für die Versicherung des Schadensrisikos zahlen.¹⁵⁸⁴ Sie sind also bereit für die Absicherung eines bestimmten Risikos eine Prämie zu bezahlen, die – ohne dass eine Umrechnung ohne weiteres möglich wäre – der Intensität ihrer eigenen Risikoaversität entspricht.¹⁵⁸⁵

Globales Beispiel ist hier das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht nach § 437 BGB: Der Gedanke des cheapest cost avoider kommt hier häufig nicht zum Tragen, weil der Schadensvermeidungsaufwand des Verkäufers – als bloßer Vertriebsarm einer ihm regelmäßig nicht näher zugänglichen Ware – häufig über dem Schadenserwartungswert liegt und damit die Ökonomik gegen

1582 OLG Hamm, Urt. v. 17.6.2014 – 7 U 77/13, Rn. 41ff.

1583 Wenn das Risikopotential eines Gegenstands nicht typisierbar ist und im Einzelfall ganz erheblich auseinandergehen kann, so kann es auch aus Sicht des Gläubigers unangemessen sein, dem Schuldner das Schadensrisiko über das Kriterium des *cheapest cost insurer* zuzuweisen. Wenn nämlich des Schuldner die Kosten der Versicherung *en bloc* auf die Gläubiger abwälzt, kann es sein, dass diese z.T. für das besondere Risikopotential eines einzelnen Gläubigers bezahlen müssen, was nicht ihrer typisierten Interessenlage entspricht, so überzeugend BGH, Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, Rn. 37 (BGHZ 103, 316, 327). Es ist dann für den Durchschnittsgläubiger günstiger, wenn jeder sein eigenes Risiko versichert und eine Nebenpflicht entsprechend abgelehnt wird, vgl. zu den Gefahren von Risikopooling auch *Akerlof*, *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), 488, 492f.; *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. 230ff. (Gefahr der „*Quer-Subventionierung*“); *Riha*, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 46.

1584 In dem jeweiligen Risikobereich gewichten sie nämlich „*Verluste höher [...] als nominell entsprechende Gewinne*“, *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1215; näher *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Falk/Alles*, ZIP 2014, 1209, 1215 („*loss aversion*“); *R. Posner*, *Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. 13 („*[r]isk aversion [a] corollary of the principle of diminishing marginal utility of money*“); *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 72; *Zamir/Ritov*, *J. Leg. Stud.* 41 (2012), 165, 169.

1585 Grundlegend im Kontext der gutachterlichen Dritthaftung hierfür als Voraussetzung für jedweden Vermögensschutz im Schuldverhältnisrecht plädierend *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 819ff. („*Werden die Haftungskosten direkt oder indirekt von der geschützten Person oder dem Besteller getragen und hat einer (oder beide) von ihnen trotz dieser Belastung ein Interesse am haftungsrechtlichen Schutz?*“).

eine Schadensvermeidung spricht. Das Gewährleistungsrecht kann den Käufer aber in Bezug auf Sachmängelrisiken durch den Verkäufer versichern.¹⁵⁸⁶ Der typische Käufer ist nämlich risikoavers und deshalb bereit den „Aufschlag“ auf den Kaufpreis für die Gewährleistungsrisiken des Verkäufers zu tragen.¹⁵⁸⁷

Wenn der typische Gläubiger aber nicht bereit ist, die Versicherungsprämie indirekt zu tragen, so ist eine auf die Eigenschaft des Schuldners als billigster Fremdversicherer gestützte Nebenpflicht nicht interessengerecht und demnach abzulehnen. Insbesondere in Schuldverhältnissen eigene Sachen sowie Verbraucher betreffend sind die typisierten Gläubiger möglicher Nebenpflichten jedoch häufig bereit, die Versicherungsprämie zu tragen.¹⁵⁸⁸

Beispiel 46 Innerhalb eines Werkvertrags über die Reinigung eines Autos in einer Waschanlage besteht nach der Rechtsprechung die Nebenpflicht, den Waschvorgang so zu gestalten und in Betrieb zu halten, dass das Auto des Kunden nicht beschädigt wird.¹⁵⁸⁹ War der Wagen des Kunden nachweisbar vor dem Waschvorgang scha-

1586 Vgl. *Riha*, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 45; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 516; ähnlich zur Wirkung der „implied warranty for fitness for intended use“ im US-amerikanischen Recht *R. Posner*, Economic Analysis, 9. Aufl. 2014, S. 111 („consumers may be willing to pay the higher price in exchange for avoiding the risk“).

1587 So zumindest die Hypothese, *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 516f.; skeptisch im Kontext weitreichender Verbraucherschutzgesetze, ob der EU-Gesetzgeber dies bedacht hat, *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 860.

1588 So auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 440. Davon geht offensichtlich auch der EU-Gesetzgeber aus, präzise *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, 860; angesichts der eskalierenden Anzahl von Informationspflichten im Verbraucherschutzrecht mach sich aus einer verhaltenswissenschaftlichen Perspektive zunehmend der abnehmende Grenznutzen von Information bemerkbar, vgl. *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218, 221 („Punkt eines information overload [...] bereits erreicht“); *Faust*, Verbraucher-acquis, 2011, S. 201, 205f.; in der Anlageberatung kann „information overload“ deshalb auch Anlass für eine Aufklärungspflichtverletzung sein, *Brenncke*, WM 2014, 1749, 1754f.

1589 OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2003 – 21 U 97/03, Rn. 13; LG Krefeld, Urt. v. 30.7.2010 – 1 S 23/10, Rn. 8; AG Braunschweig, Urt. v. 4.2.2014 – 116 C 2943/13, Rn. 25. Ist der Waschprozess an sich fehlerfrei gestaltet, aber erlaubt er keine herausragenden Besonderheiten wie z.B. einen werksmäßig montierten Spoiler, so trifft den Betreiber diesbezüglich eine (vorvertragliche) Hinweispflicht, näher AG Ludwigsburg, Urt. v. 2.11.2007 – 4 C 1536/07, Rn. 17ff. Weil die Schadensvermeidungskosten (Hinweisschild) hier sehr gering sind – und dementsprechend der Schadenserwartungswert in keinem Fall unterhalb der Schadensvermeidungskosten liegt –, lässt sich das mit der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses schon mit dem Kriterium des *cheapest cost avoider* begründen.

densfrei und weist er nach dem Waschvorgang einen Mangel auf, so wird diese Nebenpflicht von der Rechtsprechung als verletzt angesehen.¹⁵⁹⁰ Dieser Rückschluss vom Schaden auf die Pflichtverletzung verbietet sich, wenn für die Schädigung innerhalb der Waschstraße auch noch eine andere Ursache, wie z.B. eine Materialschwäche des einzelnen Autos, in Betracht kommt.¹⁵⁹¹

*Zwar wirkt es selbstverständlich, dass der Kunde sein Auto nicht waschen lassen möchte, wenn es hinterher beschädigt ist. Aber die Alternative wäre ja keine sichere Beschädigung. Es wäre schließlich denkbar, dass der Waschanlagenbetreiber seine Kontrollmaßnahmen herunterfährt und dafür nur noch einen um die Versicherungsprämie reduzierten Preis fordert. Das Waschen würde dann zwar „auf eigene Gefahr“ erfolgen, dafür müsste der Kunde aber auch weniger bezahlen. Das entspricht indes nicht der typisierten Interessenlage. Seinen eigenen PKW wird der typische Kunde bei einem alltäglichen Vorgang nur äußerst ungern beeinträchtigt sehen. Er ist also bezüglich einer Beschädigung des Autos ein gutes Stück weit risikoavers. Damit entspricht es auch der Wertung der ökonomischen Analyse, das Schadensrisiko dem Unternehmer zuzuweisen, wenn die Beschädigung durch den Waschvorgang feststeht. War der Schadenserwartungswert niedriger als die Schadensvermeidungskosten – greift also nicht bereits der Begriff des *cheapest cost avoider* –, so folgt dies aus der Eigenschaft des Unternehmers als *cheapest cost insurer*. Dieser kann schließlich über einen Mengenrabatt einer gewerblichen Versicherungspolice*

1590 OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.2017 – 11 U 43/17, Rn. 18 („von der Schädigung [kann] auf die Pflichtverletzung des Betreibers geschlossen [werden] [...], sofern der Geschädigte darlegt und beweist, dass die Schadensursache aus dem Verantwortungsbereich des Betreibers herrühren kann“). Ist der Waschprozess an sich fehlerfrei gestaltet, aber erlaubt er keine herausragenden Besonderheiten wie z.B. einen werkmäßig montierten Spoiler, so trifft den Betreiber diesbezüglich eine (vorvertragliche) Hinweispflicht, näher AG Ludwigsburg, Urt. v. 2.11.2007 – 4 C 1536/07, Rn. 17ff. Weil die Schadensvermeidungskosten (Hinweisschild) hier sehr gering sind – und dementsprechend der Schadenserwartungswert in keinem Fall unterhalb der Schadensvermeidungskosten liegt –, lässt sich das mit der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses schon mit dem Kriterium des *cheapest cost avoider* begründen.

1591 AG Essen, Urt. v. 19.1.2012 – 11 C 110/11, Rn. 5, 12.

durch den Betrieb seiner Waschanlage hervorgerufene Schäden kostengünstiger als der einzelne Kunde versichern.

*Kann die Beschädigung hingegen auch auf einer Materialschwäche des Autos des Gläubigers beruhen, so werden die Schadensvermeidungskosten des Schuldners zwar regelmäßig den Schadens erwartungswert übersteigen – und damit die Risikoverteilung nach dem Kriterium des *cheapest cost insurer* vorgenommen. Weil es sich hierbei aber um ein nur bei einzelnen Waschanlagenkunden auftretendes Problem handeln wird, ist der typisierte Gläubiger bezüglich dieses Risikos nicht risikoavers, sondern wird eine Eigenversicherung durch Internalisierung des Risikos vorziehen. Durch die Annahme einer Nebenpflicht würde also eine unerwünschte Quersubventionierung einiger Hochrisikokunden durch den Durchschnittskunden drohen. Eine Nebenpflicht ist dann mit der Rechtsprechung auch aus ökonomischen Erwägungen heraus abzulehnen.*

Die typische Risikoaversität des Gläubigers einer Nebenpflicht ist damit Voraussetzung dafür, dass das Kriterium des *cheapest cost insurer* zu einer interessengerechten Risikozuweisung führt.¹⁵⁹²

(2) Möglichkeit der Eigenversicherung

Die Spezifizierung des *cheapest cost insurer* für rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse lässt sich indes nicht ohne Probleme auf Nebenpflichten anwenden. Schließlich sind Nebenpflichten kraft ihrer Sachnatur häufig *ex-ante* nicht präzise zu benennen, wenn nicht bereits Gerichtsentscheidungen in einem vergleichbaren Sachverhalt eine Nebenpflicht angenommen haben. Das von ihnen erfasste Risiko kann damit vor Begründung des rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses nicht klar benannt werden. Ohne nähere Konkretisierung lässt sich ein

¹⁵⁹² So auch *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 535.

Risiko aber regelmäßig auch nicht (fremd)versichern.¹⁵⁹³ Damit kann ein Schuldner die Versicherung nur vor Begründung des Schuldverhältnisses anbieten, wenn sich das von der Nebenpflicht erfasste Risiko ungefähr eingrenzen lässt.¹⁵⁹⁴

Der Schuldner kann ein Risiko aber auch intern versichern.¹⁵⁹⁵ Zwar resultiert jede Risikozuweisung in einer zwangsweisen Internalisierung des Schadensrisikos durch Eigenversicherung. Ökonomisch sinnvoll ist Eigenversicherung aber vor allem für denjenigen, dessen Informationskosten hinsichtlich der Risikerkennung nicht unverhältnismäßig hoch sind und der durch die Möglichkeit der Internalisierung einer Mehrzahl ähnlicher Risiken einen Kostenvorteil bei der Eigenversicherung hat.¹⁵⁹⁶

Beispiel hierfür ist die Bildung von Rücklagen in einem Unternehmen für eine Vielzahl potentieller Schadensfälle. Die bewusste Bildung von Rücklagen setzt dabei die Erkennbarkeit des Risikos – also zu bewältigende Risikoerkennungskosten – für das Unternehmen voraus. Die Vielzahl potentieller Schadensfälle garantiert, dass die Eigenversicherung als Ersatz für einen externen Versi-

1593 So generell zur Versicherbarkeit von Vertragsbrüchen R. Posner, *Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. 111 („risk and its consequences cannot be calculated with the actuarial precision that insurance companies insist upon“).

1594 Grds. skeptisch E. Schmidt, JA 1978, 597, 602 („Risiko einer zusätzlichen Kostenpflichtigkeit qua Aufstellung flankierender Vertragspflichten dürfte einstweilen überhaupt nicht versicherbar sein“). Anderenfalls müsste ex post eine hypothetische Überlegung angestellt werden, ob der Gläubiger bezüglich dieses Risikos ex ante risikoavers eingestellt gewesen wäre oder nicht – mit anderen Worten: Ob er die Versicherungsprämie für das Schadensrisiko hypothetisch als Aufpreis akzeptiert hätte oder nicht. Das erscheint vor allem mit Blick auf die verhaltenssteuernde Wirkung von Nebenpflichten als sinnvolle Anschlussfrage. Da eine (rechtskräftige) Entscheidung zu § 241 II BGB zur Folge hat, dass diese Pflicht in den Kanon der in Kommentaren aufgelisteten Verhaltensanforderungen für vergleichbare Schuldverhältnisse aufgenommen wird, werden zukünftige Parteien sich an der Nebenpflicht orientieren, vgl. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 454 („Signal an sämtliche Akteure“). Dementsprechend wird der typisierte Schuldner die Versicherungsprämie in seine Entgeltforderung integrieren. Ob das auch dem Interesse des typisierten Gläubigers entspricht, ist dann zu untersuchen, vgl. Shavell, *Economic Analysis*, 2004, S. 342 („risk [...] would be allocated so as to reflect the degrees of risk aversion of the two parties“).

1595 R. Posner, *Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. 112 („self-insurance“).

1596 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 442f.

*cherungsmarkt aufgrund der Bündelung von Risiken ökonomisch sinnvoll ist.*¹⁵⁹⁷

Vorteil der Eigenversicherung ist, dass auch abstrakte Gefahren – für die häufig kein Versicherungsmarkt besteht – versichert werden können. Insbesondere bei Nebenpflichten, die *ex ante* häufig nebulös bleiben werden, bietet sich die Eigenversicherung daher mehr an als die Fremdversicherung. Versichert ein Schuldner ein Schadensrisiko intern, so hat er – anders als bei der Zahlung einer konkreten Versicherungsprämie – keine für den einzelnen Fall quantifizierbaren Kosten. Nichtsdestotrotz entstehen ihm durch die Internalisierung des Schadensrisikos natürlich Kosten.

Bildet der Schuldner beispielsweise Rücklagen, so entstehen ihm – neben administrativen Ausgaben – Kosten in Form von entgangenem Nutzwert, weil er das Geld nicht (anderweitig) investieren kann.

Diese wird er versuchen, in Form einer Risikoumlage auf den Nachfragenden umzuwälzen.¹⁵⁹⁸ Wie bei der Fremdversicherung – und bei der Frage nach der Vertrauensprämie im Rahmen des Kriteriums des *cheapest cost avoider* – stellt sich dann die Frage, ob der typisierte Gläubiger bereit ist, einen Aufschlag in Form der Risikoumlage im Tausch gegen die Risikoabsicherung durch den Schuldner zu akzeptieren.

(3) Konkurrenzverhältnis zwischen *cheapest cost avoider* und *cheapest cost insurer*

Ist der Gläubiger *cheapest cost avoider* und der Schuldner *cheapest cost insurer*, so stellt sich die Frage, welches Haftungsregime Vorrang haben soll.¹⁵⁹⁹ Trägt der Schuldner das Schadensrisiko – geht man also von einer entsprechenden Nebenpflicht aus –, so besteht die Gefahr, dass der Gläubiger sich auf der Versi-

1597 Vgl. zum Gesetz der großen Zahlen *Sinn*, Ungewißheit, 1980, S. 218; *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 23f.

1598 Insoweit beschränkt sich die Möglichkeit auf einen gewerbsmäßig tätigen Schuldner, der hinsichtlich seiner internen Versicherung „*Sozialisierungschancen*“ hat, präzise *E. Schmidt*, JA 1978, 597, 602.

1599 Näher zu dieser Frage *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 441.

cherung durch den Schuldner ausruht und seinen Schadensvermeidungsaufwand auf ein ineffizientes Maß herabfährt.¹⁶⁰⁰ Aufgrund dieser Gefahr ist die Haftung des *cheapest cost avoider* gegenüber der des *cheapest cost insurer* grundsätzlich vorrangig.¹⁶⁰¹ Ausnahmen bestehen, wenn die Schadensvermeidungskosten des *cheapest cost avoider* über den Kosten der Versicherung liegen.

Beispiel 47 Ein Käufer hat vor wenigen Wochen seinen Führerschein erlangt und möchte sich ein erstes Auto kaufen („Probefahrtfall“).¹⁶⁰² Hierfür kontaktiert er einen Autohändler, der einen Toyota Yaris als Vorführwagen günstig abzugeben hat. Der Käufer und der Händler einigen sich auf eine Probefahrt auf der örtlichen Landstraße. In einer engen Kurve vergisst der unerfahrene Käufer aus Unachtsamkeit die Geschwindigkeit zu reduzieren und gerät beim hektischen Drehen des Lenkrads von der Fahrbahn. Das Auto prallt gegen eine Straßenlaterne. Das Auto war weder voll- noch teilkaskoversichert. Der Händler will den Schaden vom Käufer ersetzt bekommen. Der BGH verneinte den Anspruch des Händlers mit der Begründung, dass es zwischen Käufer und Händler zu einem stillschweigenden Haftungsausschluss gekommen sei.¹⁶⁰³ Dass

1600 Obwohl er ja *qua* seiner Eigenschaft als *cheapest cost avoider* eigentlich dazu prädestiniert wäre, den Schadenseintritt zu verhindern, würde er seine Möglichkeiten diesbezüglich sogar nicht nur unterschreiten, sondern womöglich ganz und gar auf Null herabfahren. Als Resultat entstehen durch die unnötigen Schäden gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsverluste, die allein durch die Kostenvorteile des Schuldners bei der Versicherung keinesfalls aufgehoben werden.

1601 Überzeugend Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 441.

1602 Der Fall basiert auf BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71.

1603 Der Grund hierfür liegt in den Regressmöglichkeiten der Versicherungsunternehmen: Im Schadensfall gehen nämlich gem. § 86 I VVG etwaige Ersatzansprüche des Geschädigten auf den Versicherer im Wege einer Legalzession über. Entsprechendes war damals in § 67 VVG a.F. geregelt, vgl. BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 6. Etwaige Ansprüche des Autohändlers gegen den Interessenten aus §§ 280 I, 311 II Nr. 2, 241 II BGB und § 823 I BGB wären im Schadensfall also auf das Versicherungsunternehmen übergegangen. Die Allgemeinen Bedingungen für die KFZ-Versicherung (AKB 2015) geben aber in Ziffer A.2.8 I vor, dass bis einschließlich normaler Fahrlässigkeit kein Regressanspruch gegen den Dritten geltend gemacht werden kann, Unverbindliche Musterbedingungen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (Stand: 19.05.2015), abrufbar unter http://www.gdv.de/wp-content/uploads/2015/05/AKB2015_Stand_Mai_2015.pdf, zuletzt eingesehen am 24.7.2018. Entsprechendes war damals in § 15 II AKB 1971 geregelt, vgl. BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 6. Damit hätte der Versicherer hier gegen den Interessenten keinen Regress genommen. Im Falle einer Versicherung des Kraftfahrzeugs hätte der

der Autohändler damit einen starken rechtlichen Anreiz bekommt, das Schadensrisiko zu versichern, hielt der BGH für zumutbar.¹⁶⁰⁴ Anders als für den Interessenten sei es für den Händler leicht möglich und relativ kostengünstig seine angebotenen Wagen mit einer Voll-kaskoversicherung zu versehen.¹⁶⁰⁵

Den Schaden verursacht hat hier der Käufer. Der Händler hätte den Schaden während der Probefahrt gar nicht mehr verhindern können. Angesichts der erhöhten Gefahr bei einer Probefahrt¹⁶⁰⁶ hätte er seine Vorführwägen womöglich mit den Sicherungssystemen eines Fahrschulautos ausstatten können (Bremspedal auch auf der Beifahrerseite, erleichterter Eingriff in das Steuersystem, eigener Rückspiegel, etc.). Das hätte den Schadenseintritt womöglich verhindert. Es hätte aber ganz erhebliche Kosten für den Händler nach sich gezogen. Diese hätten die Schadensvermeidungskosten des Käufers (Opportunitätskosten erhöhter Sorgfalt) um ein Vielfaches überstiegen. Durch deutlich erhöhte Sorgfalt im Umgang mit einem fremden KFZ hätte er den Unfall womöglich vermeiden können. Cheapest cost avoider kann damit im Verhältnis zum Händler nur der Käufer sein. Gleichzeitig wären auch die Schadensvermeidungskosten des Käufers hier sehr hoch gewesen, denn niemand ist gegen Fahrfehler gefeit und absolute Sorgfalt ist nahezu unmöglich.¹⁶⁰⁷ Wie der BGH darlegte, stand demgegen-

Interessent daher im Ergebnis nicht gehaftet. Diese Faktenlage nahm der BGH zum Anlass eine Haftung des Interessenten auch bei fehlender Versicherung zu verneinen.

1604 Näher BGH, UrT. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 7ff. Anstelle eines stillschweigenden Haftungsausschlusses hätte sich der Fall also auch ebenso gut über die Annahme einer Nebenpflicht lösen lassen, nach welcher der Verkäufer verpflichtet war, im Eigeninteresse für die Versicherung des Fahrzeugs zu sorgen.

1605 Der Interessent hätte eine „Versicherung für das gelegentliche Führen oder Benutzen fremder versicherungspflichtiger Kraftfahrzeuge“ abschließen müssen, welche weder landläufig bekannt noch finanziell zumutbar gewesen wäre, vgl. BGH, UrT. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 9. Angesichts des wirtschaftlichen Interesses an den Fahrzeugen wäre der Abschluss einer Versicherung dem Händler auch zumutbar.

1606 Hierzu BGH, UrT. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 8.

1607 Man könnte deshalb durchaus anzweifeln, ob sich das Risiko leichter Fahrlässigkeit wege der unverhältnismäßigen Schadensvermeidungskosten überhaupt mittels des Kriterium des *cheapest cost avoider* zuweisen lässt. Gibt es gar keinen *cheapest cost avoider*, so handelt es sich

über dem Händler eine zumutbare Möglichkeit zu, das Schadensrisiko zu versichern. *Cheapest cost insurer* ist damit der Autohändler. Damit weisen die Instrumente der ökonomischen Analyse das Schadensrisiko hier innerhalb eines einzigen Schuldverhältnisses unterschiedlichen Parteien zu. Der BGH wies das Schadensrisiko hier dem Autohändler zu. Damit ging er implizit von einem Vorrang des *cheapest cost insurer* aus. Das überzeugt vom Ergebnis her auch dann, wenn man die Maßstäbe der ökonomischen Analyse anlegt. Schließlich lagen die Schadensvermeidungskosten des *cheapest cost avoider* hier über den – auf den einzelnen Interessenten heruntergebrochenen – Kosten einer Versicherung des Schadensrisikos durch den Autohändler. Folglich muss das Kriterium des *cheapest cost insurer* hier – wie auch der BGH im Ergebnis annahm – gegenüber dem des *cheapest cost avoider* Vorrang haben.

Grundsätzlich hat also die Risikozuweisung nach dem Begriff des *cheapest cost avoider* Vorrang vor der Risikoverteilung nach dem Gedanken des *cheapest cost insurer* (Schadensvermeidung vor Schadensversicherung).¹⁶⁰⁸ Das gilt aber nur, wenn die Schadensvermeidung nicht im Einzelfall zu höheren Kosten als die Schadensversicherung führt.

dd) Zwischenergebnis: Konzept der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses für Auslegung von § 241 II BGB sinnvoll

Die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses ist grundsätzlich dazu geeignet, über § 241 II BGB eine effiziente Risikoverteilung zu erreichen. Die aufeinander abgestimmten Begriffe des *cheapest cost avoider* und des *cheapest cost insurer* bieten – gemeinsam mit Gedanken der ökonomischen Sinnhaftigkeit von Vertrauensschutz – ein holistisches Konzept, um die rechtspraktische Funk-

um einen aus ökonomischer Sicht unvermeidbaren Schaden und das Kriterium des *cheapest cost insurer* hat automatisch Vorrang.

1608 Vgl. treffend Shavell, *Economic Analysis*, 2004, S. 268 („if the liability system has a real purpose today, it must lie in the creation of incentives to reduce risk“).

tion einer Nebenpflicht auszufüllen. Die untersuchten Beispiele haben gezeigt, dass die Rechtsprechung häufig mit den Ergebnissen der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses übereinstimmt. Ein Vorteil des Instruments ist die Simplität der haftungszuweisenden Kriterien. Die Kriterien sind aus sich selbst heraus aussagekräftig und helfen somit, die – im Einzelnen nicht immer simple – Subsumtion zu einer Nebenpflicht zumindest *ex ante* vorhersehbar zu gestalten.

d) Zwischenergebnis: Vermögensschutz wird sinnvoll durch die ökonomische Analyse konturiert

Auch in der ökonomischen Analyse gibt es nicht den einen Ansatz, der Nebenpflichten umfassend zu begründen – und damit zu begrenzen – vermag. Die zugrundeliegenden Wertungen werden aber häufig mit der Terminologie der Ökonomik präziser herausgestellt. Die deskriptive Komponente der ökonomischen Analyse in der Subsumtion zu berücksichtigen, erscheint insoweit nur folgerichtig. Häufig geht es nämlich auch der Rechtsprechung lediglich um die Steuerungswirkung einer Nebenpflicht. Dabei ist im Bereich der vermögensschützenden Nebenpflichten eine eindeutige Konvergenz rechtswissenschaftlicher Ansätze und der ökonomischen Analyse erkennbar.¹⁶⁰⁹ Das zeigt, dass sich auch die normative Komponente der Ökonomik mit einer rechtswissenschaftlichen Herangehensweise verträgt. Im Ergebnis bieten das Instrument der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses in der Kombination mit der ökonomischen Perspektive auf Vertrauensschutz überzeugende Ansatzpunkte, um bei der teleologischen Auslegung des § 241 II BGB die rechtspraktische Funktion einer Nebenpflicht im Kontext vermögenswerter Interessen auszufüllen.

1609 Tröger hält eine rein rechtswissenschaftliche Problemanalyse schon für gar nicht mehr denkbar, weil die ökonomische Analyse mittlerweile bereits die „Denkstrukturen“ beeinflusst habe, Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 66; vgl. zudem Kersting, Dritthaftung, 2007, S. 407; Kübler, FS Steindorff, 1990, S. 687, 689; Taupitz, AcP 196 (1996), 114, 120f. („[k]eine Rezeption, aber partieller Begründungsgleichklang“).

II. Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken bei Schädigung des Gläubigers durch dem Schuldner zuzurechnende Dritte

1. Frage nach der Reichweite sinnvoller Haftung für das Verhalten Dritter

Als Ausgangspunkt der Analyse zu § 278 BGB ist die konkrete Subsumtion unter den Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB im sachlichen Kontext einer Nebenpflichtverletzung durch den Schuldner zu unternehmen, um die Problemfelder aufzudecken.¹⁶¹⁰

Beispiel 48 Ein Maler schuldet einem Kunden aus § 631 I Hs. 1 BGB das Streichen einer Wand („Malerfall“). Am vereinbarten Termin schickt der Maler seinen ordnungsgemäß ausgesuchten und überwachten Angestellten. Dieser nutzt eine sich ihm bietende Gelegenheit und entwendet die wertvolle Uhr des Kunden, die er auf der Kommode im Eingangsbereich entdeckt. Haftet der Maler dem Kunden weder aus § 823 I BGB noch aus § 831 BGB – greift die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB also nicht –, so könnte der Kunde gegen den Maler einen Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen Verletzung einer Nebenpflicht haben. Schuldner dieser Nebenpflicht ist aber allein der Maler und nicht der Angestellte. Der Maler ist also nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er sich das Verhalten des Angestellten gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechnen lassen muss. Hierfür müsste er sich des Angestellten „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“ haben. Mit Verbindlichkeit ist dabei die konkret verletzte Pflicht gemeint. Ob sich eine Nebenpflicht aber unter den Wortsinn von Verbindlichkeit subsumieren lässt, ist fraglich.¹⁶¹¹ Bei Erlass des § 278 S. 1 BGB kannte

1610 Vgl. ebenfalls im Kontext von § 278 und Nebenpflichten *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 78f. („Beibehaltung der juristischen Methodik [...] kein Selbstzweck“).

1611 Vgl. *HKK/Schermaier*, 2007, §§ 276–278 Rn. 104. Schließlich ist bereits hoch umstritten, ob eine Nebenpflicht aus § 241 II BGB überhaupt einen klagbaren Anspruch (§ 194 I BGB) begründen kann, hierzu – im Ergebnis bejahend – s.o., S. 152. Zudem ist nicht gesichert, ob Nebenpflichten wegen ihrer integritätsschützenden und damit eher präventiven Zielrichtung einer „Erfüllung“ (vgl. § 362 I BGB) zugänglich sind, hierzu – im Ergebnis bejahend – s.o., S. 149. Beides sind aber Charakteristika einer Verbindlichkeit im deutschen Zivilrecht, *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 6f., 17ff.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77.

ein Schuldverhältnis (Vertrag) nach damals herrschender Meinung indes noch keine schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten sondern allein Leistungspflichten. Auf diese war denn auch § 278 S. 1 BGB zugeschnitten.¹⁶¹² Mittlerweile ist allerdings anerkannt, dass ein Schuldverhältnis nicht nur Leistungs-, sondern auch Nichtleistungspflichten nach sich ziehen kann.¹⁶¹³ Um diesem neuen Verständnis Rechnung zu tragen, ist bei systematischer Auslegung des § 278 S. 1 BGB nicht an dem engen Wortsinn von Verbindlichkeit zu haften.¹⁶¹⁴ Der Begriff ist demnach als schuldverhältnisbedingte Pflicht zu verstehen.¹⁶¹⁵ Damit ist die verletzte Nebenpflicht eine Verbindlichkeit im Sinne von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB.

Der Maler müsste sich des Angestellten aber auch zur Erfüllung der Pflicht bedient haben.¹⁶¹⁶ Erneut ist aber der Bezug zur konkreten Verbindlichkeit problematisch.¹⁶¹⁷ So hat der Maler den

1612 Näher *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 71, 73f.

1613 Zwar wurde § 278 S. 1 Alt. 2 BGB seit seinem Erlass nicht in seinem Wortlaut geändert (vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 4), dem allgemeinen Schuldrecht liegt aber mittlerweile ein anderes Verständnis von schuldverhältnisbedingten Pflichten zugrunde. Das zeigt schließlich auch die Eingliederung der Nebenpflichten in die Norm des § 241 BGB sowie die Möglichkeit eines Schuldverhältnisses nach § 311 II, III BGB, welches ausschließlich Nebenpflichten enthält.

1614 So auch *Kamanabrou*, NJW 2001, 1187, 1187f. Angesichts der hier vertretenen These, dass Nebenpflichten sowohl klag- als auch erfüllbar sind (s.o., S. 149ff.), spräche nichts dagegen, Nebenpflichten auch im engeren Sinne mit dem Begriff der „Verbindlichkeit“ für kompatibel zu halten. Da die breite Front in der Literatur hierzu aber nur verhalten und mitunter eher ablehnend Stellung nimmt, wird so verfahren, als wenn Nebenpflichten weder klagbar noch erfüllbar wären. Die exemplifizierte Subsumtion soll schließlich die Ergebnisfindung der h.M. methodisch untermauern.

1615 Vgl. *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 32; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 22 („*gesamte Verpflichtung des Schuldners*“). Hiervon sind in jedem Fall auch Pflichten im Sinne von § 241 II BGB umfasst.

1616 Hierfür genügt nach herrschender Ansicht eine willentliche Einschaltung des Dritten zum Tätigwerden im eigenen Pflichtenkreis, BGH, Urt. v. 25.3.1982 – VII ZR 60/81, Rn. 15 (BGHZ 83, 293, 295); *MüKo-BGB/Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 43; *HK-BGB/Schulze*, 9. Aufl. 2017, § 278 Rn. 5; *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 23; *Bamberger-Roth/Unberath*, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 15, 26; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 15.

1617 Schließlich wird der Wille des Schuldners regelmäßig nur darauf gerichtet sein, den Dritten zur Erfüllung etwaiger Leistungspflichten einzusetzen: Die Existenz von Nebenpflichten wird

Angestellten zum Streichen der Wand – und damit zur Erfüllung seiner eigenen (Leistungs-)Pflicht aus § 631 I Hs. 1 BGB – eingesetzt. Eine willentliche Einschaltung spezifisch zur Erfüllung integritätsschützender Nebenpflichten – wie der in Rede stehenden – kann ihm letztlich nur mittels einer Fiktion unterstellt werden.¹⁶¹⁸ Zudem ist damit bereits das zweite Problem angesprochen: der Bezug zur „Erfüllung“. Weil Leistungspflichten unzweifelhaft der Erfüllung zugänglich sind (vgl. § 362 I BGB), lassen sich Dritte auch zur Erfüllung dieser Pflichten einsetzen.¹⁶¹⁹ Es besteht aber erhebliche Unklarheit darüber, ob Nebenpflichten einer Erfüllung zugänglich sind.¹⁶²⁰

Erschwerend kommt hinzu, dass der Schuldner im Rahmen der Erfüllung von Schutzpflichten aus der Einschaltung Dritter nicht nur Vorteile zieht, sondern aufgrund der personellen Haftungserweiterung isoliert betrachtet sogar einen Nachteil: Bei den Bemühungen des Schuldners, seine Leistungspflichten zu erfüllen lässt sich

dem Schuldner häufig entweder gänzlich unbekannt sein oder aber für die Zwecksetzung der Einschaltung eines Dritten irrelevant gewesen sein.

1618 Zutreffend *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 77. Ob sich eine solche Fiktion rechtfertigen lässt (hiergegen und für eine analoge Anwendung des § 278 BGB *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 78ff.), steht auf einem anderen Blatt. In jedem Fall gerät die Subsumtion hier hilfreich.

1619 Die h.M. hat ein weites Verständnis vom notwendigen Bezug zur konkreten Erfüllung. So muss der Dritte die Erfüllung keinesfalls selbst herbeiführen, sondern es genügen auch vorbereitende Tätigkeiten. Zudem ist aufseiten des Dritten keine Kenntnis von der zu erfüllenden Pflicht des Schuldners erforderlich, *Bamberger-Roth/Unberath*, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 11.

1620 Hierzu – im Ergebnis bejahend – s.o., S. 149. So ist zumindest das Erlöschen einer Pflicht zur Nichtschädigung des Gläubigers im Rahmen der Schuldverhältnis-Ausführung durch Erfüllung (vgl. § 362 I BGB) ungleich schwieriger vorzustellen als die Erfüllung einer Leistungspflicht. Da die konkrete Pflicht eine Unterlassung für die Dauer und den sachlichen Rahmen der Schuldverhältnis-Durchführung fordert, wäre eine „engültige Erfüllung“ – Unterlassungspflichten werden schließlich fortwährend erfüllt – nur insofern denkbar, als der zeitliche und/oder der sachliche Rahmen des Schuldverhältnisses verlassen wird, ohne dass eine Rechtsgüterbeeinträchtigung durch den Schuldner (Maler) eintritt. Wird allerdings nur der sachliche Rahmen verlassen (z.B. Treffen von Maler und Kunde beim Einkaufen), so darf gleichwohl kein endgültiges Erlöschen der Pflicht angenommen werden, bis nicht auch die zeitlichen Grenzen überschritten sind. Schließlich ist bis zu diesem Zeitpunkt ein Rechtsgüterkontakt von Maler und Kunde innerhalb des sachlichen Schutzbereichs des Schuldverhältnisses denkbar (z.B. Abnahmetermin bei dem Kunden zuhause).

der Einsatz Dritter leicht als Gewinn (i.e. Zeit¹⁶²¹) deuten.¹⁶²² Bei der Bewahrung des Integritätsinteresses führt die Einschaltung von Dritten aber regelmäßig zu einer Haftungserweiterung, da nun sowohl der Schuldner als auch der Erfüllungsgehilfe die Schädigung des geschützten Interesses des Gläubigers zu unterlassen oder – bei einer Bewahrungspflicht – zu verhindern haben. Im Hinblick auf Nebenpflichten erhöht sich also das absolute Risiko einer Nichterfüllung durch die Einschaltung des Angestellten, weil – neben dem Schuldner selbst – eine zusätzliche Person die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB bedingen kann. Das macht den Einsatz eines Dritten zur Erfüllung ebendieser Nebenpflicht sprachlich äußerst unpräzise.¹⁶²³ Ein Vorteil ließe sich nur konstruieren, wenn man die Erfüllung der Nebenpflichten als untrennbar mit der Erfüllung der Leistungspflichten verbunden ansieht. Der Nutzen aus dem Einsatz Dritter bei Leistungspflichten würde dann aufgrund dieses akzessorischen Verständnisses der beiden Pflichtarten auch als Vorteil für die Arbeitsteilung in Bezug auf Nebenpflichten gelten.¹⁶²⁴ Gegen das Verständnis aller schuldverhältnisbedingten Pflichten als Gemengelage spricht indes schon die klare Trennung der Leistungs- und Nebenpflichten in § 241 BGB und den §§ 280ff., 323ff. BGB. Zudem würde dies den telos des § 278

1621 Hier weitergehend auf einen mittelbar aus der Erfüllung der Leistungspflicht resultierenden Vorteil (z.B. Geld als Vergütung) abzustellen vermag die Anwendbarkeit des § 278 S. 1 BGB im Rahmen von unentgeltlichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen (z.B. Leistungspflicht aus §§ 823 I, 249 I BGB) nicht zu erklären.

1622 Zwar wird geltend gemacht, dass die Vorteile der Arbeitsteilung in gleichem Maße auch den Gläubiger treffen, vgl. nur *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 85f. Warum sonst sollte aber der Schuldner sich die Mühe machen ([Opportunitäts-]Kosten: Zeitverlust) Dritte in die Parameter der Verbindlichkeit einzuweisen, wenn es für ihn keinen individuellen Vorteil bergen sollte? Aufgrund dieses der Arbeitsteilung immanenten Vorteils ist es wiederum angemessen, dem Schuldner das Risiko einer vom Dritten zu vertretenden Nicht- oder Schlechtleistung aufzubürden. Damit ist der Normzweck des § 278 BGB bei Leistungspflichten einschlägig.

1623 Skeptisch auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 103; *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 151 („falscher Zungenschlag“). Die Subsumtion des Verhaltens von Maler und Angestelltem unter die Phrase Bedienen zur Erfüllung einer Nebenpflicht überdehnt somit den Wortsinn von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB, krit. auch *Kamanabrou*, NJW 2001, 1187, 1187.

1624 Vgl. *Seok Kim*, ZEuP 2013, 263, 277; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 147f.

BGB über Gebühr verwässern und ihn damit seiner Aussagekraft berauben.

Erneut ist aber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der schuldverhältnisbedingte Pflichtenkanon seit Erlass des § 278 S. 1 BGB nach allgemeiner Ansicht um die Kategorie der Nebenpflichten erweitert hat. So muss eine systematische Auslegung des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB hier zu einem extensiven Verständnis des Bediens zur Erfüllung im Hinblick auf Nebenpflichten führen.¹⁶²⁵ Der Normzweck des § 278 BGB der herrschenden Meinung für Leistungspflichten ist aber auf Nebenpflichten nicht ohne weiteres übertragbar.¹⁶²⁶

Wie genau das Problem¹⁶²⁷ zu lösen ist, dass der Haftungsgrund von § 278 BGB bei Nebenpflichten unklar ist, lässt sich Literatur und Rechtsprechung nur unvollständig entnehmen.

a) Methodisches Zusammenspiel von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB und § 241 II BGB
Weil der Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB auf Leistungspflichten zugeschnitten ist, erfolgt die Anwendung der Norm auf Nebenpflichten in jedem Fall mit einer rechtsfolgenorientierten Perspektive. Die im Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB verankerten Voraussetzungen für die Haftung für den Erfüllungsgehilfen verlieren bei einer derart funktionalen Betrachtung aber an Bedeutung. Sie werden dann nämlich alle prädeterminiert durch die Haftungskriterien, welche für die jeweilige Nebenpflicht entscheidend sind. Die Dogmatik der Nebenpflichten wirkt so auf § 278 BGB über.¹⁶²⁸

1625 Sofern man nicht – wie oben – die Erfüllung einer Nebenpflicht (zugegebenermaßen etwas mühsam) als Nichtschädigung innerhalb des sachlichen und zeitlichen Geltungsbereichs des Schuldverhältnisses definiert, ist sie bei Nebenpflichten obsolet. Es ginge dann bei Nebenpflichten vielmehr um die Wahrung der durch diese geschützten Interessen. Erneut wird die skeptische Stellung der h.M. gegenüber der Erfüllbarkeit von Nebenpflichten als Basis der Subsumtion unterstellt, s.o., S. 440 (Fn. 1614).

1626 So bereits *Berger*, Grenzen, 1935, S. 39 (Fn. 208).

1627 So auch *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 42.

1628 So geht auch *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 491 davon aus, dass § 278 BGB bei Nebenpflichten keine eigene Wirkung entfalten könne, sondern vielmehr von dem Zweck und Wir-

In letzter Konsequenz ließe sich daher die Frage nach dem Entstehen des Schuldners für das Verhalten des Dritten bei Nebenpflichtverletzungen vollumfänglich in die Prüfung der Pflichtverletzung integrieren.¹⁶²⁹ Man könnte dann im Rahmen der Pflichtverletzung erörtern, ob der Schutzzweck der Nebenpflicht (auch) eine Verletzung durch einen Erfüllungsgehilfen des Schuldners abdeckt, sofern dieser in seiner Funktion als Erfüllungsgehilfe mit dem Gläubiger in Kontakt kommt. Maßstab dieser Frage ist, ob dem Schuldner mit Blick auf die Interessen des Gläubigers hier eine (auf das Handeln von Erfüllungsgehilfen beschränkte) Garantiefhaftung für Integritätsverletzungen des Gläubigers zuzumuten ist. Ausgangspunkt dieses Gedankens kann dabei der BGB-Gesetzgeber sein, der die Anwendung des § 278 BGB – damals nur für Leistungspflichten angedacht – schließlich aufgrund einer Form der Garantiefhaftung des Schuldners für das Verhalten Dritter für gerechtfertigt hielt.¹⁶³⁰

Liefert ein Schuldner eine mangelhafte Sache, weil sein Angestellter den Kaufgegenstand aus Unachtsamkeit beschädigt hat, so wird das Verhalten des Erfüllungsgehilfen bei einem späteren Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner wegen Verletzung einer Leistungspflicht auch erst im Rahmen des Verschuldens relevant. Die Verletzung der Leistungspflicht zur mangelfreien Lieferung erfolgt durch den Schuldner selbst, eine

kungsgrund der jeweiligen Nebenpflicht konsumiert werde. Ähnlich schlägt *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 168 (Fn. 42) vor, die sinnvolle Begrenzung des § 278 BGB bei Nebenpflichten nicht an dessen Voraussetzungen aufzuhängen, sondern bereits an der Frage, ob man überhaupt eine (drittgerichtete) Nebenpflicht im Sinne von § 241 II BGB annimmt. Ob der Schuldner für das Verhalten eines Dritten schuldverhältnisbedingt einstehen muss, hängt damit inhaltlich allein an den die Pflicht begründenden Haftungskriterien. Die Voraussetzungen des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB werden inhaltlich angepasst, sodass sie diese Kriterien repräsentieren.

1629 Ähnlich schlägt *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 488ff. eine bedachte Anwendung des § 278 BGB auf Nebenpflichten vor, die bereits durch den Pflichtenkreis des Schuldners begrenzt wird. In der Subsumtion ist dann lediglich zu fragen, ob der Schuldner bei einer bestehenden Pflicht auch für das Fehlverhalten Dritter einzustehen hat.

1630 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 16 („Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist“).

Zurechnung des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen wird hier allgemein nicht für erforderlich gehalten.

Führt man den Gedanken der Einstandsgarantie konsequent weiter, so muss dem Schuldner die Verletzung einer Nebenpflicht gar nicht über § 278 S. 1 BGB zugerechnet werden. Aus dem Recht, Dritte in die Erfüllung seiner (Neben-)Pflichten einzuspannen, folgt dann eine eigene Pflichtverletzung des Schuldners, wenn der Erfüllungsgehilfe in seiner angestammten Funktion die Integrität des Gläubigers beeinträchtigt. Lässt sich das bejahen, so wird die Anwendung von § 278 S. 1 BGB im Rahmen der Pflichtverletzung gänzlich überflüssig. Eine Zurechnung nach § 278 S. 1 BGB wird dann nur noch im Rahmen des Verschuldens relevant.

Im Bereich der Nebenpflichtverletzung bleiben also § 278 BGB betreffend aus methodischer Perspektive zwei Wege: Entweder man nimmt die wortlautgetreue Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB auch im Rahmen der Pflichtverletzung Ernst und nimmt dafür massive Subsumtionsschwierigkeiten in Kauf.¹⁶³¹ Alternativ hierzu packt man das Problem am Schopfe, integriert die Beteiligung des Dritten bereits in die Prüfung der Nebenpflicht und lässt so § 278 BGB im Rahmen der Pflichtverletzung überflüssig werden.¹⁶³² Aus einer methodischen Perspektive erscheint es vorzuzugswürdig, die Subsumtionsschwierigkeitendes hinsichtlich § 278 BGB im Rahmen der Pflichtverletzung zu bewältigen, als sich ihrer durch Annahme einer Art Garantiehaftung für das Verhalten Dritter im Rahmen der Pflichtverletzung zu entledigen. Der Schluss von Leistungspflichten auf Nebenpflichten ist nämlich fragwürdig: Während es bei Leistungspflichten durch das Versprechen der Leistung durchaus angemessen ist, dem Schuldner für jedes Abweichen vom Soll eine Pflichtverletzung vorzuwerfen – und in der Folge eine Exkulpation nach § 280 I 2 BGB zuzumuten –, passt diese Herleitung

1631 S.o., Beispiel 48, S. 439. Hält man diese – anders als viele Vertreter in Rechtsprechung und Literatur – aus einer rechtsmethodischen Perspektive für problematisch, so lassen sie sich letztlich nur dadurch überwinden, dass der ursprüngliche Zweck des § 278 BGB durch den *telos* der jeweiligen Nebenpflicht überlagert wird. Jede Voraussetzung des Wortlauts muss an die Besonderheiten der Nebenpflichten angepasst werden, s.o., Beispiel 48, S. 439ff. Weil auch der herkömmliche Normzweck des § 278 BGB auf Nebenpflichten nicht ohne Probleme anwendbar ist, muss er durch den Haftungsgrund der Nebenpflicht supplementiert werden.

1632 Es gilt dann zu prüfen, ob der Schuldner mit Blick auf den (spezifischen) Erfüllungsgehilfen eine drittbezogene Nebenpflicht schuldet.

nicht auf die verhaltensbezogenen Nebenpflichten. Hier ist eben nicht schlechthin Integrität geschuldet, sondern nur in einem bestimmten, einzelfallabhängigen Rahmen. Dem Schuldner die Beeinträchtigung der Integrität des Gläubigers durch ein Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen ohne Anwendung von § 278 BGB als eigene Pflichtverletzung zuzurechnen, birgt die Gefahr, der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB allzu große Wirkung beizumessen. Demnach ist der Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB unter Berücksichtigung der Zwecksetzung der jeweiligen Nebenpflicht teleologisch anzupassen.

b) Haftungsgrund?

Es gilt, den Haftungsgrund für die Anwendung von § 278 BGB im Kontext von Nebenpflichtverletzungen ausfindig zu machen.

aa) Historische Differenzierung zwischen § 278 BGB und § 831 BGB

Vorprägend für das Verständnis von Verantwortlichkeit für Drittverhalten ist die historische Differenzierung zwischen § 278 BGB im Schuldverhältnisrecht und § 831 BGB im Jedermannsrecht. So hat der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des BGB eine verschuldensunabhängige Haftung des Geschäftsherrn für Gehilfen im Jedermannsrecht aus zwei Gründen abgelehnt: Zum einen sei dieser Gedanke dem „*deutschen Rechtsbewußtsein* [...] *ganz fern*“ und zum anderen würde die verschuldensunabhängige Haftung kleinere Betriebe unverhältnismäßig stark treffen, weil diese sich – anders als Industriebetriebe – nicht ohne weiteres selbst- oder fremdversichern könnten.¹⁶³³ Das erste Argument kann mittlerweile nicht mehr überzeugen.¹⁶³⁴ Schließlich ist die Anwendung von § 278 BGB durch ein zunehmend großzügiges Verständnis des Schuldverhältnisses und der sich darin befindlichen Pflichten ubiquitär geworden. Der Gedanke für den Gehilfen womöglich unbedingt eintreten zu müssen, ist daher Teil des heutigen Rechtsbewusstseins. Aber auch das zweite, tragende Argument ist angreifbar. Größere Betriebe können wegen des Gesetzes der großen Zahl einzelne Schäden oder

1633 *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 1094.

1634 So auch *HKK/Schermaier*, 2007, §§ 276–278 Rn. 84 a.E.

Haftungsrisiken schließlich immer leichter als kleinere Betriebe abfedern. Der Vorteil ist insofern nur relativ. Auch kleinere Betriebe können Risiken durch Eigenversicherung internalisieren, anderenfalls wäre selbst die Haftung für Leistungspflichtverletzungen überfordernd. Zudem werden gerade größere Betriebe durch die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB bevorzugt: Ungeachtet der vielfältigen Einschränkungen durch die Rechtsprechung steht einem Großbetrieb nämlich grundsätzlich ein dezentralisierter Entlastungsbeweis offen¹⁶³⁵ – mithin können Auswahl-, Kontroll- und Überwachungspflichten hinsichtlich der Angestellten bei steigender Unternehmensgröße immer weiter die Hierarchieleiter hinab delegiert werden. Mit aufgrund des Gesetzes der großen Zahl wachsendem Nutzen der Arbeitsteilung in Großbetrieben steigt somit gleichzeitig die Möglichkeit des Unternehmens, sich für das Verhalten der diesen komparativen Vorteil generierenden Arbeitskräfte zu exkulpieren. Dieser Widerspruch wurde scharf kritisiert¹⁶³⁶ und ist stets Ausgangspunkt der – durch die Rechtspraxis mittlerweile zu großen Teilen verwirklichten¹⁶³⁷ – Forderung, die Haftung für das Verrichtungsgehilfen der Haftung für das Verhalten von Erfüllungsgehilfen anzugleichen.¹⁶³⁸ Die historischen Gründe für die Einschränkung des § 831 I 2 BGB – und damit *raison d'être* der Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten – sind damit auch¹⁶³⁹ aus heutiger Perspektive nicht mehr überzeugend.¹⁶⁴⁰

1635 S.o., S. 85ff.

1636 Vgl. von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1706 (§ 831 BGB hat „die Phantasie von Generation von Juristen angeregt, über Umgehungsmöglichkeiten nachzusinnen“).

1637 S.o., S. 90f.

1638 Vgl. Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 409 („aus wohlfahrtsökonomischer Sicht vorteilhaft [...], die Haftung für Verrichtungsgehilfen ebenso auszustatten wie die für Erfüllungsgehilfen“).

1639 Faktisch hatte § 831 BGB auch aus zeitgenössischer Perspektive bereits eher die relative *Besserstellung* von Großunternehmen zur Folge, was die Argumentation des BGB-Gesetzgebers weiter aushöhlt, instruktiv *Berger*, *Grenzen*, 1935, S. 56f.

1640 Vgl. zur Kritik treffend *Berger*, *Grenzen*, 1935, S. 56ff.; *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. 162 (Fn. 146) m.w.N.

bb) Rechtsprinzipien für die Zurechnung von (Neben-) Pflichtverletzungen eines Erfüllungsgehilfen

Die drei zentralen Zurechnungsprinzipien, die im Rahmen der Auseinandersetzung über § 278 BGB ins Feld geführt werden, sind: das Prinzip der Einheit von Chance und Risiko (Äquivalenz), die Frage der Beherrschbarkeit des Risikos (Prävention) und die Rückführung eines Risikos auf den eigenen Einflussbereich (Sphärengedanke).¹⁶⁴¹

(1) Gedanke der Einheit von Chance und Risiko

§ 278 BGB wird als Durchbrechung des Verschuldensprinzips von der herrschenden Meinung auf den Gedanken der Einheit von Chance und Risiko zurückgeführt.¹⁶⁴² Dabei lässt sich generell kritisieren, dass die Betrachtung einseitig nur die Vorteile des Schuldners im Blick hat. Die Vorteile der Arbeitsteilung für den Gläubiger, wie beispielsweise die Einbindung zusätzlicher Expertise, Beschleunigung des Arbeitsprozesses, verbesserte Möglichkeiten der Präferenzbefriedigung, etc., werden dabei außer Acht gelassen.¹⁶⁴³ Zudem wird kritisiert, dass der Gedanke nicht ohne weiteres auf unentgeltliche Schuldverhältnisse passe.¹⁶⁴⁴ Aber auch ohne Gegenleistung kann die Befreiung von einer Pflicht durch Delegation auf einen Gehilfen einen wirtschaftlichen Vorteil generieren.¹⁶⁴⁵ Bezieht man nicht die Arbeitserleichterung im Hinblick auf die Erfüllung

1641 Stellvertretend für viele Vertreter in der Literatur *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 176ff. *Paßmann* meint zudem als Haftungsgrund die rechtspraktische Überlegung ausmachen zu können, dass der Verweis auf den Gehilfen als bereits bestehenden Haftungsadressaten von der herrschenden Meinung als ungenügend angesehen wird, *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 152ff. *Tröger* kann wegen dieser dogmatisch vielschichtigen Struktur keine eindeutige Funktion der Zuweisung von Betriebsrisiko erkennen und sieht weiteren Klärungsbedarf, *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 164f.

1642 S.o., S. 253 (Fn. 1023).

1643 *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 180 (unehrliche Bewertung der „*Risikoprofitrelation*“); *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, 152 („*Nutzniebungsgedanke [...] im Hinblick auf die Schutzpflichtenlage unergiebig*“).

1644 Vgl. *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507 (Fn. 19); *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 86.

1645 Das erkennt zwar auch *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 86 im Ansatz nicht. Er hält den Gedanken aber nicht mehr für tragfähig, wenn der Schuldner seine geldwerte Arbeitsleistung konkret nicht geldwert hätte einsetzen können. Rein wirtschaftlich besehen kommt aber noch eine Vielzahl weiterer Opportunitätskosten in Frage. So könnte sich der Schuldner auch mit seiner Karriereplanung beschäftigen oder seine Lieblingsfernsehserie verfolgen und dieser Zeit durch seine konkludent erklärte Präferenz hierfür wirtschaftliche Relevanz zukommen lassen (volkswirtschaftlich-utilitaristischer Begriff des Nutzens). Faktisch von einer Pflichterbrin-

der Leistungspflichten mit ein¹⁶⁴⁶, so ist im Hinblick auf Nebenpflichten schließlich gar kein Vorteil für den Schuldner durch die Einschaltung des Gehilfen erkennbar.¹⁶⁴⁷ Dies zeigt sich insbesondere an der recht großzügigen Zurechnung von Straftaten¹⁶⁴⁸: Hier wird deutlich, dass die Einzelfallumstände sowie insbesondere der Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses für die Abgrenzung der Begriffe „in Ausführung“ und „bei Gelegenheit“ auf Basis des Risiko-Profit-Gedankens praktisch keine Rolle spielen. Dieses Prinzip lässt sich daher in der Anwendung der herrschenden Meinung als zumindest zu pauschal und wenig präzise kritisieren.¹⁶⁴⁹

(2) Beherrschbarkeit der Gefahr

§ 278 BGB wird zudem in seinem dogmatischen Haftungsgrund darauf zurückgeführt, dass der Schuldner die durch den Erfüllungsgehilfen repräsentierte Gefahr (besser) beherrschen kann.¹⁶⁵⁰ Den Begriff plagt auf den ersten Blick eine

gung befreit zu werden, hat somit aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive immer einen Wert, vgl. *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. 194; *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. 6, 539; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 53f.; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 117 (Fn. 15f.).

1646 Dagegen s.o., Beispiel 48, S. 439ff.

1647 So auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 103 sowie i.E. zutreffend *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 98f., der allerdings als – sogleich wegen eines haftungsbe gründenden Zirkelschlusses verworfenen – Nutzen die Tatsache nennt, „*dass der Gehilfe den Gläubiger nicht schädigt*“. Dabei erwägt er im Speziellen, ob der Schuldner von der durch den Erfüllungsgehilfen vermittelten „*Nichtschädigung*“ profitieren kann, weil er für potentielle Geschäftspartner an Seriosität gewinnt. Anders als bei dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen für Leistungspflichten bedeutet die Einschaltung Dritter bei Nebenpflichten aber präzise betrachtet schon im Ansatz keinen Vorteil, sondern einen Nachteil. Schließlich erhöht sich ab dem Moment der Betrauung des Dritten die absolute Wahrscheinlichkeit, dass die Nebenpflicht verletzt wird. Aus diesem Grund kann kein Fernziel der Einschaltung von Erfüllungsgehilfen in die Erfüllung von Nebenpflichten einen Vorteil des Schuldners begründen.

1648 Vgl. *MüKo-BGB/Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48; *Jauernig/Stadler*, 17. Aufl. 2018, § 278 Rn. 12; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 39

1649 So zu Recht *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 181f.; gegen den Gedanken von Einheit von Chance und Risiko bei Drittverhalten im Bereich der Nebenpflichten auch *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 43; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 103 („*gekünstelt*“); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 162f.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 87, 98f.

1650 Vgl. *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 54; *MüKo-BGB/Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47; *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 1; *Wendelstein*, AcP

ähnliche Schwäche wie den Vertrauensbegriff¹⁶⁵¹: Was genau beherrschbar ist, lässt sich nicht ohne normatives Vorverständnis des Begriffs erklären.¹⁶⁵² Wann genau der Gläubiger ein Schadensrisiko beherrschen kann, wird nämlich entscheidend davon beeinflusst, welche Vorgänge man aufgrund einer wertenden Entscheidung noch vom ihm als beherrschbar ansieht. Die Frage verschiebt sich damit von „Was ist konkret beherrschbar?“ zu „Was soll abstrakt beherrschbar sein?“¹⁶⁵³ Weil das Risiko im Einzelfall eben gerade nicht beherrscht wurde¹⁶⁵⁴, kann die Begrenzung der Verantwortlichkeit über dieses Kriterium also nur abstrakt-wertender Natur sein. Welche Gedanken aber wiederum die Beherrschbarkeit konturieren, bleibt regelmäßig im Dunkeln. Allein aus dem Kriterium der Beherrschbarkeit ergeben sich die Maßstäbe zur näheren Konturierung – anders als beispielsweise die Risikozuweisung an den *cheapest cost avoider*, der die Beherrschbarkeit mit dem Maßstab der Effizienz ausfüllt – jedenfalls nicht. Ohne nähere Konkretisierung (beispielsweise durch Ausfüllung des Kriteriums der Beherrschbarkeit mit der Forderung effizienter Schadensvermeidung) muss sich dieses Prinzip eine gewisse Beliebigkeit in der Ergebnisfindung vorwerfen lassen.¹⁶⁵⁵

(3) Risikoverortung in der Sphäre des Schuldners

Zuletzt kommt die Anwendung des § 278 in Betracht, weil das vom Handeln des Erfüllungsgehilfen repräsentierte Risiko dem Einflussbereich des Schuldners – und damit dessen Sphäre – zuzurechnen ist.¹⁶⁵⁶ Der Begriff der Sphäre ist aber –

215 (2015), 70, 84; *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung, 2002, S. 190. Der Begriff der Beherrschbarkeit wird hierbei bisweilen durch den Begriff der Vorhersehbarkeit der Schadensentstehung eingeschränkt, vgl. *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 183f.

1651 Hierzu näher s.o., S. 216ff.

1652 *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 184f.

1653 Vgl. beispielsweise *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 54, der die Grenze der Beherrschbarkeit – und seiner Ansicht nach deshalb auch diejenige des § 278 BGB – an der Stelle erreicht sieht, an welcher der Bereich „*der allgemeinen Lebensführung des Gehilfen*“ tangiert wird. Die Beherrschbarkeit wird so als Kriterium mit einer anderen, weiteren Wertung unterworfen.

1654 Klammert man ein vorsätzlich unterlassenes Eingreifen durch den Geschäftsherrn aus.

1655 *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 186.

1656 *S. Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 152f.; *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 41.

isoliert betrachtet – in hohem Maße unscharf.¹⁶⁵⁷ An anderer Stelle wird deshalb danach gefragt, was der Gläubiger vom Schuldner im Einzelfall im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für Dritte erwarten kann.¹⁶⁵⁸ Allerdings ist Arbeitsteilung in der heutigen Welt eine derartige Selbstverständlichkeit, dass sich hinterfragen lässt, ob der Gläubiger überhaupt noch die Erfüllung durch den Schuldner selbst erwarten darf.¹⁶⁵⁹ Kann der Gläubiger aber ohnehin nicht mehr auf die eigenhändige Leistung durch den Schuldner vertrauen, so stellt sich schnell die Frage, inwieweit Handlungen Dritter sich als Nebenpflichtverletzungen des Schuldners darstellen können. Der Versuch einer Risikoordnung nach Sphären, die ausschließlich die Wahl zwischen Gläubiger oder Schuldner lässt, kann dann durchaus in die Irre führen.

Ist die verletzte Pflicht nämlich – wie im Bereich der Verkehrssicherungsspflichten – inhaltlich auf das Jedermannsrecht zurückzuführen, so trifft das Jedermannsrecht in diesen Fällen schließlich die Entscheidung, das Risiko primär dem Schädiger zuzuweisen. Eine sekundäre Risikozuweisung an den Schuldner kommt nur über § 831 I 1 BGB sowie über § 823 I (Verletzung einer Organisationspflicht) in Betracht. Kommt auch eine sekundäre Risikozu-

1657 Selbst die räumliche Sphäre des Schuldners gehört nicht zwingend zu dessen „Sphäre“, vgl. BGH, Urt. v. 21.12.1965 – VI ZR 161/64, Rn. 16ff.; näher zu diesem augenscheinlichen Widerspruch *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 192f.

1658 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. 302 („vertragsspezifische Schutzpflicht“); *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 181f. (Fn. 79); *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 55 (Frage danach, „wie weit die [Nebenpflichten] [...] unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (§ 157) im konkreten Fall gehen“). Ähnlich überlegt *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 165 das Betriebsrisiko über die relative Zwecksetzung des Schuldverhältnisses zuzuweisen. Analog zu den Leistungspflichten könnte man in der Subsumtion über §§ 133, 157 BGB überprüfen, ob sich die konkrete Pflicht auch auf eine arbeitsteilige Erbringung erstrecken sollte, vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 491. Das Verhalten des Erfüllungsgehilfen wird also zugerechnet, wenn mit einer Pflichterbringung im Wege der Arbeitsteilung nach §§ 133, 157 BGB zumindest zu rechnen war. Das passt indes nur auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse. Selbst dort müssen Bedenken geäußert werden, ob die §§ 133, 157 BGB zumindest mittelbar auf das mittels – vom Parteivillen losgelöster – Nebenpflichten verbürgte Haftungsrisiko Einfluss haben dürfen. Was nicht durch Auslegung begründet wurde, sollte eigentlich auch nicht durch Auslegung begrenzt werden dürfen. *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 488f. will die Grundsätze zu § 278 BGB bei der Handlung eines Dritten bereits in der Pflichtbestimmung berücksichtigen. Damit hat die für § 278 BGB entwickelte Dogmatik nach seiner Ansicht sogar unmittelbare Auswirkung auf den Pflichtbestand nach § 241 II BGB.

1659 So schon vor über vierzig Jahren *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 513f.; ähnlich *Erman/Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 1.

weisung an den Schuldner über die §§ 831, 823 BGB im Einzelfall nicht in Betracht – fällt also eine klare Zuordnung des Risikos in der Dichotomie Schuldner/Gläubiger schwer –, so spricht einiges dafür, von der Anwendung des § 278 BGB gänzlich abzusehen.¹⁶⁶⁰ Bezogen auf Nebenpflichten würde das bedeuten, dass gewisse Risiken weder dem Schuldner noch dem Gläubiger sondern vielmehr dem Schädiger zuzuweisen sind – und folglich auch nur dieser für die Integritätsbeeinträchtigung haftet. Insbesondere im Bereich der Verkehrssicherungspflichten wird man aber auch den gesetzgeberischen Willen bei Erlass des § 241 II BGB berücksichtigen müssen. Bleibt die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit für Drittverhalten trotz grundsätzlich parallel im Deliktsrecht bestehender Verhaltensanforderung hinter dem Schuldverhältnisrecht zurück, so kommt es in diesem Fall im Ergebnis auf die Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB an. Sofern aber eine Schutzlücke im Bereich der Drittverantwortlichkeit besteht, widerspräche es der gesetzgeberischen Intention für Nebenpflichten, die Anwendung von § 278 BGB deshalb abzulehnen, weil die Beteiligung von Erfüllungsgehilfen heutzutage ohnehin nahezu selbstverständlich ist.

Vorzugswürdig ist daher an dieser Stelle eine vom konkreten Willen des Schuldners der Nebenpflicht völlig losgelöste Betrachtung.

Tröger schlägt an dieser Stelle als alternative Kriterien einen abstrakten „Organisationswillen“ sowie – vor allem – eine objektive Risikoanalyse vor.¹⁶⁶¹ Im Rahmen der Risikoanalyse sei zum einen zu fragen, ob der Schuldner das Risiko des Dritten durch überlegene Einwirkungsmöglichkeiten besser hätte beherrschen können (Aspekt der überlegenen Risikobeherrschung). Das ähnelt dem Begriff des cheapest cost avoider. Zum anderen sei zu fragen, ob der Schuldner das Risiko für den Dritten einzustehen, besser tragen kann (Aspekt der überlegenen Risikotragung). Das wieder-

1660 So bereits überzeugend E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502, 513f. („Schuldverhältnis [erweist sich] mit seinen überkommenen Gefährüberwälzungen als immer unsicherer Ordnungsfaktor“).

1661 Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 523f.

rum ähnelt der Eigenversicherung innerhalb des Begriffs des cheapest cost insurer. Die Risikoanalyse erstreckt sich dann konsequenterweise auch auf die Frage, ob der Dritte zur Erfüllung oder nur bei Gelegenheit der Erfüllung der ihm zur Wahrnehmung übertragenen Verbindlichkeit tätig geworden ist.¹⁶⁶² Es sei also zu fragen, ab welchem Punkt dem Schuldner die bessere Risikobeherrschung entgleitet. Eine derart verobjektivierte Erwartung des Gläubigers nähert sich indes wieder dem Gedanken der Beherrschbarkeit – mitsamt der damit verbundenen Ausfüllungsbedürftigkeit des Begriffs – an.

Der Begriff der Sphäre kennzeichnet damit zwar die Notwendigkeit, ein Risiko dem Schuldner zielgerichtet zuzuordnen zu können. Wie beim Begriff der Beherrschbarkeit bedarf es aber auch hier ergänzender Kriterien, um die Sphäre des Schuldners inhaltlich abzustecken, die sich dem Wortsinn der Sphäre nicht unmittelbar entnehmen lassen.

(4) Prinzipienübergreifende Kritik

Allen drei Prinzipien ist gemein, dass sie nicht ausschließlich im Schuldverhältnisrecht Anwendung finden: Aspekte der Gefahrbeherrschung, der Gedanke der Einheit von Chance und Risiko sowie Sphären als Zurechnungsgrund spielen allesamt auch im Jedermannsrecht eine Rolle.¹⁶⁶³ Dass die Prinzipien von der herrschenden Meinung trotzdem zur Bestimmung von Drittverantwortlichkeit herangezogen werden, kann zweierlei bedeuten. Zum einen lässt sich dies kritisieren, weil sich etwaige Unterschiede zwischen Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht bei der Verantwortlichkeit für Dritte so nicht überzeugend begründen lassen. Wie können schließlich die Ergebnisse unterschiedlich sein, wenn die zugrundeliegenden Prinzipien identisch sind? Zum anderen könnte man mit dieser subversiven Frage gerade die Prämisse dieser Kritik in Frage stellen. Schließlich konnte bereits oben der Befund getroffen werden, dass sich die Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter trotz grundsätzlicher gesetzlicher

¹⁶⁶² Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 524f.

¹⁶⁶³ Ähnlich auch Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 154.

Unterschiede zwischen Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht faktisch in beiden Bereichen deutlich angenähert hat.¹⁶⁶⁴ Das mag man durchaus darauf zurückführen, dass die gleichen Zurechnungsprinzipien herangezogen werden. Insgesamt kann also keines der ins Feld geführten Prinzipien ohne nähere Konkretisierung als alleiniger Haftungsgrund für die Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB auf Nebenpflichten überzeugen.

cc) Anknüpfung an die Verantwortung des Schuldners für die Verbindlichkeit als Haftungsgrund

Anknüpfend an ein Urteil des Reichsgerichts¹⁶⁶⁵ wird die *ratio* des § 278 BGB bisweilen auch aus der geschuldeten Verbindlichkeit selbst hergeleitet.¹⁶⁶⁶ Das ist indes im Kern eine Argumentation, die auf die Anwendung von § 278 BGB auf Leistungspflichten zugeschnitten ist.¹⁶⁶⁷ In einer Variation dieses Ansatzes

1664 S.o., S. 90.

1665 RG, Urt. v. 23.6.1883 – I 249/83, RGZ 10, 164. Dabei war hier vor allem die Sentenz des Reichsgerichts interessant, dass, wer „*sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im ganzen*“ verpflichte, „*alle zur Ausführung etwa erforderlichen Hilfspersonen nur auf seine eigene Gefahr*“ hin einschalte, RG, Urt. v. 23.6.1883 – I 249/83, RGZ 10, 164, 166f. Das Reichsgericht wies dabei das Risiko aus dem Handeln eines Erfüllungsgehilfen unmissverständlich dem Schuldner zu.

1666 So *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 154ff. Der Begriff der „*Verbindlichkeit*“ sei dabei desjenigen des „*Vertrags*“ vorzugswürdig, weil ansonsten gesetzliche Schuldverhältnisse vom Ansatz ausgenommen wären. Entscheidend sei auf die Verpflichtung abzustellen, einen Erfolg im Sinne eines Privatinteresses herbeizuführen, *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 156, 158. Der Begriff des „*Privatinteresses*“ soll dabei bewusst weiter gefasst sein als der Erfolgsbegriff des § 362 I BGB. Daraus lasse sich dann die Haftung für das Verhalten Dritter ableiten, vgl. zu diesem Gedanken die Aussage des BGB-Gesetzgebers, *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 16 („*Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist.*“).

1667 So müssen denn auch einige Schwierigkeiten zugestanden werden, das Schulden eines Erfolges auf Nebenpflichten zu beziehen: *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 160ff. hält zwar Nebenpflichten nicht für klagbar, die Erfüllung von Nebenpflichten hält er aber dennoch für möglich, wenn sie ausdrücklich oder aufgrund (ergänzender) Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB vereinbart wurden. Dieses Verständnis passt allerdings nur auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse. Schließlich passt jede Form der Auslegung nicht auf rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse. Verallgemeinert werden solche Nebenpflichten mit dem Begriff der Erfolgsschuld im Sinne eines Privatinteresses für vereinbar gehalten, die eine spezifische und unmittelbare Anbindung an die Hauptleistung haben, näher *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 162. Eine Nebenpflichthaftung des Schuldners für das Verhalten

wird eine Zurechnung deshalb für gerechtfertigt gehalten, weil sich der grundsätzlich persönlich haftende Schuldner überhaupt Dritter zur Erfüllung seiner Leistungspflicht bedienen darf.¹⁶⁶⁸ Im Gegenzug dafür, dass nicht bereits die tatsächliche Betrauung eines Dritten mit Leistungspflichten eine eigene Pflichtverletzung des Schuldners darstelle, müsse der Schuldner für seinen Bewahrungshelfen nach Maßgabe des § 278 BGB haften.¹⁶⁶⁹

Als Haftungsgrund für die Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB auf Nebenpflichtverletzungen ist der Gedanke abstrakt durchaus interessant. Als rein theoretischer Ansatz fehlt es ihm aber an Konturen für die Subsumtionspraxis. Zudem lässt sich durchaus hinterfragen, ob sich die (großzügige) Anwendung von § 278 BGB auf eine persönliche Schuld der Nebenpflicht durch der Schuldner stützen lässt. Schließlich wurde bereits herausgearbeitet, dass Nebenpflichten sowohl im methodischen Ansatz als auch in der Begründung fremdbestimmt sind.¹⁶⁷⁰ Wenn die Pflicht aber von objektiven (Verteilungs-)Erwägungen geprägt ist, warum sollte der Schuldner sie dann persönlich schulden? Auch der Gedanke einer besonderen Verantwortung des Schuldners, aufgrund derer er sich das Verhalten von Erfüllungshelfen zurechnen lassen muss, erweckt den Eindruck, als ob der Schuldner sich zur Nebenpflicht verpflichtet habe. Mit der heteronomen Qualität von Nebenpflichten ist das kaum zu vereinbaren. Schließlich erfolgt auch der Einsatz von Erfüllungshelfen im isolierten Hinblick auf die Erfüllung von Nebenpflichten niemals zielgerichtet.¹⁶⁷¹ Ein richtiges Gegen-

ihm zuzurechnender Dritter wird damit über § 278 BGB begründet, wenn sich die Pflicht quasi als notwendige Kehrseite der Hauptleistungspflicht darstellt. *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 162f. benutzt hierbei das Beispiel eines Beförderungsvertrages, der im Verlauf zur Folge hat, dass dem Kunden beide Beine gebrochen werden. Der geschuldete Erfolg in Form eines reibungslosen Transports bleibt damit aus. Dass dieses Ergebnis durch einen vom Schuldner eingeschalteten Dritten befördert wurde, dürfe für die Haftung des Schuldners keine Rolle spielen. Eine Haftung aus Nebenpflichtverletzung – und als notwendiger Bestandteil eine Zurechnung nach § 278 BGB – sei damit zu bejahen.

1668 So *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 87ff. Erneut wird damit der *telos* des § 278 BGB an die Schuld der Verbindlichkeit geknüpft. Übertragen auf Nebenpflichten würde der Normzweck des § 278 BGB aber in der Verantwortung des Schuldners für das Schuldverhältnis gesehen, *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 99ff. Damit wird der Begriff der Schuld für Nebenpflichten – und damit auch die oben angesprochenen Abgrenzungsprobleme – vermieden.

1669 *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 100.

1670 S.o., S. 169 (Fn. 688), 142f.

1671 Zutreffend *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 103.

stück hat die Zurechnung über § 278 BGB daher auch nicht in der Möglichkeit des Schuldners, Dritte im Nebenpflichtkreis einzusetzen.

dd) Gefahrerhöhung als Haftungsgrund

Ausgangspunkt der Begründung einer Nebenpflicht muss zumindest dann § 278 BGB selbst sein, wenn es gerade darum geht, diese Norm zur Anwendung zu bringen.¹⁶⁷² § 278 BGB ist nach allgemeiner Meinung auf Nebenpflichten aus § 241 II BGB anwendbar.¹⁶⁷³ Fasst man die Begründungsversuche der herrschenden Meinung zusammen, so ist eine gewisse Zirkularität aber nicht zu verleugnen: Weil § 278 BGB offensichtlich auf Nebenpflichten anwendbar sein muss, wird die Norm trotz ihres Zuschnitts auf Leistungspflichten auch auf Nebenpflichten angewendet.¹⁶⁷⁴ Ein überzeugender Ansatzpunkt könnte es deshalb sein, die Lösung weniger in der herkömmlichen Dogmatik des § 278 BGB als vielmehr im Schutzzweck und Haftungsgrund der (jeweiligen) (Neben-) Pflicht(en) zu suchen.¹⁶⁷⁵

1672 Sofern Lücken bei der Haftung für Dritte geschlossen werden sollen, ist genau das der Fall. In der Begründung einer Nebenpflicht ist damit auf den Haftungsgrund des § 278 BGB zu rekurrieren. Die dort entwickelten Leitlinien werden bisweilen sogar auf Nebenpflichten insgesamt übertragen, vgl. *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 112.

1673 MüKo-BGB/*Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 21; *Jauernig/Stadler*, 17. Aufl. 2018, § 278 Rn. 10; *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 15; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 487 (Fn. 277) m.w.N.; *Erman/Westermann*, Erman, § 278 Rn. 22. Bei Erlass des § 241 II BGB hat auch der Gesetzgeber die tatbestandliche Anwendbarkeit des § 278 BGB auf Nebenpflichten vorausgesetzt, vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 125 („*Verletzung von Schutzpflichten erzeugt daher Ansprüche nach dem Recht der Sonderverbindung, verbunden insbesondere mit der Anwendbarkeit von § 278 [BGB] [...]. [...] Daran soll nichts geändert werden.*“).

1674 Vgl. jüngst *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 78, der die Vorgehensweise der h.M. als „*begriffsjuristischen Trick*“ bezeichnet. Schon vor Erlass des § 241 II BGB wurde kritisch hinterfragt, ob sich die *ratio* hinter der positiven Forderungsverletzung und der *culpa in contrahendo* überhaupt auch auf die Anwendung des § 278 BGB erstrecke, *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507. Auch nach der Schuldrechtsreform wird die uneingeschränkte Geltung des § 278 BGB für Nebenpflichten als „*Rechtsentwicklung „vom Ergebnis her*““ (*E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 507f.) kritisiert, *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 489.

1675 Vgl. *Staudinger/Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 43 (Abkehr vom bei Leistungspflichten vorherrschenden „*Gefahrtragungsgedanken*“ bei Nebenpflichten), 55 (für § 278 BGB entscheidende Frage, „*wie weit*“ die Nebenpflichten gem. § 157 BGB „*im konkreten Fall gehen*“); *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 491. Genau dieser notwendige Rekurs auf die Dogmatik der Nebenpflichten macht die Lösungsansätze natürlich auch so vielfältig und unüber-

Beispiel 48 Scheidet im Malerfall¹⁶⁷⁶ eine Haftung des Malers gegenüber dem Kunden aus Jedermannsrecht (§§ 823, 831 BGB) aus, so besteht im Hinblick auf die Handlung des Gehilfen¹⁶⁷⁷ eine Haftungslücke (kein Eingreifen der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB), welche mittels eines Anspruchs aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB geschlossen werden kann. In Betracht kommt die Verletzung einer Nebenpflicht, welche die sonstigen Rechtsgüter (Eigentum) des Gläubigers im Rahmen der Schuldverhältnis-Durchführung schützen soll. Der Angestellte profitierte beim Diebstahl von der Tatsache, dass er sich im Rahmen seiner Tätigkeit bereits in der Wohnung des Kunden befand und so einfachen, ungeschützten Zugriff auf die Uhr hatte. Einen Fremden hätte der Kunde schließlich gar nicht in die Wohnung gelassen. Damit nutzte der Angestellte in seiner Position als Malergehilfe beim Diebstahl eine durch den Maler vermittelte, erhöhte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Kunden.

Dass vom Schuldner (im Malerfall also dem Maler) selbst im Regelfall die gleiche Gefahr für die Integrität des Gläubigers gedroht hätte, ist unbeachtlich. Die Gefahrerhöhung im hier verstandenen Sinne ist vielmehr im Vergleich zu potentiellen Drittschädigern – mithin der Allgemeinheit – festzustellen. Auch die hiernach unterscheidende Literatuansicht legt dem Begriff der Gefahrerhöhung so aus.¹⁶⁷⁸ Ähnlich verfährt bisweilen auch die Rechtsprechung, wenn sie den Gedanken ergänzungshalber heranzieht.

Beispiel 49 So rechnete das OLG Nürnberg einem Hotelbetreiber die vorsätzliche Schwarzfahrt mit dem AUDI A8 eines Gastes durch den nicht

sichtlich. Die ausufernde Begründungsvielfalt in der Ursprungsforschung von Nebenpflichten war schließlich unter anderem Anstoß zu dieser Arbeit.

1676 S.o., S. 439.

1677 Hätte der Maler selbst gehandelt, so wäre ein gegen ihn gerichteter Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB teleologisch subsidiär gegenüber den Ansprüchen aus Jedermannsrecht.

1678 Exemplarisch MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48 („maßgeblich, ob die Einschaltung des Gehilfen gefahrerhöhend wirkt, was auch zu bejahen ist, wenn etwa der Installateur in der Wohnung „bei Gelegenheit“ eine Goldkette stiehlt“); Soergel/Pfeiffer, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 41.

mit einer gültigen Fahrerlaubnis ausgestatteten Nachtportier über § 278 BGB – sowie die hieraus resultierende Beschädigung des Autos – u.a. deshalb zu, weil die schädigende Handlung „erst dadurch ermöglicht [wurde], dass der [Nachtportier] [...] Zugriff auf den bei ihm in Verwahrung gegebenen Fahrzeugschlüssel hatte“ („Portierfall“).¹⁶⁷⁹ Ein gegenüber dem Tätigwerden des Schuldners erhöhtes Risiko einer Schwarzfahrt durch den Nachtportier war hier freilich nicht festzustellen, hätte der Hotelbetreiber doch identisch handeln können, wenn man ihm selbst den Schlüssel überlassen hätte.

Die Gefahrerhöhung spiegelt sich damit in den gegenüber Fremden erhöhten Einwirkungsmöglichkeiten des Erfüllungsgehilfen auf die Integritätsinteressen des Gläubigers. Müsste der Einsatz des Erfüllungsgehilfen auch gegenüber dem Tätigwerden des Schuldners eine erhöhte Gefahr für die Integrität des Gläubigers darstellen (z.B. durch besondere kriminelle Energie des Erfüllungsgehilfen oder ausgeprägte Inkompetenz), so würde die Reichweite von § 278 BGB über Gebühr eingeschränkt. In solchen Fällen ist die Zurechnung über § 278 BGB zudem regelmäßig überflüssig – also häufig teleologisch subsidiär –, da schon eine Pflichtverletzung des Schuldners in der Betrauung des Erfüllungsgehilfen liegen dürfte, welche zur Haftung aus §§ 823 I, 831 BGB führt.

Beispiel 48 *Dass der Maler bei eigenem Handeln im Ergebnis nicht aus §§ 280 I, 241 II BGB haftet hätte – sondern aus den §§ 823 I, 823 II BGB, 242 StGB – liegt allein in der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB begründet, nicht in einer fehlenden Gefahrerhöhung für die Integrität des Kunden im Vergleich zu Dritten. Die Gefahr für das Eigentum des Kunden hat sich damit durch Einschaltung des Malergehilfen aus einer ex-ante-Perspektive erhöht.*

Eine Haftung aus Schuldverhältnis lässt sich folglich im Malerfall auch mit Blick auf die Zielsetzung der Nebenpflicht rechtfertigen. Die schuldverhältnisbedingte Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB setzt aber – rein praktisch besehen – ein

1679 OLG Nürnberg, Urt. v. 19.4.2017 – 4 U 2292/16, Rn. 25.

Überkommen jeglicher Subsumtionsschwierigkeiten im Bereich des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB voraus. In Bezug auf Nebenpflichten ist also von einem Überwirken deren Haftungslegitimation auf den telos des § 278 BGB auszugehen.¹⁶⁸⁰ Sofern ein Zusammenspiel von schuldverhältnisbedingter Haftung aus Nebenpflichtverletzung und § 278 BGB notwendig ist, wird also das Prinzip der Einheit von Chance und Risiko als Normzweck von § 278 BGB durch die Haftungslegitimation der (jeweiligen) Nebenpflicht(en) ersetzt. Bezugspunkt der teleologischen Auslegung unter anderem des Begriffs des Bedienens ist dann der in dieser Weise modifizierte Normzweck. Da die Haftungslegitimationen der betroffenen Nebenpflicht im Malerfall – wie gezeigt – einschlägig sind¹⁶⁸¹, ist der Begriff des Bedienens innerhalb von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB unter systematischer Berücksichtigung der betroffenen Nebenpflicht teleologisch weit auszulegen. Dass sich der Schuldner (Maler) bei Wortsintreue nicht des Erfüllungsgehilfen (Gehilfen) spezifisch zur Erfüllung einer Nebenpflicht bedient hat, ist damit im Ergebnis unschädlich.¹⁶⁸²

Bei der wortlautgetreuen Subsumtion gestaltet sich die Anwendung des § 278 BGB auf Nebenpflichten wie gezeigt recht schwierig.¹⁶⁸³ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erfüllungsgehilfe allein in Bezug auf die Erfüllung von Nebenpflichten eingesetzt wurde und der Anwendungsbereich der Leistungspflichten

1680 In methodischer Hinsicht ähnlich Staudinger/Caspers, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 43 („Der dem § 278 zugrundeliegende Gefahrtragungsgedanke verschiebt sich hier: Nicht so sehr der mit der Einschaltung der Hilfsperson für den Schuldner verbundene Nutzen, sondern der Umstand, dass der Gläubiger seine Rechtssphäre anlässlich des Schuldverhältnisses dem Schuldner und seinen Hilfspersonen öffnet, rechtfertigt es, dem Gläubiger und den seiner Fürsorge unterfallenden Personen über die Deliktshaftung gem § 831 hinaus den besonderen Vertrauensschutz einer Gehilfenhaftung zukommen zu lassen, die nicht auf das Verschulden des Geschäftsherrn abstellt [...]. Aus dieser Funktion des § 278 folgt, dass der Gehilfe nicht speziell in den Pflichtenkreis des Schuldners gegenüber dem Gläubiger eingebunden sein muss, es vielmehr genügt, dass seine Tätigkeit schädliche Auswirkungen auf den Gläubiger haben kann.“); vgl. bereits Berger, Grenzen, 1935, S. 38f. (Fn. 208).

1681 Das ist die einschränkende Voraussetzung die vorliegen muss, um eine teleologische Extension zu rechtfertigen.

1682 Gegen die Wortlautgrenze bei über § 278 BGB zuzurechnenden Nebenpflichtverletzungen auch Picker, AcP 183 (1983), 369, 488f. (stattdessen „*ratio peinig genau*“ zu nehmen). Damit hat sich der Maler des Angestellten „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ im Sinne von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB bedient. Ob § 278 BGB hier über den Wortlaut hinaus zu begrenzen ist, wird im Kontext der Grenzen von § 278 BGB untersucht, s.u., S. 486ff.

1683 Vgl. auch Kamanabrou, NJW 2001, 1187, 1187f.

somit kein sachliches Korrektiv für die Zurechnung von Nebenpflichtverletzungen mehr bilden kann.¹⁶⁸⁴

Beispiel 50 Ein selbständiger Speditionsunternehmer beauftragt einen Lackierer damit, die sechs firmeneigenen LKW's von schwarz auf gelb umzulackieren („Lackierfall“).¹⁶⁸⁵ Um Zeit zu sparen, würde der Unternehmer den Arbeitsvorgang vom Lackierer gerne auf dem großräumigen Betriebsgelände durchführen lassen. Gemeinsam mit seinem Angestellten lackiert der Lackierer die LKW's mit einer unter Druck stehenden Sprühflasche auf einem sich ganz am Rande des Betriebsgeländes des Unternehmers befindlichen Sandplatz. Durch außergewöhnliche Windverhältnisse und fehlende mobile Abzugshauben sowie Schutzplanen kommt es zu erheblichen Verwehungen des gelben Lacks bis hin zum mehrere hundert Meter entfernt liegenden Firmenparkplatz des Unternehmers. Ein Arbeitnehmer hatte hier wie üblich seinen privaten PKW abgestellt. Durch die gelbe Lackwolke kommt es bei dem Fahrzeug zu Verfärbungen und Korrosionen. Der Arbeitnehmer möchte für den Schaden vom Unternehmer Ersatz verlangen.

In Betracht kommt ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Unternehmer aus §§ 280 I, 241 II BGB¹⁶⁸⁶. Der Unternehmer könnte dem Arbeitnehmer gegenüber eine Pflicht nach § 241 II BGB verletzt haben, wenn er sich das Verhalten des Lackierers sowie dessen Angestellten gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB bei der Beschädigung des PKW des Arbeitnehmers wie eigenes zurechnen lassen muss.¹⁶⁸⁷ Fraglich ist, ob der Unternehmer sich hier konkret

1684 Paradigmatisch hierfür ist der Versuch das „Einschalten“ im Sinne von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB in einer Dreipersonenkonstellation zu prüfen: Fallen der Gläubiger der Nebenpflicht und der Gläubiger der im Raume stehenden Hauptleistungspflicht auseinander, so lässt sich ein Einschalten des Dritten durch den Gläubiger der Hauptleistungspflicht in die Erfüllung der Nebenpflicht nur mittels einer Fiktion bejahen, ähnlich *Tröger, Arbeitsteilung*, 2012, S. 523.

1685 Fall nach BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99.

1686 Das BAG hatte den Sachverhalt noch nach alter Rechtslage zu beurteilen und prüfte dementsprechend einen Anspruch aus „positive[r] Vertragsverletzung“.

1687 Bezüglich des betrieblich eingebrachten Arbeitnehmereigentums trifft den Arbeitgeber schließlich eine „Fürsorgepflicht“, vgl. BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99, Rn. 19.

des Lackierers und dessen Angestellten zur Erfüllung einer Nebenpflicht als Verbindlichkeit bedient hat. Die herrschende Meinung ist hier sehr großzügig und bejaht ein Bedienen schon dann, wenn der Dritte aufgrund der privatautonomen Einschaltung durch den Schuldner mit den Rechtsgütern des Gläubigers in Berührung kommt.¹⁶⁸⁸ Damit lässt diese Ansicht Kausalität zwischen Einschaltung des Dritten und der späteren Schädigung genügen. Sofern der Schuldner bei eigener Handlung selbst aus §§ 280 I, 241 II BGB haften würde, dürfe bei der Einschaltung eines Dritten grundsätzlich nichts anderes gelten. Der Lackierer und sein Angestellter kamen hier mit dem Eigentum des Arbeitnehmers nur aufgrund der Beauftragung durch den Unternehmer in Berührung. Damit würde die herrschende Meinung eine Zurechnung des Verhaltens bejahen. Ein Bedienen des Lackierers zur Wahrung der Nebenpflichten im Wortsinne wird dem Unternehmer hier aber mehr unterstellt, als dass es sich rechtstatsächlich belegen ließe.

Die beispielhafte Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB auf Nebenpflichtverletzungen zeigt, dass die Norm hierbei an ihre Funktionsgrenzen stößt. Die Schwierigkeiten bei der Subsumtion lassen sich nur überwinden, wenn wiederholt auf die Zielsetzung der Nebenpflicht – Integritätsschutz – abgestellt wird. Die häufig bemühten Normzwecke des § 278 BGB im Kontext von Leistungspflichten passen dabei nicht auf Nebenpflichten. Vielmehr wird klar, dass der Erfüllungsgelhilfe aus einer *ex-ante*-Perspektive lediglich eine besondere, gegenüber dem Alltag erhöhte Gefahr für den Gläubiger repräsentieren muss, um die Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten – auch über den Wortsinn hinaus – zu rechtfertigen. Das Kriterium der Gefahrerhöhung stellt damit die Verbindung zwischen dem abstrakten Ziel der Nebenpflichten – dem Integritätsschutz – und einer sinnvollen Modifizierung des Normzwecks von § 278 BGB dar.

1688 S.o., S. 440 (Fn. 1616). Begründet wird diese Ansicht häufig damit, dass der Gläubiger sich durch die Einschaltung eines Dritten nicht seiner eigenen Haftung entziehen dürfe, so bereits der BGB-Gesetzgeber, s. *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 16. Jede auf der Arbeitsteilung beruhende Pflichtverletzung müsse – als Ausdruck des Prinzips der Einheit von Chance und Risiko – dem Schuldner zugerechnet werden, s.o., S. 253 (Fn. 1023).

ee) Zwischenergebnis: Gefahrerhöhung als Haftungsgrund

Haftungsgrund der Anwendung von § 278 BGB im Kontext von Nebenpflichten ist nach hier vertretener Ansicht das Element der Gefahrerhöhung für die Integrität des Gläubigers durch die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen.

c) Verlaufen der Haftungsgrenze?

Die in der Rechtspraxis entscheidende Frage ist weniger die Frage nach dem Warum der Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten sondern, inwieweit Handlungen von Erfüllungsgehilfen dem Schuldner als Nebenpflichtverletzungen zuzurechnen sind.

aa) Notwendigkeit eines Bezugs der Verletzungshandlung zur Einschaltung des Dritten

Während in § 831 I 1 BGB – sowie ähnlich in § 31 BGB und § 428 S. 1 a.E. HGB – mit der Phrase „in Ausführung der Verrichtung“ ein sachlicher Bezug des Handelns des Dritten zur Verrichtung der ihm vom Schuldner übertragenen Aufgabe gefordert wird¹⁶⁸⁹, fehlt eine solche Tatbestandsvoraussetzung im Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB. Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass § 278 BGB im Kern für die Verletzung von Leistungspflichten konzipiert ist. Sofern der Schuldner aber einen Dritten auf Basis der vorherigen Tatbestandsmerkmale in die Erfüllung seiner Leistungspflichten eingeschaltet hat und es deswegen zu einer entsprechenden Pflichtverletzung kommt, ist der sachliche Bezug zur übertragenen Aufgabe automatisch gegeben. Bei der Verletzung von Leistungspflichten ist diese ohnehin ungeschriebene Voraussetzung damit auch teleologisch überflüssig. Bei Nebenpflichten ist die Situation jedoch komplexer: Auch wenn ein Dritter auf Basis der vorhergehenden Tatbestandsmerkmale generell mit der Wahrnehmung der durch die Nebenpflichten geschützten Integritätsinteressen des Gläubigers betraut wurde, so kann nicht jede Nebenpflichtverletzung durch einen Erfüllungsgehilfen dem Schuldner zugerechnet werden. Deshalb wird von der ganz überwiegenden Ansicht über den Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB

1689 Näher *Kupisch*, JuS 1984, 250, 254.

hinaus unter Berufung auf den Normzweck ein irgendwie gearteter Bezug der Verletzungshandlung zur Einschaltung des Dritten gefordert.¹⁶⁹⁰ Umstritten ist aber, wie genau dieser Bezug beschaffen sein muss.

bb) Zurechnungsgrenzen der herrschenden Meinung

Die Ansicht der Rechtsprechung und der (noch) überwiegenden Auffassung in der Literatur fragt danach, ob der Erfüllungsgehilfe auch tatsächlich in Erfüllung der ihm zur Wahrnehmung übertragenen Verbindlichkeit tätig geworden ist, oder nur bei Gelegenheit ebendieser.¹⁶⁹¹

Beispiel 48 *Der Diebstahl eines Gehilfen in den Räumlichkeiten des Gläubigers wird als klassischer Fall einer Verletzung nur bei Gelegenheit der Erfüllung angesehen.*¹⁶⁹² *Dem Maler wäre also das Verhalten seines Angestellten im Malerfall*¹⁶⁹³ *nicht zuzurechnen.*

Die Abgrenzung orientiert sich inhaltlich an der Nähe der Handlung des Erfüllungsgehilfen zum ursprünglichen Einsatzzweck.¹⁶⁹⁴

1690 Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 52ff.; MüKo-BGB/*Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47ff.; Soergel/*Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 37; HK-BGB/*Schulze*, 9. Aufl. 2017, § 278 Rn. 11; Jauernig/*Stadler*, 17. Aufl. 2018, § 278 Rn. 12; Bamberger-Roth/*Unberath*, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 44; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 75f.; Erman/*Westermann*, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 39. Aus methodischer Perspektive stellt dieses Vorgehen eine teleologische Reduktion dar, vgl. MüKo-BGB/*Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47 („Einschränkung findet jedoch im Wortlaut des § 278 keinen Anhaltspunkt und ist daher allenfalls aus dem Normzweck (genauer: dessen Fehlen) herzuleiten“).

1691 S.o., S. 85 (Fn. 331).

1692 Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 278 Rn. 22; *Körber*, JA 2015, 673, 676f.; HK-BGB/*Schulze*, 9. Aufl. 2017, § 278 Rn. 11.

1693 S.o., S. 439.

1694 Letztlich ähnlich bejaht *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 103 eine Zurechnung des Verhaltens des „Bewahrungsgehilfen“ über § 278 BGB, solange der Dritte „mit dem Willen des Schuldners bei der Bewahrung einer diesem obliegenden Schutzpflicht als seine Hilfsperson tätig wird“. Als Grenze der Zurechnung fragt er danach, ob den Schuldner bei eigenem Verhalten auch eine entsprechende Nebenpflicht getroffen hätte, *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 90, 103). Daran ist zutreffend, dass die Frage, ob das verletzte Interesse schutzwürdig ist, im Verhältnis Schuldner/Gläubiger zu klären ist. Insbesondere bei der Beeinträchtigung vermögenswerter Interessen ist § 278 BGB im hier vertretenen Ansatz ja nur auf sekundärer Ebene betroffen. Zunächst ist schließlich mit eigenständigen Kriterien zu klären, ob die Verantwortung für das Interesse überhaupt dem Schuldner mittels einer Nebenpflicht zuzuweisen

Beispiel 51 Laut BAG können dem Arbeitgeber aktive „Mobbing“-Handlungen seiner Angestellten nach § 278 BGB nur zugerechnet werden, wenn sie die Nebenpflichten dem Arbeitnehmer gegenüber als Vorgesetzte konkretisieren („Mobbingfall“).¹⁶⁹⁵ Bei dem Mobbingopfer gleichrangigen Angestellten fehle es für die Anwendung von § 278 BGB am spezifischen Zusammenhang zur Vertragserfüllung. Damit bemüht das BAG hier sachlich die Abgrenzung danach, ob die Nebenpflichtverletzung in Erfüllung der übertragenen Handlung oder nur bei Gelegenheit derselben begangen wurde.

Beging der Erfüllungsgehilfe die Nebenpflichtverletzung nur bei Gelegenheit seiner Tätigkeit, so ist die Zurechnung nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zu verneinen.

ist. Erst dann rückt § 278 S. 1 Alt. 2 BGB ins Blickfeld. Die Frage, ob der Schuldner bei eigenem Handeln selbst aus schuldverhältnisbedingter Nebenpflichtverletzung gehaftet hätte, verschiebt den Normzweck des § 278 BGB aber gänzlich auf die Ebene der Nebenpflicht. Irgendeine Grenze muss sich auch aus § 278 BGB selbst ergeben. Sonst ließe sich nicht präzise begründen, warum nicht ein völlig Fremder die Haftung des Schuldners auslösen könnte. So lässt sich in der Definition des „Bewahrungsgehilfen“ erkennen, dass die Zurechnung dort enden soll, wo der Dritte nicht mehr „mit dem Willen des Schuldners bei der Bewahrung“ einer Nebenpflicht tätig war. Wann genau das sein soll, ist nicht erkennbar. Die Phrase „mit Willen des Schuldners bei der Bewahrung tätig sein“ erinnert damit an die – zunächst von Wendelstein verworfene – Abgrenzung der herrschenden Meinung. Etwas ironisch wirkt es daher, wenn Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 103 (Fn. 114) einen Ansatz kritisiert, der ein „Einsetzen“ des Schuldners „mit Richtung“ auf den Gläubiger fordert, weil unklar sei, „wann eine solche Bezogenheit auf den Gläubiger“ vorliege, vgl. zum hier angesprochenen, interessanten Ansatz näher Kamanabrou, NJW 2001, 1187, 1188 sowie s.o., 0, S. 468ff. Die erste Komponente der Definition („mit dem Willen des Schuldners“) knüpft an den im Nachhinein nur schwerlich auszulotenden Willen des Schuldners an. Der zweite Teil („bei der Bewahrung“) gibt zu erkennen, dass Handlungen des Dritten auch außerhalb der Bewahrung liegen können, was wegen des notwendigen Rückgriffs auf andere Kriterien Einfallstor für eben jene Abgrenzungsprobleme der überwiegenden Auffassung ist. Im Ergebnis sieht Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 105 (Fn. 118) seine Auffassung zwar in Übereinstimmung mit denjenigen, die eine Gefahrerhöhung oder eine erhebliche Erleichterung der Tat durch die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen fordern: Ein Schuldverhältnis – welches seinerseits Voraussetzung für die Anwendung von § 278 BGB ist – entstehe schließlich genau wegen eben dieser erhöhten Gefahr, ein geschütztes Interesse des Gläubigers zu beeinträchtigen. Dass beide Ansichten zu gleichen Ergebnissen führen, lässt sich aber durchaus bezweifeln. Zwar mag die faktische Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Anderen Grund dafür sein, ein Schuldverhältnis entstehen zu lassen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Dritte auch von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat. Nur wenn die Handlung des Dritten auch tatsächlich durch die Einschaltung als Erfüllungsgehilfe erleichtert wurde, hat sich die ex ante erhöhte Gefahr für die Rechtsgüter des Gläubigers auch realisiert.

¹⁶⁹⁵ Näher BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, Rn. 80f. (BAGE 122, 304, 325)

Beispiel 52 Eine lokale Fluggesellschaft lädt zwei örtliche Politiker zur Imagepflege auf eine Informationsveranstaltung ein, bei der den beiden auch ein unentgeltlicher Rundflug spendiert werden soll („Flugfall“).¹⁶⁹⁶ Als Pilot ist ein langjähriger Angestellter der Fluggesellschaft vorgesehen. Weil sich das für den Rundflug vorgesehene Flugzeug zurzeit in Düsseldorf befindet, wird ein Hobby-pilot beauftragt, das Flugzeug zu überführen. Dieser hatte das betreffende Flugzeug schon häufig von der Fluggesellschaft gemietet und war daher vertraut mit ihm. Nachdem er das Flugzeug nach Mannheim überführt hat, wird er erneut von der Fluggesellschaft kontaktiert. Die Fluggesellschaft instruiert den Hobbypiloten, den beiden Politikern mitzuteilen, dass sich der Pilot verspäten werde und deshalb der Rundflug um eine Stunde verschoben wurde. Der Hobbypilot ist noch so begeistert vom Fliegen, dass er im Adrenalinrausch beschließt den Rundflug selbst durchzuführen. Er holt daher die Politiker auf dem Rollfeld ab und stellt sich als Pilot vor. Kurz nach dem Abheben kommt der Hobbypilot aus Versehen gegen die Triebwerksregulierung und drosselt die Leistung. Weil das Flugzeug noch nicht die erforderliche Höhe erreicht hatte, gerät es deshalb beim nächsten Lenkeinschlag ins Schleudern und stürzt ab. Alle drei Insassen verunglücken tödlich. Die Hinterbliebenen der beiden Politiker wollen die Fluggesellschaft in Anspruch nehmen. Dabei stützen sie sich darauf, dass der Fluggesellschaft das Verhalten des Hobbypiloten nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zuzurechnen sei.

Der BGH lehnte eine Zurechnung des Verhaltens ab, weil der Erfüllungsgeselle hier lediglich bei Gelegenheit der ihm übertragenen Verbindlichkeit gehandelt habe.¹⁶⁹⁷ Die Abgrenzung des Handelns in Erfüllung und bei Gelegenheit der Erfüllung im Rahmen von Vorsatztaten des Erfüllungsgesellen richtete sich laut BGH danach, ob „dessen Verfehlung sich von dem ihm übertragenen

1696 Fall nach BGH, Urt. v. 14.2.1989 – VI ZR 121/88.

1697 BGH, Urt. v. 14.2.1989 – VI ZR 121/88, Rn. 23.

Aufgabenbereich so weit entfernt [habe], daß aus der Sicht eines Außenstehenden ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln der Hilfsperson und dem allgemeinen Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr zu erkennen ist“.¹⁶⁹⁸ Hier sei der „Gehilfe rein zufällig mit den Rechtsgütern des Geschädigten in einer Weise in Berührung gekommen [...], die ihm lediglich die Gelegenheit bot, wie ein deliktisch handelnder Dritter eine von den ihm übertragenen Aufgaben völlig losgelöste unerlaubte Handlung zu begehen“.¹⁶⁹⁹

Die von der Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung ist damit wertender Natur und bedarf einer angemessenen Berücksichtigung aller Sachverhaltsumstände.

cc) Kritik an der Abgrenzung der herrschenden Meinung

Gegen die Begrenzung des § 278 BGB durch die überwiegende Auffassung spricht, dass sich die hochnormative Wertung, ob eine Tat bei Gelegenheit oder in Erfüllung der übertragenen Aufgabe begangen wurde, nicht transparent herleiten lässt.¹⁷⁰⁰ Mit guten Argumenten ließe sich nämlich regelmäßig auch das Gegenteil begründen.

Beispiel 53 *So hat das OLG Düsseldorf einmal versucht, sich bewusst von dem Urteil des BGH im Flugfall (Beispiel 52)¹⁷⁰¹ abzugrenzen („Prokuristenfall“).¹⁷⁰² Es rechnete hier einem Gewerberunternehmen, welches Geschäftsräume vom Gläubiger angemietet hatte, das*

1698 BGH, Urt. v. 14.2.1989 – VI ZR 121/88, Rn. 23.

1699 BGH, Urt. v. 14.2.1989 – VI ZR 121/88, Rn. 23.

1700 Krit. auch Soergel/Pfeiffer, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 41 a.E. („zum Teil widersprüchliche Rechtsprechung“); Seok Kim, ZEuP 2013, 263, 268f.; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 76 (Subsumtionsergebnisse „kaum vorhersehbar“); Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 39 („Abgrenzung [...] schwierig“); vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1994 – XI ZR 238/94, Rn. 25: Dort wurde zunächst pauschal darauf hingewiesen, dass eigenmächtige Handlungen des Erfüllungsgehilfen die Zurechnung nicht zwingend entfallen lassen würden, um in den nächsten beiden Sätzen die Zurechnung abzulehnen, weil der Erfüllungsgehilfe zur konkreten Handlung „nicht berechtigt“ gewesen war.

1701 S.o., S. 465.

1702 Näher hierzu und zum Folgenden OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.1997 – 24 U 39/96, Rn. 8, 11.

vorsätzliche Inbrandsetzen der Mieträumlichkeiten durch den Prokuristen des Gewerbeunternehmens zu. Das OLG hielt die – vom Schuldner als Präzedenzfall für nicht über § 278 BGB zuzurechnende Handlungen von Erfüllungsgehilfen genannte – Aushilfspilotenentscheidung nicht für übertragbar, weil dem Prokuristen tatsächlich konkludent die Aufgabe übertragen worden sei, die Integrität der Geschäftsräume zu schützen.¹⁷⁰³ In Ausfüllung dieser Tätigkeit habe der Prokurist dann die dem Schuldner zuzurechnende Entscheidung getroffen, die Geschäftsräume anzuzünden.¹⁷⁰⁴ Bei nüchterner Betrachtung erscheint die Differenzierung der Entscheidungen indes recht willkürlich. In beiden Fällen traf der Erfüllungsgehilfe die Entscheidung, vorsätzlich die Rechtsgüter des Gläubigers zu gefährden und in beiden Fällen nutzte er hierfür die ihm vom Schuldner eingeräumten Zugriffsmöglichkeiten. Auch dem Piloten wurden die Schlüssel zum Flugzeug ausgehändigt. Dass der Pilot nach der Überführung des Flugzeugs seinen Aufgabenkreis eigenmächtig erweitern würde, war eben gerade die Gefahr, welche mit der Betrauung der Überführung des Flugzeugs und der Unterrichtung der Passagiere grundsätzlich geschaffen wurde. Die im vorsätzlichen Überschreiten des eigenen Pflichtenkreises liegende Zäsur zwischen erstmaliger Einschaltung des Erfüllungsgehilfen durch den Schuldner und dessen letztendlicher Schädigungshandlung, welche der BGH im Pilotenfall zu begrün-

1703 Schließlich hatte man ihm einen Schlüssel gegeben und ihm damit Zutritt auch außerhalb der Geschäftszeiten ermöglicht.

1704 Anders hatte dies noch die Vorinstanz gesehen, vgl. die beinahe humoristisch trockene Diktion bei OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.3.1997 – 24 U 39/96, Rn. 6 („Das Landgericht verläßt die zuvor zutreffend dargestellte Definitionsgrundlage [der Abgrenzung nach Handeln des Erfüllungsgehilfen in Erfüllung/bei Gelegenheit], wenn es darauf abstellt, zu den Aufgaben eines Prokuristen gehöre es nicht, die von dem Geschäftsherrn zum Betrieb dessen Handelsgewerbes gemieteten Räume anzuzünden.“). Ähnlich auch der fast schon absurd anmutende Fall von BGH, Urt. v. 17.10.1990 – VIII ZR 213/89, Rn. 12 (BGHZ 112, 307, 309f.), in welchem einem Pächter das Verhalten seines Unterpächters zugerechnet wurde. Letzterer hatte eine vorsätzliche Brandexplosion in den gepachteten Räumlichkeiten des Geschädigten verursacht. Dass die vorsätzliche Zerstörung nach § 540 II BGB – der wegen § 581 II BGB auch im Pachtrecht anwendbar ist – „bei dem Gebrauch“ des Pachtobjekts erfolgte, lässt sich indes leichter bejahen, als dass sie auch „in Erfüllung“ der übertragenen Verbindlichkeit nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB erfolgte.

den versuchte – und welche das OLG im eigenen Fall verneinte –, ließe sich ebenso als außergewöhnliche, aber nicht völlig unvorstellbare Entwicklung aus der Betrauung als Bote und Überführungspilot heraus umschreiben. In jedem Fall zeigt der Vergleich, dass das Abgrenzungspaar in Erfüllung/bei Gelegenheit von einer gewissen Ergebnisbeliebigkeit geprägt ist.

Die Reichweite und Überzeugungskraft der überwiegenden Ansicht ist zudem völlig unklar, wenn Gläubiger der Nebenpflicht und Gläubiger der Hauptleistungspflicht, für deren Erfüllung Dritte eingesetzt werden, nicht personenidentisch sind.

Beispiel 50 Im Lackierfall¹⁷⁰⁵ verneinte das BAG ein Bedienen mit der Begründung, dass die „Arbeiten in keiner Weise auf die Arbeitnehmer der Beklagten bezogen“ waren.¹⁷⁰⁶ Es fordert damit in Mehrpersonenkonstellationen einen konkreten, vom Schuldner privatautonom veranlassten¹⁷⁰⁷ „Bezug“ der den Schaden hervorrufenden Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen auf den Gläubiger der Nebenpflicht hin.¹⁷⁰⁸ Die Problematik einer Nebenpflichtverletzung nur bei Gelegenheit der Erfüllung der Schuldnerverbindlichkeit wurde vom BAG gar nicht in Erwägung gezogen. Schließlich dient dieses Kriterium dazu, Nebenpflichtverletzungen eines Erfüllungsgehilfen auszugrenzen, die in keinerlei sachlichem Zusammenhang mit den dem Gläubiger gegenüber zu erfüllenden (Leistungs-)Pflichten standen. Hier war die Nebenpflichtverletzung zum einen direkter

1705 S.o., S. 460.

1706 BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99, Rn. 20.

1707 Das BAG spricht nicht explizit von einer privatautonomen Veranlassung, aber legt diese Auslegung nahe, vgl. BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99, Rn. 20 („Die Beklagte hat eben nicht eine Gefahrenquelle für ihre Arbeitnehmer eröffnet und eine sich daraus für sie ergebende Schutzpflicht zusammen mit den Lackierarbeiten übertragen [!]“).

1708 Der Sache nach lehnt das BAG hier eine Zurechnung ab, weil sich die Gefahr für die Rechtsgüter des Arbeitnehmers hier durch die Beauftragung des Lackierers und dessen Angestellten aus einer *ex ante* Perspektive nicht erhöht hat. Mit der Reichweite von § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen im Rahmen des „Bedienens“ wirft das BAG hier ein neues und weithin unbeachtetes Problem auf, so treffend *Kamanabrou*, NJW 2001, 1187, 1187f. Der Entscheidung deshalb auch trotz ihres eindeutigen von der herrschenden Meinung abweichenden Inhalts eher gleichgültig belegend Staudinger/Caspers, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 43.

Ausfluss der Erfüllung der (primär übertragenen) Aufgabe aus dem Werkvertrag Unternehmer-Lackierer und geschah quasi uno actu mit derselben. Zum anderen sollten der Lackierer und sein Angestellter dem Arbeitnehmer gegenüber überhaupt keine Leistungspflichten im Verhältnis Unternehmer-Arbeitnehmer wahrnehmen, sondern die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe beschränkte sich hier auf die Erfüllung der Nebenpflichten aus dem Schuldverhältnis Unternehmer-Arbeitnehmer.

Damit ist belegt, dass die sachliche Verknüpfung von übertragener Aufgabe und Nebenpflichtverletzung der herrschenden Meinung ins Leere laufen muss, wenn der Erfüllungsgehilfe allein auf Nebenpflichten bezogen eingesetzt wurde. Schließlich sind mit übertragener Aufgabe inhaltlich eigentlich die dem Erfüllungsgehilfen übertragenen Leistungspflichten gemeint. Genau diese Kopplung von Leistungs- und Nebenpflichten ist aber nicht sinnvoll, bestehen (oder auch nicht) beide doch ausweislich des § 241 I, II BGB unabhängig voneinander.

Im Ergebnis ist das von der überwiegenden Auffassung zugrundegelegte Begriffspaar des Handelns des Erfüllungsgehilfen in Erfüllung oder bei Gelegenheit im Zusammenhang mit der Verletzung von Nebenpflichten erheblicher Kritik ausgesetzt.

dd) Zurechnungsgrenzen bei der persönlichen Schuld als Haftungsgrund

Ein radikal anderer Ansatz für die Verhaltenszurechnung im Rahmen von § 278 BGB ist es, nur Nebenpflichten zuzulassen, die eine unmittelbare Anbindung an die Hauptleistungspflicht haben.¹⁷⁰⁹ Führt das Verhalten eines Erfüllungsgehilfen dazu, einen solchen Nebenpflichtwahrungserfolg zu verhindern, so muss der Schuldner aus dem Schuldverhältnis haften, unabhängig davon, ob er sich selbst etwas vorzuwerfen hat. Umgekehrt zieht der Ansatz eine Grenze dort, wo die Pflicht lediglich eine mittelbare oder zufällige Anbindung an die Leistungspflicht aufweist.¹⁷¹⁰

1709 So Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 162ff.

1710 Paßmann, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 165.

Als Beispiel dient der sogar in der Gesetzesbegründung zu § 282 BGB angedeutete¹⁷¹¹ Fall des Malergehilfen, der in der Wohnung des Kunden aus Versehen eine Vase zerbricht. Weil die Verhaltensanforderung (Keine fahrlässige Beschädigung fremden Eigentums) hier nicht unmittelbar in Verbindung mit der Hauptleistungspflicht (Streichen der Wand) stand¹⁷¹², wäre eine Nebenpflicht – und damit naturgemäß auch eine Zurechnung nach § 278 BGB – nach dieser Ansicht abzulehnen.¹⁷¹³

Dieser Ansatz gelangt zu in klarem Widerspruch zur überwiegenden Ansicht stehenden Ergebnissen.¹⁷¹⁴ Augenscheinlich zieht der Ansatz zudem für vor- und nachvertragliche Schuldverhältnisse eine absolute Grenze für Nebenpflichten – und damit auch für die Zurechnung nach § 278 BGB. Schließlich bestehen in diesen Schuldverhältnissen gar keine Leistungspflichten. Eine irgendwie geartete Anbindung der Nebenpflicht an die Hauptleistungspflicht ist damit gar nicht möglich, weshalb in diesen Schuldverhältnissen die Anwendung von § 278 BGB bei der Verletzung von Nebenpflichten gänzlich ausscheiden müsste.¹⁷¹⁵ Für die

1711 Vgl. BT-Drs. 14/6040, SchRModG, Gesetzesbegründung, S. 141f. Der Fall – der sich auf den Maler und nicht auf seinen Gehilfen fokussiert – ist hier primär auf § 282 BGB bezogen, § 278 BGB findet deshalb keine Berücksichtigung. Ursprünglich findet der Fall Erwähnung bei Planck/Siber, 4. Aufl. 1914, Vorbm. zu §§ 275–292 S. 186.

1712 Als unmittelbar mit der Hauptleistungspflicht verbunden würde *Paßmann* wohl die Pflicht des Schuldners ansehen, die zur streichenden Wand gehörenden Stuckverzierungen nicht zu beschädigen, vgl. *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 162. *M. Müller/Hempel*, AcP 205 (2005), 246, 273 ordnen eine solche Pflicht wegen des unmittelbaren Bezuges zur Leistungsschuld als leistungsbezogene Nebenpflicht ein – und damit nicht als Pflicht nach § 241 II BGB.

1713 *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 165.

1714 Vgl. *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 75 (Fn. 22) m.w.N.

1715 So vom Grundgedanken her denn auch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 166. Im Rahmen der *culpa in contrahendo* hält *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 166f. aber dennoch Nebenpflichten für möglich, wenn der (unmittelbare) Leistungsbezug dadurch hergestellt wird, dass es um Informationen über die zu vereinbarende Leistung geht. Die dort angestellte Erwägung bezieht sich nur vom Kontext her auf den Normzweck des § 278 BGB. In der Sache wird hier eine Entscheidung gefällt, welche den Schutz vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten betrifft. Insgesamt scheint *Paßmann* also eher aus den bei § 278 BGB angestellten Überlegungen Schlüsse für Nebenpflichten insgesamt – und nicht nur für den spezifischen Haftungsvorteil des Schuldverhältnissrechts bei der Verantwortlichkeit für Drittverhalten – zu ziehen. Der Ansatz wird aber trotzdem hier *en bloc* dargestellt, weil man ihn ansonsten gegen den Willen des Verfassers künstlich trennen müsste. Sachlich passt er in der hier vertretenen Struktur gut zur Begrenzung von Nebenpflichten durch die schuldverhältnisspezifische Funktion. Er wird deshalb unten erneut gewürdigt, s.u., S. 530ff.

Vielzahl der Kaufhausfälle wird dann auch tatsächlich die Möglichkeit einer Zurechnung von Nebenpflichtverletzungen über § 278 BGB abgelehnt, denn hier fehle der „spezifische Bezug zur [durch den potentiellen Vertrag angestrebten] Interessenbefriedigung“.¹⁷¹⁶

Im Ergebnis führt dieser Ansatz damit zu einer – grundsätzlich auch hier befürworteten¹⁷¹⁷ – Verringerung der praktischen Relevanz von Nebenpflichten. Gerade im Bereich der Zurechnung nach § 278 BGB dämmt der Ansatz die Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB indes über das sinnvolle Maß hinaus ein.¹⁷¹⁸ Der geforderte, unmittelbare Bezug der Nebenpflicht zur Hauptleistungspflicht lässt sich nämlich nicht überzeugend an der Teleologie der Nebenpflichten festmachen.¹⁷¹⁹ Schließlich wurde bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Abgrenzung der herrschenden Meinung festgestellt, dass eine solche Kopplung der Neben- an die Leistungspflicht bei der Frage, inwieweit Handlungen eines Erfüllungsgehilfen dem Schuldner zuzurechnen sind, häufig irreführend und zum Teil gar unmöglich ist.¹⁷²⁰

ee) Zurechnungsgrenzen unter Rekurs auf die Gefahrerhöhung als Haftungsgrund

Eine sich im Vordringen befindliche Ansicht stellt in Abkehr von der Abgrenzung der Rechtsprechung darauf ab, ob die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen für den Gläubiger (erheblich) gefahrerhöhend war.¹⁷²¹ Eine Grenze für die Zu-

1716 So *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 167f.

1717 S.o., S. 275ff.

1718 Vgl. dazu auch *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, 87ff.; *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281, 318 (Fn. 142).

1719 Selbst wenn man den Bezug als Normzweck für § 278 BGB akzeptieren sollte, so bleibt unklar, ob man den Ansatz deshalb – wie *Paßmann* – auch dafür nutzen sollte, Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen zu begrenzen.

1720 S.o., S. 466ff.

1721 NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 3. Aufl. 2016, § 278 Rn. 8 a.E.; AK-BGB/*Dubischar*, 1980, § 278 Rn. 8; MüKo-BGB/*Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. 506; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, 21. Aufl. 2015, Rn. 382; *Soergel/Pfeiffer*, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 38; *Reischl*, JuS 2003, 40, 48; HK-BGB/*Schulze*, 9. Aufl. 2017, § 278 Rn. 11; *Seok Kim*, ZEuP 2013, 263, 268f., 276ff.; ähnlich auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104 („sonst nicht eingeräumte Gelegenheit zur schädlichen Einwirkung auf die Integrität des Gläubigers konstitutives Element des [die Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten rechtfertigenden] Vertrauensschutzes“);

rechnung von Verhalten wird dort gezogen, wo der Einsatz des Erfüllungsgehilfen nicht zu einer gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko erhöhten Rechtsgütergefährdung geführt hat.¹⁷²²

Beispiel 51 Sieht man den Normzweck von § 278 BGB allein bei einer Gefahrerhöhung für das betroffene Rechtsgut betroffen, so müsste man im Mobbingfall¹⁷²³ eine Zurechnung bejahen. Schließlich hatte der Schädiger hier nur deshalb die Möglichkeit, so nachhaltig auf das Opfer einzuwirken, dass es Mobbing konstituierte, weil er täglich mit dem Opfer am gleichen Arbeitsplatz weilte. Ein täglich nur für fünf Minuten präsenster Postbote hätte beispielsweise gar nicht die gleiche Gelegenheit gehabt, die zeitliche Dauer und Frequenz der systematischen Verletzungshandlungen¹⁷²⁴ zu gewährleisten.¹⁷²⁵ Die Gefahr für das – hier betroffene – allgemeine Persönlichkeitsrecht hat sich also durch die Einschaltung jedes Arbeitnehmers am gleichen Arbeitsplatz erhöht. Damit wäre dem Arbeitnehmer jedwedes Mobbingverhalten eines seiner Arbeitnehmer, unabhängig

dagegen Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 278 Rn. 39 („genügt nicht“); zu Ansätzen dieses Gedankens bereits Heinrich Stoll, AcP 136 (1932), 257, 298f. (Fn. 87), 304. Methodisch betrachtet wird hier unter Berufung auf den Normzweck des § 278 BGB eine weitere Voraussetzung für die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB aufgestellt. Weil der herkömmliche telos des § 278 BGB (Einheit von Chance und Risiko) bei Nebenpflichten inhaltlich nicht passt, wird er durch den Schutzzweck der jeweiligen Pflicht überlagert. Sofern aus der Einschaltung des Erfüllungsgehilfen keine Gefahrerhöhung für das von der Nebenpflicht geschützte Rechtsgut respektive Pflichtverletzungserleichterung für den Erfüllungsgehilfen resultiert, ist auch der Zweck der Nebenpflicht nicht betroffen. Diese einschränkende Voraussetzung ist damit geronnener telos des § 278 BGB bei Nebenpflichten, zumindest i.E. ähnlich Seok Kim, ZEuP 2013, 263, 277f. Scheitert der konkrete Sachverhalt an diesem Prüfungsmaßstab, so ist eine teleologische Reduktion die gebotene methodische Reaktion.

1722 MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47f.; Soergel/Pfeiffer, 13. Aufl. 2014, § 278 Rn. 39.

1723 S.o., S. 464.

1724 Zur Definition von Mobbing näher BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, Rn. 58 (BAGE 122, 304, 317f.); aus ökonomischer Perspektive zustimmend Sykes, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 606ff.

1725 Insoweit zu kurz gegriffen Sykes, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 608 („individuals prone to commit acts of harassment in the absence of any leverage may well do so irrespective of their occupation, position, employment or unemployment“).

*von den hierarchischen Verhältnissen zwischen Täter und Opfer, über § 278 BGB zuzurechnen.*¹⁷²⁶

Auf die Handlung des Erfüllungsgehilfen bezogen ist zu fragen, ob die Schädigung des Gläubigers dem Erfüllungsgehilfen mittels der Einschaltung durch den Schuldner erleichtert wurde. Lässt sich das bejahen, so ist auch eine Zurechnung über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB vom Normzweck gedeckt.¹⁷²⁷

*Beispiel 52 Im Flugfall*¹⁷²⁸ *gab sich der Erfüllungsgehilfe unentdeckt als Pilot aus. Die Gefahr der hieraus resultierenden Schädigung wurde durch die Einschaltung des Boten erhöht: Schließlich hätte ein völlig Fremder ohne präzise Kenntnisse des Ablaufs sich deutlich schwerer getan, die Passagiere von seiner Eigenschaft als Pilot zu überzeugen. Hätten Passagiere sich trotz bewusster Bedenken freiverantwortlich dafür entschieden, den Boten fliegen zu lassen, so wäre das Handeln des Erfüllungsgehilfen durch den Entschluss der Passagiere überlagert worden.*¹⁷²⁹ *Hier konnte er nur mittels der vom Schuldner eingeräumten Befugnisse (Zugang zum Flugzeug, gewohnter Umgang mit dem Flugzeug) sowie des an ihn weitergeleiteten Wissens (Name und Ziel der Passagiere, Flugplan, bisherige Störung im Ablauf, etc.) seine Eigenschaft als Bote so einfach kaschieren. Ein völlig Fremder hätte schließlich schon Schwierigkeiten gehabt, das Flugzeug zu starten und vom Tower eine Starterlaubnis zu bekommen. Der Bote sollte das Flugzeug ja aber auf Anweisung der Airline bereits zum Startflughafen überführen. Er war damit zumindest streckenweise legitimer Pilot. Damit stellt sich die Tat des Erfüllungsgehilfen hier nicht gänzlich als sein Werk dar. Vielmehr wurde dem Erfüllungsgehilfen die Tat durch die Einschaltung erleichtert. Damit ist unter Rückgriff auf*

1726 Ähnlich auch NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 278 Rn. 11.

1727 Vgl. zur Anwendung von § 278 BGB gegenüber einem Hotelbetreiber für das vorsätzliche Fehlverhalten eines Nachtportiers OLG Nürnberg, Urt. v. 19.4.2017 – 4 U 2292/16, Rn. 25 („Schwarzfahrt erst dadurch ermöglicht, dass der Beklagte zu 1) Zugriff auf den bei ihm in Verwahrung gegebenen Fahrzeugschlüssel hatte“).

1728 S.o., S. 465.

1729 Ähnlich MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48 a.E. (Grenze bei „Willensbetätigung“ des Gläubigers).

*den Normzweck des § 278 BGB bei Nebenpflichten – Integritätsschutz – die Zurechnung hier zu bejahen.*¹⁷³⁰

Die Grenze der Anwendung von § 278 BGB auf Nebenpflichten liegt also an der Stelle, an welcher die vorgeworfene Handlung in keiner Weise auf vom Schuldner gewährten Eingriffsmöglichkeiten beruht.¹⁷³¹ Hat der Dritte sich die Zugriffsmöglichkeit auf das betroffene Rechtsgut des Gläubigers selbst erarbeitet, so hebt sich seine Handlung nicht von der eines völlig Fremden ab. Er ist dann in Bezug auf Nebenpflichten kein Erfüllungsgehilfe.

Verletzt der Mitarbeiter eines Supermarkts einen Kunden mit einem Faustschlag, so wäre eine Haftung des Betreibers über § 278 BGB zu verneinen. Schließlich hat sich das Risiko einer Schädigung durch die Einschaltung des einzelnen Mitarbeiters nicht erhöht.¹⁷³² Der Kunde hätte ebenso gut von einem anderen Kunden geschlagen werden können. Hat der einzelne Mitarbeiter aber eine Sicherheitsvorkehrung außer Kraft gesetzt oder unterlassen, so handelt es sich um ein Risiko gegenüber der körperlichen Integrität des Kunden, welches allein in dem Erfüllungsgehilfen ruht. Ein anderer Kunde hätte den Schuldner nicht in der gleichen Weise schädigen können. Schließlich ist er weder befugt, Sicherheitsmaßnahmen zu treffen oder zu unterlassen, noch hat er typischerweise das Wissen, faktisch auf diese einzuwirken. Damit hätte sich bei einer solchen Schädigung das Risiko für den Schuldner durch die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen erhöht. Eine Haftung wäre folglich zu bejahen.

1730 So auch MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48 a.E. (Fn. 217).

1731 Für einen Gefahrverwirklichungszusammenhang als generelle Grenze für die Haftung aus Nebenpflichtverletzung OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 67.

1732 Ganz präzise betrachtet hat sich das Risiko einer Schädigung natürlich insofern erhöht, als dass der einzelne Mitarbeiter einen weiteren Menschen im Umfeld des Kunden repräsentiert, der theoretisch in einer Kurzschlussreaktion zuschlagen könnte. Es ist aber nicht entscheidend, ob sich bei gleichbleibendem Risiko einer Schädigung die absolute Wahrscheinlichkeit einer Schädigung des Schuldners erhöht. Vielmehr ist entscheidend, ob der Erfüllungsgehilfe durch erleichterten Zugriff etc. ein gegenüber anderen, potentiellen Schädigern erhöhtes Schadenrisiko für die Rechtsgüter des Schuldners repräsentiert. Das ist hier zu verneinen.

Voraussetzung für die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe für die Einhaltung von Nebenpflichten ist die privatautonome Veranlassung des Schuldners, dem Dritten erhöhten Zugriff auf die Interessen des Gläubigers zu gewähren. Allein dadurch wird der Dritte in die Erfüllung einer Verbindlichkeit – der Nebenpflicht – eingeschaltet. Diese Ansicht ermöglicht es dem Schuldner das Haftungspotential aus einer *ex-ante*-Perspektive besser abzuschätzen. Schließlich ist das Kriterium der Gefahrerhöhung als begriffliche Kehrseite einer Erleichterung der Schädigung bereits in sich aussagekräftig und verweist nicht lediglich auf weitere, unvorhersehbare Wertungen im Einzelfall.¹⁷³³ Die so generierte Haftung für das Verhalten Dritter ist zwar weit, aber im Einklang mit dem generell von Nebenpflichten verfolgten Ziel des Integritätsschutzes¹⁷³⁴ sowie – wichtig für die Rechtspraxis – wegen der klaren Subsumtionskriterien *ex ante* erkennbar.

ff) Brauchbarkeit der Ansätze in der Subsumtion

Als engste Ansicht für die Zurechnung von Schutzpflichtverletzungen könnte man – in konsequenter Fortführung des Ansatzes von *Paßmann*¹⁷³⁵ – fordern, dass der Erfüllungsgehilfe dem Gläubiger der Schutzpflicht gegenüber auch hinsichtlich der Erfüllung einer Leistungspflicht tätig werden muss.¹⁷³⁶ Zwischen Gläubiger und Schuldner müssen nach dieser Ansicht also nicht nur Leistungspflichten bestehen,¹⁷³⁷ sondern die Erfüllung dieser Leistungspflichten mittels des Erfüllungsgehilfen muss der Anlass für die Nebenpflichtverletzung gewesen sein.

Beispiel 50 Nach dieser Ansicht würde im *Lackierfall*¹⁷³⁸ eine Anwendung von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB an der Voraussetzung des Bedienens scheitern: Zwischen dem Unternehmer und dem Arbeitnehmer bestehen zwar Leistungspflichten aus dem Arbeitsvertrag, die Tätigkeit des

1733 NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 278 Rn. 8 a.E. („Vorzug größerer Einfachheit“).

1734 Vgl. anschaulich AK-BGB/Dubischar, 1980, § 278 Rn. 8 („der Kunde [zahlt] (auch) für ordentliches Personal, das er vertrauensvoll ins Haus lassen kann“).

1735 S.o., S. 469f.

1736 Ähnlich, ablehnend *Kamanabrou*, NJW 2001, 1187, 1188.

1737 Die Ansicht würde daher an ihre Grenzen stoßen, wenn ein Schuldverhältnis lediglich mit Nebenpflichten ausgekleidet ist (z.B. bei Haftung aus *culpa in contrahendo*).

1738 S.o., S. 460.

Lackierers und seines Angestellten diene allerdings allein der Erfüllung von Leistungspflichten zwischen dem Unternehmer und dem Lackierer. Gegenüber dem Arbeitnehmer konnten der Lackierer und sein Angestellter daher nur als Erfüllungsgehilfen der Nebenpflicht auftreten.

Für diese Ansicht könnte sprechen, dass sie den Anwendungsbereich des § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen auf Situationen potentieller Leistungspflichtverletzungen beschränkt und damit praktisch vorhersehbar gestaltet. Auch der Wortlaut des § 278 BGB S. 1 Alt. 2 BGB mag auf den ersten Blick eine Einschaltung in die Erfüllung tatsächlicher Verbindlichkeiten – sprich: Leistungspflichten – für die Zurechnung im Bereich von Nebenpflichtverletzungen voraussetzen. Mittlerweile hat sich allerdings mit dem Aufstieg der schuldverhältnisbedingten Nebenpflichten die Dogmatik im allgemeinen Schuldrecht vom Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB entfernt. Dass ein Schuldverhältnis auch lediglich Nebenpflichten zur Folge haben kann, gilt als gesichert.¹⁷³⁹ Überhaupt Leistungspflichten für die Anwendung von § 278 BGB in einem Schuldverhältnis vorauszusetzen, setzt sich also in direkten Widerspruch zur herrschenden Meinung im Bereich der Haftung aus *culpa in contrahendo* und sonstiger Nebenpflichtverletzung. Auch wenn das Schuldverhältnis Leistungspflichten umfasst, überzeugt es nicht, die Anwendung von § 278 BGB bei Nebenpflichten von der Einschaltung des Erfüllungsgehilfen für die Erfüllung der Leistungspflichten abhängig zu machen. Das würde nämlich die Eigenständigkeit der Nebenpflichten als Pflichtkategorie im allgemeinen Schuldrecht missachten. Die Einschaltung eines Dritten muss auch nur hinsichtlich einer Nebenpflicht möglich sein. Anderenfalls könnte der Schuldner sich allein durch den Einsatz Dritter regelmäßig der Gefahr einer Nebenpflichtverletzung entziehen, was den Schutzzweck der Nebenpflichten aushöhlen würde.

Beispiel 50 *Wäre der Unternehmer im Lackierfall¹⁷⁴⁰ selbst tätig geworden, so wäre eine Haftung aus Nebenpflichtverletzung (§§ 280 I, 241 II BGB) gegenüber dem Arbeitnehmer nach herrschen-*

¹⁷³⁹ Ausgerechnet in diesem Bereich aber gänzlich auf die Anwendung von § 278 BGB zu verzichten, widerspricht dem vom Reichsgericht begründeten Zweck schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten: Der Schließung deliktsrechtlicher Haftungslücken.

¹⁷⁴⁰ S.o., S. 460.

*der Meinung zu bejahen gewesen*¹⁷⁴¹. Diese Haftung wäre schließlich unabhängig vom Anlass der Tätigkeit des Unternehmers,¹⁷⁴² sondern würde allein durch die hier – wie oben – bejahte Nebenpflicht begrenzt.

Die besseren Argumente sprechen damit gegen diese Ansicht. Der Erfüllungsgelhilfe muss dem Gläubiger der Schutzpflicht gegenüber also nicht auch hinsichtlich der Erfüllung einer Leistungspflicht tätig werden, um eine Zurechnung der Nebenpflichtverletzung über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zum Schuldner zu rechtfertigen.¹⁷⁴³

Während das BAG einen konkreten Bezug der Tätigkeit des Erfüllungsgelhilfen auf den Gläubiger der Schutzpflicht fordert – der im Lackierfall fehlt –, fragt die überwiegende Auffassung danach, ob sich das Geschehen bei Handeln des Schuldners ebenfalls als Nebenpflichtverletzung darstellen würde.¹⁷⁴⁴

Beispiel 50 *Letzteres wäre im Lackierfall*¹⁷⁴⁵ *wohl zu bejahen: Deliktische Verhaltensgebot werden innerhalb eines Schuldverhältnisses nach überwiegender Ansicht zu „Vertragspflichten“.*¹⁷⁴⁶ *Die fahrlässige Beschädigung fremden Eigentums zieht eine Haftung nach § 823 I BGB nach sich. Folglich hätte der Unternehmer nach herrschender Ansicht eine schuldverhältnisbedingte Nebenpflicht verletzt, wenn er das Auto des Arbeitnehmers selbst beschädigt hätte.*

1741 Wegen der hier vertretenen teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB würde ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB indes verdrängt werden, da der Unternehmer bereits aus § 823 I BGB gehaftet hätte, s.o., S. 305.

1742 Auch der Unternehmer hätte schließlich mit der Lackiertätigkeit auf seinem Firmengrund keine Leistungspflicht gegenüber seinem Arbeitnehmer zu erfüllen versucht.

1743 So auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104.

1744 Vgl. RG, Urt. v. 29.5.1906 – III 465/05, RGZ 63, 341, 344 („Nur in dem [...] Falle, wo das Versehen zugleich als eine Verletzung der Vertragspflicht sich darstellt, greift der § 278 B.G.B. Platz.“); MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 47f.; Picker, AcP 183 (1983), 369, 488f.; E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502, 509f.; K. Schmidt, Karlsruher Forum 1993, S. 4, 9; Bamberger-Roth/Unberath, 3. Aufl. 2012, § 278 Rn. 44; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70, 90, 103; näher und ablehnend Staudinger/Caspers, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 53f. (Angleichung der Grenze des § 278 BGB an diejenige des § 831 BGB); dagegen wiederum dezidiert *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 104.

1745 S.o., S. 460.

1746 S. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 15.

Die weite Ansicht geht hier davon aus, dass die Haftung des Schuldners bei Handlung eines Erfüllungsgehilfen nicht mit seiner Haftung bei eigenem Handeln auseinanderfallen dürfe.¹⁷⁴⁷ Das ist jedoch im Rahmen von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB keine zwingende Argumentation. Schließlich schränkt auch die überwiegende Ansicht die Haftung des Schuldners ein, wenn der Erfüllungsgehilfe die Nebenpflichtverletzung nicht in Erfüllung der Verbindlichkeit sondern nur bei Gelegenheit der Erfüllung begeht.¹⁷⁴⁸ Sieht man mit der überwiegenden Auffassung aber deliktische Verhaltensgebote innerhalb eines Schuldverhältnisses ohne erkennbare Einschränkung als Vertragspflichten¹⁷⁴⁹, so wäre in diesen Fällen aber – vorbehaltlich des hiervon abweichenden Prinzips der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB – bei eigenem Handeln des Schuldners regelmäßig eine Haftung aus Nebenpflichtverletzung anzunehmen.¹⁷⁵⁰ Weil diese Fallgruppe hier aber nicht einschlägig ist,¹⁷⁵¹ fehlt es an einem entsprechenden Korrektiv.¹⁷⁵²

Überzeugend an der Ansicht des BAG ist, dass sie eine Zurechnung über § 278 BGB sachlich an das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (hier Unternehmer-Arbeitnehmer) koppeln will.

Beispiel 50 *Wären der Lackierer und sein Angestellter im Lackierfall¹⁷⁵³ auch mit der Wahrnehmung von Leistungspflichten im Schuldverhältnis Unternehmer-Arbeitnehmer beauftragt gewesen, so hätte schließlich auch die herrschende Meinung die Anwen-*

1747 Vgl. krit. Staudinger/Caspers, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 53f.

1748 S.o., S. 85 (Fn. 331).

1749 So beispielsweise BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 15.

1750 Dies gilt zumindest dann, wenn man die gängige Praxis fortführt, die deliktischen Verkehrssicherungspflichten großzügig in das Schuldverhältnisrecht zu „importieren“, krit. im Kontext von § 278 BGB auch MüKo-BGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 48 („Greift nicht nur die allgemeine Pflicht ein, die Integrität fremder Rechtsgüter zu wahren, sondern besteht für das fragliche Gut noch eine weitere [!] Vertragspflicht, so wird ein Gehilfenverstoß nach § 278 zugerechnet („vertragsspezifische Schutzpflicht“). Zur Frage, ob die Reichweite der Nebenpflichten bei fehlender Haftungslücke im Deliktsrecht restriktiv auszulegen ist und zu weiteren Begrenzungsmöglichkeiten im Rahmen von § 241 II BGB s.o., S. 194ff., 230ff., 258ff., 275ff.

1751 S.o., S. 468.

1752 Insofern strenggenommen unzutreffend die Zuordnung von Staudinger/Caspers, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 52 a.E. des hier besprochenen Urteils zur ständigen Rechtsprechung der obersten Zivilgerichte, welche die Grenze des § 278 bei einer Handlung „bei Gelegenheit“ der Erfüllung der übertragenen Verbindlichkeit sieht.

1753 S.o., S. 460.

„dung des § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen über die Abgrenzung „Handeln bei Gelegenheit oder in Erfüllung der Verbindlichkeit“ beschränkt.“

Es erscheint unbillig, auf jede Beschränkung im Hinblick auf Nebenpflichtverletzungen zu verzichten, nur weil von vorne herein jeder Bezug zu einer Leistungspflicht im entscheidenden Schuldverhältnis (hier Unternehmer-Arbeitnehmer) fehlt. Gerade dadurch wird offenbar, dass die sachliche Begrenzung des Anwendungsbereiches von § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen nicht über die Feststellung einer (fehlenden) sachlichen Nähe der Verletzungshandlung zu den Leistungspflichten erreicht werden kann. Richtigerweise ist für eine solche Begrenzung – wie, wie oben im Malerfall gezeigt¹⁷⁵⁴, bei jeder problematischen Subsumtion im Rahmen des § 278 BGB – ein Rückgriff auf den Schutzzweck der Nebenpflichtverletzung erforderlich.¹⁷⁵⁵

Allein entscheidend sind deshalb nicht der Bezug der Nebenpflichtverletzung zu den (womöglich inexistenten) Leistungspflichten, sondern der Schutzzweck sowie die Reichweite der jeweiligen Nebenpflicht.

Beispiel 50 Im Lackierfall¹⁷⁵⁶ ist die Reichweite des Schutzzwecks der Nebenpflicht unter Rekurs auf das jeweilige Schuldverhältnis zu ermitteln, vgl. § 241 II BGB („nach seinem Inhalt“). Hier besteht – unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit – eine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für das in den betrieblichen Ablauf eingebrachte Ei-

1754 S.o., Beispiel 48, S. 439.

1755 Ähnlich auch Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 401, 524f., der die Spezifika der jeweiligen Nebenpflicht für das Subsumtionsergebnis bei Beteiligung von Erfüllungsgehilfen maßgeblich hält. Er will allerdings alle problematischen Fragen innerhalb der Reichweite der Pflicht – also der Pflichtverletzung dem Grunde nach – thematisieren und die Subsumtion der eigentlichen Voraussetzungen von § 278 BGB anschließend Makulatur werden lassen. Weil die Voraussetzungen des § 278 BGB für Nebenpflichten nicht wirklich passen, ist dieses Vorgehen verständlich und in jedem Fall dem willkürlichen Ergründen einer Nebenpflicht-spezifischen Dogmatik des § 278 BGB vorzuziehen. Methodisch sauberer erscheint es allerdings den Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB bei der Subsumtion zur Verhaltenszurechnung bei Erfüllungsgehilfen auch bei Nebenpflichtverletzungen ernst zu nehmen. Dort, wo er nicht passt, ist die Norm systematisch sowie teleologisch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der jeweiligen Nebenpflicht auszulegen.

1756 S.o., S. 460.

gentum seiner Arbeitnehmer.¹⁷⁵⁷ Rechtspraktischer Zweck jeder Nebenpflicht ist es, Haftungslücken im Deliktsrecht zu schließen.¹⁷⁵⁸ Der Arbeitnehmer kann hier vom Unternehmer – anders als vom Lackierer selbst – keinen Schadensersatz aus Delikt verlangen. Damit wäre eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB Voraussetzung, um dem Arbeitnehmer Ersatz gegenüber seinem Schuldverhältnis-Partner zu ermöglichen. Die Begrifflichkeit „Lücke“ impliziert aber, dass es notwendig – oder zumindest normativ geraten – ist sie zu schließen. Die Pflicht müsste also auch konkret von einem aus dem Schuldverhältnis abzuleitenden Zweck getragen werden. Die Fürsorgepflicht hat ihren konkreten Sinn darin, die Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vereinfachen und abzusichern. Der Arbeitnehmer soll sein im Alltag verwendetes Hab und Gut im betrieblichen Einflussbereich belassen können, ohne zu fürchten, dass es dort vom Arbeitgeber ohne Konsequenz beschädigt wird. Deshalb ist es auch überzeugend, wenn ihm das Verhalten von Personen, die schon von ihrem Einsatzzweck her mit den Rechtsgütern der Arbeitnehmer in Kontakt kommen sollen (z.B. Wachmänner, Parkwächter, etc.), im Rahmen von Nebenpflichtverletzungen über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zugechnet wird¹⁷⁵⁹. Schließlich ist in diesen Fällen zumindest die Gefahr einer Schädigung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber erkennbar und er kann sie entsprechend regulieren. Hier war ein Kontakt zwischen dem Lackierer und seinem Angestellten und den Rechtsgütern des Arbeitnehmers indes in keiner Weise absehbar, sondern das Produkt eines unglücklichen – wenngleich auch durch den Lackierer und seinen Angestellten verschuldeten – Zufalls. Der Lackdunst hätte ebenso gut vom Nachbargrundstück kommen können. Den Arbeitgeber auch für solche Beschädigungen einstehen zu lassen, bedeutet, ihm das Verhalten jeder Person zuzurechnen, mit der ihn ein Schuldverhältnis verbindet. Letzter –

1757 BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99, Rn. 14.

1758 S.o., S. 271ff.

1759 Vgl. BAG, Urt. v. 25.5.2000 – 8 AZR 518/99, Rn. 19.

abwegiger und dennoch logisch konsequenter – Schritt dieser Haftungskaskade wäre das Entstehen für Arbeitnehmereigentum bei Beschädigungen durch Schuldverhältnis-Partner des Arbeitgebers außerhalb seines betrieblichen Einflussbereichs. Das würde ihn unzumutbar belasten. Zudem wäre es auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten widersinnig, denn der Arbeitgeber hätte keine Möglichkeit ein solches Schadensrisiko effektiv zu regulieren. Das unkalkulierbare Haftungsrisiko käme für ihn damit einer Strafzahlung gleich, die er letztlich als Kosten einer internen Zwangsversicherung an die Arbeitnehmer weitergeben würde (verringertes Lohn, „Sicherheitsprämie“ als geldwerte Leistung, etc.).

Einen vom Schuldner privatautonom veranlassten Bezug zum zu schützenden Rechtsgut für die Zurechnung über § 278 BGB zu verlangen, erscheint damit zumindest gegenüber dem von einigen Willkürlichkeiten geprägten Ansatz der herrschenden Meinung das vorzugswürdige Begrenzungskriterium.¹⁷⁶⁰

Beispiel 50 Im Lackierfall¹⁷⁶¹ wäre damit bei systematisch-teleologischer Auslegung des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Nebenpflicht davon auszugehen, dass sich der Unternehmer hier nicht des Lackierers oder des Angestellten zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient hat. Eine Verhaltenszurechnung über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB scheidet damit aus.

Zum gleichen Ergebnis wie das BAG käme diejenige Ansicht, welche eine Gefährderrhöhung als Kehrseite einer Erleichterung der Schädigung des Gläubigers durch die Einschaltung des Gehilfen fordert.

1760 Schließlich steht der Arbeitnehmer in diesen Fällen nicht schutzlos da. Schadensersatz kann er in jedem Fall aus Delikt von den Schädigern verlangen. Zudem ist „die privatautonome Veranlassung“ dieses „Bezugs“ im Wege einer Abwägung zu bestimmen, welche primär die Vorhersehbarkeit einer möglichen Rechtsgütergefährdung in den Blick fasst. Der Arbeitgeber kann sich einer Haftung für seine Erfüllungsgehilfen damit auch nicht konträr zur tatsächlichen Gefahrenlage auf Basis einer Willensentscheidung („Du hast mit Nebenpflichten nichts zu tun.“) entziehen.

1761 S.o., S. 460.

Beispiel 50 Im Lackierfall¹⁷⁶² standen dem Lackierer und seinem Angestellten nämlich keine Möglichkeiten offen, die Rechtsgüter des Arbeitnehmers zu schädigen, die sie nicht auch von einem Nachbargrundstück aus gehabt hätten, setzt man einen variiert ungünstigen Windverlauf voraus. Damit hat sich die Gefährdungslage des Arbeitnehmers und seiner Rechtsgüter durch die Einschaltung des Lackierer und seines Angestellten nicht erhöht.

Eine Entscheidung zwischen dem Ansatz des BAG und der Voraussetzung der Gefahrerhöhung ist deshalb im Lackierfall nicht erforderlich. Abstrakt bietet aber diejenige Ansicht, welche auf die Gefahrerhöhung abstellt, den Vorteil, dass auf den eher vagen Begriff des vom Schuldner privatautonom gesetzten Bezugs der Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen auf den Gläubiger durch den Schuldner verzichtet werden kann. Wann genau ein privatautonom vom Schuldner veranlasster Bezug des Erfüllungsgehilfen auf den Gläubiger hin vorliegt, kann in der Subsumtion nämlich erhebliche Unsicherheit verursachen. Der Ansatz legt den Fokus nämlich – anders als der Gedanke einer Gefahrerhöhung – nicht auf den tatsächlichen Vorgang der Schädigung durch den Erfüllungsgehilfen, welcher sich regelmäßig auch im Nachhinein gut rekonstruieren lässt. Vielmehr wird auf die Handlung des Schuldners beim Einsatz des Erfüllungsgehilfen Bezug genommen, welche einer tatsächlichen Aufarbeitung vor Gericht häufig nicht rechtssicher zugänglich sein wird. Das Kriterium der Gefahrerhöhung ist demgegenüber absolut, aus sich selbst heraus verständlich und bedarf keine Wertungen, die nicht bereits im Kriterium selbst angelegt sind. Im Ergebnis ist daher dem Kriterium der Gefahrerhöhung als Kehrseite von gegenüber Drittschädigern erhöhten Einwirkungsmöglichkeiten des Erfüllungsgehilfen auf die Integritätsinteressen des Gläubigers der Vorzug zu geben.

1762 S.o., S. 460.

gg) Zwischenergebnis: Bestimmung der Haftungsgrenze durch Gedanken der Gefahrerhöhung

Die Grenzen der Anwendung von § 278 BGB im sachlichen Kontext von Nebenpflichten werden sinnvollerweise durch den – auch als Haftungsgrund hier für vorzugswürdig befundenen – Gedanken der Gefahrerhöhung bestimmt.

d) Zwischenergebnis: Konturierung des § 278 BGB allein über Gedanken der Gefahrerhöhung

Anders als noch beim Vermögensschutz kann der Begriff der Erkennbarkeit der Schädigung die Anwendung des § 278 BGB nicht sinnvoll begrenzen. § 278 BGB bedingt ja gerade eine Haftung auch bei unvorhersehbaren Unfällen. Gleichzeitig muss die Reichweite des § 278 BGB zumindest aus einer Risikoperspektive für den Schuldner erkennbar sein. Hier versagen die Grenzen der herrschenden Meinung. Das Begriffspaar des Handelns in Erfüllung oder bei Gelegenheit der Erfüllung der übertragenen Verbindlichkeit ist in der Subsumtion beliebig und kann keine eindeutigen Ergebnisse liefern. Vorzugswürdig ist deshalb die Ansicht, die danach fragt, ob dem Erfüllungsgehilfen die vorgeworfene Handlung durch seine Tätigkeit für den Schuldner erleichtert wurde. Ist das zu bejahen, so hat sich durch die Einschaltung¹⁷⁶³ des Gehilfen auch die Gefahr für das von der Nebenpflicht geschützte Interesse aus einer *ex-ante*-Perspektive erhöht. Eine Verhaltens- und Verschuldenszurechnung über § 278 S. 1 Alt. 2 BGB ist dann zu befürworten.¹⁷⁶⁴

1763 Der Schuldner muss lediglich für das Tätigwerden des Erfüllungsgehilfen durch einen generellen Einsatz innerhalb seines Pflichtenkreises kausal geworden sein.

1764 Dieser Ansatz gilt unmittelbar nur für diejenigen Fälle, in denen es primär um den Haftungsvorteil des § 278 BGB geht. Wenn es aber primär um den erweiterten Vermögensschutz im Schuldverhältnisrecht geht, so ist § 278 nur reflexiv betroffen. Schließlich ist das Schutzgut im Jedermannsrecht schon gegenüber Handlungen des Schuldners nicht erfasst – und somit erst Recht nicht gegenüber der Handlungen von Erfüllungsgehilfen desselben. Wird die Verantwortung für das vermögenswerte Interesse über die oben thematisierten Kriterien dem Schuldner zugewiesen, so begeht dieser eine Nebenpflichtverletzung, wenn er das Interesse selbst verletzt. Verletzt einer seiner Erfüllungsgehilfen das Interesse, so ist fraglich, ob sich der oben befürwortete Normzweck des § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen auch hier anwenden lässt. Dies ist zu bejahen. Sobald dem Erfüllungsgehilfen die (vermögensschützende) Nebenpflichtverletzung erleichtert wurde, weil der Schuldner ihn in irgendeiner Weise in seinen eigenen Pflichtenkreis miteinbezogen hat, so ist eine Verhaltenszurechnung angemessen. Da das

2. Bestimmung der Reichweite sinnvoller Haftung für das Verhalten Dritter nach Ansätzen der ökonomischen Analyse

a) Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses

aa) Cheapest cost avoider

Als Haftungsgrund von § 278 BGB wird bisweilen auch das Prinzip der Beherrschbarkeit genannt.¹⁷⁶⁵ Hinter dem Gedanken der Gefahrenbeherrschung steht letztlich auch der Aspekt der Prävention, also der Verhinderung zukünftiger Schäden.¹⁷⁶⁶ Nach der Ökonomik soll derjenige einen Schadenseintritt verhindern, dem es die geringsten Kosten verursacht (*cheapest cost avoider*).¹⁷⁶⁷ Damit folgt die Sinnhaftigkeit der Anwendung von § 278 BGB für die Ökonomik aus der überlegenen Beherrschbarkeit des Risikoherds durch den Schuldner.¹⁷⁶⁸ Schädigt ein Erfüllungsgehilfe den Gläubiger, so ergibt bereits der erste Zugriff, dass der Erfüllungsgehilfe selbst den Eintritt des Schadens mit den – absolut besehen – geringsten Kosten hätte verhindern können. Versucht man den *cheapest cost avoider* ausschließlich im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner zu ermitteln, so muss man sich in der Subsumtion näher mit dem Begriff auseinandersetzen.

jeweilige Interesse regelmäßig im Jedermannsrecht nicht in gleicher Intensität geschützt ist, hätte es einem Fremden auch nicht in gleicher Weise zur Beeinträchtigung offen gestanden. Damit wurde dem Erfüllungsgehilfen die Verletzung im Regelfall erst mit der Einschaltung durch den Geschäftsherrn ermöglicht und so – *a maiore ad minus* – auch erleichtert. Das Kriterium verliert also an dieser Stelle ein gutes Stück an Kontur. Dementsprechend gewinnt die Haftungslegimitation der jeweiligen Nebenpflicht – also beispielsweise die Begründung unter Rückgriff auf ökonomischen Vertrauensschutz – bei der Begrenzung der Verantwortlichkeit auch im Hinblick auf das Handeln von Erfüllungsgehilfen an Bedeutung. Methodisch dehnt sich so der Normzweck des § 241 II BGB noch weiter als üblich auf § 278 BGB aus, s.o., S. 443f.

1765 S.o., S. 449.

1766 Zum – nicht unumstrittenen – Zusammenhang zwischen dem Prinzip der Beherrschbarkeit und der Forderung nach Schadensprävention präzise *Koller*, Risikozurechnung, 1979, S. 79ff. Weil auch ein Entstehen des Schuldners der Nebenpflicht für den Erfüllungsgehilfen nach § 278 S. 1 Alt. 2 BGB den Schadenseintritt für die (Prozess-)Parteien nicht ungeschehen machen kann, handelt es sich um ein überindividuelles Ziel. Damit werden in der Diskussion zu § 278 BGB also durchaus auch makroökonomische Ziele als Teil der ökonomischen Analyse des Rechts verfolgt, so zu Recht schon *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 186f.

1767 S.o., S. 355ff.

1768 Vgl. *Schwarze*, Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, S. 8 (Fn. 36: „wenig überraschend“).

Beispiel 48 Im Malerfall¹⁷⁶⁹ lässt sich die Gefahr eines Diebstahls durch den Angestellten weder durch den Kunden noch durch den Maler besonders gut beherrschen. Versucht man eine Zuordnung zu erzwingen, so stellt man fest, dass der Maler hier die Auswahl und grundsätzliche Überwachung seiner Angestellten kontrollieren kann. Zumindest in den Grenzen der §§ 831 I 2 Alt. 1, 823 I BGB hat er seiner Überwachungspflicht genüge getan. Darüber hinaus könnte man ihm indes die Erhöhung seiner Auswahl- und Kontrollpflichten aufbürden oder ihn über eine Haftung dazu anhalten, zur gegenseitigen Kontrolle stets zwei Gehilfen zum Kunden zu schicken. Je nach Höhe des Schadenserwartungswerts kann es durchaus effizient sein, dem Maler diese Schadensvermeidungskosten aufzubürden. Grundsätzlich ist es hingegen Privileg – aber damit auch Aufgabe – des Eigentümers, Dritte von der Einwirkung auf die eigenen Sachen auszuschließen, § 903 S. 1 a.E. BGB. Dies muss insbesondere in der eigenen Wohnung gelten, wo der Eigentümer die Abläufe regulieren und kontrollieren kann. Damit ließe sich auch dem Kunden die Gefahrenbeherrschung (und die Eigenschaft als *cheapest cost avoider*) für ein Diebstahlsrisiko zuzuordnen. Führt man sich indes vor Augen, dass die Einschaltung des Angestellten durch den Maler hier zu einer Gefahrerhöhung für die Integrität des Kunden geführt hat (freier und unbeaufsichtigter Zugang zur Wohnung sowie sich darin befindlicher Wertgegenstände), so erscheint allein die Risikozuweisung an den Maler über den Begriff des *cheapest cost avoider* stimmig.

Angesichts gewisser Schwierigkeiten, einen Schadensvermeider zwischen zwei Parteien zu ermitteln, von denen keine die den Schaden bedingende Handlung begangen hat, könnte man die Frage aufwerfen, ob der *cheapest cost avoider* aus der Vogelperspektive ermittelt wird oder nur im Zweipersonenverhältnis von Gläubiger und Schuldner der Nebenpflicht. Für ersteres mag auf den ersten Blick sprechen, dass das Kriterium des *cheapest cost avoider* etwas an Überzeugungskraft verliert, wenn es zu Mehrfachzuweisungen führt. Für letzteres spricht indes

1769 S.o., S. 439.

entscheidend, dass das Schadensrisiko bei der isolierten Frage, ob eine Nebenpflichtverletzung anzunehmen oder abzulehnen ist, nur entweder dem Gläubiger oder dem Schuldner zugewiesen werden kann. Weist man die Haftung über das Kriterium des *cheapest cost avoider* nämlich einem Dritten zu – lehnt man also eine Haftung des Schuldners aus §§ 280 I, 241 II BGB ab –, so trägt im Verhältnis Gläubiger-Schuldner trotzdem der Gläubiger das Schadensrisiko – er bleibt schließlich auf dem Schaden sitzen, obwohl der Schaden aus einem Schuldverhältnis mit dem entlasteten Schuldner herrührt. Logisch folgerichtig ist es daher allein, den Aspekt des *cheapest cost avoider* stets relativ im Verhältnis der beiden sich gegenüberstehenden Parteien zu verstehen.¹⁷⁷⁰

Beispiel 49 Im Portierfall¹⁷⁷¹ hat der Portier die schädigende Handlung vorsätzlich vorgenommen. Ohne Zweifel ist er derjenige, der den Schaden mit den – absolut besehen – geringsten Kosten hätte verhindern können. Ist der Portier indes insolvent, so wird besonders deutlich, warum man die Risikozuweisung nach dem Prinzip des *cheapest cost avoider* nicht abstrakt vornehmen kann. Im Verhältnis zum eigentlichen Vertragspartner – dem Hotelbetreiber – stünde dem Kunden bei einem derart engen Verständnis nämlich keinerlei Ersatzanspruch zu. Mangels Werthaltigkeit des gegen den Erfüllungsgehilfen gerichteten Anspruchs würde das Schadensrisiko im Ergebnis dem Kunden zugewiesen. Das würde zu Ineffizienzen führen: Im Verhältnis zwischen Kunde und Hotelbetreiber ist nämlich der Hotelbetreiber *cheapest cost avoider*. Er könnte die Auswahl- und Kontrollbemühungen hinsichtlich seiner Mitarbeiter erhöhen oder ein neues System für die Sicherung der Schlüssel gegen Schwarzfahrten durch die Mitarbeiter einführen. Dem Kunden hingegen standen hier – nach Abgabe des Schlüssels – keinerlei

1770 Vgl. auch Riha, Sachmängelgewährleistungsrecht, 2007, S. 65f., der in der Kette Hersteller-Verkäufer-Käufer bei der Frage der Haftung für unzutreffende Werbung durch den Hersteller die Figur des „relativen“ *cheapest cost avoider* bemüht. Die Haftung des absoluten *cheapest cost avoider* (der Hersteller) soll dann im Ergebnis über Regressansprüche durchgesetzt werden. Da zwischen Käufer und Hersteller kein Schuldverhältnis besteht, soll der Käufer zumindest wegen der Eigenschaft des Verkäufers als „relativer“ *cheapest cost avoider* einen Ersatzanspruch gegen letzteren haben.

1771 S.o., S. 457.

sinnvolle Möglichkeiten offen, eine Schwarzfahrt zu verhindern. Müsste der Kunde befürchten, sein Auto nur unter Inkaufnahme des Insolvenzrisikos des ihm nicht näher bekannten Nachtportiers abstellen zu können, so würde er entweder zur ständigen Kontrolle der ordnungsgemäßen Verwahrung seines Autos angehalten (was den wirtschaftlichen Nutzen vom Service des Hotels – temporäre Entlastung des Kunden vom Sachbewahrungsaufwand – konterkarieren würde) oder er würde von der Transaktion gänzlich Abstand nehmen (was angesichts der grundsätzlichen Transaktionsbereitschaft des Kunden zur Fehlverwendung von Ressourcen führen würde).

Der Begriff des *cheapest cost avoider* bringt dabei auch im Rahmen von § 278 BGB zum Ausdruck, dass der Schuldner durch die potentielle Haftung zur Aufsicht über seine Erfüllungsgehilfen angehalten werden soll.¹⁷⁷²

Bisweilen wird zwar bestritten, ob sich mit dem häufig sehr sachverhaltsspezifischen Schuldverhältnisrecht im Kontext von § 278 BGB überhaupt Prävention betreiben lässt.¹⁷⁷³ Prävention durch Anwendung des § 278 BGB beruht schließ-

1772 Das gilt indes nur, wenn das Niveau dieser über die Zurechnung aus § 278 BGB geforderten Aufsicht über demjenigen Niveau liegt, welches die §§ 823 I, 831 BGB ohnehin beim Einsatz von Hilfspersonen verlangen. Zum einen würde nach hier vertretener Ansicht dann bereits die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB greifen und eine Haftung aus den §§ 280 I, 241 II BGB mit Blick auf den Haftungsvorteil des § 278 BGB ausscheiden. Zum anderen würde es ansonsten am gerade durch die Anwendung des § 278 BGB dem Schuldner gegenüber gesetzten Impuls zur Verhaltenssteuerung fehlen.

1773 Krit. *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 187. Zumindest vertragliche Sachverhalte lassen sich nämlich nach Ansicht der Kritiker – anders als Konstellationen im Jedermannsrecht – nicht ohne weiteres zu präventiven Zwecken verallgemeinern. Zudem beruht jede Form der Generalprävention durch gerichtliche Entscheidung auf einer Rechtsberatung der potentiellen Adressaten, *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 187f. Wer im Vorhinein keine Rechtskunde einholt, dem ist die Haftungsgefahr auch dann unbekannt, wenn sich eine alte Entscheidung auch auf seinen Sachverhalt übertragen lässt. Selbst bei dem rechtlich Beratenen ist die generalpräventive Wirkung laut *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 188 nicht sicher: Schließlich geht Rechtsberatung mit einer gewissen Professionalisierung der Tätigkeit einher. Ein Unternehmer kann sich aber auch stets dazu entschließen, das Haftungsrisiko ohne Anpassung seines Verhaltens in seine Tätigkeit einzupreisen, vgl. im Kontext der Gutachterhaftung *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 575 („*Gutachter wird – wenn er rechtlich informiert ist – die ihm aufgebürdete Haftung selbstverständlich in den Preis des Gutachtens einkalkulieren*“) sowie im Kontext von Verkehrspflichten *Soergel/Krause*, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh II Rn. 34

lich auf dem Gedanken, dass der Geschäftsherr aus dem entschiedenen Fall eine Handlungsanweisung für zukünftige Sachverhalte ableiten kann. Häufig wird sich die Handlung des Erfüllungsgehilfen für den Schuldner der Nebenpflicht aber als Zufall darstellen.¹⁷⁷⁴ Haftung über § 278 BGB erfolgt aber auch, wenn der Schadenseintritt für den Schuldner unvermeidbar war, da die Verhaltenszurechnung kein Verschulden des Schuldners voraussetzt.¹⁷⁷⁵ Insbesondere die im Kontext von Nebenpflichten zutage tretenden Zufälle lassen sich indes zum Teil nur mit prohibitiv hohen Kosten vermeiden.

Beispiel 52 Um den Schadenseintritt im Flugfall¹⁷⁷⁶ zu verhindern, hätte die Fluglinie beispielsweise noch eine weitere Person allein mit dem Zweck beschäftigen können, den Boten kontrollieren zu lassen. Die exorbitanten Kosten hierfür hätten den Schadenserwartungswert wegen der geringen Wahrscheinlichkeit einer derart grotesken Kompetenzüberschreitung bei verständiger Würdigung überstiegen. Ein *cheapest cost avoider* lässt sich daher hier nicht ermitteln.

Der generalpräventive Aspekt einer Anwendung des Kriteriums des *cheapest cost avoider* auf § 278 BGB mag daher bei Zufällen bisweilen hinter eine effiziente Form der Risikozuweisung aus *ex-post*-Perspektive zurücktreten.¹⁷⁷⁷ Liegen die Schadensvermeidungskosten über dem Schadenserwartungswert, so muss

(„Preis für eine Aktivität des Schädigers“). Der Schadenseintritt repräsentiert dann die Kosten der Geschäftsstrategie.

1774 Eine unbedingte Verantwortlichkeit, wie sie § 278 BGB zur Folge hat, trifft den Schuldner nämlich auch bei Unvermeidbarkeit des Schadenseintritts, zutreffend *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, S. 162.

1775 Vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2010 – Xa ZR 46/10, Rn. 24 (Zurechnung von durch die Deutsche Bahn AG zu verantwortenden Verspätungen zulasten eines Reiseveranstalter, obwohl dieser ohne Zweifel keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die Zugpünktlichkeit besaß); *Kirsten*, Schadensersatzhaftung, 2009, S. 38f.

1776 S.o., S. 465.

1777 Vgl. *Schwarze*, Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, S. 8. *Oechsler*, Vertragsgerechtigkeit, 1997, S. 189 kritisiert die großzügige Handhabung des § 278 BGB bei Nebenpflichten zumindest unter diesem Aspekt als „Ausübung [...] ausweglosen Zwangs“.

ohnehin subsidiär auf den Begriff des *cheapest cost insurer*¹⁷⁷⁸ zurückgegriffen werden.¹⁷⁷⁹

Auch wenn dem Schuldner ein im Einzelfall überraschendes Risiko zugewiesen wird und der Anwendung des § 278 BGB ihm gegenüber grundsätzlich kein persönlicher Verhaltensvorwurf innewohnt¹⁷⁸⁰, so bedeutet dies freilich nicht, dass hiermit keinerlei ökonomisch sinnvolle Verhaltenssteuerung verbunden ist. Der Schuldner wird nämlich dazu angehalten, seine Kontrollbemühungen hinsichtlich des Verhaltens seiner Erfüllungsgehilfen bis zu dem Punkt zu erhöhen, ab welchem der Erwartungswert der Kosten einer späteren Inanspruchnahme durch den Gläubiger erreicht ist. Da der Schuldner die aus der Einschaltung seiner Erfüllungsgehilfen resultierenden Risiken für die Integrität des Gläubigers häufig besser als der Gläubiger – und auch besser als die Gerichte – überblicken kann, führt diese Form der Risikozuweisung über die Anwendung des § 278 BGB auch zur effizienten Verwendung von Ressourcen.

Beispiel 54 Ein selbstständiger Handelsvertreter, der für eine Bank regelmäßig Finanzgeschäfte auf Provisionsbasis schließt, nutzt den guten Kontakt zu einem langjährigen Kunden, um ihm ein angeblich besonders gutes Angebot zu machen („Handelsvertreterfall“).¹⁷⁸¹ Er verspricht ihm erstmalig die Gewährung eines Mitarbeiterrabatts bei der Anlage. Wegen der Inanspruchnahme des Mitarbeiterrabatts müsse der Kunde den Anlagebetrag auf sein Konto und nicht – wie sonst – direkt auf das Konto der Bank überweisen. Nach einer auf dem Briefpapier der Bank gefertigten Bestätigung – in Wahrheit hatte der Vertreter diese unter fremdem Namen abgesandt – über die Möglichkeit zur Geldanlage mit einer gesicherten Verzinsung von 4 % tut der Kunde wie ihm geheißen. Der Handelsvertreter veruntreut das Geld wie von Anfang an geplant. Der Kunde will nun gegen die Bank aus §§ 280 I, 241 II, 278 BGB wegen einer

1778 S.u., S. 492f.

1779 Beide Kriterien vermischend Michael Lehmann, Bürgerliches Recht, 1983, S. 93f. (Geschäftsherr kann „als „cheapest cost avoider“ [...] diese Risiken kostengünstiger als die potentiell Geschädigten versichern und die Versicherungskosten auf die jeweiligen Abnehmer abwälzen“).

1780 Vgl. Kirsten, Schadensersatzhaftung, 2009, S. 38f.

1781 Fall nach OLG Köln, Urt. v. 4.11.2016 – 19 U 2/16.

der Bank zuzurechnenden Verletzung seiner Integrität durch die Straftaten (§§ 263, 266 StGB) des Vertreters vorgehen.

Zwar gab es hier mit der vom Regelfall abweichenden Überweisungsregelung und dem ungewöhnlich guten Zinssatz gekoppelt mit der Erstreckung eines Mitarbeiterrabatts auf einen Kunden gewisse Verdachtsmomente für ein regelwidriges Vorgehen des Vertreters. Das Gericht bejahte aber dennoch einen inneren Zusammenhang zwischen der vorgenommenen Handlung Handelsvertreters und demjenigen Aufgabenbereich, welcher ihm als Erfüllungsgehilfe von der Bank übertragen worden war – und damit eine Haftung des Bank für den vom Handelsvertreter verursachten Schaden.¹⁷⁸²

Das deckt sich auch mit dem Begriff des cheapest cost avoider: Im Grundsatz stehen hier nämlich allein der Bank ökonomisch sinnvolle Schadensvermeidungsmöglichkeiten offen. So kann sie zumindest die Kontrolle der von ihren Handelsvertretern vorgenommenen Geschäfte durch ein neues oder verbessertes Aufsichtssystem erhöhen, sie kann dem Kunden Informationsmaterial zukommen lassen, aus welchem sich ergibt, wann ein angebotenes Geschäft nicht mit der Bank abgestimmt sein kann, oder sie kann die Auswahl der von ihr betrauten Vertreter mit zusätzlicher Sorgfalt vornehmen. Der Gläubiger hingegen könnte nur das einzelne Geschäft mit dem Handelsvertreter einer besonderen Kontrolle unterziehen, um die Kompetenzüberschreitung vor einer Schädigung zu entdecken. Weil ihm aber die internen Geschäftsabläufe unbekannt sind, müsste er sehr hohe Schadensvermeidungskosten aufwenden, um ein derart verheimlichtes Eigengeschäft des Erfüllungsgehilfen erkennen zu können. Das würde die Transaktionskosten im Verhältnis zur Bank über Gebühr erhöhen. Das entspricht letztlich auch nicht dem Interesse der Bank, da hierdurch die Zahlungsbereitschaft des Kunden gehemmt werden würde. Muss der Kunde befürchten, von den in seinen Augen als Angestellte der Bank auf-

1782 OLG Köln, Urt. v. 4.11.2016 – 19 U 2/16, Rn. 14ff.

tretenden Vermittlern ohne Haftung der Bank betrogen zu werden, so werden einige ökonomisch sinnvolle Geschäftsabschlüsse gänzlich unterbleiben.

Würde dem Gläubiger hingegen die Aufdeckung von integritätsbezogenem Fehlverhalten eines Erfüllungsgehilfen des Schuldners keine hohen Kosten verursachen, so ist es effizient, die Anwendung von § 278 BGB über das Kriterium des *cheapest cost avoider* abzulehnen.

Beispiel 54 *Muss sich dem Gläubiger aufdrängen, dass der Erfüllungsgehilfe auf eigene Faust handelt, so verliert der Schuldner seine Eigenschaft als cheapest cost avoider. Es wäre dann gesamtgesellschaftlich günstiger, wenn der Schuldner eine Sorgfalt walten lassen würde, mit der er die deutlichen Zeichen eines drohenden Betrugs richtig deuten würde. Im Vergleich zum obigen Fall sinken dann die Schadensvermeidungskosten des Kunden unter diejenigen der Bank. Eine Zurechnung über § 278 BGB ist dann zu verneinen. In Übereinstimmung hiermit lehnte ein Gericht die Anwendung von § 278 BGB in einem weiteren Handelsvertreterfall¹⁷⁸³ mangels inneren Zusammenhangs zwischen der konkreten Handlung des Erfüllungsgehilfen und der ihm grundsätzlich übertragenen Aufgaben ab, in dem der Vertreter für eine angeblich besonders sichere Anlage völlig ungläubwürdige 12 % Zinsen versprach und überdies dem Kunden erstmalig eine Festgeldanlage vermitteln wollte, was bislang gar nicht zum Geschäftsfeld der Bank gehört hatte.¹⁷⁸⁴ Die Verdachtsmomente waren hier derart handgreiflich, dass dem Kunden zuzumuten war, für dieses Schädigung allein den Erfüllungsgehilfen in Anspruch nehmen zu können.*

Das Kriterium des *cheapest cost avoider* kann deshalb bei der Bestimmung der Reichweite sinnvoller Zurechnung über § 278 BGB die auch hier gesetzten Anreize zur Verhaltenssteuerung offenlegen und sicherstellen, dass diese eine effi-

1783 S.o., S. 489.

1784 OLG Köln, Urt. v. 12.5.2017 – 19 U 84/16, Rn. 31ff.

ziente Verwendung von Ressourcen befördern und insbesondere Schadensvermeidungsaufwand (nur) in ökonomisch sinnvoller Weise betrieben wird.

bb) Cheapest cost insurer

Die über § 278 BGB vermittelte Haftung führt zu einer unbedingten Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn. Die Vermeidbarkeit des Schadenseintritts durch den Geschäftsherrn ist dabei keine Voraussetzung für die Haftung.¹⁷⁸⁵ Aus diesem Grund kann bisweilen kein (effizienter) *cheapest cost avoider* ermittelt werden. Subsidiär anzuwendendes Kriterium für die Haftungszuweisung ist dann die überlegene Fähigkeit des Schuldners zur Risikotragung¹⁷⁸⁶ durch externe oder interne Versicherung, mithin der Begriff des *cheapest cost insurer*.¹⁷⁸⁷ Das Kriterium des *cheapest cost insurer* kommt dabei vor allem in Konstellationen zur Anwendung, in denen niemand *cheapest cost avoider* ist, weil das Schadensrisiko unausweichlich war.

Beispiel 55 Im Flugfall war der Schaden aus ökonomischer Sicht unvermeidbar, da das Risiko einer derartigen Kompetenzüberschreitung so klein war, dass der Schadenserwartungswert – trotz der großen Höhe des Schadens – unter den extrem hohen Schadensvermeidungskosten lag. Damit kommt das Kriterium des *cheapest cost insurer* zur Anwendung. Selbst wenn sich das Risiko einer solchen vorsätzlichen Pflichtverletzung nicht fremdversichern ließe¹⁷⁸⁸, stand der Fluglinie die Möglichkeit der Eigenversicherung offen. Da diese alle Risiken aus dem Fehlverhalten von ihr eingeschalteter (Hilfs-)Piloten bündeln kann, profitiert die Fluglinie so durch das Gesetz der großen Zahl¹⁷⁸⁹ – anders als die eine einzige

1785 Kirsten, Schadensersatzhaftung, 2009, S. 38f.

1786 So Tröger, Arbeitsteilung, 2012, S. 162.

1787 Insbesondere bei einer Haftung auch für Zufälle gewinnt die Versicherbarkeit des Risikos als Mechanismus ausgleichender Gerechtigkeit an Bedeutung, Rödl, Gerechtigkeit, 2015, S. 174.

1788 Wegen § 81 VVG und der Repräsentantentheorie ist die Möglichkeit des Geschäftsherrn entscheidend eingeschränkt, sich für das Fehlverhalten eines seine Interessen unabhängig repräsentierenden Erfüllungsgehilfen überhaupt zu versichern, näher zu den ein Repräsentantenverhältnis begründenden Umständen MüKo-VVG/Looschelders, 2. Aufl. 2016, § 81 Rn. 120ff.

1789 Näher zu dem aus der mathematischen Analyse des Glückspiels entlehnten Begriff *Sinn*, Ungewißheit, 1980, S. 218; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 23f.

Fahrt wahrnehmenden Passagiere – von einem komparativen Kostenvorteil bei der Risikoversicherung.

Die Möglichkeit des Schuldners, sich für eine Nebenpflichtverletzung durch seine Erfüllungsgehilfen zu versichern, ist dabei auch nicht vom Verschuldensgrad des Erfüllungsgehilfen abhängig.¹⁷⁹⁰ Das Verhalten von bloßen Erfüllungsgehilfen wird nämlich im Rahmen von § 81 VVG nicht zugerechnet, und zwar insbesondere mit dem Argument, dass sich der Versicherungsnehmer schließlich auch für deren Verhalten absichern will.¹⁷⁹¹

Im anglo-amerikanischen Recht gibt es die Doktrin des *respondeat superior*, nach welcher ein Arbeitgeber grundsätzlich für jedes Verhalten seiner Angestellten haften soll.¹⁷⁹² In der ökonomischen Analyse wird dies überzeugend auf die Tatsache gestützt, dass der Arbeitgeber das vom einzelnen Arbeitnehmer repräsentierte Risiko am kostengünstigsten versichern kann.¹⁷⁹³ Der Arbeitgeber ist demnach regelmäßig *cheapest cost insurer* für einen Schaden, den ein Arbeitnehmer anrichtet.¹⁷⁹⁴ Aus Sicht der Ökonomik genügt es dabei, wenn der Schaden Ausfluss der Tätigkeit des Arbeitnehmers war („*arising out of and in the*

1790 § 81 I VVG befreit den Versicherungsgeber von der Leistungspflicht, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich herbeiführt. § 81 II VVG ermöglicht dem Versicherungsgeber seine Leistung bei grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers zu kürzen. Demnach muss sich der Versicherungsnehmer das Verhalten seiner gesetzlichen Vertreter und Organe sowie seiner Repräsentanten im Hinblick auf die Risikoverwaltung im Rahmen von § 81 VVG zurechnen lassen. Im Bereich der sog. „*Repräsentantenhaftung*“ ist vieles umstritten, näher zu alldem MüKo-VVG/*Looschelders*, 2. Aufl. 2016, § 81 Rn. 106, 118ff. Zugrundeliegende Wertung ist, dass sich der Versicherungsnehmer nicht aller Kontrolle über den Versicherungsgegenstand in Richtung des Repräsentanten entledigen darf, ohne sich gleichzeitig dessen Verhalten zurechnen lassen zu müssen, BGH, Urt. v. 26.4.1989 – IVa ZR 242/87, Rn. 14 (BGHZ 107, 229, 232f.).

1791 Näher Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 278 Rn. 47; MüKo-VVG/*Looschelders*, 2. Aufl. 2016, § 81 Rn. 116 m.w.N.

1792 Näher *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), 499, 543ff.; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70, 85 (Fn. 59).

1793 *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), 499, 543f.; Michael Lehmann, Bürgerliches Recht, 1983, S. 94; Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 315 („Argument der deep pocket des Arbeitgebers, der ausgezahlte Schadenssummen durch eine entsprechende Kostenpolitik besser auffangen und verteilen kann“).

1794 *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), 499, 543 nennt zudem das erhöhte Risikobewusstsein des Arbeitgebers als eine Vorbedingung für seine Eigenschaft als *cheapest cost insurer*. Das wiederum verweist auf das schon häufig als zentral betonte Kriterium der Erkennbarkeit des Haftungsrisikos.

course of employment“)¹⁷⁹⁵, ein besonderer Bezug gerade zur aufgetragenen Aufgabe ist nicht erforderlich. Auch vorsätzliches Handeln des Arbeitnehmers beeinträchtigt nicht die Eigenschaft des Arbeitgebers als *cheapest cost insurer*.¹⁷⁹⁶ Der letztlich nur ein Kausalitätserfordernis aufstellende Gedanke ähnelt demjenigen Ansatz¹⁷⁹⁷, der für die Anwendung von § 278 BGB lediglich eine Gefahrerhöhung fordert.

*So erachtete beispielsweise ein US-Gericht die Haftung des Arbeitgebers für eine vom Angestellten bei der Lieferung einer Matratze begangene Vergewaltigung unter anderem deshalb für möglich, weil seine Uniform ihm erleichterten Zugang zur Wohnung des Opfers verschafft hatte.*¹⁷⁹⁸ Grund für die Zurechnung des Verhaltens des Erfüllungsgehilfen war, dass die begangene Tat durch die vom Geschäftsherrn gewährten Einwirkungsmöglichkeiten auf

1795 Nach Sykes, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 571ff. („*enterprise causation*“) ist eine Haftung des Arbeitgebers zu bejahen, wenn die Auflösung des Unternehmens und darauffolgende Arbeitslosigkeit des Angestellten den Eintritt des jeweiligen Schadens in dieser Weise unmöglich machen würde. Liegt die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit trotz der Auflösung des Unternehmens zwischen 1 und 99 Prozent, so ist der Schaden zumindest in Teilen auf die Tätigkeit als Angestellter zurückzuführen und eine Haftung des Arbeitgebers zu bejahen, Sykes, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 572 („*An enterprise „partially causes“ the wrong of an employee if the dissolution of the enterprise and subsequent unemployment of the employee would reduce the probability of the wrong but not eliminate it.*“). Nur wenn der Schaden ebenso gut auch ohne das Beschäftigungsverhältnis hätte eintreten können – die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit also unverändert bei 100 Prozent gelegen hätte –, wäre eine Haftung des Geschäftsherrn gänzlich abzulehnen. Für die Anwendung des Ansatzes auch auf Erfüllungsgehilfen, die nicht Arbeitnehmer sind, muss lediglich die zweite Voraussetzung (Arbeitslosigkeit) in Auftragslosigkeit umgedeutet werden – der Erfüllungsgehilfe also nunmehr unabhängig tätig sein. Bleibt die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit hiervon unverändert, so ist die Zurechnung abzulehnen, vgl. auch generell im Kontext von Unternehmenshaftung Calabresi, Yale L. J. 70 (1961), 499, 533 („*„tort“ costs should be borne by the activity which causes them*“).

1796 Näher Calabresi, Yale L. J. 70 (1961), 499, 544ff. („*all injuries caused by workmen which arise out of and in the course of their employment should result in the master’s liability – whether or not the injury resulted from some activity which benefited the employer or was authorized by him, and whether it occurred through the servant’s willfulness or through his negligence*“). Ähnlich auch das englische Deliktsrecht mit der Doktrin der „*vicarious liability*“, näher Wagner, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 291f.

1797 S..o., S. 463ff.

1798 *Lyon v. Carey* (D.C. Cir. 1976), 533 F. 2d 649, 651f.; vgl. auch die Behandlung eines ähnlich verstörenden Falls aus der südkoreanischen Rechtsprechung bei *Seok Kim*, ZEuP 2013, 263, 281.

die Integrität des Gläubigers erleichtert worden war.¹⁷⁹⁹ Das spiegelt den oben vertretenen Ansatz der Gefahrerhöhung als Zurechnungsprinzip wider.¹⁸⁰⁰

Damit weist der Begriff des *cheapest cost insurer* die Verantwortlichkeit für in die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten eingespannte Dritte regelmäßig dem Schuldner zu.¹⁸⁰¹ Wichtig ist in diesem Zusammenhang demnach die marktsensitive – und durchaus wertungs offene – Frage, ob sich das Risiko der Tätigkeit des Erfüllungsgehilfen sinnvollerweise in den Aktivitäts- oder Produktionskosten des Schuldners niederschlagen sollte.¹⁸⁰² Dabei geht es letztlich um die Frage, ob der durch den Erfüllungsgehilfen verursachte Schaden eine negative Externalität der Tätigkeit des Geschäftsherrn darstellt, welche es durch eine Zurechnung vom Geschäftsherrn zu internalisieren gilt.¹⁸⁰³

Beispiel 56 Ein Bauunternehmer mietet – wie ähnlich bereits häufig erfolgt – von einem Gewerbetreibenden einen Gabelstapler, um diesen an einen Einzelkaufmann unterzuvermieten („Gabelstaplerfall“).¹⁸⁰⁴ Die Vermietung erfolgt inklusive einer Versicherung durch den Vermieter, welche jedoch – wie üblich – nur den Diebstahl oder die Unterschlagung des Vermietungsgegenstandes durch den Mieter, nicht aber durch dessen Untermieter erfasst. Nach der Lieferung – welche direkt an den Einzelkaufmann erfolgt ist – unterschlägt der Untermieter den Gabelstapler, verkauft ihn auf dem Schwarzmarkt und setzt sich mit dem Erlös ins Ausland ab. Der Vermieter verlangt in der Folge Schadensersatz. Das Gericht sprach den Schadensersatzanspruch zu und rechnete hierbei das Verschulden des Untermieters dem Mieter nach § 278 BGB zu.

1799 Sykes, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 571, 589 („probability of a rape was considerably enhanced by the deliveryman’s employment status“).

1800 AK-BGB/Dubischar, 1980, § 278 Rn. 8 („der Kunde [zahlt] (auch) für ordentliches Personal, das er vertrauensvoll ins Haus lassen kann“).

1801 Auch ein Verhalten des *independent contractor* wird über die *respondeat superior*-Doktrin zunehmend dem Geschäftsherrn zugewiesen, sofern der Geschäftsherr zumindest genauso gut wie der Erfüllungsgehilfe dazu in der Lage ist, das Schadensrisiko in eine (geschäftliche) Tätigkeit einzupreisen, näher *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), 499, 545f.

1802 Präzise *Wagner*, Grundstrukturen, 2003, S. 189, 300.

1803 Vgl. *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 147.

1804 Fall nach OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2016 – 24 U 74/16.

Weil der Einzelkaufmann geschäftlich unauffällig war und vollkommen unabhängig vom Mieter agierte, schied eine Risikozuweisung über den Begriff des cheapest cost avoider hier mangels sinnvoller Schadensvermeidungsmöglichkeiten aus. Der Schaden durch den unvorhersehbaren deliktischen Akt eines unabhängigen Dritten war für beide Parteien ökonomisch unvermeidbar. Die Haftung des Mieters steht aber im Einklang mit dem hier subsidiär anwendbaren Prinzip des cheapest cost insurer: So schied eine Fremdversicherung hier für den Vermieter gänzlich aus, da sich für den Vermieter nach üblicher Marktpraxis der Maschinen- und Kaskoversicherung nur das Risiko einer Unterschlagung durch den unmittelbaren Mieter – nicht aber durch dessen Untermieter – fremdversichern ließ.¹⁸⁰⁵ Für den Mieter – der als gewerblicher Untervermieter Erfahrung in diesem Bereich besaß – kam eine Fremdversicherung für strafbares Fehlverhalten seiner Untermieter zwar theoretisch in Betracht. Aus dem Fehlen einer solchen Fremdversicherung trotz der als bekannt unterstellten Versicherungslücke aufseiten des Vermieters schloss das Gericht aber letztlich auf Basis des Modells des homo oeconomicus zutreffend darauf, dass der Schadenserwartungswert für den Mieter hier unter den Fremdversicherungskosten lag.¹⁸⁰⁶ Das Risiko war also durch Eigenversicherung aufzufangen. Gerade weil die Geschäftstätigkeit des Mieters auf eine Untervermietung gerichtet war, erschien es dem Gericht angemessen, ihm die Haftung unter Entlastung des Vermieters aufzubürden.¹⁸⁰⁷ Dahinter steckt der zutreffende ökonomische Gedanke, dass der Mieter hier das Risiko des sich für

1805 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2016 – 24 U 74/16, Rn. 3, 19.

1806 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2016 – 24 U 74/16, Rn. 31 („zu unterstellen, dass [der Mieter] [...] bereits eine Versicherung zum Schutz vor Unterschlagung [durch den Untermieter] abgeschlossen hätte, eine solche also existieren würde, wenn [dem Mieter] [...] dies nach einer Abwägung des finanziellen Risikos (Versicherungsprämien in Relation zu den finanziellen Nachteilen aufgrund einer Haftung) sinnvoll erschienen wäre“).

1807 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2016 – 24 U 74/16, Rn. 25 a.E. („kein überzeugender Grund ersichtlich [...], warum der Vermieter für eine Straftat des Untermieters einstehen soll, wo doch der Mieter den Untermieter als Vertragspartner ausgewählt und sich aus der Verbindung einen finanziellen Gewinn versprochen hat“).

*die beiden Parteien als negative Externalität darstellenden Schadens durch Eigenversicherung zu internalisieren hat, weil der erleichterte Zugriff des Untermieters auf den Gabelstapler Teil seines Geschäftsmodells der Untervermietung war. So lässt sich die Anwendung von § 278 BGB im Einklang mit dem Gedanken der Gefahrerhöhung als auch dem Prinzip des *cheapest cost insurer* rechtfertigen.¹⁸⁰⁸*

Weil der Schuldner das Verhalten der von ihm eingespannten Erfüllungsgehilfen regelmäßig kostengünstiger in seine Risikoverwaltung integrieren kann als der Gläubiger, wird sich so eine ökonomisch sinnvolle Zurechnung häufig auch im Einklang mit dem oben befürworteten Kriterium der Gefahrerhöhung bejahen lassen.¹⁸⁰⁹

b) Zwischenergebnis: Gemeinsamkeiten der Ökonomik mit bisheriger Dogmatik zu § 278 BGB

Das Prinzip des *cheapest cost avoider* kann entgegen erster Annahme auch bei der Subsumtion zu § 278 BGB sinnvoll Schadensrisiken verteilen. Obwohl die erfolgte Schädigung für eine Zurechnung über § 278 BGB nicht vom Geschäftsherrn vermeidbar gewesen sein muss, werden durch die Anwendung von § 278 BGB dennoch regelmäßig Anreize für den Geschäftsherrn zum Risikomanagement gesetzt. Diese Anreize werden durch die ökonomische Analyse offengelegt und mittels der Maßgabe des *cheapest cost avoider* sichergestellt, dass nur ökonomisch sinnvoller Schadensvermeidungsaufwand betrieben wird. Der Gedanke

1808 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.10.2016 – 24 U 74/16, Rn. 25 („*unumschränkte Einwirkungsmöglichkeit* [des Untermieters auf den Vermietungsgegenstand], *die nicht nur den Gebrauch, sondern auch den Missbrauch ermöglicht*“).

1809 Auf diesen Gedanken stützt sich auch die Forderung der Ökonomik, die Regelung des § 831 BGB von ihrer Wirkung her an diejenige des § 278 BGB anzupassen, Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 409. Das zunehmend enge Verständnis der Exkulpationsmöglichkeit aus § 831 I 2 BGB und die Kreation der Organisationspflichten innerhalb § 823 I BGB zeigen, dass dies zum Teil bereits erfolgt ist, s.o., S. 85f. Die ökonomische Forderung die Exkulpationsmöglichkeit aus § 831 I 2, II BGB abzuschaffen, stützt sich dabei auch auf das Argument, dass der Erfüllungsgehilfe den gesamtgesellschaftlichen Schaden mangels ausreichender Mittel häufig selbst gar nicht ausgleichen kann, näher Schweizer, *Spieltheorie*, 2015, S. 65; Shavell, *Economic Analysis*, 2004, S. 234.

des *cheapest cost insurer* – also die überlegene Fähigkeit des Schuldners zur Risikotragung eines gar nicht oder nur mit unzumutbar hohen Kosten vermeidbaren Schadens – führt ebenfalls bei der Konturierung von § 278 BGB weiter und generiert ähnliche Ergebnisse wie der im rechtswissenschaftlichen Kontext für vorzugswürdig befundene Gedanke der Gefahrerhöhung¹⁸¹⁰. Im Ergebnis kann die Ökonomik hilfreiche Befunde liefern. Wie im Bereich des Schutzes vermögenswerter Interessen fallen auch hier wieder zentrale Gemeinsamkeiten zwischen Ökonomik und rechtswissenschaftlicher Analyse auf.

III. Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken durch eine Beweislastumkehr für das Verschuldenselement

Der letzte der drei zentralen Vorteile einer schuldverhältnisbedingten Haftung ist die aus § 280 I 2 BGB folgende Beweislastumkehr für das Verschulden. Ist es genau diese rechtspraktische Funktion der Nebenpflichten, welche mangels Pendant im Jedermannsrecht zur Anwendung kommen soll, so ist innerhalb der teleologischen Auslegung des § 241 II BGB die Zwecksetzung und Reichweite von Beweislastumkehrungen in den Blick zu fassen.

1. Frage nach der Reichweite einer Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens
 - a) Suche nach dem Haftungsgrund

Beweisrecht kann die Ausgestaltung des Haftungsrechts entscheidend verändern.¹⁸¹¹ Grundsätzlich trägt derjenige die Beweislast für eine Voraussetzung, der aus ihrem Vorliegen einen Vorteil zieht.¹⁸¹² Über die Beweiserleichterung des

1810 S.o., S. 483.

1811 Engel, Unsicherheit, 2001, S. 48 („Konstruktion von Wirklichkeit [im Gerichtsprozess] [...] vor allem durch das Beweisrecht [...] gelenkt“); Konzen, FS Picker, 2010, S. 497, 515f.; Prütting, Karlsruher Forum 1989, S. 3, 9; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 219. Es kann vor allem gezielt dazu eingesetzt werden, die volkswirtschaftlichen Kosten des (privatrechtlichen) Rechtssystems gering zu halten, näher Hay/Spier, J. Leg. Stud. 26 (1997), 413, 414ff.

1812 BGH, Urt. v. 11.12.1991 – VIII ZR 31/91, Rn. 39 (BGHZ 116, 278, 288); Fuchs/Pauker/Baumgärtner, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 118; HK-ZPO/Saenger, 7. Aufl. 2017, § 286 Rn. 58. In Reinform lautet die gewohnheitsrechtlich anerkannte Grundregel gesetzlicher Be-

Anscheinsbeweises¹⁸¹³ hinausgehend ist die Beweislastumkehr eine Möglichkeit, dieses Dogma zu durchbrechen. Mit ihr kann vom Vorliegen einer bestimmten Voraussetzung ausgegangen werden, wenn derjenige, zu dessen Lasten sie geht, sie nicht widerlegen kann.¹⁸¹⁴ Eine Beweislastumkehr für das Verschulden wird dabei insbesondere im Bereich der Produkthaftung angenommen.¹⁸¹⁵ Weil der Geschädigte nur schwerlich Einblick in die für das Verschulden relevante Organisationssphäre des Produzenten bekommen kann, würde die Haftung ohne eine

weislastverteilung: „Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale, der Anspruchsgegner für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Merkmale.“, näher Prütting, *Karlsruher Forum* 1989, S. 3,10f.; Mükö-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 110ff. Das in § 286 I 1 ZPO exemplifizierte Regelbeweismaß ist dabei die volle Überzeugung des Richters, dass etwas als erwiesen gilt, Mükö-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 40. Anders als im anglo-amerikanischen Rechtsraum („preponderance of the evidence“) wird daher nicht nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit gefordert, dass eine Tatsache wahr ist, näher zum Streit Mükö-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 35ff. Mit Blick auf die *omission bias* von Menschen – der die irrationale Abneigung zugrunde liegt, lieber im Unterlassen (Klageabweisung) zu irren als im aktiven Tun (Klage stattgebung) – wird aber faktisch auch in Rechtsbereichen, in denen grundsätzlich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ($x > 50\%$) als Beweis ausreichen würde, deutlich mehr als nur die mathematisch überwiegende Wahrscheinlichkeit gefordert, instruktiv Zamir/Ritov, *J. Leg. Stud.* 41 (2012), 165, 192f.

- 1813 Der Anscheinsbeweis verringert die Anforderungen des Vollbeweises nach § 286 ZPO. Ein Verlauf gilt – bis zum Gegenbeweis – als bewiesen, wenn die Lebenserfahrung eine bestimmte Entwicklung nahelegt und der betroffene Sachverhalt nicht atypisch gelagert ist, vgl. BGH, *Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14*, Rn. 25f.; Greulich, *Anm. zu OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, StBW 2014*, 512, 513; Papadelli, *Beweislastverteilung*, 2011, S. 111; Prütting, *Karlsruher Forum* 1989, S. 3, 12; Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 220; Zuehör, *WM 2010*, SBeil. 1, S. 17. Im Bereich der Rechts- und Steuerberatung gesteht der BGH dem Geschädigten – anders als im Bereich der Anlageberatung – nur die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises für den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu, BGH, *Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14*, Rn. 23, 25; zustimmend D. Fischer, *WM 2014*, SBeil. 1, S. 17 („[n]ur die Grundsätze des Anscheinsbeweises gewährleisten eine angemessene Risikoverteilung“); D. Fischer, *DB 2015*, 1643, 1647 („Gefahren über die zu belehren sind, stammen nicht regelmäßig aus der Sphäre desjenigen, den die Hinweispflicht trifft“); Geisler, *Anm. zu BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14*, *jurisPR-BGHZivilR 16/2015*, Anm. 2.
- 1814 Anschaulich Engel, *Unsicherheit*, 2001, S. 37 („Was vorher grau war, wird für die Zwecke der staatlichen Entscheidung dann eindeutig schwarz“).
- 1815 Weil diese Entwicklung im Jedermannsrecht stattfand, besteht hier ohnehin kein Unterschied mehr zur Regelung des § 280 I 2 BGB, vgl. Michael Lehmann, *Vertragsanbahnung*, 1981, S. 336f. (Fn. 162); Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 360; Erman/Wilhelmi, 15. Aufl. 2017, § 823 Rn. 121f.

Beweislastumkehr faktisch leerlaufen.¹⁸¹⁶ Im Fall von § 280 I 2 BGB betrifft sie das Verschulden der Pflichtverletzung. Kann der Gläubiger eine Pflichtverletzung durch den Schuldner beweisen, so kehrt sich die Beweislast für das Verschulden derselben um. Der Schuldner muss nun beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht verschuldet hat, anderenfalls gilt das Vertretenmüssen derselben als bewiesen. Maßgebliche Gedanken zur Bestimmung der Teleologie von Beweislastumkehrungen sind in der Rechtspraxis die Begriffe der Sphäre, des Verantwortungsbereichs und des Gefahrenbereichs.¹⁸¹⁷ Aus § 309 Nr. 12 a) BGB lässt sich ableiten, dass auch der Gesetzgeber eine Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen für die normativ überzeugende Grundregel hält.¹⁸¹⁸ Wenn die Schadensursache nur aus dem Verantwortungsbereich des in Anspruch Genommenen kommen kann, so ist eine Umkehr der Beweislast für die – objektive wie subjektive – Verantwortlichkeit angemessen.¹⁸¹⁹ Ebenso sollte die Kausalität

1816 Vgl. BGH, Urt. v. 28.3.1973 – I ZR 41/72, Rn. 24 („praktisch oft rechtlos gestellt“). Die Beweislastumkehr greift grundsätzlich erst, wenn die Kausalität der Sphäre des Produzenten für die Rechtsgutsverletzung feststeht. Auch für die Kausalität kann es zu einer Beweislastumkehr kommen, wenn der Kläger eine unzureichende Endkontrolle nachweisen kann, sofern eine solche wegen typischer herstellungsbedingter Risiken erforderlich war, näher zu alldem Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 222f.

1817 BGH, Urt. v. 14.6.1976 – III ZR 81/74, Rn. 29; BGH, Urt. v. 20.6.1990 – VIII ZR 182/89, Rn. 10; BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 15; BGH, Urt. v. 24.1.2013 – VII ZR 98/12, Rn. 13; Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 249, 255; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37; Matusche-Beckmann, *Organisationsverschulden*, 2001, S. 131f.; Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 280 Rn. 27; zur Kritik aus dem Schrifttum Sonnenberger, *FS Medicus*, 1999, S. 621, 623ff.

1818 MüKo-BGB/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 12 Rn. 1; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, SchR-ModG, Gesetzesbegründung, S. 136, nach der dem Gläubiger einer Nebenpflicht im Rahmen des Beweises der Pflichtverletzung „unter dem Gesichtspunkt der Sphärentheorie Beweiserleichterungen zugute“ kommen sollen.

1819 BGH, Urt. v. 14.11.1989 – X ZR 116/88, Rn. 25. Anschaulich AG Schwalmstadt, Urt. v. 17.3.2017 – 8 C 429/15, Rn. 17 („Grundsätzlich obliegt es der Klägerin, eine Pflichtverletzung des Beklagten darzulegen und zu beweisen. Davon ist jedoch dann abzuweichen, wenn sich der Schädigungsvorfall im Rahmen einer [...] [Situation] ereignet hat, die in den voll beherrschbaren Gefahrenbereich des [...] [Beklagten] fiel“). Dogmatisch treffend Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37 (Gefahrenbereichslehre der Rechtsprechung „modifiziert die Regel, dass der Gläubiger die Pflichtverletzung des Schuldners nachweisen muss“); ähnlich auch NK-BGB/Dauner-Lieb, 3. Aufl. 2016, § 280 Rn. 40; AK-BGB/Dubischar, 1980, § 282 Rn. 8 („Erfolg nach Art der Lückenschließung mit dem Anscheinsbeweis der Fahrlässigkeit als Indiz für Vorsorge-, Überwachungs- oder Organisationsverschulden zu nehmen“); Horst, ZAP Fach 4 (Nr. 23 v. 22.11.2012), 1461, 1464; NK-BGB/Krebs, 3. Aufl. 2016, § 241 Rn. 69; Riehm, *FS Canaris*, Bd. I, 2007, S. 1079, 1086; Wagner, *Schuldrecht*, 2003, S. 203, 221; Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 280 Rn. 27.

zwischen Pflichtwidrigkeit und Rechtsgutsverletzung vermutet werden, wenn keine andere, fremde Ursache für die Schädigung in Betracht kommt.¹⁸²⁰

b) Verlaufen der Haftungsgrenze?

Der Begriff der Sphäre weist – ebenso wie der des Verantwortungsbereichs und der des Gefahrenbereichs – allerdings eine gewisse inhaltliche Unschärfe auf.¹⁸²¹

Nach dem natürlichen Wortsinn liegt zumindest nahe, dass die vom Schuldner beherrschten Räumlichkeiten seiner Sphäre zuzurechnen sind. Aber auch das ist nicht zwingend der Fall:

Beispiel 57 Ein Gast besucht eine Sondervorstellung eines Programmkinos („Kinofall“).¹⁸²² Aufgrund der Fülle von Besuchern muss der Kinogast während der Vorführung in der Nähe des Notausgangs stehen. Wegen der Vielzahl von Besuchern wird die Notausgangstür des Kinos einige Male geöffnet, um zu lüften. In einer der Pausen

1820 BGH, Urt. v. 31.5.1978 – VIII ZR 263/76, Rn. 16; BGH, Urt. v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, Rn. 24; BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 16; *Sonnenberger*, FS Medicus, 1999, S. 621, 623; zur methodischen Vorgehensweise instruktiv OLG Hamm, Urt. v. 27.1.2014 – 17 U 35/13, Rn. 8 („*Beweislastumkehr analog*“ § 280 I 2 BGB); *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1086 (Gefahrenbereichslehre folgt „*prozesspraktischen*“ und nicht „*dogmatischen Bedürfnissen*“, daher bezüglich „*aller dogmatischen Kategorien anwendbar*“). Ist Schutzzweck der Verhaltensanforderung eine vermögenswerte Disposition des Geschädigten zu verhindern, so wird aber zumindest im Bereich der Rechts- und Steuerberatung nur die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises gewährt, BGH, Beschl. v. 15.5.2014 – IX ZR 267/12, Rn. 2, 4; BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, Rn. 23, 25f.; dafür generell bei Informationspflichtverletzungen *Faust*, *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 201, 216f. Im Bereich der Anlageberatung vermutet der BGH das „*aufklärungsrichtige*“ Verhalten im Wege einer Beweislastumkehr, BGH, Urt. v. 8.5.2012 – XI ZR 262/10, Rn. 28f. (BGHZ 193, 159, 168); BGH, Urt. v. 15.10.2013 – XI ZR 51/11, Rn. 24f.; BGH, Urt. v. 11.2.2014 – II ZR 273/12, Rn. 10; *Buck-Heeb*, Anm. zu BGH, Urt. v. 15.10.2013 – XI ZR 51/11, jurisPR-BKR 4/2014, Anm. 2; unentschlossen hingegen BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, Rn. 49; krit. zur Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung in dieser Frage und mit einem auf die Regeln zum rechtmäßigen Alternativverhalten aufbauenden Gegenentwurf *Canaris*, FS Hadding, 2004, S. 3, 12ff.; zum Problem auch *Konzen*, FS Picker, 2010, S. 497, 515ff.

1821 Vgl. auch Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 252 („insoweit noch vieles nicht endgültig geklärt“); Matusche-Beckmann, *Organisationsverschulden*, 2001, S. 131f. („schwierig, den unbestimmten Begriff des „Gefahren- und Verantwortungsbereichs“ so konkret zu fassen, daß er als maßgebliches Abgrenzungskriterium für die Verteilung der Beweislast taugt“); E. Schmidt, JuS 2003, 1007, 1010 (Zuordnung „oft genug leichter gesagt als getan“); Erman/Westermann, 15. Aufl. 2017, § 280 Rn. 27.

1822 Fall nach BGH, Urt. v. 21.12.1965 – VI ZR 161/64.

wird der Kinogast ohnmächtig. Er fällt dabei die hinter der Notausgangstür des Saales hinabführende Treppe hinunter. Als der Kinogast gefunden wird, steht die Notausgangstür offen. Ob sie vor dem Sturz bereits offen stand oder sich durch den Sturz öffnete, kann nicht mehr geklärt werden. Der Kinogast erleidet einen Schädelbasisbruch. Für die durch die Behandlung entstandenen Kosten sowie für entstandene Schmerzen verlangt der Kinogast vom Kinobetreiber Schadensersatz.

Der BGH verneinte eine Haftung des Betreibers mangels Verkehrssicherungspflichtverletzung. Dem Kläger kam dabei keine Beweislastumkehr zugute, obwohl sich das gesamte Geschehen unstrittig in der räumlichen Sphäre der Beklagten – dem Filmvorführungsraum – abgespielt hatte. Laut BGH könne auch die Beweislastumkehr (des heutigen § 280 I 2 BGB) den Kläger nicht von dem Beweis befreien, „daß bei ihm objektiv durch ein Verhalten des in Anspruch Genommenen eine Rechtsgutverletzung verursacht worden ist“.¹⁸²³ Hier war nicht erwiesen, dass eine sturzbedingte Verletzung des Klägers auch tatsächlich auf einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht beruhte. Weder die organisatorisch bedingte, pflichtwidrige Überfüllung des Saales noch die Öffnung der Saaltür wegen Lüftungsproblemen noch eine womöglich gefährlich steil konzipierte Treppe im Vorführungsraum konnten als Ursache rechtssicher festgestellt werden.¹⁸²⁴ Zwar stammten alle diese Ursachen aus der Sphäre des Kinobetreibers. Als Möglichkeit verblieb aber bis zum Schluss, dass keine der Pflichtwidrigkeiten vorlag oder dass zumindest keine der Pflichtwidrigkeiten zum Schadeintritt führte.¹⁸²⁵

Ex ante vorhersehbare Subsumtionsergebnisse lassen sich mit dem Begriff der Sphäre daher nur begrenzt erzielen. Weil die Rechtsprechung sich aber zumin-

1823 BGH, Urt. v. 21.12.1965 – VI ZR 161/64, Rn. 29.

1824 Näher BGH, Urt. v. 21.12.1965 – VI ZR 161/64, Rn. 11ff.

1825 Sachlich vergleichbar auch der Fall des AG Bad Segeberg, Urt. v. 14.2.2013 – 17 C 219/12, Rn. 41ff. (Fehlende Beweisbarkeit der Nebenpflichtverletzung eines Busunternehmens bei sturzbedingter Verletzung eines Fahrgastes aufgrund einer Vollbremsung).

dest an den ähnlichen Begriffen des Gefahren- oder Verantwortungsbereichs orientiert¹⁸²⁶, ist in der Subsumtion mit ihm vorlieb zu nehmen. Rechtspraktisch gilt dort: Fasst man eine Nebenpflicht begrifflich weit, so entfaltet § 280 I 2 BGB *de lege lata* besonders intensive Wirkung. Fasst man sie enger, so wird der größte Bestandteil des Vertretenmüssens bereits innerhalb der Pflichtverletzung relevant. Dort fällt die Beweislast gemäß der gesetzlichen Grundregel aber auf den Gläubiger zurück. § 280 I 2 BGB verliert somit seine Wirkung.¹⁸²⁷ Wird so dem Gläubiger der Beweis auch für einen Umstand aufgebürdet, welcher zumindest in Teilen wiederum in der Sphäre des Schuldner liegt, so ist dem Schuldner für diesen in seiner eigenen Sphäre liegenden Teil wiederum eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen, um dem Gläubiger (substantiierten) Vortrag zu ermöglichen.¹⁸²⁸ Die Zwecksetzung einer Beweislastumkehr entscheidet dann sinnvollerweise darüber, ob eine Nebenpflicht eng oder weit formuliert werden sollte und inwieweit über die Annahme einer sekundären Darlegungslast nachkorrigiert werden muss.¹⁸²⁹

Beispiel 32 *Würde die Nebenpflicht im Krankenbettfall¹⁸³⁰ lauten „Äußere kein unberechtigtes Nacherfüllungsverlangen“, so würde wegen*

1826 Vgl. zu anderen denkbaren Kriterien E. Schmidt, JuS 2003, 1007, 1010.

1827 Die – bisweilen vorgeschlagene – teleologische Reduktion von § 280 I 2 BGB wird dann überflüssig, skeptisch deshalb Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1091f. Stellschraube der Wirkung des § 280 I 2 BGB ist die Art und Weise, wie man die Pflichtverletzung formuliert, s.o., S. 69ff.

1828 BGH, Urt. v. 10.3.1986 – II ZR 107/85, Rn. 17 („Aus der Verpflichtung zu redlicher Prozeßführung, wie sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben geboten ist, folgt jedoch, daß dem Beklagten eine Darlegungslast im Sinne eines substantiierten Bestreitens obliegt, wenn der Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht und keine Möglichkeit hat, den Sachverhalt von sich aus zu ermitteln, der Beklagte aber in der Lage ist, die erforderliche Aufklärung zu geben, und ihm dies nach den Umständen auch zuzumuten ist“); Jaeckel, Beweisrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 36; MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 103. Plakatv LG Heilbronn, Urt. v. 2.5.2018 – Ve 6 O 401/17, Rn. 55 („Sinn der sekundären Darlegungslast besteht [...] darin, der beweisbelasteten Partei weiteren Vortrag zu ermöglichen“).

1829 Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 161f. (Anwendung der „Gefahrenbereichslehre [der Rechtsprechung] setzt [...] die Abgrenzung solcher – ja keineswegs als natürlich vorgegebenen – „Zuständigkeitszonen“ diverse Risikoverteilungserwägungen voraus, die offener am jeweiligen Pflichtenzuschnitt angestellt werden können.“) sowie Sonnenberger, FS Medicus, 1999, S. 621, 635, der schon vor der Schuldrechtsreform die Möglichkeit sieht, „daß eine Verpflichtung aus einer handlungsbezogenen zu einer erfolgsbezogenen [...] weiterentwickelt wird, und sich damit auch die [...] Beweislast [...] verändert“.

1830 S.o., S. 255.

§ 280 I 2 BGB das Vertretenmüssen des Käufers – und damit eine Schadensersatzpflicht – immer dann vermutet, wenn kein Sachmangel vorliegt.¹⁸³¹ Der Käufer kann sich dann vor Gericht nur exkulpieren, wenn er zur Überzeugung des Gerichts dokumentiert hat, dass er alle aus seiner eigenen Sphäre stammenden, möglichen Ursachen für den „Mangel“ vor Ausübung des vermeintlichen Nacherfüllungsrechts ausgeschlossen hat. Gekoppelt mit dem Vorrang der Nacherfüllung im Kaufrecht würde eine solche strikte Trennung der Tatbestandsmerkmale womöglich die Mängelrechte des Käufers entwerten.¹⁸³² Diese Gefahr wird vermieden, wenn die Nebenpflicht lautet „Äußere kein (im Ergebnis unberechtigtes) Nacherfüllungsverlangen, bevor du nicht mit verkehrserforderlicher Sorgfalt Mangelursachen aus deinem eigenen Verantwortungsbereich ausgeschlossen hast“.¹⁸³³ Dass Mangelursachen aus

1831 So im Übrigen explizit BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, Rn. 17 (Nebenpflichtverletzung einer Partei wenn „etwas verlangt [wird], was ihr nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht“) 23 (BGHZ 179, 238, 245ff.); BGH, Urt. v. 14.7.2016 – III ZR 446/15, Rn. 16 („Vertragspartei, die [...] ein gestaltungsrecht unter Missachtung des vertraglich Vereinbarten [hier: Kündigungsfrist von 6 Monaten] ausübt, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB“); AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, Rn. 26f. (Nebenpflichtverletzung bei Ausübung eines nicht bestehenden Gestaltungsrechts, indes Exkulpation wegen der Tatsache, dass zumindest eine Mindermeinung den intendierten Schenkungswiderruf gewährt hätte). Thole, AcP 209 (2009), 498, 528f. sieht den Schuldner durch die Beweislastumkehr „zwar nicht in unzumutbarer Weise belaste[t]“, spricht sich aber dennoch – mit Recht – gegen diese erfolgsbezogene Formulierung aus, weil sie „eine unnötige Diskrepanz zwischen Vertragsrecht und Deliktsrecht“ darstellt; krit. auch Deckenbrock, NJW 2009, 1247, 1248.

1832 Thole, AcP 209 (2009), 498, 500f., 528f. Auch der BGH sieht diese Gefahr, hält sie aber – nicht zuletzt wohl wegen der hier unterstellten Mischung aus Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – für unbegründet, BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 13; für eine strikte Trennung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen – inklusive der Verlagerung der Beweislast für die unberechtigte Rechtsverfolgung entschuldigenden Umstände auf den Schuldner – hingegen BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, Rn. 17ff. (BGHZ 179, 238, 245ff.). Bei Verbrauchsgüterkäufen erscheint diese Gefahr – auch mit Blick auf die faktische Entwertung von § 476 BGB – besonders akut, krit. auch Wassermann, Anm. zu BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, jurisPR-BGHZivilR 5/2008, Anm. 1.

1833 Dafür auch OLG München, Urt. v. 13.12.2017 – 15 U 886/17, Rn. 138 („Geltendmachung unbegründeter Ansprüche noch keine Pflichtverletzung [...] [wenn] die (im Nachhinein grundlose) Rechtsbehauptung (ex ante) einer Plausibilitätskontrolle standhält“); Deckenbrock, NJW 2009, 1247, 1248; Thole, AcP 209 (2009), 498, 528f.; dagegen möglicherweise BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, Rn. 23 (BGHZ 179, 238, 247), der indes bei der Vorgehensweise des Berufungsgerichts wohl weniger die – hier vorgeschlagene – dogmatische Ver-

*der Sphäre des Käufers zumindest fahrlässig übersehen wurden, muss dann nämlich der Gläubiger beweisen.*¹⁸³⁴

*Dem Käufer muss indes – wie üblich bei der Beweispflicht eines Beweisführers für einen (zumindest zum Teil) in der Sphäre des Beweisgegners liegenden Umstand¹⁸³⁵ – im Wege einer sekundären Darlegungslast dazu angehalten werden, sich über die Montage des Kaufgutes und eine etwaige Fehlersuche zumindest nachvollziehbar zu erklären. Weil der Verkäufer keinen Einblick in die Handhabung des Kaufgegenstandes durch den Käufer sowie dessen Fehlersuche hat, würde man ansonsten dem Verkäufer die Beweisführung unmöglich machen. Kommt der Käufer dieser Behauptungslast nicht nach, so würde etwaiger Vortrag des Verkäufers zur Pflichtverletzung des Käufers als nach §§ 242 BGB, 138 III ZPO zugestanden gelten.*¹⁸³⁶

Auch von der Wertung, die einer Beweislastumkehr zugrunde liegt, kann das überzeugen: Dass ein Nacherfüllungsverlangen im Ergebnis unberechtigt ist, kann eine Vielzahl von Ursachen haben, die nicht alle ihren Ursprung in der Sphäre des Käufers haben

schmelzung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen kritisierte, als vielmehr die Tatsache, dass es „besondere Umstände“ für die Annahme einer Pflichtverletzung gefordert hatte.

1834 Dieses Verständnis belegt auch der Verweis auf die Ausführungen des Berufungsgerichts. Dort wurden zahlreiche Mangelursachen aus der Sphäre des Schuldners erwogen. Bei engem Verständnis der Pflichtverletzung hätte es aber wegen § 280 I 2 BGB für den Anspruchserfolg genügt, wenn auf die offenbar fehlende Dokumentation des Schuldners verwiesen worden wäre, eigene Mangelursachen auszuschließen, vgl. BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Rn. 14.

1835 Exemplarisch BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, Rn. 14 („Zwar muss grundsätzlich der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Dieser Grundsatz bedarf aber [durch die Annahme einer sekundären Darlegungslast] einer Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihr eine nähere Substantiierung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen“).

1836 Vgl. BGH, Urt. v. 10.3.1986 – II ZR 107/85, Rn. 17 („einfache[s] Bestreiten ist in solchen Fällen unbeachtlich mit der Folge, daß das Klagevorbringen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist“); MüKo-ZPO/Fritsche, 5. Aufl. 2016, § 138 Rn. 21; Jaeckel, Beweisrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 36; MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 103.

müssen.¹⁸³⁷ *Lediglich wenn der Käufer objektiv fahrlässig Fehlerursachen aus seinem eigenen Gefahrenbereich verkennt oder seiner sekundären Darlegungslast über seinen Umgang mit dem Kaufgegenstand unzureichend nachkommt, ist eine Beweislastumkehr angemessen.*¹⁸³⁸

Damit kann die Teleologie einer Beweislastumkehr unmittelbare Auswirkungen auf die Subsumtion zu § 241 II BGB haben: Lässt sich in einem Sachverhalt die Schadensursache ausschließlich im Verantwortungsbereich des Schuldners verorten, so darf die Nebenpflicht eher weit formuliert werden¹⁸³⁹, anderenfalls ist

1837 So ist beispielsweise auch in der Anwaltshaftung eine Verhaltenspflichtverletzung erst dann zu bejahen, wenn sich in einer abschlägigen Entscheidung des Gerichts ein Risiko realisiert, dessen Größe vom Anwalt aus der *ex ante* Perspektive fahrlässig verkannt wurde; keineswegs muss jedes Risiko vermieden werden, instruktiv zu dieser Parallele *Deckenbrock*, NJW 2009, 1247, 1248.

1838 Vgl. *E. Schmidt*, JuS 2003, 1007, 1012, der im Kontext der Beweislastverteilung treffend darauf hinweist, dass der Wortlaut des § 280 I BGB nahe legt, dass mit der Pflichtverletzung „*der Haftungsgrund bereits gelegt ist*“ und dem Schuldner nur noch ein „*Entschuldigungsgrund*“ zusteht, wenn er „*gehörige Sorgfaltsanstrengungen nachweisen kann*“. Dies finde seine „*Rechtfertigung*“ aber „*im vertraglichen Versprechen, bei dessen Nichteinlösung es nahe liegt, der Versprechenden das Aufklärungsrisiko zuzuteilen*“. Genau diese Begründung lässt sich nur mit äußerster Vorsicht auf Nebenpflichten anwenden, so auch dezidiert *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1088 (für Nebenpflichten „*lässt sich auf diesen Gedanken dagegen keine Beweislastumkehr stützen*“). Diese basieren diese nämlich nicht auf einem vertraglichen Versprechen, s.o., S. 169 (Fn. 688), 196ff.; *Schmidlin*, FS F. Bydlinski, 2002, S. 415, 425. Auch sonst ist kein Grund erkennbar, den Gläubiger davon zu befreien, die Risikoverteilungserwägungen, welche eine Nebenpflicht begründen, selbst zu beweisen. Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche sollte deshalb – wie gezeigt – zum größten Teil innerhalb der vom Gläubiger darzulegenden Pflichtverletzung erfolgen, vgl. *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 253 („*[d]ogmatisch zutreffender [...], Eintritt des negativen Erfolgs nicht mit der Pflichtverletzung gleichzusetzen*“). Geht also *Stritter*, Anm. zu AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, ZErB 2015, 264, 264 davon aus, dass die „*objektive Pflichtverletzung [...] nur in Ausnahmefällen eine Schadensersatzpflicht*“ bei tatsächlich unberechtigter Rechtsverfolgung begründet, „*wenn die Pflichtverletzung zugleich subjektiv zu vertreten ist*“, so misst er der Beweislastumkehr bedeutend zu geringe Signalwirkung bei. Gem. § 280 I 2 BGB ist schließlich bei bewiesener Pflichtverletzung *im Regelfall* davon auszugehen, dass eine Haftung eintritt. Genau dieses Regel/Ausnahme-Verhältnis passt nicht auf die unberechtigte Rechtsverfolgung.

1839 Vgl. BGH, Urt. v. 22.10.2008 – XII ZR 148/06, Rn. 15f. Korrekt deshalb AG München, Urt. v. 16.11.2006 – 272 C 24950/06, Rn. 15ff. Dort wurde die Pflichtverletzung eines Tankstellenbetreibers bejaht, dessen Zapfpistole sich mitsamt Gehäuse aus der Zapfsäule löste und gegen das soeben die Zapfsäule passierende Fahrzeug des Klägers fiel. Weil sich auch das Gehäuse löste, schied als Ursache aus, dass ein anderer Kunde die Zapfsäule fahrlässig bedient hatte. Ein möglicher Montagefehler durch das zwei Tage vorher tätige Wartungsunternehmen wäre wegen § 278 BGB dem Betreiber zuzurechnen gewesen. Demnach ließ sich die Schaden-

sie eher eng zu fassen^{1840 1841}. Etwaig verbleibenden Informationsdefiziten einer Partei kann dann über die Annahme einer sekundären Darlegungslast der jeweils anderen Partei im Wege einer Feinsteuerung abgeholfen werden.¹⁸⁴²

Beispiel 14 Im Parkplatzfall¹⁸⁴³ stammt die unmittelbare Schadensursache in beiden Fällen nicht aus dem Verantwortungsbereich des Verkäufers. Knüpft man als Pflichtverletzung nur an den Erfolg der Schädigung an, so müsste sich der Verkäufer für Umstände (Raub, Sachbeschädigung) entlasten, die nicht in seiner Sphäre lie-

sursache ausschließlich im Verantwortungsbereich des Tankstellenbetreibers verorten. Eine großzügige Formulierung der Nebenpflicht („Zu den vertraglichen, aber auch nachvertraglichen Pflichten der Beklagten gehört es, auf das Eigentum des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen und es nicht zu schädigen.“) war also angebracht. Die Beweislastumkehr konnte dann hier ihre volle Wirkung entfalten, was in der Folge auch eine Haftung des Beklagten zur Folge hatte.

1840 Vgl. AK-BGB/Dubischar, 1980, § 282 Rn. 7 („damit nicht über vordergründig „objektive“ Beweisgrundsätze eine gefährdungshaftungsgleiche Risikohaftung eingeführt wird“). Zutreffend daher BGH, Urt. v. 19.11.1996 – X ZR 75/85, Rn. 9ff. Dort wurde eine Nebenpflichtverletzung eines Kfz-Händlers abgelehnt, dem ein vom Kunden zur Verwahrung überlassenes Wohnmobil gestohlen wurde. Als Nebenpflicht wurde hier offenbar nicht die weite Forderung „Verhindere Beeinträchtigungen der Integrität deiner Kunden auf deinem Betriebsgelände“ zugrunde gelegt. Dann hätte man die Pflichtverletzung nämlich bejahen können und wäre über eine Beweislastumkehr womöglich zur Haftung des Händlers gelangt. Das Betriebsgelände des Händlers war hier aber jedermann zugänglich. Damit rührte die Schadensursache nicht zwingend aus dem Verantwortungsbereich des Händlers. Dem Kläger wurde deshalb aberlangt, eine konkrete Verhaltenspflichtverletzung des Händlers darzulegen, was ihm hier misslang. Ähnlich präzise BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, Rn. 6 („Bei ungeklärter Infektionsquelle kommt eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nach den Grundsätzen über das voll beherrschbare Risiko dagegen nicht in Betracht. Sie tritt vielmehr nur dann ein, wenn feststeht, dass der Gesundheitsschaden aus der von der Behandlungsseite vollbeherrschbaren Sphäre hervorgegangen ist“); OLG Bamberg, Urt. v. 18.1.2016 – 4 U 160/14, Rn. 36 (Kenntnis des Schuldners von der aufklärungspflichtigen Tatsache ist als Voraussetzung der Pflichtverletzung vom Gläubiger zu beweisen und fällt nicht unter § 280 I 2 BGB) sowie beim Sturz einer Heimbewohnerin OLG Hamm, Urt. v. 27.1.2014 – 17 U 35/13, Rn. 11; allgemein Soergel/Benicke/Hellwig, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 255; HKK/Schermaier, 2007, §§ 280–285 Rn. 97 („versteht man [...] [unter „Pflichtverletzung“] die bloße Schadenszufügung, weil es allgemeine Nebenpflicht sein soll, den Gläubiger nicht zu schädigen, wird [...] dem Schuldner zu viel auferlegt“).

1841 So wohl auch Schlechtriem, VersR 1973, 581, 583; vgl. auch Hans Stoll, AcP 176 (1976), 145, 195 („Eine Beweislastumkehr kommt nur bezüglich der Umstände in Betracht, welche die Verantwortung des Täters für ein [subsumtiv festzustellendes!] Schadensereignis begründen.“).

1842 Vgl. Jaeckel, Beweisrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 36f.

1843 S.o., S. 69.

gen. Damit ist die Nebenpflicht hier eher eng zu formulieren und der Kunde sollte eine konkrete Verhaltenspflichtverletzung darlegen müssen, die über die reine Schädigung auf dem Gelände des Verkäufers hinausgeht. Gleichzeitig hat der Kunde keinen Einblick in die Vornahme etwaiger Überwachungs- und Sicherungshandlungen durch den Verkäufer, deren Unterlassen haftungsbegründend wirken kann. Dem Verkäufer ist damit hinsichtlich der aus seiner Sphäre stammenden Umstände, die (auch) zu einer Schädigung geführt haben könnten (Unterlassen zumutbarer Schutzvorkehrungen), eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen.¹⁸⁴⁴

In der Subsumtion kann es mitunter schwierig sein festzustellen, was genau die Schadensursache ist. Der Begriff der Sphäre muss hier dann mit Hilfskriterien ergänzt werden.

Beispiel 39 Im Verhandlungsabbruchsfall¹⁸⁴⁵ die Nebenpflicht weit zu fassen, könnte auch aus einer beweisrechtlichen Perspektive nicht überzeugen. Ein mögliches Kriterium zur Abgrenzung der Beweissphären, wenn der Begriff der Sphäre allein nicht weiterhilft, ist nämlich das Prinzip von Regel und Ausnahme.¹⁸⁴⁶ Der einseitige Abbruch von Vertragsverhandlungen basiert aber in der Regel nicht auf einer völlig grundlosen Entscheidung des Schuldners, die damit berechtigtes Vertrauen des Gläubigers enttäuscht. Ein Verhandlungsabbruch kann – und wird regelmäßig – auf einer Vielzahl von nachvollziehbaren Gründen basieren, zumal auch die Rechtsprechung hier keine hohen Anforderungen an einen ausreichenden Grund stellt. Erst wenn die Grundlosigkeit des Verhandlungsabbruchs sowie die Inanspruchnahme von (objektiv) berechtigtem Vertrauen bewiesen sind, lässt sich über das Regel-/Aus-

1844 Vgl. hierzu *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2000, S. 162; *Palandt/Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54, 80, 165. Zur Unterstützung des für eine Aufklärungspflichtverletzung beweisbelasteten Klägers instruktiv OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – 23 U 168/13, Rn. 18f.; *D. Fischer*, WM 2014, SBeil. 1, S. 16; Hdb. Anwaltshaftung/G. Fischer, 4. Aufl. 2015, § 4 Rn. 13ff.

1845 S.o., S. 366.

1846 Näher *Engel*, Unsicherheit, 2001, S. 31; *Prütting*, Karlsruher Forum 1989, S. 3, 9f.; *Riehm*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, 1084f.; *E. Schmidt*, JuS 2003, 1007, 1010.

nahmeverhältnis vermuten, dass dieser Verlauf auch auf einem subjektiv fahrlässigen Verhalten des Schuldners beruht.¹⁸⁴⁷ Weil aber der Gläubiger wiederum keinen Einblick darin hat, warum der Schuldner die Verhandlungen abgebrochen hat, muss der Schuldner über eine sekundäre Darlegungslast und die ansonsten drohende Sanktion des § 138 III ZPO dazu angehalten werden, dem Gläubiger gegenüber die Motivlage beim Verhandlungsabbruch zu schildern.

Strenggenommen sollten die Zwecke der Beweislastverteilung die Subsumtion unter § 241 II BGB aber nur in Fällen beeinflussen, in denen die Nebenpflicht allein mit dem Fokus der Beweislastumkehr angenommen werden soll – mithin Fälle, in denen die tatbestandliche Verhaltensanforderung identisch auch im Jedermannsrecht existiert und sich nur die Beweislastverteilung für die persönliche Verantwortlichkeit unterscheidet.¹⁸⁴⁸ Geht es um den Schutz vermögenswerter Interessen, so ist die Wirkung des § 280 I 2 BGB als Haftungsvorteil nur reflexiv betroffen. Unmittelbar über die Annahme einer Nebenpflicht entscheiden dann diejenigen Kriterien, welche man zur Konturierung schützenswerter Vermögensinteressen heranzieht. Der hinter der Annahme der konkreten Nebenpflicht stehende Haftungsgrund ist dann auch im Rahmen der Beweisverteilung zu beachten.¹⁸⁴⁹

Beispiel 32 Im Krankentbettfall¹⁸⁵⁰ wurde das Risiko der Geltendmachung eines im Ergebnis unberechtigten Nacherfüllungsanspruchs mit dem Kriterium des cheapest cost avoided dem Käufer mittels einer Nebenpflicht zugewiesen. Der Kostenvorteil des Käufers endet aber an derjenigen Stelle, an welcher die Fehlerursache aus dem eigenen Verantwortungsbereich auch unter Beachtung der im Ver-

1847 Ähnlich für die Anwendung des § 280 I 2 BGB erst nach ausschließlicher Verortung der Schadensursache im vom Schuldner beherrschbaren Bereich plädierend BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – VI ZR 634/15, Rn. 6.

1848 Das wird indes nur selten der Fall sein. Insbesondere im Bereich der Verkehrssicherungspflichten nimmt der BGH auch im Deliktsrecht eine Beweislastumkehr vor, wenn die Schadensursache aus der Sphäre des Schuldners herrührt, Palandt/*Grüneberg*, 77. Aufl. 2018, § 280 Rn. 37; Palandt/*Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 823 Rn. 54, 80.

1849 Ähnlich auch *Sonnenberger*, FS Medicus, 1999, S. 621, 625f.

1850 S.o., S. 255.

kehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar gewesen wäre. Ab diesem Punkt wird entweder der Gläubiger cheapest cost avoider oder die Schadensvermeidung wird im Verhältnis zum Schadenserwartungswert zu teuer und das Kriterium des cheapest cost avoider wird unanwendbar¹⁸⁵¹. Würde man eine Beweislastumkehr nun schon für unberechtigte Nacherfüllungsverlangen vornehmen, ohne die objektive Fahrlässigkeit bei der internen Fehlersuche zu berücksichtigen, so würde man die Beweislast entgegen dem Haftungsgrund der Nebenpflicht verteilen. Um das zu vermeiden, gilt es, den Haftungsgrund der Nebenpflicht – hier den Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung – zu nutzen, um die beweislastrechtliche Sphäre des Schuldners abzustecken.

Der Haftungsgrund, auf den die jeweilige Nebenpflicht gestützt wird, konturiert damit den sinnvollerweise dem Schuldner zuzuweisenden beweislastrechtlichen Gefahrenbereich. Die Erwägungen¹⁸⁵², mit denen der Rechtsanwender eine Nebenpflicht begründet, müssen deshalb bei der Formulierung der Pflicht (eng oder weit) präzise berücksichtigt werden, um einer Nebenpflichtverletzung nicht über die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB größere haftungsrechtliche Durchschlagskraft zu verleihen, als es nach dem ursprünglichen Haftungsgrund der Nebenpflicht gerechtfertigt ist. Über die Formulierung der Nebenpflicht ist damit sicherzustellen, dass die Nebenpflicht in ihrer praktischen Wirkung über die §§ 280 I, 241 II BGB nicht über ihr Ziel (i.e. der jeweilige Haftungsgrund) hinausschiesst.

1851 In diesem Fall würde subsidiär auf das Kriterium des *cheapest cost insurer* zurückgegriffen werden. Hiernach wäre der Gläubiger *cheapest cost insurer*. Zumindest eine Eigenversicherung für im Ergebnis unnötige Problemsuchen wäre für ihn problemlos möglich und wegen der Vielzahl an durchgeführten Transaktionen kostengünstiger als für den einzelnen Schuldner. Zudem ist der typisierte Schuldner in dieser Hinsicht risikoavers. Er möchte schließlich bei einer Fehlfunktion der Sache in der Lage sein, ab einem gewissen Grad an Sorgfalt gefahrlos den Verkäufer kontaktieren zu können. Damit wäre der typisierte Schuldner auch bereit, die Eigenversicherung des Verkäufers über eine in den Kaufpreis integrierte Risikoumlage zu bezahlen.

1852 Nach hier vertretener Ansicht Gedanken der ökonomischen Analyse (primär: Kostenvorteil bei der Schadensvermeidung, sekundär: Fähigkeit zur Risikotragung und -versicherung), ansonsten Integritätsschutz, Vertrauensschutz etc.

c) Zwischenergebnis: Nullsummenspiel zwischen Pflichtverletzung und Vertretenmüssen

Hinter dem undifferenzierten Wortlaut von § 280 I 2 BGB steht letztlich die Wertung der Rechtspraxis, die Beweislastverteilung bei Pflichtverletzung nach Gefahrenbereichen vorzunehmen. Die Wirkung der Beweislastumkehr wird dabei im Einzelnen entscheidend durch die Formulierung der Pflichtverletzung beurteilt. Zwischen der haftungsrechtlichen Relevanz von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen besteht insoweit ein Nullsummenspiel: Wird die Pflicht innerhalb der Pflichtverletzung sehr eng formuliert, so sinkt die haftungsrechtliche Relevanz des Vertretenmüssens, wird die Pflicht sehr weit formuliert, so gewinnt das Vertretenmüssen an Bedeutung. Wenn eine Nebenpflicht spezifisch mit dem Zweck angenommen werden soll, die Beweislastumkehr nach § 280 I 2 BGB zu aktivieren, so muss sich der Gegenstand der Nebenpflicht im Verantwortungsbereich des Schuldners verorten lassen. Ist der schuldverhältnisrechtliche Vorteil in der Beweislastverteilung nur reflexiv betroffen – wie regelmäßig beim Schutz vermögenswerter Interessen –, so wird der Verantwortungsbereich des Schuldners letztlich schon durch den Haftungsgrund der Nebenpflicht konturiert.

2. Bestimmung der Reichweite einer Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens über Ansätze der ökonomischen Analyse

Bei normaler Beweislastverteilung fällt die Aufgabe, das Verschulden darzulegen, dem Gläubiger der Nebenpflicht zu. Dieser muss nur einen Weg aufzeigen, wie der Schuldner den Schaden hätte verhindern können – und tatsächlich nicht verhindert hat –, sofern dieser Weg der Schadensvermeidung – ebenfalls vom Gläubiger darzulegen – zumindest Teil der im jeweiligen Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) gewesen wäre. Bei einer Beweislastumkehr wie § 280 I 2 BGB muss nun der Beklagte nachweisen, dass alle überhaupt denkbaren Schadensvermeidungsprojekte nicht Teil der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt waren.¹⁸⁵³ Eine Beweislastumkehr für das Verschulden vorzunehmen bedeutet aus

¹⁸⁵³ Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 224. Ein durchführbares „Schadensvermeidungsprojekt“ wird häufig deshalb nicht Teil der verkehrserforderlichen Sorgfalt sein, weil die entstehenden Schadensvermeidungskosten den Schädiger übermäßig belasten würden. Der bei einer Beweislastumkehr vom Schuldner verlangte Beweis stellt dabei höhere Anforderun-

einer – auch für die ökonomische Analyse typischen – Makro-Perspektive daher, das jeweilige Haftungsgebiet an eine Gefährdungshaftung anzunähern.¹⁸⁵⁴ Die Haftung für vermutetes Verschulden – wie sie § 280 I 2 BGB darstellt¹⁸⁵⁵ – nimmt insoweit eine Stellung zwischen Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung ein. Die Beweislastverteilung wirkt sich damit unmittelbar auf die Qualität des jeweiligen Haftungsrechts aus. Gefährdungshaftungen sind in Deutschland positiv und abschließend vom Gesetzgeber enumeriert.¹⁸⁵⁶ Die Beweislastumkehr im Rahmen eines schuldverhältnisbedingten Schadensersatzanspruchs hat in § 280 I 2 BGB indes eine taugliche gesetzliche Grundlage.¹⁸⁵⁷

a) Nutzen der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses?

Die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses ist als Instrument dafür gedacht, Schadensrisiken innerhalb eines Schuldverhältnisses mittels einer Modellierung des hypothetischen Parteiwillens zu verteilen. Die prozessuale

gen als an den Gläubiger in einem Fall ohne Beweislastumkehr: Nicht umsonst wird der Beweis von etwas Negativem vom Gesetzgeber tendenziell vermieden, MüKo-ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 122.

1854 Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 224; vgl. auch Deutsch, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 417 (mit einer Beweislastumkehr „Weg zur Kausalhaftung eingeschlagen“); Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 131 („Umkehrung der Beweislast [...] auf Kosten des Verschuldensprinzips“).

1855 HK-BGB/Schulze, 9. Aufl. 2017, § 280 Rn. 2.

1856 Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, Vor § 823 Rn. 46; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 25f. („Enumerationsprinzip“); dagegen Deutsch, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 11. Bei einer auf ungesichertem Boden stehenden Beweislastumkehr durch richterliche Rechtsfortbildung besteht damit ein Konflikt zur gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative, krit. auch Papadelli, Beweislastverteilung, 2011, S. 109 („Prozessrisiko [bliebe] damit unalkulierbar“). Durch mittlerweile zahlreich vorhandene Beweislastumkehrten, welche auf richterliche Rechtsfortbildung zurückzuführen sind, wird „durch die Hintertür“ der Gesetzesvorbehalt für Gefährdungshaftungen untergraben, näher Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 174, 229. Auch mittels erfolgsorientierter Verkehrspflichten kann der gesetzliche Grundfall der Verschuldenshaftung einer Gefährdungshaftung angenähert werden, näher MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, Vorbem. § 823 Rn. 27f. Anders ist dies in den USA: Dort ist es stets Sache der Gerichte, festzustellen, wo und inwieweit eine Gefährdungshaftung („strict liability“) angemessen ist, näher Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 228f. (Fn. 144).

1857 Anders war dies noch bei der analogen Anwendung von § 282 BGB a.F. auf Nebenpflichtverletzungen, zur Relevanz der normativen Verankerung von Beweislastveränderungen Prütting, Karlsruher Forum 1989, S. 3, 10f.

Beweislastverteilung für diese Risikoverteilung schließt sich hieran zwar nur akzessorisch an. Zudem sind den Parteien gewisse Grenzen gesetzt, in denen sie Fragen der Beweislastverteilung selber regeln können.

Grundsätzlich können sich zwei Parteien über Fragen der Beweislastverteilung im Vorhinein eines Prozesses¹⁸⁵⁸ im Wege eines Beweislastvertrages verständigen, wenn Tatbestandsmerkmale des materiellen Rechts betroffen sind, welche ebenfalls der Disposition der Parteien unterliegen.¹⁸⁵⁹ Zwar ist § 280 I BGB grundsätzlich eine dispositive Norm.¹⁸⁶⁰ Eine formularmäßige Veränderung der Beweislast zulasten des Vertragspartners, mit welcher sich dieser für Umstände exkulpieren oder solche beweisen muss, welche im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, scheidet dabei gegenüber Verbrauchern hingegen unmittelbar an §§ 310 III Nr. 2, 309 Nr. 12 a), 306 II BGB. Auch gegenüber Unternehmern wird regelmäßig eine Unwirksamkeit aufgrund der in § 309 Nr. 12 a) BGB zum Ausdruck kommenden Grundwertung zugunsten einer Beweislastverteilung nach Sphären gem. §§ 310 I 2 Hs. 1, 307 I, II, 306 II BGB anzunehmen sein.¹⁸⁶¹ Darüber hinaus können die §§ 308 Nr. 5, 6, 309 Nr. 7, 8 einer Modifikation des § 280 I 2 BGB in Bezug auf die Haftung des Schuldners wegen Verletzung einer Nebenpflicht entgegenstehen. Im individualvertraglichen Bereich wird eine Modifikation des § 280 I 2 BGB zwar eher für möglich

1858 Im laufenden Prozess sind Beweislastmodifikationen aus Gründen der Rechts- und Prozesssicherheit unzulässig, zutreffend *Papadelli*, Beweislastverteilung, 2011, S. 100.

1859 MüKo-ZPO/*Prütting*, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 166. Unzulässig sind hingegen Vereinbarungen über die vom Gericht vorzunehmende Beweiswürdigung als solche sowie das hierbei anzulegende Beweismaß, da § 286 ZPO eben gerade nicht dispositiv ist, *Papadelli*, Beweislastverteilung, 2011, S. 100 (Fn. 248); MüKo-ZPO/*Prütting*, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 165.

1860 MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 46; *Bamberger-Roth/Lorenz*, 3. Aufl. 2012, § 280 Rn. 107.

1861 BGH, Urt. v. 28.3.1973 – I ZR 41/72, Rn. 24; BGH, Urt. v. 23.2.1984 – VII ZR 274/82, Rn. 47 („gerade für den kaufmännischen Verkehr der Grundsatz entwickelt [...], daß es unbillig ist, dem Auftraggeber den Beweis für Umstände aufzuerlegen, die sich im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers ergeben haben. Dies gilt insbesondere für den Nachweis des Verschuldens bei objektiver Pflichtverletzung des Auftragnehmers“); BGH, Urt. v. 20.4.1989 – IX ZR 214/88, Rn. 8f.; MüKo-BGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 46f.; MüKo-BGB/*Wurmnest*, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 12 Rn. 21.

gehalten.¹⁸⁶² Weil die Haftung wegen Verletzung einer Nebenpflicht aber ursprünglich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) basiert und damit jeder individualvertraglichen Beschränkung nur sehr eingeschränkt zulässig ist¹⁸⁶³, wird auch eine Beweislastverteilung zulasten des Gläubigers eines solchen Anspruchs regelmäßig in Konflikt zu § 242 BGB geraten.¹⁸⁶⁴

Weil die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses aber gerade aus hypothetischer Perspektive Risiken verteilt, ist die tatsächliche Abdingbarkeit gesetzlicher Beweislastverteilung für die Anwendbarkeit des Modells irrelevant. Wie oben dargestellt, strahlt aber der Haftungsgrund von Nebenpflichten auf die Formulierung der Nebenpflicht und damit auf die Wirkung der Beweislastumkehr aus.¹⁸⁶⁵ Weil nach hier vertretener Ansicht die rechtspraktische Funktion von Nebenpflichten sinnvoll durch die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses konturiert werden kann, wird damit für das Abstecken der beweislastrechtlichen Sphäre des Schuldners der ökonomische Haftungsgrund der Nebenpflicht (*cheapest cost avoider* oder *cheapest cost insurer*) relevant. Ist der Haftungsgrund einer Nebenpflicht zum Schutz vermögenswerter Interessen beispielsweise das Kriterium des *cheapest cost avoider*, so bestimmt der Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung – und damit ein ökonomisches Kriterium – die sinnvolle Wirkung der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB. Die Beweislastumkehr darf dann nicht über zu eine weite Formulierung der Nebenpflicht – welche die Wirkung einer Beweislastumkehr für das Vertretenmüssen einer Pflichtverletzung steigert – dazu führen, dass der Schuldner haftet, obwohl er nicht (mehr) *cheapest cost avoider* ist.

Beispiel 58 Zutreffend hat daher der BGH eine auf die Wirkung der Beweislastumkehr des § 282 BGB a.F. gestützte Haftung in einem Fall abgelehnt, in welchem der Gläubiger durch ein auf die Betriebshalle des Schuldners übergegriffenes Feuer geschädigt wurde

1862 Bamberger-Roth/Lorenz, 3. Aufl. 2012, § 280 Rn. 107.

1863 S.o., S. 204ff.

1864 MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl. 2016, § 280 Rn. 47 nennt noch § 138 BGB als ein mögliches Hindernis für Individualvereinbarungen über die Beweislast.

1865S.o., S. 509. Zur Berücksichtigung des Kriteriums für die Verteilung der Beweislast auch Gottwald, FS Fasching, 1988, S. 181, 185.

(Feuerfall).¹⁸⁶⁶ Die Brandursache entstammte einem benachbarten Gebäude. Dem Schuldner wurde zwar zunächst eine dortige (fahrlässige oder vorsätzliche) Brandlegung vorgeworfen, von diesem Vorwurf wurde er aber strafrechtlich freigesprochen und auch zivilrechtlich sah das Gericht hierfür keine zureichenden Anhaltspunkte. Weil die Brandursache nicht aus der vom Schuldner beherrschbaren Sphäre stammte und auch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Schuldners nicht nachweisbar war, hob der BGH das Berufungsurteil auf, welches dem Schuldner die Exkulpation verwehrt hatte.

Das vom BGH gefundene Ergebnis wird auch durch die ökonomische Analyse gestützt: Cheapest cost avoider konnte der Schuldner für die Vermeidung der konkreten Schädigung nicht sein, da ihm auf Basis der Feststellungen des Gerichts gerade keine Schadensvermeidung möglich war. Den Schuldner nur bei einer genauen Rekonstruktion des offensichtlich unaufklärlichen Brandverlaufs aus der Haftung zu entlassen, hätte ihn für ein Risiko haften lassen, welches er – auf Basis der gerichtlichen Feststellungen – gar nicht beherrschen konnte.¹⁸⁶⁷ Die Nebenpflicht war hier also nicht – wie vom Berufungsgericht offenbar angenommen – rein erfolgsbezogen (Schädigungserfolg innerhalb der Sphäre des Schuldners) zu verstehen. Dann würde der Beweislastumkehr eine Wirkung zukommen, welche sie mit Blick auf den vom Berufungsgericht bemühten Haftungsgrund – dem Schuldner (wirtschaftlich) zumutbare Schadensvermeidung – nicht verdient hätte. Vielmehr hätte der

1866 Fall nach BGH, Urt. v. 14.11.1989 – X ZR 116/88, Rn. 23ff.

1867 Vgl. BGH, Urt. v. 14.11.1989 – X ZR 116/88, Rn. 23 („Überspannung der [...] an den Beklagten zu stellenden Anforderungen [...], wenn man von ihm den Nachweis dafür verlangt, daß er die Brandlegung [...] nicht seinerseits in irgendeiner Weise veranlaßt oder beeinflußt hat“); a.A. noch BGH, Urt. v. 17.4.1952 – IV ZR 168/51, NJW 1952, 1170, 1170 („[Haftung zu bejahen, sofern] eine Wahrscheinlichkeit offenbleibt, daß [...] ein Verschulden des Schuldners in Betracht kommt“). Da aber auch der Gläubiger das Risiko nicht hätte beherrschen können, handelte es sich um einen für die Parteien (ökonomisch) unvermeidbaren Schaden. Ob das Kriterium des cheapest cost insurer hier das Risiko dem Gläubiger oder dem Schuldner zugewiesen hätte, war im Fall unklar, da eine konkrete Abrede über die Schadensversicherung im Raum stand, s. BGH, Urt. v. 14.11.1989 – X ZR 116/88, Rn. 27.

*Gläubiger eine konkrete Sorgfaltspflichtverletzung des Schuldners darlegen müssen, weil die Schadensursache erweislich nicht der Sphäre des Schuldners entstammt.*¹⁸⁶⁸

Insoweit hat die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses im Kontext von Nebenpflichten über die Formulierung der jeweiligen Pflicht (eng oder weit) unmittelbare Auswirkungen auf die Wirkung der Beweislastumkehr.

aa) Genereller Kostenvorteil des Schuldners bei der Bestimmung der eigenen Verantwortlichkeit?

Man könnte argumentieren, dass das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung stets von Umständen geprägt ist, die der Schuldner einfacher und mit weniger Kosten als der Gläubiger aufdecken kann.¹⁸⁶⁹ Nur weil sich die Information vom Beklagten leichter als vom Kläger beschaffen lässt, kann aber nicht stets eine Beweislastumkehr für die jeweilige Frage vorgenommen werden.¹⁸⁷⁰ Schließlich verändert sich die Qualität des Haftungsrechts mit einer Beweislastumkehr von Verschuldenshaftung in Richtung Gefährdungshaftung. Diese tektonische Verschiebung bedarf einer besonderen Begründung. Bei einer Gefährdungshaftung muss der Schädiger alle Kosten schultern, welche nötig sind, um den optimalen Vorsorgeaufwand ausfindig zu machen und die entsprechende Vorsorge zu treffen.¹⁸⁷¹ Schließlich muss er bei einer Schädigung eines anderen durch die Ge-

1868 Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum ansonsten ähnlichen Fall in BGH, Urt. v. 16.6.1992 – X ZR 90/90, Rn. 9ff. Hier lehnte der BGH eine Exkulpation ab, weil überzeugende Indizien für eine Brandlegung durch den Schuldner sprachen. Dass die Brandlegung durch einen Fremden aber – so die Feststellungen des Berufungsgerichts – auch nicht völlig ausgeschlossen werden konnte, genügt richtigerweise nicht für eine Exkulpation, weil das Prinzip von Regel und Ausnahme wegen der Indizien für eine Brandlegung durch den Schuldner hier ja gerade dafür sprach, eine verbleibende Restunsicherheit zulasten des Schuldners gehen zu lassen.

1869 Die Umstände der persönlichen Verantwortlichkeit werden dem Schuldner immer zumindest näher als dem Gläubiger liegen, vgl. *Michael Lehmann*, Bürgerliches Recht, 1983, S. 97 („Überlegung, daß billigerweise demjenigen eine genauere Sachverhaltsaufklärung zugemutet werden kann, der „näher dran“ ist“). Der Schuldner hat insoweit ganz regelmäßig einen Kostenvorteil bei der Informationsbeschaffung.

1870 So auch *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 224. Zumindest als Indiz sollten sich die relativen Informationsbeschaffungskosten von Schuldner und Gläubiger indes nutzbar machen lassen, *Hay/Spier*, J. Leg. Stud. 26 (1997), 413, 419.

1871 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, 5. Aufl. 2012, S. 236.

fährdungsquelle ohne eine Möglichkeit der Exkulpation haften.¹⁸⁷² Soweit allein der Pflichtige das Risiko beeinflussen kann – und damit einen Kostenvorteil bei der Schadensvermeidung hat –, ist die Gefährdungshaftung somit aus einer ökonomischen Perspektive gegenüber einer Verschuldenshaftung vorzugswürdig.¹⁸⁷³ Weil bei Nebenpflichten aber gerade die Abgrenzung der eng miteinander verwobenen Verantwortungsbereiche von Schuldner und Gläubiger im Zentrum der Subsumtion steht – und somit ein Kostenvorteil des Schuldners im Hinblick auf ein erst durch die Nebenpflicht konturiertes Schadensrisiko keineswegs generell bejaht werden kann –, lässt sich eine generelle Gefährdungshaftung bei Nebenpflichten nicht auf diesen Gedanken stützen. Aus diesem Grund ist eine Beweislastumkehr aus der Perspektive der ökonomischen Analyse auch nur für Schadensrisiken angemessen, deren Realisierung der Schuldner tatsächlich günstiger vermeiden oder zumindest günstiger versichern kann – mithin die gesamtgesellschaftlichen Kosten durch eine (möglichst effektive) Haftung des Schuldners auf effiziente Weise gering gehalten werden.¹⁸⁷⁴ Allein aus einem abstrakten Kostenvorteil des Schuldners bei der Informationsgewinnung über die eigene Verantwortlichkeit lässt sich damit keine Beweislastumkehr rechtfertigen. Vielmehr muss der konkrete Kostenvorteil, auf den sich die Annahme der Nebenpflicht stützt, die Annahme der Beweislastumkehr tragen.

1872 Voraussetzung ist allerdings die *ex ante* Erkennbarkeit des von der Gefährdungshaftung erfassten Risikos für den Schuldner, näher *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 240.

1873 Näher *Grundmann/Hoernig*, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, 461f.; AK-BGB/*Kohl*, 1979, vor §§ 823 ff. Rn. 16; verhaltene Zustimmung bei HKK/*Schiemann*, 2013, §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 155 a.E. („auch Haftungen ohne Verschulden durchaus positive verhaltenssteuernde Wirkungen“).

1874 Eine Beweislastumkehr kann nicht stets vorgenommen werden, nur weil der Beklagte die im Vertretenmüssen betroffenen Informationen leichter als der Kläger beschaffen kann, so zu Recht *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 224. Das könnte im Übrigen dazu führen, dass viele Klagen ohne Rücksicht auf Erfolgsaussichten erhoben werden, um den beweisbelasteten Beklagten zu einem (außergerichtlichen) Vergleich zu zwingen. Sofern die Kosten des Vergleichs für den Beklagten unter den Informationsbeschaffungskosten für den Gegenbeweis bleiben, wäre die Zustimmung zum Vergleich schließlich die wirtschaftlich vernünftige Entscheidung, zutreffend *Hay/Spier*, *J. Leg. Stud.* 26 (1997), 413, 422; skeptisch zu den Steuerungsmöglichkeiten der Gerichte diesbezüglich *Zamir/Ritov*, *J. Leg. Stud.* 41 (2012), 165, 188.

bb) Anreizsetzung im Hinblick auf die Informationsgewinnung

Gefährdungshaftung hat eine „*stärkere Dezentralisierung der Entscheidungen über Sorgfaltsaufwendungen*“ zur Folge.¹⁸⁷⁵ Jeder achtet dann auf die Gefahrenherde, die er selbst eröffnet, weil er sicher von der Haftung für verursachte Schäden ausgehen kann.¹⁸⁷⁶ Vor Gericht wird dann nicht näher auf mögliche Schadensvermeidungsprojekte eingegangen, da sie nicht entscheidungsrelevant sind.

Bei einer Verschuldenshaftung ohne Beweislastumkehr muss der Geschädigte auf eine einzige (ungenutzt gebliebene) Möglichkeit des Schuldners, den Schaden zu verhindern, hinweisen, sofern er schlüssig vorträgt, dass diese Möglichkeit Teil der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt war. Der Schädiger muss dann – will er den Rechtsstreit nicht verlieren – nachweisen, dass diese Möglichkeit gar nicht bestand oder aber das Gericht davon überzeugen, dass die vom Gläubiger vorgeschlagene Schadensvermeidung die verkehrserforderliche Sorgfalt überstiegen hätte.

Kommt hingegen eine Beweislastumkehr für das Verschulden zum Tragen, so muss der Geschädigte nur zur Pflichtverletzung des Schädigers vortragen. Der Schädiger muss dann zur Abwendung seiner Haftung darlegen, dass es entweder keine Möglichkeiten zur Schadensvermeidung gab, oder sämtliche Möglichkeiten zur Schadensvermeidung nicht mehr Teil der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt waren. Der Schädiger erhält durch die drohende Haftung so einen starken Anreiz, zu allen denkbaren Schadensvermeidungsprojekten vorzutragen, der Geschädigte wird hingegen entlastet. Auf dem Umweg des gerichtlichen Rechtsstreits Gerichte können damit – aus einer gesellschaftlichen Perspektive grundsätzlich wünschenswert – Informationen über mögliche Vorsorgevorkehrungen ans Licht gebracht werden.¹⁸⁷⁷ Schließlich muss sich das Gericht bei entsprechendem Vortrag des Schädigers zur Exkulpation nun mit der Frage auseinandersetzen, welche Schadensvermeidungsprojekte es gibt, und inwieweit sie noch Teil der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sind. Dabei sind nach der ökonomi-

1875 *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 237.

1876 *Michael Lehmann*, *Bürgerliches Recht*, 1983, S. 97.

1877 Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. 237 (Verbreitung von Wissen über „*Sicherheitstechnologien*“). Zur Relevanz der richtigen Anreizsetzung für Informationsgewinnung im Hinblick auf Gefahrenstoffe beispielsweise *Spiecker*, *Informationsgewinnung*, 2003, S. 17ff. (drohende „*Anreize zur Verschleierung vorhandenen Wissens*“).

schen Analyse nicht die Verkehrserwartungen, sondern die Kosten der Schadensvermeidung für den Schädiger entscheidend. Bei Leistungspflichten ist dieser Aspekt gesamtgesellschaftlich uninteressant.

Für den Verkehr ist es schließlich nicht von allgemeinem Interesse, wie der Schuldner einer Leistungspflicht seine Abläufe in der Weise organisiert, dass er die Erfüllung der Leistungspflicht gewährleisten kann. Trägt er nichts zur Entlastung vor, so haftet er, ohne dass vor Gericht Möglichkeiten zur Schadensvermeidung erörtert worden wären. Leistungspflichten und der dahinter stehende Ablauf oder Betrieb divergieren zu stark von Fall zu Fall, als dass sich im Prozess gewonnene Informationen über Schadensvermeidungsprojekte sinnvoll weiterverwenden ließen.

Nebenpflichten sollen hingegen eine fremdbestimmte Risikoverteilung innerhalb eines Schuldverhältnisses gewährleisten und können somit in vergleichbaren Fällen immer wieder relevant werden. Damit besteht ein größeres Verkehrsinteresse daran, Informationen über mögliche Schadensvermeidungsprojekte freizulegen.

Wer bei einer Beweislastumkehr für das Verschulden jedoch Informationsgewinnung betreiben muss und wer sie lediglich betreiben kann, hängt indes entscheidend von der Formulierung der Pflichtverletzung ab. Wird diese nämlich verhaltensbezogen (eng) gefasst, so muss der Gläubiger bereits für einen schlüssigen Vortrag zur Pflichtverletzung Informationsgewinnung über einen sorgfaltsgemäßen Weg zur Schadensvermeidung betreiben.

Beispiel 58 Im Feuerfall¹⁸⁷⁸ muss der Gläubiger dann schon für die Darlegung der Pflichtverletzung eine (wirtschaftlich zumutbare) Möglichkeit des Gläubigers, den Feuerschaden zu verhindern (z.B. die Installation automatischer Feuerlöscher oder das Unterlassen der Brandlegung), schlüssig aufzeigen. Gelingt ihm das, so muss der Schuldner darlegen, dass diese Form der Schadensvermeidung entweder gar nicht bestand (Feuerlöscher hätten beim Löschvorgang einen identischen Sachschaden hervorgerufen oder Indizien für Brand-

1878 S.o., S. 514.

legung durch den Schuldner widerlegt) oder zumindest nicht Teil der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt war (Installationskosten der Feuerlöscher hätten Schadenserwartungswert überstiegen).

Wird sie hingegen erfolgsbezogen (weit) formuliert, so kann sich der Gläubiger mit einem Verweis auf den Schadenseintritt begnügen und die Informationsgewinnung zu allen denkbaren Formen zur Schadensvermeidung erfolgt nur, sofern der Schuldner die ihm gewährte Möglichkeit zur Exkulpation ernsthaft wahrnimmt.

Beispiel 58 In der Vorinstanz zum Feuerfall¹⁸⁷⁹ musste der Gläubiger als Basis der erfolgsbezogen verstandenen Pflichtverletzung nur den auf dem Feuer beruhenden Schadenseintritt darlegen. Wegen der extensiv verstandenen Beweislastumkehr wurde der Schuldner hier über eine ansonsten drohende Haftung dazu angehalten, zum Schadenshergang und etwaigen Schadensvermeidungsprojekten Stellung zu nehmen. Er sollte dann darlegen, dass ihm überhaupt kein Schadensvermeidungsprojekt offenstand¹⁸⁸⁰ oder zumindest alle denkbaren Schadensvermeidungsprojekte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt überstiegen hätten, was ihm – wie zu erwarten – nicht zur Überzeugung des Gerichts gelang. Damit blieb offen, was genau das Gericht von ihm erwartet hätte.

Weil Nebenpflichten verhaltensbezogene Pflichten sind, besteht ein besonderes Verkehrsinteresse daran, zu erfahren, was der gerichtlich geforderte Verhaltensstandard ist. Die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Gläubiger und Schuldner – welche beispielsweise bei einer Gefährdungshaftung wie § 7 I StVG im Falle einer Schädigung im Grundsatz keine Probleme bereitet – ist vor allem bei Pflichten nach § 241 II BGB zum Schutz vermögenswerter Interessen häufig völlig unklar. Werden Nebenpflichten in diesem Bereich weit formuliert – die Beweislastumkehr also aus praktischer Perspektive aktiviert –, so kann der Kläger obsiegen, ohne dass für den Verkehr der vom Gericht geforderte Verhaltensstandard im Nachhinein ersichtlich ist. Ein schädigendes Verhalten kann dann

1879 S.o., S. 514.

1880 Vgl. BGH, Urt. v. 14.11.1989 – X ZR 116/88, Rn. 23 („Nachweis dafür [...], daß er die Brandlegung [...] nicht seinerseits in irgendeiner Weise veranlaßt oder beeinflußt hat“);

dem Verantwortungsbereich des Schuldners zugeordnet werden ohne, dass die Grenze seines Verantwortungsbereichs (weiter) konturiert wird

So besteht beispielsweise im Verhandlungsabbruchsfall¹⁸⁸¹ ein großes Verkehrsinteresse daran herauszufinden, wie verhindert werden kann, dass aufseiten des Gläubigers ein objektiv berechtigtes Vertrauen dahingehend hervorgerufen wird, dass der Vertrag auch tatsächlich zustande kommt. Genügt als Pflichtverletzung der abrupte Abbruch einer Verhandlung, so erhält zwar der Schuldner einen Anreiz, dazu vorzutragen, dass ihn für den Abbruch der Verhandlungen kein Verschulden trifft. Wenn das Gericht aber seinen Vortrag nicht für ausreichend hält, wird es der Klage gegen ihn allein aufgrund der Beweislastumkehr für das Verschulden stattgeben. Eine Festlegung hinsichtlich des im Rahmen des Verschuldens exakt geforderten Verhaltensstandards erfolgt dann nicht. Der Verkehr bleibt weiterhin darüber im Dunkeln, welches Verhalten die Hervorrufung berechtigten Vertrauens in die Fortführung von Vertragsverhandlungen vermeidet. Er kann sich nun lediglich sicher sein, welches Verhalten – sofern der Schuldner überhaupt von der Möglichkeit zur Exkulpation Gebrauch gemacht hat – nicht der verkehrserforderlichen Sorgfalt genügt. Sinnvollerweise ist deshalb auch die Erregung von objektiv berechtigtem Vertrauen – und korrespondierende Grundlosigkeit des Verhandlungsabbruchs – als Teil der Pflichtverletzung zu sehen. Wird einer Klage dann stattgegeben, so kann der Verkehr der dort vorgeworfenen Pflichtverletzung den geforderten Verhaltensstandard genau entnehmen.

Ist aber der geforderte Verhaltensstandard für den Verkehr nicht ersichtlich, so droht Ressourcenverschwendung beim Vorsorgeaufwand aufseiten des Schuldners. Weil regelmäßig der vom Schuldner zu ersetzende private Schaden über dem verursachten Ressourcenschaden liegt, droht ihm im Zweifel eine aus ökonomischer Sicht übermäßige Haftung.¹⁸⁸² Ist nun der von ihm erwartete Verhal-

1881 S.o., S. 366.

1882 S.o., S. 371 (Fn. 1409).

tenstandard unklar, so wird er – um die Übermaßhaftung zu vermeiden – korrespondierend übermäßige Sorgfaltsanstrengungen betreiben.¹⁸⁸³ Um ökonomisch zu missbilligende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sollte daher dem Gericht die Aufgabe, im Bereich vermögensschützender Nebenpflichten unter Rückgriff auf den Parteivortrag konkrete Verhaltensstandards aufzustellen, nicht durch die (zu weitgehende) Wirkung einer Beweislastumkehr abgenommen werden.

Je nach typisiertem Informationsinteresse der Gesellschaft kann also im Einzelfall auch die durch eine Beweislastumkehr beförderte Informationsgewinnung über Schadensvermeidungsprojekte ein sinnvolles Ziel sein.¹⁸⁸⁴ Bei Nebenpflichten ist dennoch die Erforschung einer Vielzahl möglicher Schadensvermeidungsprojekte gesamtgesellschaftlich weniger interessant als die gerichtliche Festlegung auf einen konkreten – nach hier vertretener Ansicht, möglichst effizienten – Verhaltensstandard. Dies gilt insbesondere im Bereich des Schutzes vermögenswerter Interessen. Hierauf sollte sich die Informationsgewinnung konzentrieren. Die im Mittelpunkt des Verschuldensbegriffs stehende im Verkehr erforderliche Sorgfalt sollte daher weitmöglichst in die vom Gläubiger darzulegende Pflichtverletzung integriert werden. Die systemtheoretische Funktion von Beweisrecht als „*Instrument[...]* zur *autoritativen Konstruktion von Nichtwissen*“¹⁸⁸⁵ kann hier nämlich nicht überzeugen, vielmehr ist möglichst genaues Wissen über den geforderten Verhaltensstandard anzustreben, und nicht der Beweislastverteilung zu überlassen.¹⁸⁸⁶ Das kann nur geschehen, wenn dem Verschulden – und damit auch der Vermutung des § 280 I 2 BGB hierfür – vor einer vollständigen Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Gläubiger und

1883 Zur „*Überabschreckung*“ s.o., S. 369 (Fn. 1399).

1884 Insbesondere wenn Risiken betroffen sind, in deren Kontrolle und Auswirkungen nur der Schuldner Einblick hat, kann die wegen der Beweislastumkehr drohende Haftung ein sinnvoller Anreiz sein, um den Schuldner zu öffentlicher Informationsgewinnung anzuhalten, die er anderenfalls unterlassen hätte, vgl. beispielsweise zu einem Ansatz im Gefahrstoffbereich, den Hersteller für Informationsgewinnung durch staatliche Institution (teilweise) bezahlen zu lassen, weil das Haftungssystem mangels vorhandener oder aufgrund verschleierter Informationen (noch) nicht genügend Schlagkraft aufweist *Spiecker*, Informationsgewinnung, 2003, S. 22.

1885 Treffend *Engel*, Unsicherheit, 2001, S. 37. Ähnlich auch *Spiecker*, Informationsgewinnung, 2003, S. 32 („*Konstruktion von Sicherheit mittels prozessualer Regelungen*“).

1886 Vgl. *Spiecker*, Informationsgewinnung, 2003, S. 31f. („*Beseitigung von Unsicherheit [durch] [...] das Mittel der Informationsgewinnung*“).

Schuldner möglichst wenig eigenständige Bedeutung zukommt und die Gerichte so zur durch den Vortrag der Parteien beförderten Informationsgewinnung über den genauen Inhalt der Nebenpflicht angehalten werden.¹⁸⁸⁷ Etwaigen Informationsdefiziten des Gläubigers ist dann über eine sekundäre Darlegungslast des Schuldners Rechnung zu tragen. Anderenfalls bleibt der für den Verkehr perspektivisch interessante Verhaltensstandard womöglich im Dunkeln.

b) Zwischenergebnis: Informationsinteresse des Verkehrs an präzisiertem Pflichtstandard

Der Haftungsgrund der Nebenpflicht bestimmt über die Formulierung der konkreten Verhaltensanforderung (eher allgemein oder eher spezifisch) die haftungsrechtliche Wirkung der Beweislastumkehr. Weil sich Nebenpflichten nach hier vertretenem Ansatz regelmäßig auf einen Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung oder der Schadensversicherung als Haftungsgrund stützen, findet die ökonomische Analyse mit der Rekonstruktion damit auch Eingang in die Bestimmung der Reichweite sinnvoller Haftung durch eine Beweislastumkehr im Rahmen des Verschuldens. Die Beweislastumkehr darf schließlich keine Umstände erfassen, für welche die Eigenschaft des Schuldners als *cheapest cost avoider* oder *cheapest cost insurer* nicht mehr greift. Anderenfalls wird die Verschuldenshaftung über § 280 I 2 BGB entgegen ökonomischer Sinnhaftigkeit in Richtung einer Gefährdungshaftung transformiert. Die ökonomische Analyse liefert dann ein Argument dazu, der Beweislastumkehr bei Nebenpflichten durch eine präzise Definition der Pflichtverletzung etwas den Wind aus den Segeln zu nehmen. Hierfür spricht auch das Informationsinteresse des Verkehrs an einer möglichst präzisen Festlegung des geforderten Verhaltensstandards, um Fehlverwendung von Ressourcen bei der Haftungsabwehr zu vermeiden.

¹⁸⁸⁷ Das deckt sich letztlich mit der Erwägung, § 280 I 2 BGB bei Nebenpflichten teleologisch zu reduzieren, s.o., S. 73.

C. Ausfüllung der schuldverhältnisspezifischen Funktion von Nebenpflichten

Die für eine Nebenpflicht notwendige Beziehung zwischen einem eingetretenen Schaden und dem Wirkungskreis des Schuldverhältnisses bleibt trotz der Fülle an Veröffentlichungen vage und im Kern ungeklärt.¹⁸⁸⁸ Es soll hier ein Versuch unternommen werden, ein zumindest subsumtionsfähiges Merkmal zu entwickeln.

I. Suche nach dem Haftungsgrund

Es wird vertreten, dass die entscheidende Voraussetzung für die Annahme einer Nebenpflicht sei, ob sie die Zweckerreichung des jeweiligen Schuldverhältnisses erleichtere oder nicht.¹⁸⁸⁹ Da das BGB in § 311 II, III BGB mittlerweile explizit Schuldverhältnisse ohne Leistungspflichten vorsieht, wird deutlich, dass es für die Ergründung des Zwecks eines Schuldverhältnisses nicht allein auf die Leistungspflichten ankommen kann. Es erscheint aber zweifelhaft, ob der Gedanke einer Zweckbezogenheit zur Begründung einer Nebenpflicht in der konkreten Subsumtion taugt. Wann im Einzelfall die notwendige Wandlung des „*Nebeneinander des Deliktsrechts in ein Miteinander*“¹⁸⁹⁰ vollzogen ist, um eine Nebenpflicht dem Schuldverhältnis gegenüber dienlich zu machen, ist aus sich heraus nicht präzise zu begründen. Aus genau diesem Grund ist es auch die rechtspraktische Funktion¹⁸⁹¹ der Nebenpflicht, welche die Argumentationstopoi für die Begründung einer Nebenpflicht liefern muss.¹⁸⁹²

1888 So auch *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 173. Forderungen nach einem „qualifizierten Zusammenhang“ (so z.B. *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 337f.) zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Schuldverhältnis umschreiben das Problem eher, als dass sie es lösen. Schließlich bleibt immer offen, worin die Qualifizierung genau liegen soll.

1889 *Krebs*, Sonderverbindungen, 2000, S. 217ff., 237f.; *Papadimitropoulos*, Schutzwirkung, 2007, S. 230ff. Diese „Zweckförderung“ lässt sich plastisch mit einem „Dienst“ der Nebenpflicht dem Schuldverhältnis gegenüber umschreiben. Mit Blick auf die „unmittelbare“ Förderung des Schuldverhältnisses durch die Leistungspflichten wird bei Nebenpflichten lediglich eine „mittelbare“ Förderung vorausgesetzt.

1890 *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 127; ähnlich bereits *Thiele*, JZ 1967, 649, 651.

1891 S.o., S. 318, 323ff.

1892 Vgl. auch *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, 425ff., der treffend darauf hinweist, dass die – bereits häufig als gescheitert konstatierte – Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Pflichten deshalb so schwer fällt, weil auch innerhalb von Schuldverhältnissen nur „ein

Aus einer rechtssystemischen Perspektive kann eine Nebenpflicht einem (rechtsgeschäftlichen) Schuldverhältnis indes einen wichtigen Dienst erweisen: Sie kann es von unnötigen Fiktionen freihalten, indem mittels Annahme einer Nebenpflicht offen zugegeben wird, dass aufgrund von objektiv-teleologischen Erwägungen Risiken verteilt werden.

Beispiel 34 Im Märklinfall¹⁸⁹³ könnte sich der Anspruch des Geschäftsführers gegen den Steuerberater aus verschiedenen dogmatischen Quellen ergeben¹⁸⁹⁴: Zum einen könnte es sich um einen Anspruch aus einem eigenständigen Auskunftsvertrag handeln (Auskunftshaf-tung).¹⁸⁹⁵ Zum anderen könnte es sich um eine konkludente Erweiterung der (Leistungs-)Pflichten aus dem Steuerberatervertrag¹⁸⁹⁶ handeln.¹⁸⁹⁷ Schließlich kommt ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB wegen einer Nebenpflichtverletzung des Steuerberaterver-trags in Betracht.¹⁸⁹⁸ Die beiden ersten Varianten haben gemein-

gewöhnliches Fehlverhalten“ vorliege. Ein „*besonderes soziales Unwerturteil*“ sei damit nicht verbunden. Vielmehr liege „*wie sonst*“ im Jedermannsrecht nur ein „*sozial unerwünschtes Verhalten*“ vor. Was „*sozial unerwünscht*“ ist und was nicht, muss sich folglich nach allge-meingültigen Maßstäben feststellen lassen, denen wiederum die ökonomische Analyse eine sinnvolle Kontur geben kann.

1893 S.o., S. 264.

1894 Instruktiv Thole, ZfPW 2015, 31, 37ff.; vgl. auch Kayser, ZIP 2014, 597, 602f.

1895 Ehlers, BB 2014, 131, 132; Kayser, ZIP 2014, 597, 603. Sofern sich die Parteien einvernehmlich auf eine vergüteten Insolvenzprüfung durch den Steuerberater geeinigt hätten, hätte es sich um einen Werkvertrag gehandelt, D. Fischer, DB 2015, 1643, 1644.

1896 Ein Vertrag mit einem Steuerberater ist – ähnlich dem Vertrag mit einem Rechtsanwalt – regelmäßig ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter gem. §§ 675 I, 611 BGB, MüKo-BGB/Heermann, 7. Aufl. 2018, § 675 Rn. 41. In Einzelfällen mag auch ein Werkver-trag mit Geschäftsbesorgungscharakter nach §§ 675 I, 631 BGB in Betracht kommen. Für ein – hier vorliegendes – steuerliches Dauermandat ist aber das dienstvertragliche Element kenn-zeichnend. Der Mandant erwartet schließlich keinen konkreten Erfolg, sondern ein umfassendes Bemühen des Steuerberaters um seine (steuerlichen) Interessen. Dass auch im Rahmen des Dauermandats einzelne Aspekte Erfolgsschuldcharakter haben (wie z.B. die Anfertigung der Steuererklärung oder die korrekte Aufstellung einer Bilanz), ist hierfür ohne Belang. Eine Aufspaltung des Vertragstypus in werk- und dienstvertragliche Element wird weder dem Wil-len der Parteien noch der Forderung nach Rechtssicherheit gerecht, vgl. zu alldem anschaulich BGH, Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, Rn. 10, 12 (BGHZ 54, 106, 107f.)

1897 Dafür Thole, ZfPW 2015, 31, 40f.; wohl auch D. Fischer, WM 2014, SBeil. 1, S. 14; D. Fischer, DB 2015, 1643, 1646; Kayser, ZIP 2014, 597, 602f.

1898 Dagegen Thole, ZfPW 2015, 31, 43f. („Sonst würde eine Leistungspflicht, für die ein Mandant zu bezahlen hätte, in eine schon kraft Gesetzes beachtliche schuldrechtliche Rücksichtnahme-

sam, dass sie als Leistungspflichten nach § 241 I BGB aufseiten des Steuerberaters einen Rechtsbindungswillen erfordern. Ein Rechtsbindungswillen lässt sich hier indes nicht im Wege der Auslegung, sondern nur mittels Fiktion feststellen.¹⁸⁹⁹ Eine konkludente Erweiterung der Vertragspflichten einer Partei ist ohne Zweifel möglich. Hiermit sollte jedoch restriktiv umgegangen werden. Schließlich wird dem Schuldner unterstellt, seine Vertragslast erhöhen zu wollen, ohne dass sich dies in einer erhöhten Gegenleistung widerspiegelt. Gerade in Fällen wie hier, in denen der Schuldner der Frage eher ausweicht, als eine definitive, Vertrauen der Gegenseite rechtfertigende Aussage zu treffen, wird der Grundsatz der Privatautonomie entschieden aufgeweicht, wenn dem Schuldner eine konkludente Vertragserweiterung untergeschoben wird. Gleiches gilt für die Auskunftshaftung: Innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses erscheint es wenig sinnvoll für einen Berater, ein zusätzliches Haftungsrisiko unentgeltlich zu übernehmen.¹⁹⁰⁰ Das fragwürdige¹⁹⁰¹ – und auch von der Rechtsprechung mit immer größer werdender Zurückhaltung herangezogene¹⁹⁰² – Instrument der Auskunftshaftung erscheint zudem

pfllicht umfunktioniert.“). Der Mandant hat in einem solchen Fall aber auch in keiner der anderen dogmatischen Konstruktionen (Erweiterung des Vertragsgegenstandes, eigenständiger (Auskunfts-)Vertrag) für die ihm geschuldete Information „bezahlt“. Mangels Vergütung erscheint die Rückführung der Risikoübernahme auf ein privatautonomes Moment des Steuerberaters (noch) widersinniger, vgl. auch Hörnig/Matz, Anm. zu OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, DStR 2015, 966, 966f. Der Hinweis von Thole, ZfPW 2015, 31, 43, dass es sich hier „nicht ausschließlich um eine gesetzlich, heteronom determinierte Pflichtenbindung“ handele, kann daher nicht – oder zumindest weniger als die Alternative – überzeugen.

1899 Das muss auch Thole, ZfPW 2015, 31, 40f. zugeben.

1900 Wegen des „hohen Abstraktionsgrades der Konstruktion des selbstständigen Beratungsvertrags neben einem anderen Vertrag“ krit. auch Schaub, AcP 202 (2002), 757, 788f.

1901 von Bar, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, 1724; von Bar, JuS 1982, 637, 642; Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 93f.; Faust, Gutachten DJT, 2016, S. 40 („Fiktion des Rechtsbindungswillens in Fällen [...], in denen das Vorliegen eines Schuldverhältnisses der Billigkeit entspricht“); Heese, Beratungspflichten, 2015, S. 105f. (Fn. 78) m.w.N.; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 617f.; U. Krüger, NJW 2013, 1845, 1849 („gekünstelt“); Schaub, AcP 202 (2002), 757, 787; vgl. auch Heinrichs, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 441f. („Probleme [können] jetzt mit [§ 311 II] Nr. 3 [BGB] gelöst werden“).

1902 Vgl. Doobe, Vermögensschäden, 2014, S. 63; Hopt, AcP 183 (1983), 608, 619; Paschke, AcP 187 (1987), 60, 68; Seibt/Wollenschläger, DB 2011, 1378, 1380; richtigerweise gegen eine

*subsidiär gegenüber der Erweiterung des Pflichtenkreises in einem bestehenden Vertragsverhältnis.*¹⁹⁰³ Weil es sich – wie für Nebenpflichten typisch – um eine plötzlich auftretende und von beiden Teilen unvorhergesehene Gefahr für die Integrität des Gläubigers handelt, ist es daher vorzugswürdig, hier von einer Nebenpflicht auszugehen.¹⁹⁰⁴ Damit wird die heteronome Natur der Pflicht offen eingestanden und ein frontaler¹⁹⁰⁵ Konflikt mit der Privatautonomie vermieden.¹⁹⁰⁶

So ließe sich im Einzelfall mit diesem Gedanken zumindest eine bestimmte Wahl des Mittels der Risikoverteilung – namentlich: eine Nebenpflicht – vorgeben.¹⁹⁰⁷

(weitere) „Verrechtlichung“ im Sozialleben auch BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, Rn. 11 (Keine Ansprüche aus den §§ 677ff. BGB im Verhältnis eines Sportvereins und einer Großmutter, die ihre Enkelin zu den auswärtigen Mannschaftsspielen fuhr); OLG Hamm, Urt. v. 17.6.2014 – 7 U 77/13, Rn. 41ff. (Keine Nebenpflicht eines Autohändlers zur Versicherung eines zum Verkauf überlassenen Fahrzeugs, wenn die Vermittlung nur aus Gefälligkeit erfolgt).

1903 Zutreffend *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 790f.; *Thole*, ZfPW 2015, 31, 38.

1904 So i.E. auch BGH, Urt. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Rn. 2, 4; *Geuß*, BB 2013, 599, 601; *Menkel*, DStR 2010, 2477, 2479; s. auch *Thole*, ZfPW 2015, 31, 44 („[p]rima facie liegt die Annahme einer Rücksichtnahmepflicht allerdings nahe“); ähnlich *Schaub*, AcP 202 (2002), 757, 792f., 801f.; vgl. im Kontext des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, 233, der generell eine „Rückbesinnung auf das liberale Modell der Privatautonomie“ fordert und in Ausnahmefällen die Annahme „richterrechtliche[r] Schutzpflichten“ für „methodisch ehrlicher“ hält.

1905 Es bleibt natürlich noch ein tangentialer Konflikt mit der Privatautonomie insofern, als dass das ursprünglich festgesetzte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch die darüber hinausgehende Pflicht aus § 241 II BGB aus Sicht des Steuerberaters negativ beeinflusst wird, s.o., S. 258.

1906 Ähnlich im Kontext der Kapitalanlageberatung U. Krüger, NJW 2013, 1845, 1849f. (Plädoyer für eine „Umorientierung der Rechtsprechung weg von der Fiktion des Beratungsvertrags hin zur gesetzlichen Nebenpflicht“ aus § 241 II BGB).

1907 Besteht zwischen beiden Parteien überhaupt kein Schuldverhältnis, ist aber eine Haftung aus rechtspraktischer Perspektive angemessen, so ist zu überlegen, ob hierauf mit einem Schuldverhältnis gem. § 311 II Nr. 3 BGB reagiert werden kann, um Willensfiktionen zu vermeiden, hierzu instruktiv *Reischl*, FS Musielak, 2004, S. 411, 419ff., 434 („Vorteil dieses Lösungswegs [...], dass man sich bei der Frage des Schadensersatzanspruchs nicht mehr mit der Primärbindung auseinander setzen muss“); ähnlich *Faust*, Gutachten DJT, 2016, S. 41, 44; vgl. zur möglichen Rolle des § 311 II Nr. 3 BGB als Auffangbecken für Fälle, in denen unüberwindbare Mängel im Deliktsrecht kompensiert werden müssen, auch *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, 437ff.

Beispiel 47 In der Sache nahm der BGH im Probefahrtfall¹⁹⁰⁸ einen stillschweigenden Haftungsausschluss für leicht fahrlässige Beschädigungen des Probefahrzeugs durch den Interessenten an, wenn sich ein Probefahrt-typisches Risiko realisiert hat. Er deutete aber an, dass der Haftungsausschluss abzulehnen gewesen wäre, wenn der Verkäufer vor Beginn der Probefahrt darauf hingewiesen hätte, dass der Wagen nicht versichert sei.¹⁹⁰⁹ Entscheidend ist also gar nicht die Kaskoversicherung des Autos, sondern die Freiheit des Kunden, selbst darüber zu entscheiden, ob er das Risiko einer unversicherten Fahrt tragen möchte oder nicht. Das ähnelt der Begründung einer vermögensschützenden Nebenpflicht. Das vom BGH erwünschte Ergebnis ließe sich nämlich auf ähnlichem Weg mit einer Nebenpflicht erreichen: Durch die Fiktion eines Haftungsausschlusses wird der Autohändler schließlich faktisch dazu gezwungen, dem Interessenten die gleiche, haftungsrechtliche Ausgangslage zu bieten, wie wenn er für das zu verkaufende Auto eine Kaskoversicherung abgeschlossen hätte. Der Autohändler hätte das Auto also entweder versichern müssen oder den Interessenten auf das besondere Risiko, mit einem unversicherten Auto eine Probefahrt zu machen, hinweisen müssen. In die Termini einer Nebenpflicht umgemünzt muss der Autohändler hier also das vermögenswerte Interesse des Interessenten wahren, nicht unerkannt für Risiken einer Probefahrt haften zu müssen. Zwar hat ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB die zusätzliche Voraussetzung eines Verschuldens des Schuldners. Weil die Nebenpflicht zum Schutz vermögenswerter Interessen aber verhaltensbezogen zu definieren ist, wäre die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 II BGB) im Großteil bereits Bestandteil der Pflichtverletzung.

Die stillschweigende Vereinbarung hat mit einer Nebenpflicht gemein, dass sie Risiken nach allgemeingültigen Grundsätzen verteilt.¹⁹¹⁰ Nebenpflichten sind

1908 S.o., S. 435.

1909 BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 11.

1910 Auch der BGH sprach im Urteil davon, dass es aus den abstrakt erörterten Gründen dem Autohändler „zuzumuten“ sei, den Kunden durch Einladung zu einer Probefahrt von den Fol-

aber zumindest offensichtlich fremdbestimmt. Ihre Begründung muss daher die Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigen und genauer Überprüfung standhalten. Dinge, die dem Parteiwillen zu entnehmen sind, dürfen als Ausfluss der Privatautonomie gar nicht mehr auf ebendiese Interessengerechtigkeit überprüft werden. Der Parteiwille ist insofern ein praktisches Vehikel für den Transport von Risikoverteilungserwägungen. Derart großzügig mit konkludenten Abmachungen zu verfahren, bedeutet aber, den Aussagegehalt rechtsgeschäftlichen Willens als solchen zu entwerten. Dementsprechend ist mit stillschweigenden Vereinbarungen vorsichtig zu verfahren.¹⁹¹¹

Beispiel 47 Eine Nebenpflicht wäre im Probefahrtsfall¹⁹¹² daher aus einer methodischen Perspektive das vorzugswürdige Werkzeug gewesen, das Schadensrisiko zuzuweisen.¹⁹¹³

Die schuldverhältnisspezifische Funktion von Nebenpflichten kann – anders als deren rechtspraktische Funktion – nicht die Argumentationstopoi für die Begründung einer Nebenpflicht liefern. Sie kann aber – nachdem die Notwendigkeit einer Haftung des Schuldners aufgrund anderer Kriterien begründet wurde – eine Nebenpflicht als Instrument zur Durchsetzung dieser als sinnvoll vorausgesetzten Haftung vorgeben, um den Parteiwillen von rechtsgeschäftlichen Fiktionen freizuhalten.

II. Verlaufen der Haftungsgrenze?

Ungeachtet der Tatsache, dass sich Nebenpflichten mit dem Aspekt der Dienstlichkeit für das Schuldverhältnis nicht überzeugend begründen lassen, bleibt aber

gen einer fahrlässigen Beschädigung des Fahrzeugs freizustellen, BGH, Urt. v. 7.6.1972 – VIII ZR 35/71, Rn. 11. Die Wortwahl macht deutlich, dass es hier weniger um die konkrete Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens nach §§ 133, 157 BGB ging, sondern um das Unterschieben einer Pflicht, welches aus abstrakten Risikoerwägungen heraus vom Gericht für sinnvoll erachtet wurde.

1911 Deziert gegen die „Hypostasierung eines Vertragsschlusses“ auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. 539.

1912 S.o., S. 435.

1913 Vgl. *Honsell*, FS *Medicus*, 1999, S. 211, 233 (Annahme einer Nebenpflicht „methodisch ehrlicher“ als die Ausweitung der „stillschweigende[n]“ Risikoverteilung); *U. Krüger*, NJW 2013, 1845, 1849f.

zu untersuchen, ob das Merkmal unverändert oder in einer begrifflichen Variante als Grenze für die aus § 241 II BGB folgenden Verhaltensanforderungen taugt.

1. Dienlichkeit der Nebenpflicht im konkreten Schuldverhältnis

Eine Nebenpflicht erfüllt dann keine schuldverhältnisspezifische Funktion mehr, wenn sie dem Schuldverhältnis nicht konkret dienlich ist. Weist ein Schuldverhältnis Leistungspflichten auf, so stehen diese im Zentrum eines etwaigen Zwecks des Schuldverhältnisses. Leistungspflichten tragen daher unmittelbar zur Erreichung des im Schuldverhältnis verbürgten Ziels bei. Nebenpflichten müssen diesen Zweck dann konsequenterweise nur auf mittelbare Weise fördern.¹⁹¹⁴ Gibt es keine Leistungspflichten in einem Schuldverhältnis, so muss ein davon unabhängiger Zweck ausgemacht werden. Anderenfalls lässt sich die Begrenzung von Nebenpflichten über das Kriterium der mittelbaren Zweckförderung nicht aufrechterhalten. Schließlich impliziert der Begriff der Mittelbarkeit eine gegenüber etwas Anderem zweitrangige, zurückgestufte Nähebeziehung. Die Existenz eines Schuldverhältnisses auch ohne Leistungspflichten ist in § 311 II BGB sogar gesetzlich verankert. Der Begriff des Dienstes einer Nebenpflicht für das Schuldverhältnis soll begrifflich modifiziert werden, um die Realität widerzuspiegeln, dass ein Leistungsbezug in vielen Schuldverhältnissen bereits von vornherein ausgeschlossen ist. Es wird deshalb der Begriff des Transaktionsbezugs vorgeschlagen.¹⁹¹⁵

2. Transaktionsbezug

Ausgangspunkt der Begrenzung durch den Transaktionsbezug ist der Begriff der Transaktion. Im klassischen Sprachgebrauch bedeutet Transaktion den Austausch von Wirtschaftsgütern. Damit passt der Begriff auf den ersten Blick nur

1914 Zu dieser Unterscheidung aus definitorischer Sicht *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. 78, 87; a.A. *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 162, der eine unmittelbare Anbindung der Nebenpflicht an die Hauptleistungspflicht fordert. Das führt aber zu z.T. problematischen Ergebnissen, s.o., S. 469f.

1915 Vgl. Mankowski, IPRax 2003, 127, 131 („Schutz transaktionsspezifischer Investitionen“); Michael Lehmann, Vertragsanbahnung, 1981, S. 337 („Schutz des transaktionsnahen Integritätsinteresses“).

auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse.¹⁹¹⁶ Das hier zugrunde gelegte Verständnis von Transaktion legt den Fokus auf die Übersetzung¹⁹¹⁷ als durchführen. Der notwendige Bezug soll also nicht nur etwaige Leistungspflichten in den Blick nehmen. Vielmehr geht es um einen Bezug der Nebenpflicht zur Durchführung des Schuldverhältnisses *in concreto*. Dabei muss überlegt werden, ob auch außerhalb klassisch vertraglicher Schuldverhältnisse ein Austausch von Gütern, Interessen oder sonstigen Elementen der Zielsetzung nach stattfinden soll.

Beispiel 31 Im Kaufhausfall¹⁹¹⁸ existieren zwischen Kaufhausbesucher und Kaufhausbetreiber keine Leistungspflichten. Zudem dienen die dort geltenden Nebenpflichten nicht dem Gegenstand eines späteren Vertrags. Sofern man Nebenpflichten über einen etwaigen Leistungsbezug begrenzen will, muss § 241 II BGB in diesem Bereich entgegen der herrschenden Meinung völlig leerlaufen.¹⁹¹⁹ Untersucht man den Zweck des Schuldverhältnisses näher, so lässt sich eine Transaktion im weitesten Sinne durchaus feststellen: Der Betreiber tauscht auf einer faktischen Ebene den Zugang zu einer attraktiven Verkaufsfläche und die Gelegenheit, Produkte auszuprobieren, gegen die Aufmerksamkeit des Kunden, der sich im Idealfall von der Werbung des Verkaufsraumes zu einem Kauf hingerrissen fühlen soll.¹⁹²⁰ Der Zweck des Schuldverhältnisses (hier: Begründung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses in Form eines Kaufvertrags) lässt sich also auf einer faktischen Ebene durchaus häufig in einen Austausch von Interessen und Angeboten herunterbrechen. In concreto bedeutet das bei Kundenverletzungen im Rahmen von Kaufhausbesuchen, dass zumindest die Schuldverhältnis-spezifische Funktion von Nebenpflichten häufig

1916 Auch dort müsste man beispielsweise bei der Schenkung dann den einseitigen „Austausch“ eines Wirtschaftsgutes genügen lassen.

1917 <http://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/transigere>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018.

1918 S.o., S. 249.

1919 Insofern konsequent, wenn auch im Ansatz problematisch *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. 167f.

1920 Vgl. s.o., Beispiel 31, S. 249; *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 317f.

*erfüllt sein wird. Schließlich basiert die faktische Transaktion unter anderem darauf, dass der Betreiber den Besucher keinen körperlichen Risiken aussetzt. Ansonsten hätte der Kunde kein Interesse dem Betreiber seine Aufmerksamkeit zu offerieren. Der Bezug einer integritätsschützenden Nebenpflicht zur Transaktion lässt sich also durchaus herstellen.*¹⁹²¹

Der Begriff des Transaktionsbezugs lässt sich damit nach hier vertretenem Verständnis – anders als der des Leistungsbezugs – auch auf rechtsgeschäftsähnliche, gesetzliche und rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse ohne Gegenleistung anwenden. Es bedarf hierfür nur eines weiten Verständnisses von dem das Schuldverhältnis begründenden Interessenaustausch. Weder ist am juristischen Begriff des Tausches festzuhalten, noch muss der Tauschgegenstand eine rechtsgeschäft(sähn)liche Handlung sein. Der Transaktionsbezug soll deutlich machen, dass eine schuldverhältnisbedingte Haftung aus Nebenpflichtverletzung nur dann in Frage kommt, wenn die Nebenpflicht eine enge Anbindung an die Durchführung des Schuldverhältnisses aufweisen kann.¹⁹²² Der Transaktionsbezug repräsentiert damit das juristische Bauchgefühl, dass eine bestimmte Nebenpflicht in dem jeweiligen Schuldverhältnis fehl am Platze ist.¹⁹²³

1921 Scheitern wird ein Anspruch des Kunden aus §§ 280 I, 241 II BGB nach dem hier vertretenen Ansatz aber häufig an der fehlenden rechtspraktischen Funktion einer Nebenpflicht im Einzelfall. Schließlich sind die meisten Szenarien der Kaufhausfälle in Gänze durch das Jedermannsrecht abgedeckt. Ausnahmen sind bei Relevanz von § 278 BGB denkbar, s.o., S. 475ff.

1922 Wenn eine Verhaltensanforderung nicht förderlich ist, um einem Schuldverhältnis zu seinem Ziel zu verhelfen, so fehlt es am Transaktionsbezug und eine entsprechende Nebenpflicht ist abzulehnen. So lehnt beispielsweise das AG Hoyerswerda, Urt. v. 27.4.2004 – 1 C 66/04, Rn. 15ff. zutreffend eine Nebenpflicht des Gebrauchtwagenverkäufers ab, den Käufer ungefragt über Änderungen der Servicebestimmungen zu informieren, weil „die geforderten Angaben“ für die Erfüllung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten „nicht erforderlich“ waren. Einer entsprechenden Pflicht fehlte es somit am Transaktionsbezug, vgl. zu diesem Gedanken bereits *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. 325.

1923 Treffend OLG Saarbrücken, Urt. v. 21.5.1993 – 4 U 79/92, Rn. 67 (Kein Ersatz von „Zufallschäden“ durch die Haftung aus Nebenpflichtverletzung); ähnlich *Soergel/Benicke/Hellwig*, 13. Aufl. 2014, § 280 Rn. 133 (keine Pflichtverletzung des Malermeisters gegenüber einem Auftraggeber, wenn ersterer letzteren im Straßenverkehr anfährt, während der Malermeister „neue Farbe für den Auftrag besorgte“). Dabei lässt sich über den Transaktionsbezug auch eine Pflicht ausscheiden, die in zeitlicher Hinsicht „fehl am Platze“ ist, vgl. zur Integration der zeitlichen Dauer eines Schuldverhältnisses in den (Neben-)Pflichtinhalt *Hoffmans*, Nebenpflichten, 1986, S. 181ff.

- Beispiel 2* Im Seniorenfall¹⁹²⁴ ist eine Nebenpflicht deshalb mit Rücksicht auf die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht abzulehnen. Die Transaktion (Austausch von Wohnungsüberlassung und Geld) wird durch diese Verhaltensanforderung weder gefördert, noch wird sie durch das Fehlen einer entsprechenden Pflicht beeinträchtigt. Die Nebenpflicht, Schädigungen des Gläubigers auch im Alten Land zu unterlassen, hat damit keinerlei Transaktionsbezug.
- Beispiel 4* Gleiches gilt im Diebstahlsfall¹⁹²⁵: Die Transaktion besteht dort aus dem Austausch eines Buches gegen Geld. Auch über den Austausch der gegenseitigen Leistungspflichten hinaus besteht ein Transaktionsbezug bezüglich solcher Handlungen, die sich auf die Abwicklung des Geschäfts beziehen. So hätte der Käufer das Geschäft des Verkäufers aufsuchen können, um Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Dann bestünde zwischen dem ursprünglichen Kaufvertrag und einer Pflicht des Händlers, den Kunden während des erneuten Aufenthalts nicht in seiner Integrität zu verletzen, ein Transaktionsbezug. Hier betrat der Kunde aber den Laden nicht wegen des vorherigen Einkaufs und dies war – wegen der Vermummung und des regelwidrigen Eintritts – auch nach außen hin erkennbar. Damit fehlt es auch hier am Transaktionsbezug.¹⁹²⁶
- Beispiel 3* Anders liegt die Lage indes im Herzinfarktfall¹⁹²⁷: Hier wird auf einer vorvertraglichen Ebene die Aufmerksamkeit des Kunden gegen die Möglichkeit des Kunden getauscht, die betreffenden Produkte gefahrlos in Augenschein nehmen zu können. Die Gefahr ging hier zwar nicht vom Ladenbetreiber aus, sondern hatte ihren Ursprung in der Person des Schuldners selbst. Anders als auf der offenen Straße konnte der Kunde hier aber wegen des sich anbahnenden Geschäfts davon ausgehen, dass ein im Laden anwesender

1924 S.o., S. 5.

1925 S.o., S. 7.

1926 Vgl. bereits von Caemmerer, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 58.

1927 S.o., S. 6.

*Verkäufer ihm eine besondere Aufmerksamkeit zukommen lassen würde.*¹⁹²⁸ *Mit der Ausnahme von völlig externen Gefahren möchte der Kunde sich bei der Begutachtung der Ware sicher fühlen. Das kann auch die Notfallhilfe des Verkäufers bei einer plötzlichen Erkrankung erfassen. Damit lässt sich ein Transaktionsbezug vertretbar bejahen. Die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht ist demnach erfüllt.*¹⁹²⁹

Mit dem Begriff des Transaktionsbezugs lassen sich Nebenpflichten auch mit Blick auf den Zweck oder die Zielsetzung eines konkreten Schuldverhältnisses begrenzen.¹⁹³⁰ Die abstrakten Risikoverteilungserwägungen der ökonomischen Analyse – die hier innerhalb der rechtspraktischen Funktion der Nebenpflicht thematisiert wurden – werden damit durch den Transaktionsbezug als schuldverhältnisspezifische Funktion der Nebenpflicht sinnvoll ergänzt.

1928 Vgl. auch *Bodewig*, Jura 2005, 505, 510, der eine Nebenpflicht eines Kioskbesitzers für möglich hält, die vor seinem Laden verlorene Geldbörse eines Kunden zu sichern.

1929 Die Frage stellt sich indes, ob auch die rechtspraktische Funktion einer solchen Nebenpflicht gegeben wäre. Außer dem Ladeninhaber war hier niemand in der Lage dazu, den Schaden (sinnvoll) zu verhindern. Die Schadensvermeidungskosten – erhöhte Wachsamkeit bei Zusammenbrüchen von Kunden und gegebenenfalls Verständigung eines Notfalldienstes – sind für den Inhaber zudem gering und unterschreiten in jedem Fall den Schadenserwartungswert. Damit wäre der Ladeninhaber hier *cheapest cost avoider* und somit aus Sicht der Ökonomik grundsätzlich sinnvoller Schuldner einer entsprechenden Nebenpflicht. Aus einer systematischen Perspektive muss man sich aber fragen, ob die Regel des § 323c StGB hier abschließend das notwendige Maß an Tätigwerden bei plötzlichen Gefahren für Dritte regelt. Das gilt umso mehr, als der BGH die Schutzgesetzqualität der Norm – und damit die Transformation in einen zivilrechtlichen Verhaltensstandard zum Individualschutz – mittlerweile explizit festgestellt hat, BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 255/11, Rn. 7 (BGHZ 197, 225, 227f.); dagegen *MüKo-BGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 417. Verpflichtet man den Ladeninhaber mit einer reinen Fahrlässigkeitshaftung auch über diesen Maßstab hinaus, so werden zumindest die Grenzen der verhaltenssteuernden Wirkung von §§ 823 II BGB, 323c StGB erheblich aufgeweicht. Da der wirtschaftliche Schaden bei einer den Gläubiger plötzlich ereilenden Erkrankung ganz beträchtlich sein kann, setzt eine zivilrechtliche Fahrlässigkeitshaftung womöglich sogar noch stärkere Verhaltensanreize als die relativ milde Strafdrohung des § 323c StGB. Mit Blick hierauf und die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB ist die rechtspraktische Funktion – und demnach eine Nebenpflicht insgesamt – zu verneinen.

1930 Das Schuldverhältnis verpflichtet den Schuldner schließlich nur „nach seinem Inhalt“ aus § 241 II BGB. Das „nach seinem“ lässt sich im Rahmen der Auslegung nach dem Normzweck auch als „mit Rücksicht auf den“ deuten. Dann wird klar, dass aus § 241 II BGB nur dann eine angemessene Risikoverteilung abgeleitet werden kann, wenn der erkennbare Zweck des konkreten Schuldverhältnisses nicht im Einzelfall entgegensteht, näher hierzu s.o., S. 200ff. sowie insbesondere S. 202.

III. Zwischenergebnis: Transaktionsbezug als Gegenstück zur rechtspraktischen Funktion von § 241 II BGB

Um die rechtspraktische Funktion einer Nebenpflicht an das individuelle Schuldverhältnis zu koppeln, wird sie sinnvollerweise durch die schuldverhältnisspezifische Funktion ergänzt. Diese wird sinnvoll durch den Begriff des Transaktionsbezuges ausgefüllt. Danach ist für jeden Einzelfall zu ermitteln, welchem Zweck das jeweilige Schuldverhältnis dient. Dieser Zweck basiert auf einer wie auch immer gearteten, nicht zwingend rechtsgeschäft(sähn)lichen Transaktion. Nur wenn sich die auf der rechtspraktischen Funktion fußende Verhaltensanforderung konkret in Bezug zu diesem Interessenaustausch bringen lässt, erfüllt die Nebenpflicht auch eine schuldverhältnisspezifische Funktion.

D. Ergebnis: Sinnvolle Konturierung von § 241 II BGB durch ökonomische Analyse

Als Folge der teleologischen Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten ist die Funktion von § 241 II BGB in einen rechtspraktischen und einen schuldverhältnisspezifischen Aspekt zu unterteilen. Die rechtspraktische Funktion von § 241 II BGB bezieht sich dabei auf den Ausgleich haftungsrechtlicher Lücken des Jedermannsrecht im Bereich des Vermögensschutzes, der Haftung für das Verhalten Dritter sowie im Bereich der Beweislastverteilung für das Verschulden und hält sinnvolle Maßstäbe für eine entsprechende Lückenfüllung durch die Annahme von Nebenpflichten bereit. Die schuldverhältnisspezifische Funktion gewährleistet unter Rückgriff auf den Gedanken des Transaktionsbezugs, dass die entsprechende Nebenpflicht auch der Zwecksetzung des individuellen Schuldverhältnisses dient. Im Einzelnen lässt sich die sinnvolle Reichweite von Vermögensschutz unter Rückgriff auf Gedanken der ökonomischen Analyse des Rechts mit der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses und Aspekten ökonomischen Vertrauensschutzes konturieren. Mit den aufeinander abgestimmten Kriterien des *cheapest cost avoider* und des *cheapest cost insurer* sowie dem Element der Vertrauensprämie – welches konzeptionell sicherstellen soll, dass der Schuldner für die Belastung mit einer Nebenpflicht auch entschädigt wird – lässt sich die Reichweite vermögensschützender Nebenpflichten sinnvoll abstecken. Die Reichweite sinnvoller Haftung für das Verhalten Dritter wird sinnvollerweise durch das Kriterium der Gefahrerhöhung für die Integrität des Geschädigten durch die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen bestimmt. Die

Reichweite der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB ist schließlich unter Rückgriff auf die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen Schuldner und Gläubiger zu bestimmen. Um sicherzustellen, dass die Verteilung der Beweislast nicht entgegen dem Haftungsgrund der Nebenpflicht – im Regelfall ein Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung – erfolgt, ist die Nebenpflicht in ihrer Formulierung entsprechend an dem jeweiligen Haftungsgrund auszurichten.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 4. Synopse und Schlussteil

Im abschließenden Kapitel gilt es, die Befunde der vorherigen drei Kapitel darzustellen und zu analysieren. Hierfür sollen die zentralen Ergebnisse der Arbeit in Thesenform gruppiert werden. Dabei werden mögliche Gründe und Grenzen von Nebenpflichten, die sich im Verlaufe der Untersuchung als sinnvoll herauskristallisiert haben, im Fettdruck gekennzeichnet. Das soll dazu dienen, die Resultate der Arbeit auch in der Subsumtion nutzbar zu machen. Abschließend sollen die für die Rechtspraxis sinnvollen Befunde der Arbeit in einem groben Subsumtionsschema zusammengefasst werden. Zum Abschluss soll die Arbeit mittels eines Resümees im rechtswissenschaftlichen Diskurs verankert werden.

A. Gruppierung der zentralen Ergebnisse in Thesenform

- I. Die Reichweite der aus § 241 II BGB folgenden Verhaltensanforderungen innerhalb von Schuldverhältnissen ist häufig unklar und die Diskussion hierzu von fehlender methodischer Transparenz und dem Fehlen allgemeingültiger Subsumtionsvorgaben geprägt.
- II. Die aus § 241 II BGB folgenden Verhaltensanforderungen sind begrifflich als Nebenpflichten zu klassifizieren.
- III. Die Abgrenzung der Leistungs- von den Nebenpflichten ist mit Blick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen der §§ 281f., 323f. BGB sowie insbesondere die Sinnhaftigkeit einer Fristsetzung vorzunehmen.
- IV. Rechtstatsächlich haben sich viele Unterschiede zwischen der schuldverhältnisbedingten Haftung wegen einer Nebenpflichtverletzung und der Haftung aus Jedermannsrecht seit Konzeption der Nebenpflichten merklich verkleinert oder gänzlich aufgelöst. Dieses Wechselspiel zeigt, dass Nebenpflichten unabhängig von ihrer dogmatischen Verortung häufig Problemstrukturen erfassen sollen, die – zumindest gleichzeitig, wenn nicht gar ausschließlich – ebenso deliktischer Natur sein könnten. Die haftungsrechtliche Notwendigkeit von Nebenpflichten, um eine Haftung des Schädigers zu ermöglichen, ist damit bedeutend geschrumpft.

- a. Die Wirkung der Beweislastumkehr aus § 280 I 2 BGB hängt primär davon ab, wie offen die jeweils als verletzt in Rede stehende Pflicht formuliert wird.
- b. Die Verteilung der Beweislast bei Nebenpflichtverletzungen wird in der Rechtspraxis im Schuldverhältnis- und im Jedermannsrecht viel ähnlicher gehandhabt, als die gesetzliche Ausgangslage vermuten lässt.
- c. Der häufig betonte Spalt zwischen der Reichweite einer Haftung für das Verhalten Dritter, die auf § 278 S. 1 Alt. 2 BGB aufbaut, und einer solchen, die auf § 831 BGB aufbaut, wird in der Praxis mit aus § 823 I BGB folgenden Organisationspflichten entscheidend verkleinert.
- d. Der Vermögensschutz in existierenden Schuldverhältnissen geht im Moment noch deutlich über das Niveau des Jedermannsrechts hinaus. Dabei ist der Begriff der „vermögenswerten Interessen“ angemessen, um die vielgestaltigen Schutzobjekte sinnvoll zu bündeln. Über eine großzügige Anwendung der §§ 823 I, II, 826 BGB macht sich die Rechtspraxis aber auch in diesem Bereich daran, die Lücke zumindest zu verkleinern.
- e. Soll das gleiche, absolut geschützte Interesse geschützt werden, so besteht zwischen den Verhaltensanforderungen des Schuldverhältnisses- und des Jedermannsrechts kein Unterschied.
- f. Soll die Verhaltensanforderung aber ein vermögenswertes Interesse schützen, so gibt es eine Vielzahl von Pflichten, die nur innerhalb bestehender Schuldverhältnisse existieren – und damit originär schuldverhältnisrechtlichen Ursprungs sind.
- g. Die Verantwortlichkeit für Nebenpflichtverletzungen und Verstöße gegen das Jedermannsrecht wird identisch bestimmt. Insbesondere wird die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aus § 276 II BGB in beiden Haftungsregimen schon zur Bestimmung der Pflichtwidrigkeit fruchtbar gemacht.
- h. Die §§ 282, 324 BGB ermöglichen als wichtigen Unterschied zwischen Schuldverhältnisrecht und Jedermannsrecht eine Verknüpfung von Äquivalenz- und Integritätsinteresse.

- i. Nebenpflichten sind forder-, erfüll- und klagbar. Rechtstatsächlich lassen sie sich genauso durchsetzen wie etwaige äquivalente Verhaltensanforderungen aus dem Jedermannsrecht.
 - j. Frühere Unterschiede zwischen Schuldverhältnis- und Jedermannsrecht im Bereich der Verjährung und den Ersatz immaterieller Schäden betreffend sind mittlerweile nahezu vollständig entfallen.
 - k. Im (internationalen) Privat- und Verfahrensrecht fällt auf, dass Nebenpflichten, die den Schutz absoluter Rechtsgüter bezwecken, eher dem Jedermannsrecht als dem Schuldverhältnisrecht zugeordnet werden. Bei Nebenpflichten, die letztlich Verhaltensanforderungen aus dem Deliktsrecht enthalten, besteht eine große Zurückhaltung davor, sie gemeinsam mit einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses zu behandeln. Insgesamt wird im Kontext der EU beispielhaft deutlich, dass schuldverhältnisbedingte Nebenpflichtverletzungen von der internationalen Gemeinschaft zu einem großen Teil (nur) deliktisch geahndet werden.
 - l. Im materiell-rechtlichen Querschnitt hat das Deliktsrecht gegenüber dem Schuldverhältnisrecht im Bereich der Nebenpflichten bedeutend aufgeholt – und zwar deutlich mehr, als häufig angenommen wird.
 - m. Im prozessualen Querschnitt wird deutlich, dass sich nur Nebenpflichten mit Vermögensbezug innerhalb rechtsgeschäftlicher und rechtsgeschäftsähnlicher Schuldverhältnisse ohne Probleme in einen „vertraglichen“ Kontext setzen lassen.
- V. Nebenpflichten aus § 241 II BGB sind begründungsbedürftig. Die Begründung muss sich auch am Maßstab einer folgerichtigen und methodisch transparenten Anwendung in der Rechtspraxis messen lassen.
- VI. Der methodische Anknüpfungspunkt für Nebenpflichten sollte in der Subsumtion seit dem Jahr 2002 § 241 II BGB sein.
- VII. Der Wortlaut des § 241 II BGB bietet wenig Anhaltspunkte, um die Funktion und den Haftungsgrund von Nebenpflichten ausfindig zu machen.
- a. Nebenpflichten lassen sich auch in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen nicht auf den Parteiwillen stützen. Ein nach §§ 133, 157 BGB ermitteltes Regelungssystem der Parteien kann aber eine Grenze für die Annahme einer Nebenpflicht bilden (**Grenze**).

- b. Nebenpflichten lassen sich kaum ausschließen. Damit scheidet als Haftungsgrund aus, den Inhalt des Schuldverhältnisses beeinflussen zu können. Weil die Ausschlussmöglichkeit so begrenzt ist, lassen sich aus diesem Gedanken auch keine sinnvollen Grenzen für § 241 II BGB ableiten.
- VIII. Historisch bemühte Haftungsgründe können Nebenpflichten nicht präzise abbilden.
- a. Nebenpflichten lassen sich zwar theoretisch auf die besonderen Umstände und gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten der Parteien bei der Beeinträchtigung stützen (**Grund**). Wegen der Vagheit des Ansatzes lassen sich Nebenpflichten damit aber nicht überzeugend begrenzen.
 - b. Nebenpflichten lassen sich nicht überzeugend auf herkömmlichen Vertrauensschutz stützen. Sie lassen sich auf einer systemtheoretischen Ebene auf den Gedanken des Systemvertrauens stützen (**Grund**). Weil der Bezugspunkt des Vertrauens aber entweder unklar oder zumindest zu wertungsoffen ist, lassen sich aus dem Haftungsgrund des Vertrauens keine überzeugenden Grenzen von § 241 II BGB ableiten.
- IX. Die systematische Funktion von § 241 II BGB kann einige systemtheoretische Haftungsgründe und -grenzen für und von Nebenpflichten freilegen.
- a. Nebenpflichten lassen sich aus einer systemtheoretischen Perspektive auf die Funktion des Schuldverhältnisrechts stützen, einen freien Gütertausch zu ermöglichen und zu befördern (**Grund**). Hieraus lassen sich indes keine sinnvollen Grenzen ableiten.
 - b. Nebenpflichten sind – unabhängig vom Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses – Ausfluss gesetzlicher Haftung (**Grund**). Nebenpflichten lassen sich mittelbar auf Gesetze stützen, wenn diese eine für den jeweiligen Haftungsgrund dienliche Wertung zum Ausdruck bringen (**Grund**). Sieht das Gesetz an anderer Stelle ein (abschließendes) Haftungsregime vor, so ist ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB als systematisch subsidiär anzusehen, um Konkurrenzprobleme und Systembrüche zu vermeiden (**Grenze**).

- c. Nebenpflichten lassen sich nur innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse auf den aus dem Äquivalenzprinzip abgeleiteten Gedanken der Vertragsgerechtigkeit stützen (**Grund**). In rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen sollte eine Nebenpflicht nur mit gebührender Rücksicht auf das bestehende Äquivalenzverhältnis angenommen werden (**Grenze**).
 - d. Nebenpflichten lassen sich – zumindest schuldverhältnisübergreifend – nicht auf den Gedanken der konkreten Kompensation für die geforderte Verhaltensanforderung stützen. Aus einer systemtheoretischen Perspektive lassen sich Nebenpflichten auf das Systemvertrauen des Schuldners stützen, dass er gleichzeitig eine Gläubigerstellung hinsichtlich wertäquivalenter Nebenpflichten innehat (**Grund**). Der Gedanke einer konkreten Kompensation kann § 241 II BGB aber insofern sinnvoll begrenzen, als eine Nebenpflicht ausscheiden sollte, wenn der Schuldner keine marktgerechte Möglichkeit hat, tatsächlich anfallende Kosten an den Gläubiger weiterzureichen (**Grenze**).
- X. Die Haftung aus der Verletzung schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten ist subsidiär gegenüber anderen Haftungsinstrumenten des Privatrechts. Das fußt darauf, dass die methodische Teleologie des § 241 II BGB primär als ein rechtspraktisches Korrektiv von spezifischen – in weiten Teilen so nicht mehr vorhandenen – Mängeln des Jedermannsrecht zu sehen ist.
- a. Die Teleologie von § 241 II BGB ist in die rechtspraktische Funktion und die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht aufzuteilen. Während die rechtspraktische Funktion mittels allgemeiner Risikoverteilungsmaßstäbe die Existenz einer ausfüllungsbedürftigen Haftungslücke sicherstellen soll, dient die schuldverhältnisspezifische Funktion dazu, die Nebenpflicht im konkreten Schuldverhältnis zu erten.
 - b. Nebenpflichten dienen dazu, als solche empfundene Lücken im Deliktsrecht zu schließen (**Grund**). Das wurde hier zum Anlass genommen, eine teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB gegenüber dem Jedermannsrecht herauszuarbeiten. Damit sollen solche schuldverhältnisbedingte Nebenpflichten praktisch aussortiert werden, deren inhaltliche Entwicklung außerhalb des Schuldverhältnis-

rechts stattfindet. Wenn sich das Haftungsinteresse des Geschädigten in materiell-rechtlich sowie prozessual gleichwertiger Hinsicht durch das Jedermannsrecht oder ein anderes Instrument befriedigen lässt, scheidet die Annahme einer auf §§ 280 I, 241 II BGB gestützten Schadensersatzhaftung auf Konkurrenzebene aus (**Grenze**). Bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten wird eine Haftung wegen Verletzung einer Nebenpflicht daher regelmäßig verdrängt. (**Grenze**).

- c. Die rechtspraktische Funktion einer Nebenpflicht besteht im Übrigen darin, einen Haftungsvorteil des Schuldverhältnissrechts im Bereich des Schutzes vermögenswerter Interessen, der Verantwortlichkeit des Schuldners für das Verhalten Dritter oder der Beweislastverteilung zu begründen (**Grund**). Die rechtspraktische Sinnhaftigkeit einer Nebenpflicht ist für jeden Haftungsvorteil separat zu untersuchen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verantwortlichkeit für Dritte und die Beweislastverteilung nur reflexiv betroffen sind, wenn es um eine Nebenpflicht zum Schutz vermögenswerter Interessen geht.
- d. Die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht soll Verhaltensanforderungen aus dem Pflichtenkatalog ausscheiden, die nicht zur Zweckerreichung des individuellen Schuldverhältnisses dienen können (**Grenze**). Dabei wird das Kriterium des Transaktionsbezugs für die Subsumtion vorgeschlagen (**Grenze**). Transaktion kann dabei in diesem Kontext auch der faktische Austausch von Interessen sein. Ausnahmsweise kommt in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen die Begründung einer Nebenpflicht über diese Voraussetzung in Betracht, wenn dem Schuldner das Risiko bereits über andere, objektiv-teleologische Kriterien überzeugend zugewiesen wurde und das Schuldverhältnis mit der Nebenpflicht von einer rechtsfolgenorientierten Willensfiktion befreit werden kann (**Grund**).

- XI. Die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich innerhalb der Ausfüllung der rechtspraktischen Funktion einer Nebenpflicht berücksichtigen.
 - a. Die ökonomische Analyse ist mit der Folgenanalyse und der Folgenbewertung in einen empirisch-deskriptiven Teil und einen normativen Teil aufzuteilen.

- b. Die ökonomische Folgenanalyse ist als Horizonterweiterung des rechtswissenschaftlichen Abwägungskanons uneingeschränkt zu befürworten.
 - c. Die heteronome Natur der Nebenpflichten gekoppelt mit der zunehmenden Verobjektivierung der Integritätshaftung führt zu einer Internalisierung ökonomischer Haftungsziele. Das lässt auch eine ökonomische Folgenbewertung des § 241 II BGB sinnvoll erscheinen. Deswegen ist die Ökonomik innerhalb der teleologischen Auslegung des § 241 II BGB als Haftungsgrund und -grenze von Nebenpflichten zumindest zu berücksichtigen (**Grund, Grenze**). Dieses Vorgehen verträgt sich auch mit dem Primat des Parteiwillens innerhalb rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnissen.
- XII. Nebenpflichten sind als verhaltenssteuernde Handlungsanreize zu sehen. Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen als Inhalt der Verhaltensanforderung sollte dabei keine qualitative Bedeutung haben.
- XIII. Die Reichweite des Schutzes vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten lässt sich insbesondere mit Ansätzen aus der Ökonomik sinnvoll bestimmen.
- a. Im Einklang mit den Bedenken des BGB-Gesetzgebers gegenüber umfassendem Vermögensschutz im Jedermannsrecht lassen sich Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen darauf stützen, dass zumindest der Gläubiger eines Ersatzanspruchs bereits im Vorfeld der Schädigung bestimmt ist (**Grund**). Unmittelbar aus diesem Gedanken heraus lassen sich vermögenswerte Interessen aber nicht begrenzen. Dem Sinn und Zweck des Ausschlusses umfassenden Vermögensschutzes lässt sich aber im Umkehrschluss entnehmen, dass das von der Nebenpflicht geschützte Vermögensinteresse dem Schuldner vor der Schädigung erkennbar sein muss (**Grenze**).
 - b. Die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses ist ein sinnvolles Instrument, um innerhalb eines Schuldverhältnisses mittels Nebenpflichten Verantwortung für vermögenswerte Interessen nach den Maßstäben der Ökonomik zu verteilen (**Grund**).
 - i. Aus einer ökonomischen Perspektive wird mit einer Nebenpflicht ein Missverhältnis zwischen der Opportunismusprämie bei regelwidrigem Verhalten und der Vertrauensprämie bei regelkonformem Verhalten behoben (**Grund**). Für die Begren-

- zung von Nebenpflichten in der Subsumtion ist der Ansatz hingegen zu allgemein.
- ii. Weil das Vertretenmüssen bei Nebenpflichten zu großen Teilen bereits in die Subsumtion zur verletzten Pflicht integriert wird, kann man aus einer systemtheoretischen Perspektive die *Learned-Hand*-Formel als Maßstab für die Fahrlässigkeitsprüfung heranziehen, um vermögenswerte Interessen zu konturieren (**Grund**). Es ist aber unklar, ob sich der Schadensvermeidungsaufwand präzise genug berechnen lässt, damit der Ansatz feste Grenzen aufweist.
 - iii. Nach dem Kriterium des *cheapest cost avoider* sollte ein Risiko primär derjenigen Partei aufgebürdet werden, welche die Realisierung des Risikos am kostengünstigsten hätte verhindern können (**Grund, Grenze**). Das Kriterium verträgt sich im Ergebnisvergleich mit Ansätzen der rechtswissenschaftlichen Analyse und bietet grundsätzlich den Vorteil einer übersichtlichen und schematischen Subsumtion. Die Wertung des Kriteriums ist nur dann überzeugend, wenn sich das vermögenswerte Interesse dem Schuldner *ex ante* erkennbar zeigt (**Grenze**).
 - iv. Aus der Forderung der Ökonomik, Schadensersatz auf einen entstehenden Ressourcenschaden zu begrenzen, lassen sich schon allein wegen der Berechnungsschwierigkeiten keine direkten Schlüsse für die Reichweite von § 241 II BGB ziehen. Die Forderung der Ökonomik, bei einem Ressourcenschaden aber zumindest privaten Schadensersatz zu gewähren, ist – auch nach einem kursorischen Ergebnisvergleich des Ansatzes mit der Rechtspraxis – ein sinnvoller Gedanke, um Nebenpflichten zum Schutz vermögenswerter Interessen zu konturieren (**Grund, Grenze**).
 - v. Konnte der Schaden nicht verhindert werden, war es unwirtschaftlich ihn zu verhindern oder ist der *cheapest cost avoider* keine Partei des Schuldverhältnisses, so ist mit dem Kriterium des *cheapest cost insurer* zu überprüfen, wer das Risiko am kostengünstigsten hätte versichern können (**Grund, Grenze**). Die typisierte Risikoneigung der Parteien entscheidet dabei darüber, ob der Schuldner in der Lage ist, die Versicherungs-

kosten auf den Gläubiger abzuwälzen (**Grenze**). Hat der Schuldner es unterlassen, die Risikoneigung des Gläubigers gegenüber einem ihm erkennbaren Risiko herauszufinden, so sollte er aus verhaltenssteuernden Gründen auch gegenüber einem grundsätzlich Risikofreudigen haften (**Grund**). Versicherung ist auch in Form der Eigenversicherung durch den Schuldner möglich (**Grund**). Die Versicherungsprämie, deren typisierte Übernahme durch den Schuldner interessengerecht sein muss, wird hier durch eine schuldnernerinterne Risikoumlage repräsentiert (**Grenze**).

- c. Ergänzt wird die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses in der Subsumtion zu § 241 II BGB durch Gedanken des ökonomischen Vertrauensschutzes. Voraussetzungen sind ein Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung, die Produktivität der geforderten Handlung und die interessengerechte Möglichkeit des Schuldners, die Pflichterfüllungskosten über eine Vertrauensprämie zu amortisieren sowie ein Missverhältnis zwischen Vertrauen- und Opportunismusprämie als marktspezifische Eingriffsvoraussetzung (**Grund, Grenze**). Insbesondere wenn die Nebenpflicht – wie häufig im Kontext der vermögensbezogenen Interessenwahrnehmung durch den Schuldner – isoliert betrachtet einen Vermögenswert repräsentiert, kann der Gedanke der Vertrauensprämie präzise den Blick auf die Folgen einer Risikozuweisung nach dem Prinzip des *cheapest cost avoider* lenken, welche ansonsten allzu leicht in Vergessenheit geraten können. Der ökonomische Vertrauensschutz sichert dabei ab, dass die Risikozuweisung über die Kriterien des *cheapest cost avoider* und *cheapest cost insurer* auch mit Blick auf die durch die Annahme einer Nebenpflicht gesetzten ökonomischen Verhaltensanreize eine perspektivisch interessengerechte Risikoverteilung gewährleisten.

- XIV. Die Reichweite der Informationsverantwortlichkeit – als wichtiger Teil des Schutzes vermögenswerter Interessen durch Nebenpflichten – lässt sich gut mit Gedanken der ökonomischen Analyse bestimmen und ist auch bereits entscheidend von Ansätzen aus der Ökonomik vorgeprägt.
- a. Eine kategorische Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ist im Kontext informationsbezogener Nebenpflichten abzulehnen.

Vielmehr sind auch Informationspflichten zum Integritätsschutz verhaltensbezogene Pflichten, deren Begrenzung bei einem Schadensersatzanspruch unmittelbar im Rahmen der Pflichtverletzung stattfinden sollte.

- b. Aus einer systemtheoretischen Perspektive sollten Nebenpflichten nur in Märkten angenommen werden, in denen wegen einer großen Informationskostenasymmetrie bezüglich des Pflichtgegenstandes die Gefahr einer stetigen Qualitätsverschlechterung (*race to the bottom*) droht (**Grund, Grenze**). Für die nähere Begrenzung der Verhaltensanforderungen innerhalb solcher Marktdynamiken liefert der Ansatz aber keine Hinweise.
- c. Informationsbezogene Nebenpflichten sind stets im Kontext der dem Schuldner mit der Pflicht aufgebürdeten Informationsbeschaffungskosten zu sehen.
- d. Hat der Gläubiger bei der Informationsbeschaffung einen Kostenvorteil, so scheidet eine Nebenpflicht grundsätzlich aus (**Grenze**).
- e. Eine Informationspflicht kann dazu dienen, ein Äquivalenzverhältnis aufrechtzuerhalten (**Grund**).
- f. Die makroökonomischen Folgen der Informationsbeschaffung und –verwertung sind bei der Annahme von informationsbezogenen Nebenpflichten zu berücksichtigen. Würde der Gläubiger durch die Informationsgewinnung zum Funktionieren des Marktes beitragen – und damit einen positiven externen Effekt bedingen –, so ist von der Annahme einer Informationspflicht eher abzusehen (**Grenze**). Die Anreizwirkung zur Gewinnung produktiver Information darf durch die Annahme einer Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe dieser Information nicht untergraben werden (**Grenze**). Die Gewinnung unproduktiver Information allein zum eigenen Vorteil sollte hingegen durch die Annahme einer Nebenpflicht unterbunden werden (**Grund**).
- g. Kann der Schuldner als Ausgleich für die Informationspflicht dem Gläubiger gegenüber eine Vertrauensprämie verlangen, so wandelt sich die einseitige Belastung aus § 241 II BGB in einen beiderseitigen Vorteil (**Grund**). Voraussetzung für die Sinnhaftigkeit dieser Begründung ist aber, dass die Informationspflicht dem Schuldner *ex ante* erkennbar war (**Grenze**).

- h. Aus einer ökonomischen Perspektive ist der im Bereich der Informationspflichten allgegenwärtige Begriff der Informationsasymmetrie als asymmetrische Verteilung der Informationsbeschaffungskosten zwischen Gläubiger und Schuldner zu präzisieren. Diese Informationskostenasymmetrie ist Basis jeder informationsbezogenen Nebenpflicht (**Grund**).
 - i. Die Ökonomik kennt verschiedene Marktdynamiken, welche bestehende Informationskostenasymmetrien grundsätzlich ausgleichen können. Sie sind jedoch allesamt nicht in der Lage, Nebenpflichten aus § 241 II BGB sinnvoll zu begrenzen.
- XV. Die sinnvolle Reichweite der Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter bei Nebenpflichtverletzungen wird sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch aus ökonomischer Perspektive mittels des Kriteriums der Gefahrerhöhung für die Integrität des Gläubigers durch die vom Schuldner veranlasste Einschaltung des Erfüllungsgehilfen bestimmt.
- a. Anstatt § 278 BGB bei Nebenpflichtverletzungen gänzlich in die Prüfung der Reichweite der jeweiligen Pflicht zu integrieren, ist es methodisch vorzugswürdig, die Voraussetzungen des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB unter Berücksichtigung der Zwecksetzung der jeweiligen Nebenpflicht teleologisch anzupassen.
 - b. Die historische Intention des BGB-Gesetzgebers für die Differenzierung zwischen § 831 BGB und § 278 BGB ist heute nicht mehr haltbar.
 - c. Die im Kontext von Leistungspflichten üblicherweise bemühten Normzwecke des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB – der Gedanke der Einheit von Chance und Risiko, die Beherrschbarkeit des Risikos sowie die Sphäre des Schuldners – können für die Zurechnung von Nebenpflichtverletzungen ohne nähere Konkretisierung nur bedingt überzeugen.
 - d. Der Wortlaut des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB stößt an seine Grenzen, wenn man versucht, dem Schuldner die Nebenpflichtverletzung eines Dritten zuzurechnen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erfüllungsgehilfe allein in Bezug auf die Erfüllung von Nebenpflichten eingesetzt wurde und der Anwendungsbereich der Leistungspflichten somit kein sachliches Korrektiv für die Zurechnung von Nebenpflichtverletzungen mehr bilden kann. Wie gezeigt, passen die her-

kömmlichen Normzwecke des § 278 BGB nicht auf Nebenpflichtverletzungen. Die Subsumtionsschwierigkeiten lassen sich deshalb nur überwinden, wenn man in einer Kombination aus systematischer und teleologischer Auslegung wiederholt auf die Zielsetzung der Nebenpflicht – den Integritätsschutz im Allgemeinen und die jeweilige Haftungslegitimation im Besonderen – abstellt. Der übliche Normzweck des § 278 BGB wird also durch den Haftungsgrund der Nebenpflicht ersetzt (**Grund**). Dabei kristallisiert sich die mit der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen verbundene Gefahrerhöhung als Kehrseite einer Erleichterung der Beeinträchtigung der Integrität des Gläubigers durch den Erfüllungsgehilfen als sinnvoller Zurechnungsgrund in der Subsumtion heraus (**Grund**).

- e. Die von der herrschenden Meinung vorgeschlagene Grenze, die Zurechnung einer Nebenpflichtverletzung abzulehnen, welche nur bei Gelegenheit der übertragenen Aufgabe begangen wurde, kann wegen einer gewissen Beliebigkeit in der Subsumtion nicht überzeugen. Unter Rückgriff auf den Haftungsgrund des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB bei Nebenpflichten – Integritätsschutz – ist für die Begrenzung der Verantwortlichkeit des Schuldners zu fragen, ob dem Erfüllungsgehilfen die Pflichtverletzung durch seine Einschaltung erleichtert wurde und sich so die Gefahr einer Schädigung *ex ante* erhöht hat (**Grenze**). Nur wenn sich die Nebenpflichtverletzung gänzlich als das Werk des Erfüllungsgehilfen darstellt, scheidet eine Zurechnung aus (**Grenze**). Der Schuldner muss bei einer *ex ante* feststehenden Gefahrerhöhung lediglich für die Nebenpflichtverletzung durch den Einsatz des Erfüllungsgehilfen in seinem generellen Pflichtenkreis kausal geworden sein (**Grund, Grenze**). Die Reichweite des § 278 BGB ist damit bei Nebenpflichten zwar groß, aber die Subsumtionsergebnisse präzise und *ex ante* erkennbar.
- f. Die Ökonomische Analyse befürwortet ein derart weites Verständnis von § 278 S. 1 Alt. 2 BGB bei Nebenpflichten. In der Sache deckt sie sich erneut in weiten Teilen mit der (rein) rechtswissenschaftlichen Analyse.
 - i. Ist der Haftungsvorteil des § 278 BGB nur reflexiv durch erweiterten Vermögensschutz im Schuldverhältnisrecht betroffen, so kann der Begriff des *cheapest cost avoider* eine Zu-

rechnung im Einzelfall begründen (**Grund**). Obwohl die Zurechnung nach § 278 BGB kein Verschulden des Schuldners voraussetzt, kann eine Risikoverteilung über den Begriff des *cheapest cost avoider* ökonomisch sinnvolle Anreize für den Schuldner setzen, die Tätigkeit seiner Erfüllungsgehilfen zu kontrollieren (**Grund, Grenze**).

- ii. In Fällen unvermeidbarer Schädigungen befürwortet die Ökonomik eine Verantwortlichkeit des Schuldners für Erfüllungsgehilfen im Einklang mit dem Begriff der Gefahrerhöhung, weil er dann regelmäßig *cheapest cost insurer* für diejenigen Schäden ist, die ein von ihm angewiesener Erfüllungsgehilfe verursacht (**Grund, Grenze**).

XVI. Die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB ist bei Nebenpflichten sowohl aus rechtswissenschaftlicher als auch aus ökonomischer Perspektive nur dann angemessen, wenn die Schadensursache nach Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Gläubiger und Schuldner der Sphäre des Schuldners zugeordnet werden kann.

- a. Die Rechtsprechung und der Gesetzgeber gehen – unabhängig vom Wortlaut des § 280 I 2 BGB – im Kern von einer Beweislastverteilung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen aus. Sinn einer Beweislastumkehr ist damit, den Gläubiger (nur) von Beweisschwierigkeiten hinsichtlich solcher Umstände zu befreien, die im Verantwortungsbereich des Schuldners liegen (**Grund, Grenze**).
- b. Will man die Teleologie einer Beweislastumkehr mit der Subsumtion von § 241 II BGB in Verbindung bringen, so stellt die – offene oder weite – Formulierung der Nebenpflicht dieses Bindeglied dar. Ist eine Schadensursache demnach dem Verantwortungsbereich des Schuldners zuzuordnen, so ist die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB mit einer weiten Formulierung der Nebenpflicht zu aktivieren (**Grund**). Kann die Schadensursache nicht der Sphäre des Schuldners zugeordnet werden, so sollte dieser Befund nicht durch eine zu weite Formulierung der Nebenpflicht – und korrespondierend stärkere Wirkung des § 280 I 2 BGB – konterkariert werden (**Grenze**). Ist die für den Gläubiger günstige Beweislastverteilung im Schuldverhältnisrecht nur reflexiv betroffen – wie regelmäßig beim Schutz vermögenswerter Interessen –, so ist dem Haftungs-

grund der Nebenpflicht bei der Formulierung der Nebenpflicht als Stellschraube des § 280 I 2 BGB Tribut zu zollen, damit ein etwaiger Kostenvorteil des Schuldners nicht über eine zu weitreichende Beweislastumkehr ausgehebelt wird (**Grenze**).

- c. Weil nach hier vertretener Ansicht die ökonomische Analyse mit den Begriffen des *cheapest cost avoider* und des *cheapest cost insurer* bemüht wird, um die rechtspraktische Funktion von Nebenpflichten auszufüllen, bestimmt die ökonomische Analyse damit über die Formulierung der Nebenpflicht (weit oder eng) und in der Folge über die Wirkung der Beweislastumkehr (stark oder schwach) (**Grund, Grenze**).
- d. Aus der Makroperspektive wird mittels einer Beweislastumkehr eine Verschuldenshaftung in Richtung einer Gefährdungshaftung transformiert. Das erhöht grundsätzlich die Anreize für den Schuldner, öffentliche Informationsgewinnung hinsichtlich möglicher Schadensvermeidungsprojekte zu betreiben. Weil Nebenpflichten wegen ihrer heteronomen Natur aber auf vergleichbare Fälle übertragbar sind, besteht ein ökonomisches Verkehrsinteresse daran, den konkret vom Gericht geforderten Verhaltensstandard zu erfahren. Um die Informationsgewinnung insbesondere hinsichtlich der Pflichtstandards im Bereich des Vermögensschutzes zu befördern, ist dem Verschulden – und damit der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB – in diesem Bereich vor Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Gläubiger und Schuldner möglichst wenig eigenständige Bedeutung beizumessen (**Grenze**). Vielmehr ist das Gericht zu einer möglichst genauen Definition der in die Pflichtverletzung zu integrierenden verkehrserforderlichen Sorgfalt anzuhalten.

B. Vorschlag eines groben Subsumtionsschemas

Der für die Subsumtion maßgebliche Normzweck des § 241 II BGB lässt sich in die rechtspraktische und die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht aufteilen. Ausgangspunkt ist dabei die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB. Kern der funktionalen Natur von Nebenpflichten ist es, aus einer rechtspraktischen Perspektive Lücken im Deliktsrecht hinsichtlich des Vermögensschutzes, der Haftung für das Verhalten Dritter und der Beweislastverteilung zu schließen. Lässt sich das gewünschte Haftungsergebnis auch mit einem anderen Instrument – insbesondere dem Jedermannsrecht – erreichen, so ist demnach ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB teleologisch subsidiär. Aus dem gleichen Grund ist eine Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB als systematisch subsidiär anzusehen, wenn die Risikoverteilung bereits in Form einer Pflicht oder eines Regelungssystems abschließend gesetzlich vorgegeben ist. Einer etwaigen Subsidiarität des § 241 II BGB ist in der Rechtsfolge auf Konkurrenzebene Rechnung zu tragen, um rechtspraktisch unnötige Haftung aus einem Schuldverhältnis zu vermeiden und Systembrüche durch ein systematisch subsidiäres Instrument zu vermeiden. Lässt sich das Interesse des Gläubigers nicht über ein anderes Haftungsinstrument befriedigen und ist die Risikoverteilung auch nicht bereits abschließend geregelt, so ist weiter zu prüfen. Die teleologische Auslegung von § 241 II BGB ist dabei durch denjenigen Bereich bestimmt, in welchem der Gläubiger einen Vorteil gegenüber dem Jedermannsrecht begehrt.

Geht es um den Haftungsvorteil des erweiterten Vermögensschutzes, so ist die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses mit den hierarchisch angeordneten Begriffen des *cheapest cost avoider* und des *cheapest cost insurer* ein überzeugendes Instrument, um vermögenswerte Interessen zu konturieren. Hat die geforderte Handlung isoliert betrachtet einen Marktwert, so ist ergänzend auf den ökonomischen Vertrauensschutz zurückzugreifen. Dieser weist mit der Vertrauensprämie eine Voraussetzung auf, welche das Augenmerk darauf legt, dass der Schuldner seine Schadensvermeidungskosten auf den Gläubiger überwälzen können muss. Geht es um den Haftungsvorteil des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB, so wird vorgeschlagen, die Haftung an derjenigen Stelle zu begrenzen, an welcher sich das Risiko für das betroffene Interesse mit der Einschaltung des Erfüllungsgehilfen durch den Schuldner aus einer *ex-ante*-Perspektive nicht erhöht hat. Im Bereich der Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB wird gefordert, diese nur dann mittels einer weiten Formulierung der Pflichtverletzung zu aktivieren, wenn die

Ursache für die Schädigung ausschließlich im Verantwortungsbereich des Schuldners liegt. Insbesondere im Bereich des Vermögensschutzes wird das selten handgreiflich sein, sodass hier dem Gericht (und dem Gläubiger) über eine Beweislastumkehr nicht die Aufgabe abgenommen werden sollte, den für perspektivische Vorsorgeaufwendungen wichtigen, konkreten Verhaltensstandard innerhalb der Pflichtverletzung festzuhalten. Kann die Schadensursache nicht hinreichend sicher in der Sphäre des Schuldners verortet werden oder endet gar der Kostenvorteil des Schuldners bei der Schadensvermeidung oder -versicherung, so sollte der verhaltensbezogene Charakter einer Nebenpflicht nicht durch eine zu offene Formulierung der Nebenpflicht und eine korrespondierend zu weitreichende Beweislastumkehr entwertet werden.

Schließlich muss eine Nebenpflicht auch eine schuldverhältnisspezifische Funktion erfüllen. Sie muss dem konkreten Schuldverhältnis dienen. In der Subsumtion ist dabei zu überprüfen, ob die Nebenpflicht einen Transaktionsbezug aufweist. Diese Voraussetzung dient allein der Begrenzung und beinhaltet keine Kriterien, welche eine positive Risikozuweisung tragen können. Einzig wenn das Risiko bereits über andere Kriterien überzeugend dem Schuldner zugewiesen wurde, kann die Annahme einer Nebenpflicht über diese Voraussetzung in Betracht kommen. Hiermit sind insbesondere Fälle gemeint, in denen ein Risiko einer Partei über eine fingierte rechtsgeschäftliche Vereinbarung zugewiesen wird und die gleiche Risikozuweisung auch – zur Entlastung des Parteiwillens als Ausfluss der Privatautonomie – über eine Nebenpflicht vorgenommen werden könnte. Bestehen ernsthafte Zweifel daran, ob die Verhaltensanforderung einen Transaktionsbezug aufweist, so ist diese Voraussetzung in der Subsumtion aus Gründen der Prüfungsökonomie vor der rechtspraktischen Funktion der Nebenpflicht zu prüfen. Das Schema ist abschließend anhand eines letzten Beispielsfalles auf seine Tauglichkeit in der konkreten Subsumtion zu überprüfen.

Beispiel 59 Ein Fahrgast hat im Internet bei einem Busreiseunternehmen eine Reise mit dem Fernbus von Hamburg nach Hagen gebucht.¹⁹³¹ Der Bus sollte dabei auf seinem Weg nach Köln einen Halt in Hagen

1931 Sachverhalt nach AG München, Urt. v. 15.6.2015 – 122 C 7088/15, Pressemitteilung 50/15 des AG München, <http://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv/2015/04942/index.php>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018.

einlegen. Auf dem Busbahnhof in Hamburg fühlt sich der Fahrgast von der Fülle an abreisenden Bussen etwas überfordert. Er hält nach einem Terminal Ausschau, an dem ein Bus zur richtigen Zeit vom richtigen Unternehmen abfährt. Als der Fahrgast den richtigen Bus gefunden zu haben glaubt, stellt er sich in die Abfertigungsschlange. Ein bei dem Busunternehmen angestellter Busfahrer scannt den QR-Code auf dem Buchungsausdruck des Fahrgasts und lässt ihn einsteigen. Der Bus fährt aber nach Frankfurt und hält nicht in Hagen. Als der Fahrgast den Fehler in Hannover bemerkt, wendet er sich an den Busfahrer, der ihm die Weiterfahrt verweigert. Der Fahrgast muss nun seine geplante Reise nach Hagen mit der Bahn und – wegen der mittlerweile fortgeschrittenen Zeit – mit dem Taxi fortsetzen. Die entstandenen (Mehr-)Kosten möchte er vom Busunternehmen ersetzt verlangen. Er meint, der Busfahrer hätte ihn auf seinen Fehler hinweisen müssen.

Es könnte ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, 241 II, 278 S. 1 Alt. 2 BGB in Betracht kommen. Hierfür müsste es sich bei der verletzten Pflicht um eine Neben- und keine Leistungspflicht handeln. Das Busunternehmen schuldet dem Reisenden die Beförderung gegen ein Entgelt. Sofern eine Kontrollpflicht besteht, steht diese nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Leistungspflicht. Das Interesse des Reisenden an der Beförderung wird nämlich durch eine fehlende Einlasskontrolle nicht gemindert. Zudem kommt auch eine Fristsetzung schon grundsätzlich nicht in Betracht. Damit kann es sich nur um eine Nebenpflicht handeln. Ein Anspruch gem. §§ 280 I, 241 II BGB kommt demnach grundsätzlich in Betracht. Die Zwecksetzung einer Nebenpflicht unterteilt sich in einen rechtspraktischen und einen schuldverhältnisspezifischen Teil. Vorab lässt sich festhalten, dass eine Nebenpflicht hier zumindest nicht an der Grenze der schuldverhältnisspezifischen Funktion scheitern würde. Zwischen dem Beförderungsvertrag und einer Nebenpflicht, die den Reisenden vor dem Einstieg in den falschen Bus schützt, besteht nämlich ein Zusammenhang. Ein Transaktionsbezug zwischen Schuldverhältnis und Nebenpflicht lässt sich damit bejahen.

Mit der rechtspraktischen Funktion von § 241 II BGB ist zunächst zu überprüfen, ob hier überhaupt eine Lücke im Jedermannsrecht vorliegt. Schutzgut der Nebenpflicht ist das vermögenswerte Interesse des Fahrgasts, nicht in eine falsche Richtung befördert zu werden. Ansprüche aus den §§ 823ff. BGB gegen das Busunternehmen sind aber nicht erfolgsversprechend. Überhaupt denkbar wäre nur ein Anspruch aus § 831 I 1 BGB, wenn man eine (rechtswidrige) Schädigung des Fahrgasts durch den Busfahrer gem. § 826 BGB unterstellt. Dass der Busfahrer den Fahrgast mit dem unterlassenen Hinweis auf sittenwidrige Weise schädigen wollte, lässt sich jedoch nicht beweisen. Demnach besteht eine Lücke im Jedermannsrecht. Auch ein anderes Regelungssystem, welches die Risikoverteilung an dieser Stelle systematisch abschließend erfasst, ist nicht ersichtlich. Die teleologische Subsidiarität des § 241 II BGB greift demnach nicht. Innerhalb der rechtspraktischen Funktion ist dann zu prüfen, welcher der drei zentralen Haftungsvorteile des Schuldverhältnisrechts hier vom Fahrgast begehrt wird. Der Fahrgast beschwert sich darüber, dass er vom Busfahrer nicht gehindert wurde, in den falschen Bus einzusteigen. Die unnötigen Rückreisekosten wären nicht angefallen, wenn der Busfahrer ihn auf seinen Irrtum hingewiesen hätte. Damit bemängelt der Fahrgast den unzureichenden Schutz seiner vermögenswerten Interesse innerhalb des Beförderungsvertrages. Der angestrebte Haftungsvorteil des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht liegt damit im erweiterten Schutz vermögenswerter Interessen. Die Teleologie des § 241 II BGB wird entsprechend im Ausgangspunkt durch die Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses nach dem Maßstab der Effizienz bestimmt. Das vermögenswerte Interesse des Fahrgasts, nicht im falschen Bus befördert zu werden, wäre hier durch den Hinweis vonseiten des Busfahrers geschützt gewesen, dass er sich im Terminal geirrt haben müsse. Damit handelt es sich innerhalb der vermögenswerten Interessen um eine informationsbezogene Nebenpflicht. Dieser wäre wiederum die Informationsbeschaffungspflicht vorgeschaltet gewesen, das Ticket des Fahrgasts mit dem tatsächlichen Fahrplan abzugleichen. Im Einklang mit dem Kriterium des

cheapest cost avoider sollte das Schadensrisiko primär derjenigen Partei zugewiesen werden, welche die geringsten Informationsbeschaffungskosten hat. Der Fahrgast hat hier nur unwesentliche Informationsbeschaffungskosten: Er muss lediglich die genauen Busdaten auf seiner Buchungsbestätigung mit den am Terminal angezeigten Daten abgleichen (Opportunitätskosten: Zeit und geistige Anstrengung). Gleiches gilt indes auch für das Busunternehmen: Der Busfahrer ist ohnehin angewiesen, die Tickets zu kontrollieren, um Schwarzfahrten zu vermeiden. Wie im Fall geschehen, wird dafür regelmäßig der QR-Code auf der Buchungsbestätigung eingescannt. Unabhängig davon, ob das Einscannen die gebuchte Route mit der konkret vom jeweiligen Bus geplanten Route automatisch abgleicht, erfordert es aufseiten des Busunternehmens keinen bis minimalen Aufwand, überprüfen zu lassen, ob die vom Kunden gebuchte Strecke von der Reiseroute des konkreten Busses abgedeckt wird. Der Busfahrer muss schließlich ohnehin vor Fahrtantritt überprüfen, welche Strecke er fahren muss. Anders als Regionalbahnen halten Fernbusse auch nicht Dutzende von Malen, sodass auch ein Zwischenstopp wie Hagen sofortige Signifikanz für den Busfahrer haben sollte. Im Vergleich zum einzelnen Kunden hat das Busunternehmen damit relativ gesehen sogar geringere Informationsbeschaffungskosten. Anders als der einzelne Kunde muss es nicht aus vielen möglichen Terminals das richtige herausfinden – was in der Hektik einer Abreise mitunter durchaus schwierig sein kann –, sondern lediglich dafür Sorge tragen, dass am jeweiligen Abfahrtsterminal immer nur eine „Sorte“ Kunde – nämlich diejenigen mit einer zur Reiseroute passenden Fahrt – abgefertigt wird. Damit ist das Busunternehmen bezüglich dieses Risikos im Vergleich zum typisierten Kunden in der Position des Fahrgasts *cheapest cost avoider*.¹⁹³² Mit der Rekonstruktion des

1932 Hinzu kommt ein möglicher Ressourcenschaden durch die Ineffizienz der Busbahnhofabfertigung. Wenn publik wird, dass ein gültiges Ticket in eine beliebige Richtung und mit beliebiger Fahrtdauer ausreicht, um jeden Fernbus des betreffenden Unternehmens zu besteigen, so droht zum einen Missbrauch. Kunden könnten dann versuchen, nur eine kurze Strecke zu buchen, aber faktisch eine deutlich längere – und damit teurere – Reise anzutreten. Darauf müsste das

vollständigen Schuldverhältnisses ist das Risiko aus einer rechtspraktischen Perspektive demnach dem Busunternehmen zuzuweisen. Da sowohl die rechtspraktische Funktion als auch die schuldverhältnisspezifische Funktion einer Nebenpflicht hier erfüllt sind, ist von einer Nebenpflicht auszugehen.

Unmittelbar gehandelt hat aber nicht das Busunternehmen, sondern nur der Busfahrer. Eine Haftung des Busunternehmens kommt also nur in Betracht, wenn es sich das Verhalten des Busfahrers gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechnen lassen muss. Es geht also auch um den Haftungsvorteil des Schuldverhältnisrechts gegenüber dem Jedermannsrecht, dass der Schuldner für das Verhalten Dritter erweitert haftet. Grundsätzlich ist hierfür das Element der Gefahrerhöhung bestimmend. Der Busfahrer kam hier nur aufgrund seiner Eigenschaft als bei dem Busunternehmen angestellter Busfahrer in Kontakt mit den vermögenswerten Interessen des Fahrgasts. Die Einschaltung durch das Busunternehmen hat ihm die konkrete Schädigung also nicht nur erleichtert, sondern überhaupt erst ermöglicht. Das konkrete Interesse hätte er im Jedermannsrecht – sieht man einmal von § 826 BGB ab – gar nicht unmittelbar beeinträchtigen können. Das liegt indes daran, dass § 278 BGB als Haftungsvorteil hier nur reflexiv betroffen ist. Un-

Busunternehmen dann entweder mit deutlich erhöhten Preisen für Kurzstrecken – welche dann ineffizient bepreist wären – oder einer verstärkten Abfertigungskontrolle reagieren – welche den Abfahrtsprozess insgesamt verlangsamt würde. Auf der anderen Seite würde dies auch „ehrliche“ Reisende verunsichern, da sie sich trotz der „Fahrkartenkontrolle“ nicht sicher sein könnten, auch den richtigen Bus erwischt zu haben. Infolgedessen wäre eine deutlich erhöhte Anzahl von Nachfragen beim Busfahrer zu erwarten, was den Abfertigungsprozess ebenfalls deutlich verlangsamen würde. Auch für diesen Ressourcenschaden ist das Busunternehmen *cheapest cost avoider*. Selbst wenn man das Kriterium des *cheapest cost avoider* an dieser Stelle für gänzlich unergiebig hält, wäre das Risiko über den Begriff des *cheapest cost insurer* dem Busunternehmen zuzuweisen. Der typisierte Fahrgast ist nämlich bezüglich der Abreise im falschen Bus eher risikoavers. Anders als für das gigantische Mengen an Reisenden abfertigende Busunternehmen repräsentiert die Busreise für den einzelnen Kunden ein wichtiges „Event“. Damit wäre er bereit, eine – wegen der niedrigen Informationsbeschaffungskosten ohnehin nur sehr geringe – Vertrauensprämie dafür zu bezahlen, dass er nicht im falschen Bus befördert wird. Auf den einzelnen Kunden bezogen, kann das Busunternehmen das Risiko des Einsteigens in den falschen Bus also am günstigsten (intern) versichern.

mittelbar geht es schließlich um den erweiterten Vermögensschutz im Schuldverhältnisrecht. Die Erwägungen, welche die vermögensschützende Nebenpflicht stützen (Kostenvorteil bei der Schadensvermeidung oder -versicherung), ersetzen dann den herkömmlichen Normzweck des § 278 BGB (Gedanke der Gefahrerhöhung). Die Nebenpflicht basiert hier auf den niedrigen Informationsbeschaffungskosten des Busunternehmens hinsichtlich derjenigen Information, die den Schaden verhindert hätte – mithin einem Kostenvorteil des Busunternehmens bei der Schadensvermeidung. Der Busfahrer ist Teil derjenigen arbeitsteilig zusammenwirkenden Struktur, welche dem Busunternehmens den Kostenvorteil bei der Schadensvermeidung verschafft. Bei systematisch-teleologischer Auslegung des § 278 S. 1 Alt. 2 BGB hat das Busunternehmen sich demnach des Busfahrers zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Das Busunternehmen muss sich demnach das Verhalten des Busfahrers gem. 278 S. 1 Alt. 2 BGB zurechnen lassen. Dieser hat den Fahrgast nicht auf seinen Irrtum hingewiesen. Damit hat das Busunternehmen die Nebenpflicht verletzt.¹⁹³³

Schließlich müsste das Busunternehmen die Pflichtverletzung auch nach §§ 280 I 2, 276, 278 S. 1 Alt. 2 BGB zu vertreten haben. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aus § 276 II BGB ist jedoch bereits in die Diskussion der Frage geflossen, ob das Busunternehmen überhaupt eine entsprechende Nebenpflicht trifft. Durch den vom Busfahrer unterlassenen Hinweis wurde damit nicht nur die Nebenpflicht verletzt, sondern auch gegen die im Verkehr an dieser Stelle objektiv erforderliche Sorgfalt verstoßen. Der Grund für die Integritätsbeeinträchtigung liegt allein im Gefahrenbereich des Busunternehmens. Die Verantwortungsbereiche zwischen dem

1933 Etwas widersprüchlich an dieser Stelle AG München, Urt. v. 15.6.2015 – 122 C 7088/15, Pressemitteilung 50/15 des AG München, <http://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv/2015/04942/index.php>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018, wo davon die Rede ist, dass „keine Rechtspflicht [bestehe], die Kläger am Einsteigen in einen falschen Fern Bus nach Frankfurt zu hindern“, gleichzeitig aber auf ein „beachtliches Mitverschulden beim Einsteigen in den falschen Bus“ hingewiesen wird. Letzterer Hinweis wäre indes überflüssig gewesen, wenn das Busunternehmen keine Nebenpflicht verletzt hätte.

Busunternehmen und dem Fahrgast sind damit – mit Rücksicht auf den Kostenvorteil des Busunternehmens bei der Schadensvermeidung – bereits klar abgegrenzt. Auch ist das ökonomisch schutzwürdige Verkehrsinteresse an einer hinreichend präzisen Festlegung des Gerichts hinsichtlich des geforderten Verhaltensstandards durch die Informationsgewinnung im Rahmen der Pflichtverletzung hinreichend befriedigt. Mithin ist auch eine – ohnehin nur reflexiv als Haftungsvorteil betroffene – Beweislastumkehr angemessen. Dass der Busfahrer, als Erfüllungsgehilfe des Busunternehmens, hier den Hinweis aufgrund von Ursachen unterlassen hat, die nicht auf subjektiv zumindest fahrlässiges Verhalten zurückzuführen sind, ist nicht ersichtlich. Eine Exkulpation nach § 280 I 2 BGB kommt damit nicht in Betracht. Das Busunternehmen ist demnach dem Busfahrer grundsätzlich zum Schadensersatz aus Nebenpflichtverletzung verpflichtet.¹⁹³⁴

C. Resümee

Aus einer rechtspraktischen Perspektive hat die Untersuchung zu dem Befund geführt, dass die Unterschiede zwischen Schuldverhältnisrecht und Jedermannsrecht erheblich geschrumpft sind. Das gilt nicht nur für den Inhalt der Pflichten, sondern auch für die Verantwortlichkeit für Dritte und die Beweislastverteilung. Anders als häufig angenommen, sind Nebenpflichten damit häufig gar nicht mehr notwendig, um ein bestimmtes haftungsrechtliches Ergebnis herbeizuführen. Das Jedermannsrecht hat demnach im sachlichen Kontext der Nebenpflicht entscheidend an Haftungsintensivität aufgeholt. Das hat der Arbeit den Impetus gegeben, die Funktion und praktische Zwecksetzung der Nebenpflichten näher zu untersuchen. Dabei ist die teleologische Subsidiarität von Nebenpflichten

1934 Der Fahrgast wird sich jedoch gem. § 254 I BGB ein ganz erhebliches Mitverschulden bei der Schadensentstehung zurechnen lassen müssen, vgl. auch AG München, Urt. v. 15.6.2015 – 122 C 7088/15, Pressemitteilung 50/15 des AG München, <http://www.justiz.bayern.de/gericht/ag/m/presse/archiv/2015/04942/index.php>, zuletzt eingesehen am 24.7.2018. Dementsprechend kann er keineswegs vollen Ersatz der Aufwendungen verlangen.

ten aus § 241 II BGB zentrale These dieser Untersuchung. Diese Subsidiarität ist Ausfluss des historisch eindeutig belegten, funktionalen Gebrauchs von Nebenpflichten zum Ausgleich deliktsrechtlicher Haftungslücken: Besteht im Einzelfall eben gerade keine deliktsrechtliche Haftungslücke (mehr), so ist eine Haftung aus der Verletzung einer schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht konsequenterweise auf Konkurrenzebene abzulehnen. Die Subsidiarität schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten gilt dabei insbesondere gegenüber dem Jedermannsrecht, kann sich aber auch auf andere systematisch abschließend geregelte Haftungsregime erstrecken, deren Voraussetzungen mit mittels einer Haftung aus §§ 280 I, 241 II BGB unterlaufen werden würden. So wird die mehrheitlich als verworren empfundene Dogmatik der Nebenpflichten auf deren einzig allgemein anerkannten Zweck – den funktionalen Einsatz zur Kompensation von Haftungslücken – reduziert. Der zunehmend auswuchernde Pflichtenkanon aus § 241 II BGB wird damit aus einer praktischen Perspektive auf diejenigen Bereiche reduziert, in denen Nebenpflichten tatsächlich bestehende Haftungslücken füllen. Weil die dann noch einen (nicht verdrängten) Schadensersatzanspruch generierenden Pflichten kein identisches Pendant im Jedermannsrecht mehr haben, gewinnt die Begründung einer Nebenpflicht mit spezifisch schuldverhältnisrechtlichen Erwägungen auch wieder an Gewicht. Ob man die dargebrachte These der teleologischen Subsidiarität des § 241 II BGB gegenüber dem Jedermannsrecht für überzeugend hält, mag jedem selbst überlassen sein. Die These sollte aber zumindest Anlass dafür sein, die Funktion des § 241 II BGB in denjenigen Pflichtbereichen zu hinterfragen, in denen das Schuldverhältnisrecht allein Folge leistet und die Verhaltensanforderungen der §§ 823ff. BGB dupliziert, ohne je eigene Impulse zu geben.

Als Folge der teleologischen Subsidiarität wurde die Funktion von § 241 II BGB in eine rechtspraktische und eine schuldverhältnisspezifische Funktion unterteilt. Die schuldverhältnisspezifische Funktion soll über das Kriterium des Transaktionsbezugs sicherstellen, dass die Nebenpflicht auch einen sinnvollen Bezug zum jeweiligen Schuldverhältnis aufweist. Die rechtspraktische Funktion fußt direkt auf der teleologischen Subsidiarität von § 241 II BGB und soll abbilden, dass Nebenpflichten stets dem Ausgleich von Haftungslücken dienen. Besteht im Einzelfall eine Haftungslücke – greift die teleologische Subsidiarität von § 241 II BGB also nicht –, so ist es Aufgabe der rechtspraktischen Funktion von § 241 II BGB, zu gewährleisten, dass für die Frage nach der Notwendigkeit einer Haftung dem Grunde nach sinnvolle Maßstäbe bereitgehalten werden. Während damit die

schuldverhältnisspezifische Funktion von § 241 II BGB gewährleistet soll, dass eine Haftung gerade über das Instrument der schuldverhältnisbedingten Nebenpflicht angemessen ist (Frage nach dem Wie der Haftung), dient die rechtspraktische Funktion von § 241 II BGB dazu, zu fragen, ob eine Haftung des Schuldners überhaupt sinnvoll ist (Frage nach dem Ob der Haftung). Zur Kontorierung der rechtspraktischen Funktion von Nebenpflichten wurden hier insbesondere Gedanken der ökonomischen Analyse des Rechts verwendet.

Die Untersuchung hat aus einer rechtsmethodischen Perspektive gezeigt, dass sich die ökonomische Analyse des Rechts und traditionelle Rechtsmethodik nicht etwa gegenseitig ausschließen, sondern innerhalb des Auslegungskanons symbiotisch koexistieren können. Auch aus einer rechtspraktischen Perspektive fallen Ähnlichkeiten zwischen der ökonomischen Analyse und der rein rechtsdogmatischen Analyse der Nebenpflichten auf: So weichen die mit beiden Ansätzen erzielten Ergebnisse kaum voneinander ab – unabhängig davon, wie unterschiedlich der Ausgangspunkt gewesen sein mag. Haftungsrechtliche Kriterien wie Zumutbarkeit, Billigkeit, Schutzwürdigkeit und die umfassende Interessenabwägung lassen sich zwar bei genügend Vorwissen und mit ausreichend Fingerspitzengefühl ohne Zweifel dafür gebrauchen, viele der hier angedeuteten Vorgaben der Ökonomik zu integrieren. Sie lenken aber davon ab, dass § 241 II BGB aus einer systemtheoretischen Perspektive ein verhaltens- und rechtsentwicklungssteuerndes Instrument darstellt, welches mit Vorsicht und Rücksicht auf diese Zielsetzung anzuwenden ist. Mit der Kombination aus den Haftungskriterien der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses und dem Ansatz des ökonomischen Vertrauensschutzes konnten beispielsweise die innerhalb eines Schuldverhältnisses schützenswerten Vermögensinteressen der Parteien sinnvoll konturiert werden.

Die Berücksichtigung der Ökonomik hat dabei geholfen, die verhaltenssteuernde Wirkung der Annahme einer Nebenpflicht herauszuarbeiten. Zunächst einmal bedeutet dies, die dem Schuldner mit einer Nebenpflicht auferlegte Verhaltensanforderung finanziell zu würdigen. Werden dem Schuldner mittels einer Nebenpflicht Verhaltensanforderungen auferlegt, so erscheint es im Kontext der Marktwirtschaft deshalb nur logisch, dass er versucht, die damit verbundenen Kosten zu amortisieren. Weil die Annahme einer Nebenpflicht auch über den Einzelfall hinaus Wirkung zeitigt, wird deshalb ein zukünftiger Gläubiger für die Nebenpflicht bezahlen. Das konnte mit dem Gedanken der Vertrauensprämie

herausgearbeitet werden. Ähnlich wie bei der Übernahme der beim Schuldner angefallenen Versicherungsprämie durch den Gläubiger ist das aber nur wünschenswert, wenn der typisierte Gläubiger dies auch will. Das wiederum konnte im Kontext der Rekonstruktion des vollständigen Schuldverhältnisses bei dem haftungszuweisenden Kriterium des *cheapest cost insurer* als Erkenntnis freigelegt werden. Eine Nebenpflicht aus § 241 II BGB stellt damit letztlich eine gesetzlich auferlegte Form der Versicherung des Gläubigers durch den Schuldner dar. Das ist nur sinnvoll, wenn der typisierte Gläubiger bereit ist, für die Risikoübernahme durch den Schuldner zu zahlen. Anderenfalls kommt es zu einer ökonomisch zu missbilligenden Quersubventionierung. Diese Konsequenz der Annahme einer Nebenpflicht wirkt bisweilen unterrepräsentiert. Die Ökonomik kann an dieser Stelle einen entscheidenden Beitrag zu einer folgerichtigen Subsumtion leisten.

Die Entwicklung der Nebenpflichten hat schon über 100 Jahre vor Kodifizierung derselben im Rahmen der Schuldrechtsreform begonnen. Es ist – mit Ausnahme einer europaweiten Vereinheitlichung des Schuldrechts – nicht abzusehen, dass die Relevanz der Nebenpflichten in der Rechtspraxis zukünftig sinken wird. Wegen der normtechnischen Anknüpfungsmöglichkeit an § 241 II BGB wird sie womöglich gar steigen. Der Gesetzgeber hat der Rechtsprechung schließlich auch mit Erlass des § 241 II BGB maximalen Spielraum gegeben, um mit Nebenpflichten unerträglich scheinende Haftungslücken im Zivilrecht schließen zu können. Aus diesem Spielraum erwächst aber auch die Verantwortung für die Rechtsanwender, die verhaltenssteuernde Wirkung von Nebenpflichten und deren wirtschaftliche Konsequenzen bei der Subsumtion zu würdigen.

Nebenpflichten sollte zudem die Aufgabe zukommen, rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse mit einer objektivierten Risikoverteilung von unnötigen Fiktionen freizuhalten – und so die Position des Parteiwillens als methodisch aussagekräftiges Instrument zu stärken. Eingriffe in die Aussagekraft von rechtsgeschäftlichem Entscheidungswillen via vielerlei Fiktionen können vermieden werden, wenn die gewünschten Haftungsergebnisse über das Instrument der Nebenpflicht erreicht werden. Insbesondere die Rechtsfiguren des separaten Auskunftsvertrags oder einer konkludenten Erweiterung des Vertragsgegenstands im Kontext bereits bestehender, rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse sollten zugunsten einer Nebenpflicht aufgegeben werden. Gleichzeitig wird gefordert, die heteronome Stellung der Nebenpflichten im Schuldverhältnis stärker

zu betonen. Der Begründungsaufwand für die Annahme einer Nebenpflicht darf nicht sinken, indem man die Verhaltensanforderung in rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen im Ursprung an den Parteiwillen koppelt.

Der Wissenschaft ist dabei zwar die Aufgabe zugewiesen, der Rechtspraxis subsumtionsfähige Kriterien für diese Zielvorgaben an die Hand zu geben. Ist man sich der tatsächlichen Funktion der Nebenpflichten indes bewusst, eine abstrakt-gerechte Risikoverteilung im Schuldrecht zu gewährleisten, so wird klar, dass deskriptive Kriterien dabei nur begrenzt hilfreich sein können. Schließlich muss das Recht mit der gesellschaftlichen Entwicklung Schritt halten. Um flexibel bleiben zu können, dürfen solche Kriterien die Subsumtion nicht zu stark eingrenzen. Gerade aus diesem Grund haben sich die Kriterien der ökonomischen Analyse für die Subsumtion von Nebenpflichten als sinnvoll herausgestellt. Die gesellschaftlichen Kosten zur Schadensvermeidung insgesamt niedrig zu halten, ist unabhängig von der gesellschaftlichen Entwicklung ein erstrebenswertes Ziel. Zumindest im Kontext der integritätsschützenden Pflichten innerhalb eines Schuldverhältnisses vertragen sich die Ziele der Ökonomik auch – wie gezeigt – gut mit der Teleologie des Schuldverhältnisrechts.

Wie weit der Vermögensschutz, die Haftung für das Verhalten Dritter oder die Beweislastumkehr des § 280 I 2 BGB in Bezug auf Nebenpflichten reichen soll, konnte in der Arbeit nur angedeutet werden. Jeder Bereich ist bereits für sich genommen kaum einer Aufarbeitung in einer einzigen Monographie zugänglich. Die Hinweise der Arbeit sollten aber als Anstoß aufgenommen werden, in jedem der Bereiche weiter Ursprungsforschung zu betreiben. Wichtiger Befund der Untersuchung ist nämlich, dass Nebenpflichten als haftungsrechtliches Instrument existieren, um in (mindestens) einem der Bereiche Haftungslücken zu schließen. Die jeweiligen Zwecksetzungen der drei Bereiche sind deshalb bei teleologischer Auslegung des § 241 II BGB entscheidend für die Subsumtion. Deshalb lässt sich auch „die“ Nebenpflicht nicht als abstraktes Instrument isolieren. Vielmehr ist eine Nebenpflicht stets im Kontext des mit ihr verfolgten Ziels zu sehen.

Zu Beginn der Arbeit wurde die Hoffnung geäußert, die Zeitspanne, in welcher die Nebenpflichten inhaltlich ergründet werden, von 2000 Jahren zumindest herabzusenken. Ob das gelungen ist, mag dem Leser überlassen sein. Zumindest aber der berühmte Ausspruch *Kants* zum kategorischen Imperativ konnte im Kontext der Nebenpflichten eindeutig belegt werden. So mag als mahndes

Schlusswort dieser Arbeit eine Modifikation seines wegweisenden Bonmots dienen: Nimm nur eine solche Nebenpflicht nach § 241 II BGB an, von der du zugleich wollen kannst, dass sie in vergleichbaren Fällen zum allgemeinen Gesetz werde – mitsamt der damit verbundenen, marktwirtschaftlichen Konsequenzen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Literaturverzeichnis

- Ackermann, Brunhilde.* Die Privatautonomie – gibt es sie noch? Auf der Suche nach dem, was übrig bleibt, in: Hadding, Walther/Herrmann, Ulrich/Krämer, Achim (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Schlick zum 65. Geburtstag, Köln 2015, S. 89–99.
Zitiert als: *Ackermann*, FS Schlick, 2015, S. 89, [...]
- Akerlof, George A.* The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: *The Quart. J. of Ec.* 84 (1970), S. 488–500.
- Alternativ-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden. Reihe Alternativkommentare.
Band 2, Allgemeines Schuldrecht (§§ 241–432). Neuwied Darmstadt 1980.
Band 3, Besonderes Schuldrecht (§§ 433–853). Neuwied Darmstadt 1979.
Zitiert als: *AK-BGB/Bearbeiter*, [...], § [...] Rn. [...]
- Aristoteles.* Aristoteles. Werke in deutscher Übersetzung. Begründet von Ernst Grumach. Herausgegeben von Hellmut Flashar. Band 6, Nikomachische Ethik. Übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeier. 10. Auflage Berlin 1999.
Zitiert als: *Aristoteles*, Grumach/Flashar (Hrsg.), Bd. 6, Nikomachische Ethik, 10. Aufl. 1999, Buch [...], S. [...]
- Assmann, Heinz-Dieter.* Kommentar, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23. – 26. März 1988), Berlin Heidelberg 1989, S. 45–49.
Zitiert als: *Assmann*, Travemünder Symposium, 1989, S. 45, [...]
- ders./Schütze, Rolf A. (Hrsg.).* Handbuch des Kapitalanlagerechts. 4. Auflage München 2015.
Zitiert als: *Assmann/Schütze/Bearbeiter*, Kapitalanlagerecht, 4. Aufl. 2015, § [...] Rn. [...]
- Ayres, Ian/Gertner, Robert.* Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, in: *Yale L.J.* 99 (1989), S. 87–130.
- Bagger, Tim/Kober, Sebastian.* Feuerwerkskörper im Fußballstadion – die zivilrechtliche Haftung „zündelnder“ Fans (Teil 2), in: *jM* 2015, S. 360–364.
- Baldus, Christian.* Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen, in: Baldus, Christian/Theisen, Frank/Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Tübingen 2013, S. 5–28.
Zitiert als: *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 5, [...]
- ders.* Verwerfungsargument und Willentheorie, in: Baldus, Christian/Theisen, Frank/Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Tübingen 2013, S. 75–85
Zitiert als: *Baldus*, Rechtsanwendung, 2013, S. 75, [...]
- Bälz, Ulrich.* Die vertragliche Erfüllung im System der privatrechtlichen Haftung, in: Lobinger, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, Tübingen 2010, S. 39–82.
Zitiert als: *Bälz*, FS Picker, 2010, S. 39, [...]

© Der/die Autor(en) 2020

F. Kamp, *Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten*, Ökonomische Analyse des Rechts | Economic Analysis of Law, <https://doi.org/10.1007/978-3-658-30413-3>

- Ballerstedt, Kurt.* Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in: AcP 151 (1950/1951), S. 501–531.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.).* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 1, §§ 1–610, CISG. 3. Auflage München 2012.
Band 2, §§ 611–1296, AGG ErbbauRG, WEG. 3. Auflage München 2012.
Zitiert als: Bamberger-Roth/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 2012, § [...] Rn. [...]
- von Bar, Christian.* Entwicklung und rechtsstaatliche Bedeutung der Verkehrs(sicherungs)pflichten, in: JZ 1979, S. 332–337.
- ders.* Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht. Habil. Göttingen 1979/1980, Köln u.a. 1980.
Zitiert als: *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. [...]
- ders.* 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: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981, S. 1681–1778.
Zitiert als: *von Bar*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1681, [...]
- ders.* Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?, in: JuS 1982, S. 637–645.
- ders.* Vertrauenshaftung ohne Vertrauen. Zur Prospekthaftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH, in: ZGR 1983, S. 476–512.
- ders.* Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)tendenzen, in: JuS 1988, S. 169–174.
- Baumann, Wolfgang.* Ökonomie und Recht – Ökonomische Effizienzjurisprudenz, in: RNotZ 2007, S. 297–305.
- Baumert, Andreas.* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 13.3.2014 – C-548/12, Vertragsgerichtsstand bei zugleich als Vertragsverletzung anzusehendem Deliktsworwurf („*Brogstiter*“), in: EWiR 2014, S. 435–436.
- Baumgärtel, Gottfried (Begr.)/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns (Hrsg.).* Handbuch der Beweislast.
Band 3: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241–432). 3. Auflage Köln München 2008.
Zitiert als: Baumgärtel/*Bearbeiter*, Beweislast, 3. Aufl. 2008, § [...] Rn. [...]
- Benedict, Jörg.* Die culpa in contrahendo im IPR und IZPR, in: Deinert, Olaf (Hrsg.), Internationales Recht im Wandel, Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels, Baden-Baden 2013, S. 19–44.
Zitiert als: *Benedict*, Internationales Recht, 2013, S. 19, [...]
- Berger, Erich.* Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo de lege lata und de lege ferenda. Diss. Göttingen 1935, Emsdetten 1935.
Zitiert als: *Berger*, Grenzen, 1935, S. [...]
- Binder, Jens-Hinrich.* Nachsorgende Vertragspflichten? – Begründung und Reichweite fortdauernder Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schuldverhältnissen, in: AcP 211 (2011), S. 587–625.

- Bodewig, Theo.* Vertragliche Pflichten post contractum finitum, in: Jura 2005, S. 505–512.
- Breidenbach, Stephan.* Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragschluß. Diss. München 1988, München 1989.
Zitiert als: *Breidenbach*, Informationspflichten, 1989, S. [...]
- Brenncke, Martin.* Die Rechtsprechung des BGH zur Präsentation von Risiken bei der Anlageberatung, in: WM 2014, S. 1749–1757.
- Brors, Christiane.* Zur rechtsökonomischen Analyse der Nebenpflichten des Arbeitgebers, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Beiträge zum VII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (22. – 25. März 2000), Tübingen 2001, S. 215–233.
Zitiert als: *Brors*, VII. Travemünder Symposium, 2001, S. 215, [...]
- dies.* Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. Versuch einer vertragstheoretischen Neubegründung der Nebenpflichten des Arbeitgebers. Habil. Münster 2001, Tübingen 2002.
Zitiert als: *Brors*, Nebenpflichten, 2002, S. [...]
- Brüggemeier, Gert.* Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, in: AcP 182 (1982), S. 385–452.
- ders.* Vertrag – Quasi-Vertrag – Sonder-Delikt – Delikt. Ansätze zu einer Neustrukturierung des zivilen Haftungsrechts, in: AG 1982, S. 268–278.
- Buck-Heeb, Petra.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.10.2013 – XI ZR 51/11, Anlageberatung: Beweislastumkehr bei falscher Aussage über Emittentenhaftung, in: jurisPR-BKR 4/2014, Anm. 2.
- dies.* Aufklärung über Innenprovisionen, unvermeidbarer Rechtsirrtum und die Überlagerung durch Aufsichtsrecht. Zugleich Besprechung von BGH vom 3.6.2014 = WM 2014, 1382, in: WM 2014, S. 1601–1605.
- Bunte, Hermann-Josef.* Mandatsbedingungen der Rechtsanwälte und das AGB-Gesetz, in: NJW 1981, S. 2657–2663.
- Bydlinski, Franz.* Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, in: AcP 180 (1980), S. 1–46.
- ders.* System und Prinzipien des Privatrechts. Wien New York 1996.
Zitiert als: *Bydlinski*, Prinzipien, 1996, S. [...]
- von Caemmerer, Ernst.* Wandlungen des Deliktsrechts, in: von Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band II, Karlsruhe 1960, S. 49–136.
Zitiert als: *von Caemmerer*, FS DJT, Bd. II, 1960, S. 49, [...]
- Calabresi, Guido.* Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale L. J. 70 (1961), S. 499–553.
- ders.* The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis. New Haven u.a. 1970.
Zitiert als: *Calabresi*, Accidents, 1970, S. [...]
- ders.* Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment, in: Manne, Henry G. (Hrsg.), The Economics of Legal Relationships, Readings in the Theory of Property Rights, St. Paul u.a. 1975, S. 204–211.
Zitiert als: *Calabresi*, Economics, 1975, S. 204, [...]

- ders.* The Pointlessness of Pareto. Carrying Coase further, in: Yale L.J. 100 (1991), S. 1211–1237.
- Canaris, Claus-Wilhelm.* Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, in: JZ 1965, S. 475–482.
- ders.* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. Habil. München 1967, München 1971.
Zitiert als: *Canaris*, Vertrauenshaftung, 1971, S. [...]
- ders.* Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: *Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe* (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 27–110.
Zitiert als: *Canaris*, FS Larenz, 1983, S. 27, [...]
- ders.* Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499–528.
- ders.* Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen, in: *Häuser, Franz/Hammen, Horst/Hennrichs, Joachim/Steinbeck, Anja/Siebel, Ulf Reinhard/Welter, Reinhard* (Hrsg.), Festschrift für Walter Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 3–24.
Zitiert als: *Canaris*, FS Hadding, 2004, S. 3, [...]
- Coase, Ronald Harry.* The Problem of Social Cost, in: J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1–44.
- Coing, Helmut.* Anmerkung zu OGHBrZ, Urt. v. 18.11.1948 – II ZS 16/48, in: NJW 1949, S. 262.
- Coleman, Jules L.* The Practice of Corrective Justice, in: Ariz. L. Rev. 37 (1995), S. 15–31.
- ders./Maser, Steven/Heckathorn, Douglas.* Bargaining and Contract, in: *Koford, Kenneth J./Miller, Jeffrey B.* (Hrsg.), Social Norms and Economic Institutions, Michigan 1991, S. 227–256.
Zitiert als: *Coleman/Maser/Heckathorn*, Economic Institutions, 1991, S. 227, [...]
- Cranshaw, Friedrich.* Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Steuerberaterhaftung: Hinweispflichten im Rahmen eines rein steuerrechtlichen Mandats bei Erörterung einer Insolvenzzreife der beratenen Gesellschaft, in: jurisPR-InsR 6/2014, Anm. 1.
- Cziupka, Johannes.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.11.2012 – V ZR 182/11, Zum Schadensersatz wegen Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten bei einem Grundstückskaufvertrag durch Verweigerung der Vertragsgenehmigung, in: LMK 2013, 342589.
- Dauner-Lieb, Barbara.* Kodifikation von Richterrecht, in: *Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001, S. 305–328.
Zitiert als: *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 305, [...]
- dies.* Die Schuldrechtsreform in der akademischen Lehre. Ist das überhaupt ein Thema?, in: *Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan* (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, S. 267–278.
Zitiert als: *Dauner-Lieb*, Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 267, [...]

- Deckenbrock, Christian.* Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Rechtsverteidigungskosten bei unberechtigter Geltendmachung vertraglicher Ansprüche, in: NJW 2009, S. 1247–1249.
- Deutsch, Erwin.* Allgemeines Haftungsrecht. 2. Auflage Köln u.a. 1996.
Zitiert als: *Deutsch*, Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. [...]
- Dieckmann, Andreas.* Öffentlich-rechtliche Normen im Vertragsrecht, in: AcP 213 (2013), S. 1–45.
- Dölle, Hans.* Aussergesetzliche Schuldspflichten, in: ZgStW 103 (1943), S. 67–102.
- Doobe, Christian.* Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts. Diss. Düsseldorf 2012, Karlsruhe 2014.
Zitiert als: *Doobe*, Vermögensschäden, 2014, S. [...]
- Drexl, Josef.* Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge. Habil. München 1996, Tübingen 1998.
Zitiert als: *Drexl*, Selbstbestimmung, 1998, S. [...]
- Edenfeld, Stefan.* Grenzen der Verkehrssicherungspflicht, in: VersR 2002, S. 272–278.
- Eidenmüller, Horst.* Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts. Diss. München 1994, 2. Auflage Tübingen 1998.
Zitiert als: *Eidenmüller*, Effizienz, 2. Aufl. 1998, S. [...]
- ders.* Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, in: AcP 197 (1997), S. 80–135.
- ders.* Der homo oeconomicus und das Schuldrecht, Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, in: JZ 2005, S. 216–224.
- Ehlers, Harald.* Krisenberater unter Druck, in: BB 2014, S. 131–138.
- Engel, Christoph.* Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Nr. 2001/9, Bonn 2001.
Zitiert als: *Engel*, Unsicherheit, 2001, S. [...]
- Erman, Walter (Begr.).* Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar.
Band I, §§ 1–761, AGG. 15. Auflage Köln 2017.
Band II, §§ 762–2385, ProdHaftG, ErbbauRG, VersAusglG, VBVG, LPartG, WEG, EGBGB. 15. (14.) Auflage Köln 2017 (2014).
Zitiert als: *Erman/Bearbeiter*, [...]. Aufl. [...], § [...] Rn. [...]
- Eschenfelder, Eike Dirk.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Expertenhaftung eines Wirtschaftsprüfers: Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung von Kapitalanlegern durch Empfehlung bestimmter Unternehmensbeteiligungen auf Seminarveranstaltungen für Vertriebsmitarbeiter, in: BB 2014, S. 306.
- ders.* Haftungstücken für Wirtschaftsprüfer und andere Experten bei unternehmensberatenden Tätigkeiten in Krisen- und Sanierungsfällen, in: BB 2015, S. 1963–1967.
- Esser, Josef (Begr.)/Schmidt, Eike.* Schuldrecht. Band I – Allgemeiner Teil.
Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen. 8. Auflage Heidelberg 1995.
Teilband 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis. 8. Auflage Heidelberg 2000.
Zitiert als: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT, Teilbd. [...], [...] Aufl. [...], S. [...]

- Esskandari, Manzur/Schmitt, Nicole.* Anmerkung zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, Hinweispflichten eines Steuerberaters auf drohende Verjährung von Regressansprüchen gegen Vorberater, in: StBW 2015, 71–73.
- Faenger, Julia.* Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB. Diss. Köln 2011, Frankfurt am Main 2012.
Zitiert als: *Faenger*, Nebenpflichten, 2012, S. [...]
- Falk, Ulrich/Alles, Matthias.* Verhaltensökonomik und Anwaltsrhetorik. Ein interdisziplinärer Forschungsbericht zu Wahrnehmungsverzerrungen bei Risikoabwägungen, Prognosen und Richtigkeitswertungen, in: ZIP 2014, S. 1209–1218.
- Faust, Florian.* Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG). Diss. Regensburg 1995, Tübingen 1996.
Zitiert als: *Faust*, Vorhersehbarkeit, 1996, S. [...]
- ders.* Comparative Law and Economic Analysis of Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 837–865.
Zitiert als: *Faust*, Oxford Handbook, 2006, S. 837, [...]
- ders.* Pflichtverletzung und Vertretenmüssen als Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, in: Heldrich, Andreas/Prölls, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 219–249.
Zitiert als: *Faust*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 219, [...]
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Steuerberaterhaftung aus telefonischer Auskunft, in: JuS 2009, S. 566–569.
- ders.* Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, in: AcP 210 (2010), S. 555–579.
- ders.* Generalklauselartige Aufklärungspflicht, in: Eidenmüller/Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, Tübingen 2011, S. 201–221.
Zitiert als: *Faust*, Verbraucher-*acquis*, 2011, S. 201, [...]
- ders.* Leistungsstörungenrecht, in: Remien, Oliver/Herrler, Sebastian/Limmer, Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar in Würzburg, München 2012, S. 161–187.
Zitiert als: *Faust*, Europäisches Kaufrecht, 2012, S. 161, [...]
- ders.* Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, abrufbar unter <http://static1.1.sqspedn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft++Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF?token=73St81VwwV4tYnJQSVMQJmH3F8c%3D>.
Zitiert als: *Faust*, Gutachten DJT, 2016, S. [...]
- ders./Grigoleit, Hans Christoph.* Informationspflichten: Grundlegende Weichenstellungen, in: Eidenmüller/Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/

- Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen 2011, S. 193–199.
Zitiert als: *Faust/Grigoleit*, *Verbraucher-acquis*, 2011, S. 193, [...]
- Fehling, Michael*. Ökonomische Analyse im öffentlichen Recht als Methode zur Formulierung und Operationalisierung von Gerechtigkeitsfragen, in: *Begegnungen im Recht*, Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstages, herausgegeben von den Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School, Tübingen 2011, S. 39–67.
Zitiert als: *Fehling*, Ringvorlesung K. Schmidt, 2011, S. 39, [...]
- Fezer, Karl-Heinz*. Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: *JZ* 1986, S. 817–824.
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Wolfgang*. *Schuldrecht*. 11. Auflage Berlin 2017.
Zitiert als: *Fikentscher/Heinemann*, *Schuldrecht*, 11. Aufl. 2017, Rn. [...]
- Fischer, Detlev*. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte und steuerlichen Berater, in: *WM* 2014, Sonderbeilage Nr. 1.
Zitiert als: *D. Fischer*, *WM* 2014, SBeil. 1, S. [...]
- ders.* Haftung des Steuerberaters in Insolvenzverschleppungsfällen (Teil 1), in: *DB* 2015, S. 1643–1649.
- ders.* Haftung des Steuerberaters in Insolvenzverschleppungsfällen (Teil 2), in: *DB* 2015, S. 1703–1707.
- Fischer, Gero/Vill, Gerhard/Fischer, Detlev/Rinkler, Axel/Chab, Bertin*. *Handbuch der Anwaltshaftung unter Einbeziehung von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern*. 4. Auflage Bonn 2015.
Zitiert als: *Hdb. Anwaltshaftung/Bearbeiter*, 4. Aufl. 2015, § [...] Rn. [...]
- Fleischer, Holger*. *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*. Habil. Köln 1998/1999, München 2001.
Zitiert als: *Fleischer*, *Informationsasymmetrie*, 2001, S. [...]
- ders.* Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht dargestellt am Beispiel der Informationspflichten, in: *Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, S. 243–267.
Zitiert als: *Fleischer*, *Schuldrechtsreform*, 2001, S. 243, [...]
- ders.* *Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung*, in: *Fleischer, Holger* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 1–44.
Zitiert als: *Fleischer*, *Gesetzesbegründung*, 2013, S. 1, [...]
- Flume, Werner*. *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *von Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard* (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Band I, Karlsruhe 1960, S. 135–238.
Zitiert als: *Flume*, *FS DJT*, Bd. I, 1960, S. 135, [...]
- Forschner, Julius*. *Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht. Eine Untersuchung zum Verhältnis der §§ 31ff. WpHG und zivilrechtlichem Beratungsvertrag*. Diss. Tübingen 2013, Tübingen 2013.

- Zitiert als: *Forschner*, Wechselwirkungen, 2013, S. [...]
- Fritzsche, Jörg*. Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage. Habil. Augsburg 1996, Berlin Heidelberg 2000.
- Zitiert als: *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, 2000, S. [...]
- Frost, Marina*. Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten. Diss. Kiel 1980, Berlin 1981.
- Zitiert als: *Frost*, Schutzpflichten, 1981, S. [...]
- Frotz, Gerhard*. Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in: Faistenberger, Christoph/Mayrhofer, Heinrich (Hrsg.), *Privatrechtliche Beiträge*, Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Innsbruck 1969, S. 163–180.
- Zitiert als: *Frotz*, GS Gschnitzer, 1969, S. 163, [...]
- Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner/Baumgärtner, Alex*. Delikts- und Schadensersatzrecht. 9. Auflage Heidelberg u.a. 2016.
- Zitiert als: *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2016, S. [...]
- Fuhst, Christian*. Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 6.2.2014 – IX ZR 53/13, Haftung des Steuerberaters für Auskünfte zur Insolvenzreife, in: *DStR* 2014, S. 975–976.
- Geisler, Herbert*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, Beweiserleichterung für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden bei Falschberatung durch Rechtsanwalt, in: *jurisPR-BGHZivilR* 16/2015, Anm. 2.
- Gerecke, Martin*. Rechtsgüterschutz und Einzelhandel – zugleich ein Beitrag zur Rechtsstellung des Unbefugten in Verkehrs- und Schutzpflicht. Diss. Kiel 2006, Berlin 2007.
- Zitiert als: *Gerecke*, Rechtsgüterschutz, 2007, S. [...]
- Gerhardt, Walter*. Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), in: *JuS* 1970, S. 597–603.
- Gernhuber, Joachim*. Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung. Pflichten und Strukturen. Drittwirkungen. Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen. Herausgegeben von Joachim Gernhuber. Band 8. Tübingen 1989.
- Zitiert als: *Gernhuber*, Schuldverhältnis, 1989, S. [...]
- Geuß, Nina*. Haftungsrisiken des steuerlichen Beraters bei unterlassener Gestaltungsberatung, in: *BB* 2013, S. 599–604.
- Giario, Tomasz*. *Culpa in contrahendo*: eine Geschichte der Wiederentdeckungen, in: Falk, Ulrich/Mohnhaupt, Heinz (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main 2000, S. 113–154.
- Zitiert als: *Giario*, Richter, 2000, S. 113, [...]
- Gilead, Israel*. Tort Law and Internalization: The Gap Between Private Loss and Social Cost, in: *Int'l Rev. L. & Econ.* 17 (1997), S. 589–607.
- Gilmore, Grant*. *The death of contract*. Ohio 1974.
- Zitiert als: *Gilmore*, Contract, 1974, S. [...]
- Glöckner, Hans Peter*. Die positive Vertragsverletzung, in: Falk, Ulrich/Mohnhaupt, Heinz (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main 2000, S. 155–191.
- Zitiert als: *Glöckner*, Richter, 2000, S. 155, [...]

- Gottwald, Peter.* Die ökonomische Analyse zur Kritik und Reform des Zivilprozeßrechts, in: Holzhammer, Richard/Böhm, Peter/Jelinek, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Hans. W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, S. 181–194.
Zitiert als: *Gottwald*, FS Fasching, 1988, S. 181, [...]
- Gräfe, Jürgen.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Steuerberaterhaftung: Verspätete Insolvenzantragstellung aufgrund pflichtwidrig nicht erkannter insolvenzrechtlicher Überschuldung der Gesellschaft durch den mit der Erstellung der Steuerbilanz betreuten Steuerberater, in: EWiR 2013, S. 573–574.
- Grams, Hartmut.* Verkehrssicherungspflichten des Einzelhandelsunternehmens vor und im Ladengeschäft, in: NZM 2011, S. 460–464.
- Grechenig, Kristoffel/Gelter, Martin.* Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, in: RabelsZ 72 (2008), S. 513–561.
- Greulich, Sven.* Anmerkung zu OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, Zum Pflichtenumfang des Mandats eines Steuerberaters, in: StBW 2014, S. 512–514.
- Grigoleit, Hans Christoph.* Reformperspektiven der vorvertraglichen Informationshaftung, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 269–294.
Zitiert als: *Grigoleit*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 269, [...]
- ders.* Besondere Vertriebsformen im BGB, in: NJW 2002, S. 1151–1158.
- ders.* Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 275–306.
Zitiert als: *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, [...]
- Gröschler, Peter.* Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 109–129.
Zitiert als: *Gröschler*, FS Konzen, 2006, S. 109, [...]
- Grünewald, Anette.* Zivilrechtlich begründete Garantienpflichten im Strafrecht? Diss. Hamburg 1999, Berlin 2001.
Zitiert als: *Grünewald*, Garantienpflichten, 2001, S. [...]
- Grundmann, Stefan/Hoernig, Andreas.* Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie – nationales, europäisches und internationales Recht, in: Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006), Tübingen 2007, S. 420–470.
Zitiert als: *Grundmann/Hoernig*, X. Travemünder Symposium, 2007, S. 420, [...]
- Gsell, Beate.* Substanzverletzung und Herstellung. Deliktischer Eigentumsschutz für Material und Produkt. Habil. Bonn 2001, Tübingen 2003.
Zitiert als: *Gsell*, Substanzverletzung, 2003, S. [...]
- Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger.* Das neue Schuldrecht. München 2002.
Zitiert als: Das neue Schuldrecht/*Bearbeiter*, 2002, Kap. [...] Rn. [...]
- Hadding, Walther.* Leistungspflichten und Leistungsstörungen nach „modernisiertem“ Schuldrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser,

- Dagmar/Weber, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 193–216.
Zitiert als: *Hadding*, FS Konzen, 2006, S. 193, [...]
- ders.* Positive Vertragsverletzung, Culpa in Contrahendo, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Geschäftsgrundlagenstörung – Kodifikationsversuche im ZGB-DDR und im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: *Hadding*, *Walther/Herrmann*, *Ulrich/Krämer*, *Achim* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Schlick zum 65. Geburtstag, Köln 2015, S. 153–170.
Zitiert als: *Hadding*, FS Schlick, 2015, S. 153, [...]
- Hadzimanovic, Natasa.* Auslegung und Ergänzung von Verträgen. Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht. Diss. Zürich 2004, Zürich Basel Genf 2006.
Zitiert als: *Hadzimanovic*, Nebenpflichten, 2006, S. [...]
- Haferkamp, Hans-Peter.* Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform – ein Auslaufmodell?, in: *Dauner-Lieb*, *Barbara/Konzen*, *Horst/Schmidt*, *Karsten* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente – Brennpunkte – Ausblicke*, Köln u.a. 2003, S. 171–181.
Zitiert als: *Haferkamp*, Schuldrecht, 2003, S. 171, [...]
- Hähnchen, Susanne.* Obliegenheiten und Nebenpflichten: Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte. Habil. Berlin 2006/2007, Tübingen 2010.
Zitiert als: *Hähnchen*, Obliegenheiten, 2010, S. [...]
- Handkommentar, BGB.* Bürgerliches Gesetzbuch. Nomos-Kommentar Handkommentar. 9. Auflage Baden-Baden 2017.
Zitiert als: *HK-BGB/Bearbeiter*, 9. Aufl. 2017, § [...] Rn. [...]
- Handkommentar, ZPO.* Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht. Nomos-Kommentar Handkommentar. 7. Auflage Baden-Baden 2017.
Zitiert als: *HK-ZPO/Bearbeiter*, 7. Aufl. 2017, § [...] Rn. [...]
- Hartmann, Thomas.* Anmerkung zu BAG, Urt. v. 21.1.2014 – 3 AZR 807/11, Keine Hinweispflicht des Arbeitgebers auf Entgeltumwandlungsanspruch, in: *EWiR* 2014, S. 569–570.
- Hassemer, Michael.* Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht. Habil. München 2006, Tübingen 2007.
Zitiert als: *Hassemer*, Heteronomie, 2007, S. [...]
- Hay, Bruce L./Spier, Kathryn E.* Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective, in: *J. Leg. Stud.* 26 (1997), S. 413–431.
- Heese, Michael.* Beratungspflichten. Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung zur Dogmatik der Beratungspflichten und zur Haftung des Ratgebers im Zivil- und Wirtschaftsrecht. Habil. Freiburg 2014, Tübingen 2015.
Zitiert als: *Heese*, Beratungspflichten, 2015, S. [...]
- Heinrichs, Helmut.* Die Pflichtverletzung, ein Zentralbegriff des neuen Leistungsstörungsrechts, in: *Schwenzer*, *Ingeborg/Hager*, *Günter* (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 503–519.

- Zitiert als: *Heinrichs*, FS Schlechtriem, 2003, S. 503, [...]
- ders.* Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform. Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 421–442.
- Zitiert als: *Heinrichs*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 421, [...]
- juris PraxisKommentar BGB.* *juris PraxisKommentar BGB*, herausgegeben von Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stefan/Würdinger, Markus.
- Band 2, Schuldrecht, 8. Auflage Saarbrücken 2017.
- Zitiert als: *jurisPK-BGB/Bearbeiter*, 8. Aufl. 2017, § [...] Rn. [...]
- Herlitz, Carsten.* Anmerkung zu AG Berlin-Charlottenburg, Urt. v. 26.8.2013 – 235 C 267/12, Schadensersatzanspruch bei Vernichtung von unberechtigt auf dem Dachboden abgestellter Sachen des Mieters durch Vermieter, in: *jurisPR-MietR* 3/2014, Anm. 5.
- Herresthal, Carsten.* Nachwirkende Leistungstreue- und Rücksichtnahmepflichten, in: Arnold, Stefan/Lorenz, Stephan (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 179–210.
- Zitiert als: *Herresthal*, GS Unberath, 2015, S. 179, [...]
- Heun-Rehn, Stefan Lars-Thoren/Lang, Sonja/Ruf, Isabelle.* Neue (Un-)Klarheit bezüglich Innenprovisionen und Rückvergütungen bei Kapitalanlagen, in: *NJW* 2014, S. 2909–2913.
- Heusinger, Bruno.* Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung. Berlin 1975.
- Zitiert als: *Heusinger*, Rechtsfortbildung, 1975, S. [...]
- Hirsch, Christoph.* Schuldrecht Allgemeiner Teil. 11. (10.) Auflage Baden-Baden 2018 (2016).
- Zitiert als: *Hirsch*, Schuldrecht AT, [...]. Aufl. [...], Rn. [...]
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB.* Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, herausgegeben von Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard.
- Band II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241–432. 1. Teilband: vor § 241–§ 304. Tübingen 2007.
- Band III, Schuldrecht: Besonderer Teil. §§ 433–853. 2. Teilband: §§ 657–853. Tübingen 2013.
- Zitiert als: *HKK/Bearbeiter*, [...], § [...], Rn. [...]
- Hölzle, Gerrit.* Verstrickung durch Desinformation. Eine rechtsdogmatische Auseinandersetzung auf Grundlage einer ökonomischen Analyse im Recht. Habil. Bremen 2011, Tübingen 2012.
- Zitiert als: *Hölzle*, Desinformation, 2012, S. [...]
- Hörnig, Carsten/Matz, René.* Anmerkung zu OLG Oldenburg, Urt. v. 18.7.2013 – 14 U 44/12, Zum Umfang der Beauftragung eines Steuerberaters, in: *DStR* 2014, S. 2095–2096.
- dies.* Anmerkung zu OLG Koblenz, Urt. v. 15.4.2014 – 3 U 633/13, Zur Reichweite der Beratungspflichten eines Steuerberaters bei einem Dauermandat, in: *DStR* 2015, S. 966–967.

Hoffmann, Jochen/Bartlitz, David. Zeitenwende: Aufklärungspflicht auch über Innenprovisionen. Zugleich Besprechung BGH v. 3.6.2014 – XI ZR 147/12, ZIP 2014, 1418, in: ZIP 2014, S. 1505–1513.

Hoffmans, Helmut. Nachwirkende Nebenpflichten von Schuldverhältnissen. Diss. Köln 1986.

Zitiert als: *Hoffmans*, Nebenpflichten, 1986, S. [...]

Honsell, Heinrich. Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 211–233.

Zitiert als: *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, [...]

ders. Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 181–197.

Zitiert als: *Honsell*, FS Medicus, 2009, S. 181, [...]

Hopt, Klaus Jürgen. Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich. Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung, in: AcP 183 (1983), S. 608–720.

Horn, Norbert. Culpa in contrahendo, in: JuS 1995, S. 377–387.

Horst, Hans Reinhold. Die Verkehrssicherungspflicht der Vermieter, in: ZAP Fach 4, S. 1461–1480 (Nr. 23 v. 22.11.2012).

Huber, Konrad. Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens, in: Ficker, Hans Claudius/König, Detlef/Kreuzer, Karl Friedrich/Leser, Hans Georg/von Bieberstein, Wolfgang Freiherr Marschall/Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 359–388.

Zitiert als: *K. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 359, [...]

Huber, Ulrich. Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, in: AcP 177 (1977), S. 281–348.

ders. Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Ficker, Hans Claudius/König, Detlef/Kreuzer, Karl Friedrich/Leser, Hans Georg/von Bieberstein, Wolfgang Freiherr Marschall/Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 837–872.

Zitiert als: *U. Huber*, FS von Caemmerer, 1978, S. 837, [...]

ders. Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetztext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, S. 647–909.

Zitiert als: *U. Huber*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 647, [...]

ders. Leistungsstörungen. Band I. Die allgemeinen Grundlagen. Der Tatbestand des Schuldnerverzugs. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände. Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen. Herausgegeben von Joachim Gernhuber. Band 9/1. Tübingen 1999.

- Zitiert als: *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, S. [...]
- Jaeckel, Holger*. Das Beweisrecht der ZPO. Ein Praxishandbuch für Richter und Rechtsanwälte. 2. Auflage Stuttgart 2014.
- Zitiert als: *Jaeckel*, Beweisrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. [...]
- Jaensch, Michael*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, Kein individualrechtlicher Ausschluss des AGB-Rechts, in: EWiR 2014, S. 485–486.
- Jauernig, Othmar (Begr.)*. Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO. Kommentar. 17. Auflage München 2018.
- Zitiert als: *Jauernig/Bearbeiter*, 17. Aufl. 2018, § [...] Rn. [...]
- von Jhering, Rudolf*. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: JherJb 4 (1861), S. 1–112.
- Juretzek, Peter*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 569/13, Ein als Treuhänder tätiger Rechtsanwalt kann gegenüber Anlegern qua Beruf haften, in: DStR 2015, S. 1646.
- Kahnemann, David*. Schnelles Denken, Langsames Denken. Aus dem amerikanischen Englisch von Thorsten Schmidt (Originaltitel: Thinking, fast and slow). München 2012.
- Zitiert als: *Kahnemann*, Denken, 2012, S. [...]
- Kamanabrou, Sudabeh*. Grenzen der Haftung für Schutzpflichtverletzungen Dritter, in: NJW 2001, S. 1187–1188
- Kant, Immanuel*. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Nach der Ausgabe von Johann Hermann von Kirchmann, bearbeitet, eingeleitet und kommentiert von Hans-Jürgen Steffen. Essen 1996.
- Zitiert als: *Kant*, Metaphysik, 1996, S. [...]
- Karampatzos, Antonios*. Vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zur deliktischen berufsbezogenen Vertrauenshaftung. Zugleich ein Beitrag zum Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden. Diss. Tübingen 2004, Baden-Baden 2005.
- Zitiert als: *Karampatzos*, Berufsbezogene Vertrauenshaftung, 2005, S. [...]
- Katzenstein, Matthias*. Die Systematik des Schadensersatzhaftungsrechts in der Sonderverbindung nach modernisiertem Schuldrecht, in: Jura 2004, S. 584–596.
- Kaufman, Bruce E.* Integrating Emotions into Economic Theory, in: Altman, Morris (Hrsg.), Handbook of Contemporary Behavioral Economics, Foundations and Developments, Armonk, 2006, S. 78–98.
- Zitiert als: *Kaufman*, Behavioral Economics, 2006, S. 78,
- Kayser, Godehard*. Beraterhaftung für falsche oder unterlassene Auskünfte zur Insolvenzreife, in: ZIP 2014, S. 597–605.
- Kegel, Gerhard*. Vertrag und Delikt. Köln u.a. 2002.
- Zitiert als: *Kegel*, Vertrag, 2002, S. [...]
- Keilmann, Annette*. Dem Gefälligen zur Last. Untersuchungen zur Beweislastverteilung in § 280 I BGB. Diss. Mannheim 2005, Berlin 2006.
- Zitiert als: *Keilmann*, Beweislastverteilung, 2006, S. [...]
- Keller, Moritz*. Schuldverhältnis und Rechtskreiseröffnung. Von der Lehre der *culpa in contrahendo* zum Rücksichtnahmeschuldverhältnis der §§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. Diss. Gießen 2006, Berlin 2007.
- Zitiert als: *Keller*, Rechtskreiseröffnung, 2007, S. [...]

- Kersting, Christian.* Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht. Habil. München 2006, München 2007.
Zitiert als: *Kersting*, Dritthaftung, 2007, S. [...]
- ders.* Kapitalmarktrechtliche Informationseigenhaftung von Organmitgliedern, zugleich Anmerkung zu BGH, 2.6.2008, II ZR 210/06 in diesem Heft Seite 236, in: JR 2009, S. 221–225.
- Kirchner, Christian.* Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode – Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft, in: Eger, Thomas/Bigus, Jochen/Ott, Claus/von Wangenheim, Georg (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 37–49.
Zitiert als: *C. Kirchner*, FS Schäfer, 2008, S. 37, [...]
- Kirchner, Hildebert.* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache. 8. Auflage Berlin Boston 2015.
Zitiert als: *H. Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis, 8. Aufl. 2015, S. [...]
- Kirsten, Stefan.* Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf? Diss. Regensburg 2008, Tübingen 2009.
Zitiert als: *Kirsten*, Schadensersatzhaftung, 2009, S. [...]
- Klinck, Fabian.* (Vor-)vertragliche Aufklärungspflichten in der aktuellen Rechtsprechung des BGH, in: Riesenhuber, Karl/Klinck, Fabian/Karakostas, Ioannis (Hrsg.), Information als Schutzinstrument – Grundlagen und Grenzen, Baden-Baden 2013, S. 103–111.
Zitiert als: *Klinck*, Information, 2013, S. 103, [...]
- Klöhn, Lars/Schmolke, Klaus Ulrich.* Unternehmensreputation (Corporate Reputation). Ökonomische Erkenntnisse und ihre Bedeutung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: NZG 2015, S. 689–697.
- Klusmeier, Stefan.* Die insolvenzrechtliche Belehrungspflicht des Steuerberaters – ein Grundsatzurteil des BGH, in: ZinsO 2013, S. 1347–1348.
- Köhler, Helmut.* Vertragsrecht und „Property Rights“-Theorie. Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht, in: ZHR 144 (1980), S. 589–609.
- ders.* Vertragliche Unterlassungspflichten, in: AcP 190 (1990), S. 496–537.
- Köndgen, Johannes.* Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln. Habil. Tübingen 1979, Tübingen 1981.
Zitiert als: *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, S. [...]
- ders.* Die Positivierung der *culpa in contrahendo* als Frage der Gesetzgebungsmethodik, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 231–242.
Zitiert als: *Köndgen*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 231, [...]
- ders./von Randow, Philipp.* Sanktionen bei Vertragsverletzung, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23.–26. März 1988), Berlin Heidelberg 1989, S. 122–140.
Zitiert als: *Köndgen/von Randow*, Travemünder Symposium, 1989, S. 122, [...]
- Körber, Christian.* Das Recht der Pflichtverletzungen im Allgemeinen Schuldrecht – Teil 3, in: JA 2015, S. 673–681.

- Kötz, Hein.* Zur Effizienz von Haftungsausschlußklauseln, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23. – 26. März 1988), Berlin Heidelberg 1989, S. 189–200.
Zitiert als: *Kötz*, Travemünder Symposium, 1989, S. 189, [...]
- ders.* Ziele des Haftungsrechts, in: Baur, Jürgen Fritz/Hopt, Klaus Jürgen/Mailänder (Hrsg.), Karl Peter, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, S. 643–666.
Zitiert als: *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643, [...]
- ders.* Vertragliche Aufklärungspflichten. Eine rechtsökonomische Studie, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus Jürgen/Kötz, Hein (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 563–577.
Zitiert als: *Kötz*, FS Drobnig, 1998, S. 563, [...]
- ders.* Vorvertragliche Verhandlungen und ihre Bedeutung für die Vertragsauslegung, in: ZEuP 2013, S. 777–788.
- ders./Schäfer, Hans-Bernd.* Judex oeconomicus. 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht. Tübingen 2003.
Zitiert als: *Kötz/Schäfer*, Judex oeconomicus, 2003, S. [...]
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard.* Deliktsrecht. 13. Auflage München 2016.
Zitiert als: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 15. Aufl. 2018, Rn. [...]
- Koller, Ingo.* Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen. Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungsschwerung, Zweckstörung sowie Schadenersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen, Habil. München 1977, München 1979.
Zitiert als: *Koller*, Risikozurechnung, 1979, S. [...]
- Konzen, Horst.* Schadensverursachung und Beweisrisiko bei Verletzung vorvertraglicher und vertraglicher Aufklärungs- und Beratungspflichten und bei unterbliebener Widerrufsbelehrung, in: Lobinger, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, Tübingen 2010, S. 497–522.
Zitiert als: *Konzen*, FS Picker, 2010, S. 497, [...]
- Kotte, Madlen.* Keine Aufklärungspflicht der Banken über Rückvergütungen beim Vertrieb konzernerzeugener Produkte, in: BB 2014, S. 1353–1357.
- Krämer, Joachim.* Anmerkung zu OLG Celle, Urt. v. 10.10.2012 – 4 U 36/12, Steuerberatervertrag: Hinweispflicht eines Steuerberaters hinsichtlich der Haftung eines Geschäftsführers wegen Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit, in: GmbH-StB 2013, S. 12.
- Krebs, Peter.* Sonderverbindungen und außerdeliktische Schutzpflichten. Habil. Köln 1998/1999, München 2000.
Zitiert als: *Krebs*, Sonderverbindungen, 2000, S. [...]
- Kremer, Sascha.* Anmerkung zu LG Duisburg, Urt. v. 25.7.2014 – 22 O 102/12, Datensicherung als vertragliche Nebenpflicht des Host-Providers, jurisPR-ITR 21/2014, Anm. 6.
- Kreß, Hugo.* Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Zitiert als: *Kreß*, Schuldrecht AT, 1929, S. [...]
- Kreuzer, Karl F.* Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht. Habil. Freiburg 1971, On-

- line Publikationsservice (OPUS) der Julius-Maximilians-Universität Würzburg 2015, abrufbar unter <https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/docId/11645>.
- Zitiert als: *Kreuzer*, Verkehrspflichten, 1971, S. [...]
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, Schadensersatz eines die Mutter in einen Selbstbedienungsladen begleitendes Kind aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, in: JZ 1976, S. 778–781.
- Kropf, Christian*. Keine zivilrechtliche Haftung der Banken im beratungsfreien Anlagegeschäft – zugleich Urteilsanmerkung zu BGH v. 17.9.2013 = WM 2013, 1983 –, in: WM 2014, S. 640–644.
- Krüger, Christian*. Das Konkurrenzverhältnis von Mängelrechten, Anfechtung und Ansprüchen aus Culpa in Contrahendo des Käufers im Kommissionsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK/CESL). Ein klassisches Problem des deutschen Zivilrechts auf europäischer Ebene?, in: GPR 2014, S. 182–192.
- Krüger, Stefan*. Anmerkung zu OLG Dresden, Urt. v. 6.2.2014 – 8 U 954/11, Zur Dritthaftung des Wirtschaftsprüfers wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung von Anlegern, in: EWiR 2014, S. 487–488.
- Krüger, Ulrich*. Aufklärung und Beratung bei Kapitalanlagen – Nebenpflicht statt Beratungsvertrag, in: NJW 2013, S. 1845–1850.
- Kübler, Friedrich*. Effizienz als Rechtsprinzip. Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in: Baur, Jürgen Fritz/Hopt, Klaus Jürgen/Mailänder, Karl Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, S. 687–704.
- Zitiert als: *Kübler*, FS Steindorff, 1990, S. 687, [...]
- Kuhlmann, Kai*. Leistungspflichten und Schutzpflichten. Ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungsrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission. Diss. Trier 1999, Berlin 2001.
- Zitiert als: *Kuhlmann*, Schutzpflichten, 2001, S. [...]
- Kupisch, Berthold*. Die Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB), in: JuS 1984, S. 250–256.
- Larenz, Karl*. Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „sozialer Kontakt“, in: MDR 1954, S. 515–518.
- ders.* Lehrbuch des Schuldrechts: Erster Band, Allgemeiner Teil. 14. Auflage München 1987.
- Zitiert als: *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, S. [...]
- ders./Canaris, Claus-Wilhelm*. Lehrbuch des Schuldrecht: Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband. 13. Auflage München 1994.
- Zitiert als: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT 2, 13. Aufl. 1994, S. [...]
- dies.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3. Auflage Berlin u.a. 1995.
- Zitiert als: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. [...]
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 8. Auflage München 1997.
- Zitiert als: *Larenz/Wolf*, AT, 8. Aufl. 1997, § [...] Rn. [...]
- Lehmann, Heinrich*. Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1906.
- Zitiert als: *H. Lehmann*, Unterlassungspflicht, 1906, S. [...]

- Lehmann, Matthias.* Die Zukunft der culpa in contrahendo im Europäischen Privatrecht, in: ZEuP 2009, S. 693–715.
- Lehmann, Michael.* Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeangaben gegenüber dem Letztverbraucher. Habil. München 1980, München 1981.
Zitiert als: *Michael Lehmann*, Vertragsanbahnung, 1981, S. [...]
- ders.* Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse. Eine juristische und ökonomische Analyse ausgewählter Probleme für Wirtschaftswissenschaftler und interdisziplinär interessierte Juristen unter besonderer Berücksichtigung der „ökonomischen Analyse des Rechts“ und der „Theorie der Property Rights“. Stuttgart 1983.
Zitiert als: *Michael Lehmann*, Bürgerliches Recht, 1983, S. [...]
- Leible, Stefan.* Culpa in contrahendo, in: Remien, Oliver (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, Zwischenbilanz und Perspektiven – Würzburger Tagung vom 27. und 28.10.2006, Tübingen 2008, S. 219–234.
Zitiert als: *Leible*, Schuldrechtsmodernisierung, 2008, S. 219, [...]
- Leuschner, Lars.* Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, in: ZIP 2015, S. 1045–1052.
- ders.* Noch einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr. Replik zum Beitrag von *Graf von Westphalen*, Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung – ist das der „Königsweg“ einer Reform des AGB-Rechts?, ZIP 2015, 1316, in: ZIP 2015, S. 1326–1332.
- Lieb, Manfred.* Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 337–352.
Zitiert als: *Lieb*, FS Medicus, 1999, S. 337, [...]
- Lobinger, Thomas.* Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung. Zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht. Diss. Tübingen 1999, Tübingen 1999.
Zitiert als: *Lobinger*, Verpflichtung, 1999, S. [...]
- Löhner, Tim.* Haftung des Steuerberaters bei Insolvenzreife der GmbH. Bestandsaufnahme der aktuellen BGH-Rechtsprechung, in: GmbH-StB 2013, S. 317–324.
- Looschelders, Dirk.* Schuldrecht, Allgemeiner Teil. 15. Auflage München 2017.
Zitiert als: *Looschelders*, Schuldrecht AT, 15. Aufl. 2017, Rn. [...]
- Lorenz, Stephan.* Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht. Habil. München 1996, München 1997.
Zitiert als: *Lorenz*, Schutz, 1997, S. [...]
- ders.* Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?, in: NJW 2002, S. 2497–2505.
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08 (Ansprüche aus culpa in contrahendo im Sachbereich der Sachmängelhaftung), in: LMK 2009, 282362.
- ders.* Garantien und Sachmängel beim Autokauf, in: DAR 2014, S. 627–636.
- Loyal, Florian.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.5.2013 – VI ZR 255/11, Unterlassene Hilfeleistung als Schutzgesetz, in: JZ 2014, S. 306–309.

- Lüsing, Jan.* Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung. Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag. Diss. Frankfurt am Main 2009, Baden-Baden 2010.
Zitiert als: *Lüsing*, Schutzpflichten, 2010, S. [...]
- Luhmann, Niklas.* Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. 2. Auflage Stuttgart 1973.
Zitiert als: *Luhmann*, Vertrauen, 2. Aufl. 1973, S. [...]
- ders.* Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Stuttgart 1974.
Zitiert als: *Luhmann*, Rechtssystem, 1974, S. [...]
- Madaus, Stephan.* Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, in: *Jura* 2004, S. 289–292.
- Mäsch, Gerald.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.9.2016 – VII ZR 14/16, Schuldrecht AT: Regress eines Fußballvereins für auferlegte Verbandsstrafe beim störenden Zuschauer, in: *JuS* 2017, S. 261–264.
- Magnus, Ulrich.* Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 67–79.
Zitiert als: *Magnus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 67, [...]
- Mankiw, Nicholas Gregory/Taylor, Mark Peter.* Grundzüge der Volkswirtschaftslehre. Aus dem amerikanischen Englisch übertragen von Adolf Wagner und Marco Herrmann. 5. Auflage Stuttgart 2012.
Zitiert als: *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl. 2012, S. [...]
- Mankowski, Peter.* Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, in: *IPRax* 2003, S. 127–135.
- Matusche-Beckmann, Annemarie.* Das Organisationsverschulden. Habil. Köln 1999, Tübingen 2001.
Zitiert als: *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, S. [...]
- Maultzsch, Felix.* Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht, in: *AcP* 207 (2007), S. 530–563.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.).* Grundgesetz, Kommentar.
Band I. Texte, Art. 1–5. Stand: 82. Ergänzungslieferung Januar 2018. München 2018.
Zitiert als: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*, 82. EL. 2018, Art. [...] Rn. [...]
- Mayer-Maly, Theo.* Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in: *Jakobs*, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.), *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, 12. September 1978, Band I, Köln 1978, S. 621–628.
Zitiert als: *Mayer-Maly*, *FS Flume*, Bd. I, 1978, S. 621, [...]
- Mayr, Vincent.* Schutzpflichten im deutschen und französischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Einbeziehung der europäischen Rechtsharmonisierung. Diss. München 2004, Frankfurt am Main 2005.
Zitiert als: *Mayr*, Schutzpflichten, 2005, S. [...]
- Medicus, Dieter.* Vertragliche und deliktische Ersatzansprüche für Schäden aus Sachmängeln, in: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.)*, *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen 1968, S. 313–334.

- Zitiert als: *Medicus*, FS Kern, 1968, S. 313, [...]
- ders.* Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, Band I, Köln 1978, S. 629–647.
- Zitiert als: *Medicus*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 629, [...]
- ders.* Empfiehlt sich eine Normierung der Lehre vom Verschulden bei Vertragsverhandlungen und eine Neuregelung vorvertraglicher Rechte und Pflichten im BGB? Können Widerrufsrechte und ähnliche sondergesetzliche Regelungen zum Schutz vor nachteiligen Vertragsbindungen im BGB geregelt werden?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, S. 479–550.
- Zitiert als: *Medicus*, Gutachten, Bd. I, 1981, S. 479, [...]
- ders.* Ansprüche auf Schadensersatz, in: JuS 1986, S. 665–673.
- ders.* Probleme um das Schuldverhältnis: Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 20. Mai 1987. Berlin New York 1987.
- Zitiert als: *Medicus*, Schuldverhältnis, 1987, S. [...]
- ders.* Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, in: Forstmoser, Peter/Giger, Hans/Heini, Anton/Schluep, Walter René (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 205–219.
- Zitiert als: *Medicus*, FS Keller, 1989, S. 205, [...]
- ders.* Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen. Köln 1994.
- Zitiert als: *Medicus*, Privatautonomie, 1994, S. [...]
- ders.* Abschied von der Privatautonomie?, in: Vorstand der Münchener Juristischen Gesellschaft e.V. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, München 1996, S. 9–25.
- Zitiert als: *Medicus*, FS MJG, 1996, S. 9, [...]
- ders.* Dogmatische Verwerfungen im geltenden deutschen Schuldrecht, in: Schulze, Reiner/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 33–40.
- Zitiert als: *Medicus*, Schuldrechtsreform, 2001, S. 33, [...]
- ders.* Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: Heldrich, Andreas/Prölls, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 835–855.
- Zitiert als: *Medicus*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 835, [...]
- ders.* (Begr./Lorenz, Stephan). Schuldrecht I – Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 21. (20.) Auflage München 2015 (2012).
- Zitiert als: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, [...]. Aufl. [...], Rn. [...]
- Medicus, Dieter (Begr./Petersen, Jens)*. Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung. 26. Auflage München 2017.
- Zitiert als: *Medicus/Petersen*, BR, 26. Aufl. 2017, Rn. [...]
- Meixner, Rafael/Schröder, Uwe*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.12.2009 – IX ZR 12/05, Steuerberaterhaftung aus telefonischer Auskunft, in: DStR 2009, S. 819.
- dies.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.11.2013 – VI ZR 336/12, Vorsätzlich sittenwidrige Schädigung durch Wirtschaftsprüfer, in: DStR 2014, S. 551–552.

- dies.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 6.5.2014 – 19 U 112/12, Haftung des Steuerberaters wegen unterbliebener abermaliger Belehrung des Mandanten, in: DStR 2015, S. 92–93.
- dies.* Anmerkung zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.7.2014 – 17 U 21/14, Keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf Fehlbeurteilungen des Vorberaters, in: DStR 2015, S. 848.
- Menkel, Andreas.* Haftung des Steuerberaters für Rat und Auskunft außerhalb des Mandats, in: DStR 2010, S. 2477–2480.
- Mertens, Hans-Joachim.* Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, in: AcP 178 (1978), S. 227–262.
- ders.* Verkehrspflichten und Deliktsrecht. Gedanken zu einer Dogmatik der Verkehrspflichtverletzung, in: VersR 1980, S. 397–408.
- Michaelis, Karl.* Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, in: Leipziger Juristenfakultät (Hrsg.), Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940, Band II, Leipzig 1945, S. 185–370.
Zitiert als: *Michaelis*, FS Siber, Bd. II, 1945, S. 185, [...]
- Müller, Lothar Alexander.* Schutzpflichten im Bürgerlichen Recht, in: JuS 1998, S. 894–898.
- Müller, Markus/Hempel, Rolf.* Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, in: AcP 205 (2005), S. 246–274.
- Münchener Kommentar, BGB.* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1–240, ProstG, AGG. 7. Auflage München 2016.
Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241–432. 7. Auflage München 2016.
Band 3, Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG. 7. Auflage München 2016.
Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630h, HeizkostenV, BetrKV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG. 7. Auflage München 2016.
Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 611–704, EFZG, TzBfG, KSchG. 7. Auflage München 2018.
Band 6, Schuldrecht Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz. 7. Auflage München 2017.
Band 7, Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG. 7. Auflage München 2017.
Band 10, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1–24). 7. Auflage München 2018.
Zitiert als: *MüKo-BGB/Bearbeiter*, [...]. Aufl. [...], § [...] Rn. [...]
- Münchener Kommentar, Bilanzrecht.* Münchener Kommentar zum Bilanzrecht.
Band 2, Bilanzrecht. §§ 238–342e HGB. München 2013.
Zitiert als: *MüKo-Bilanzrecht/Bearbeiter*, 2013, § [...] Rn. [...]
- Münchener Kommentar, InsO.* Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung.
Band 1, §§ 1–79 InsO, InsVV. 3. Auflage München 2013.
Zitiert als: *MüKo-InsO/Bearbeiter*, 3. Aufl. 2013, § [...] Rn. [...]
- Münchener Kommentar, VVG.* Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz.
Band 1, §§ 1–99, VVG-Info-V. 2. Auflage München 2016.
Zitiert als: *MüKo-VVG/Bearbeiter*, 2. Aufl. 2016, § [...] Rn. [...]
- Münchener Kommentar, ZPO.* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen.

- Band 1, §§ 1–354. 5. Auflage München 2016.
- Band 3, §§ 1025–1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht. 5. Auflage München 2017.
- Zitiert als: *Müko-ZPO/Bearbeiter*, [...]. Aufl. [...], § [...] Rn. [...]
- Mugdan, Benno (Hrsg.)*. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
- I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil. Berlin 1899.
- II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
- Zitiert als: *Mugdan, Materialien*, Bd. [...], 1899, S. [...]
- Murphy, Jeffrie G./Coleman, Jules L.*. Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence. Boulder 1990.
- Zitiert als: *Murphy/Coleman, Philosophy of Law*, 1990, S. [...]
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.)*. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar. 15. Auflage München 2018.
- Zitiert als: *Musielak/Voit/Bearbeiter*, 15. Aufl. 2018, § [...] Rn. [...]
- Nassall, Wendt*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.12.2008 – IX ZR 12/05, Voraussetzungen der Haftung eines steuerlichen Beraters für eine telefonische Auskunft, in: jurisPR-BGHZivilR 6/2009, Anm. 3.
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.)*. Insolvenzordnung. Kommentar. Stand: 35. Ergänzungslieferung April 2018. München 2018.
- Zitiert als: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter*, InsO, 35. EL. 2018, § [...] Rn. [...]
- Nietzsch, Michael*. Nachvertragliche Lieferpflichten beim Kauf, in: JZ 2014, S. 229–236.
- Nirk, Rudolf*. Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, in: *RabelsZ* 18 (1953), S. 310–355.
- Nomos Kommentar, BGB*. Nomos Kommentar zum BGB.
- Schuldrecht, Band 2/1: §§ 241–610. 3.. Auflage Baden-Baden 2016.
- Schuldrecht, Band 2/2: §§ 611–853. 3. Auflage Baden-Baden 2016.
- Zitiert als: *NK-BGB/Bearbeiter*, 3. Aufl. 2016, § [...] Rn. [...]
- Nomos Kommentar, StGB*. Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch.
- Band 2, Besonderer Teil, §§ 80–231. 5. Auflage Baden-Baden 2017.
- Zitiert als: *NK-StGB/Bearbeiter*, 5. Aufl. 2017, § [...] Rn. [...]
- Neuner, Jörg*. Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 901–924.
- Zitiert als: *Neuner, FS Canaris*, Bd. I, 2007, S. 901, [...]
- Oechsler, Jürgen*. Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik, in: *RabelsZ* 60 (1996), S. 91–124.
- ders.*. Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages. Habil. Saarbrücken 1995/1996, Tübingen 1997.
- Zitiert als: *Oechsler, Vertragsgerechtigkeit*, 1997, S. [...]
- ders.*. Schadensersatzansprüche im Mietverhältnis nach §§ 280, 281, 311a II BGB, in: *NZM* 2004, S. 881–889.
- Ott, Claus*. Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: *Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd*

- (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23. – 26. März 1988), Berlin Heidelberg 1989, S. 25–44.
 Zitiert als: *Ott*, Travemünder Symposium, 1989, S. 25, [...]
- ders.* Die Relevanz der Rechtsökonomie für die Anwendung und Fortbildung des Zivilrechts, in: Asmann, Heinz-Dieter/Brinkmann, Thomas/Goundalakis, Georgios/Kohl, Helmut/Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 21–46.
 Zitiert als: *Ott*, FG Kübler, 1997, S. 21, [...]
- ders.* Die Haftung von Wirtschaftsprüfern gegenüber Anlegern am Kapitalmarkt, in: Eger, Thomas/Bigus, Jochen/Ott, Claus/von Wangenheim, Georg (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, S. 171–191.
 Zitiert als: *Ott*, FS Schäfer, 2008, S. 171, [...]
- Palandt, Otto (Begr.)*. Bürgerliches Gesetzbuch. 77. Auflage München 2018.
 Zitiert als: *Palandt/Bearbeiter*, 77. Aufl. 2018, § [...] Rn. [...]
- Papadelli, Antonia*. Beweislastverteilung bei der privaten Durchsetzung des Kartellrechts. Eine rechtsvergleichende Studie. Diss Hamburg 2010, Berlin u.a. 2011.
 Zitiert als: *Papadelli*, Beweislastverteilung, 2011, S. [...]
- Papadimitropoulos, Antonios V.* Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Ein Erklärungsmodell für die Entstehung von Schutzpflichten gegenüber Dritten. Diss. Freiburg 2005, Berlin 2007.
 Zitiert als: *Papadimitropoulos*, Schutzwirkung, 2007, S. [...]
- Paschke, Marian*. Außervertragliche Sozialbeziehungen – Eine Herausforderung der zivilrechtlichen Dogmatik, in: AcP 187 (1987), S. 60–90.
- Paßmann, Jan-Hendrik*. Schutzpflichtverletzungen im Spannungsverhältnis von schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsregime. Diss. Bielefeld 2010, Berlin 2010.
 Zitiert als: *Paßmann*, Schutzpflichtverletzungen, 2010, S. [...]
- Patzina, Reinhard*. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.7.2005 – IX ZR 6/02 und BGH, Urt. v. 7.7.2005 – IX ZR 425/00, Haftung des steuerlichen Beraters gemäß Mandatszuschnitt, in: LMK 2005, 159530.
- Picker, Eduard*. Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, in: AcP 183 (1983), S. 369–524.
- ders.* Vertragliche und deliktische Schadenshaftung. Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, in: JZ 1987, S. 1041–1058.
- ders.* Gutachterhaftung. Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 397–447.
 Zitiert als: *Picker*, FS Medicus, 1999, S. 397, [...]
- ders.* Die Nutzungsbeeinträchtigung ohne Substanzverletzung als systemrelevantes Deliktsrechtsproblem, in: NJW 2015, S. 2304–2307.
- Planck, Gottlieb (Begr.)*. Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher herausgegeben von Dr. E. Strohal.

- II.. Band, 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241–432. 4. Auflage Berlin 1914.
Zitiert als: *Planck/Bearbeiter*, 4. Aufl. 1914, § [...] S. [...]
- Plathner, Markus*. Risiken des steuerlichen Beraters bei insolvenzgefährdeten Mandanten, in: *DStR* 2013, S. 1349–1356.
- Posner, Eric Andrew*. There Are No Penalty Default Rules in Contract Law, in: *Fla. St. U. L. Rev.* 33 (2006), S. 563–587.
- Posner, Richard Allen*. *Economic Analysis of Law*. 9. Auflage New York 2014.
Zitiert als: *R. Posner, Economic Analysis*, 9. Aufl. 2014, S. [...]
- Prütting, Hanns*. Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeiten und Grenzen, in: *Versicherungsrecht Sonderheft, Karlsruher Forum* 1989, Beweiserleichterungen für den Geschädigten, Möglichkeiten und Grenzen, Karlsruhe 1989, S. 3–16.
Zitiert als: *Prütting, Karlsruher Forum* 1989, S. 3, [...]
- Raiser, Ludwig*. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: von Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band I, Karlsruhe* 1960, S. 101–134.
Zitiert als: *Raiser, FS DJT, Bd. I, 1960, S. 101, [...]*
- ders.* Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, in: *JZ* 1961, S. 465–473.
- Rehm, Gebhard M.* Aufklärungspflichten im Vertragsrecht. Diss. München 2002, München 2003.
Zitiert als: *Rehm, Aufklärungspflichten*, 2003, S. [...]
- Reischl, Klaus*. Grundfälle zum neuen Schuldrecht, in: *JuS* 2003, S. 40–48, S. 250–257.
- ders.* Schuldverhältnis des „geschäftlichen Kontakts“ durch Gefälligkeitshandlungen: Zur Integritätshaftung im BGB und ihrem Gerichtsstand nach EuGVO, in: *Heinrich, Christian (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, München* 2004, S. 411–434.
Zitiert als: *Reischl, FS Musielak*, 2004, S. 411, [...]
- Richter, Hermann*. Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen, in: *JW* 1921, S. 664–665.
- Rieble, Volker*. Die Kodifikation der culpa in contrahendo, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente – Brennpunkte – Ausblicke, Köln u.a.* 2003, S. 137–157.
Zitiert als: *Rieble, Schuldrecht*, 2003, S. 137, [...]
- Riehm, Thomas*. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen. Zur Dogmatik der §§ 280ff. BGB, in: *Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München* 2007, S. 1079–1103.
Zitiert als: *Riehm, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1079, [...]*
- Riha, Michael*. Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB. Diss. München 2006, München 2007.
Zitiert als: *Riha, Sachmängelgewährleistungsrecht*, 2007, S. [...]
- Rödl, Florian*. *Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag. Habil. Frankfurt a.M. 2015, Baden-Baden* 2015.
Zitiert als: *Rödl, Gerechtigkeit*, 2015, S. [...]

- Röhm, Peter M./Seichter, Dirk.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf möglichen Regressanspruch gegen Vorberater, in: EWiR 2015, S. 575–576.
- Römermann, Volker/Praß, Jan-Philipp.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Steuerberaterhaftung: Verspätete Insolvenzantragstellung aufgrund pflichtwidrig nicht erkannter insolvenzrechtlicher Überschuldung der Gesellschaft durch den mit der Erstellung der Steuerbilanz betreuten Steuerberater, in: GmbHR 2013, S. 938–940.
- Roth, Gregor.* Das einheitliche Recht auf Information. Ein Beitrag zur Institutionenbildung. Diss. Hamburg 2004, Köln 2006.
Zitiert als: *Roth, Information*, 2006, S. [...]
- Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.).* Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner. 3. Auflage Baden-Baden 2017.
Zitiert als: *Rückert/Seinecke/Bearbeiter, Methodik*, 3. Aufl. 2017, Rn. [...]
- Sack, Rolf.* Der subjektive Tatbestand des § 826 BGB, in: NJW 2006, S. 945–951.
- Salje, Peter.* Arbeitsvertragliche Nebenpflichten, ökonomische Analyse des Rechts und dispositives Recht, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Beiträge zum VII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (22. – 25. März 2000), Tübingen 2001, S. 234–241.
Zitiert als: *Salje, VII. Travemünder Symposium*, 2001, S. 234, [...]
- Schäfer, Hans-Bernd.* Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23. – 26. März 1988), Berlin Heidelberg 1989, S. 1–24.
Zitiert als: *Schäfer, Travemünder Symposium*, 1989, S. 1, [...]
- ders.* Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, in: AcP 202 (2002), S. 808–840.
- ders./Ott, Claus.* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. 5. Auflage Berlin Heidelberg 2012.
Zitiert als: *Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse*, 5. Aufl. 2012, S. [...]
- Schapp, Jan.* Empfiehlt sich die „Pflichtverletzung“ als Generaltatbestand des Leistungsstörungenrechts?, in: JZ 2001, S. 583–589.
- Schaub, Renate.* Beratungsvertrag und Sachmängelgewährleistung nach der Schuldrechtsmodernisierung, in: AcP 202 (2002), S. 757–807.
- dies.* Erweiterte Haftung für Verhalten anderer – Entwicklungstendenzen im allgemeinen und besonderen Deliktsrecht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 423–445.
Zitiert als: *Schaub, FS Medicus*, 2009, S. 423, [...]
- Schimmel, Roland.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 – III ZR 251/10, Einvernehmliche Aufhebung einer Spielsperre als Verletzung des Sperrvertrags, in: LMK 2012, 327365.
- Schippel, Helmut.* Sachgerechte Vertragsgestaltung als Beitrag zum Rechtsfrieden und zur Entlastung der Gerichte, in: Vorstand der Münchener Juristischen Gesellschaft e.V.

- (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, München 1996, S. S. 51–61.
Zitiert als: *Schippel*, FS MJG, 1996, S. 51, [...]
- Schlechtriem, Peter*. Abgrenzungsfragen bei der positiven Vertragsverletzung, in: VersR 1973, S. 581–595.
- ders.* Vertragliche und außervertragliche Haftung. Empfiehlt es sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre Ausgestaltung aneinander anzugleichen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981, S. 1591–1679.
Zitiert als: *Schlechtriem*, Gutachten, Band II, 1981, S. 1591, [...]
- ders.* Schutzpflichten und geschützte Personen. Überlegungen aus rechtsvergleichender Sicht zu Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter aus Anlaß von BGH 13.11.1997, ZR 144/94 (NJW 1998, 1059), in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 529–542.
Zitiert als: *Schlechtriem*, FS Medicus, 1999, S. 529, [...]
- Schmidlin, Bruno*. Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt. Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinki, Wien New York 2002, S. 415–428.
Zitiert als: *Schmidlin*, FS F. Bydlinki, 2002, S. 415, [...]
- Schmidt, Eike*. Nachwort, in: Nachdruck von Rudolf von Jhering, Culpa in contrahendo und Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, Bad Homburg u.a. 1969, S. 131–164.
Zitiert als: *E. Schmidt*, Nachwort zu von Jhering/Staub, 1969, S. 131, [...]
- ders.* Zur Dogmatik des § 278 BGB, in: AcP 170 (1970), S. 502–533.
- ders.* Zur Ökonomie ergänzender Vertragspflichten unter besonderer Berücksichtigung von Konkurrenzschutzgeboten, in: JA 1978, S. 597–605.
- ders.* Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, in: JuS 2003, S. 1007–1013.
- ders.* Das Schuldverhältnis – Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg 2004.
Zitiert als: *E. Schmidt*, Schuldverhältnis, 2004, Rn. [...]
- Schmidt, Jürgen*. Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform. Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen. Berlin, 1985.
Zitiert als: *J. Schmidt*, Vertragsfreiheit, 1985, S. [...]
- ders.* „Sonderverbindungen“ – eine Problemskizze, in: Jahr, Günther (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln u.a. 1987, S. 341–376.
Zitiert als: *J. Schmidt*, GS Schultz, 1987, S. 341, [...]
- ders.* Schutz der Vertragsfreiheit durch Deliktsrecht?, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 1989, S. 793–808.
Zitiert als: *J. Schmidt*, FS Lukes, 1989, S. 793, [...]

- Schmidt, Karsten.* Grundlagen im Zivil- und Versicherungsrecht, in: Versicherungsrecht Sonderheft, Karlsruher Forum 1993, Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich, Karlsruhe 1993, S. 4–15.
Zitiert als: *K. Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, S. 4, [...]
- Schmidt-Futterer, Wolfgang (Begr.).* Mietrecht. Großkommentar des Wohn- und Gewerbebaummietrechts. 13. Auflage München 2017.
Zitiert als: *Schmidt-Futterer/Bearbeiter*, 13. Aufl. 2017, § [...] Rn. [...]
- Schmidt-Räntsch, Jürgen/Maifeld, Jan/Meier-Göring, Anne/Röcken, Matthias.* Das neue Schuldrecht. Einführung, Texte, Materialien (BGB, EGBGB, UKlaG, BGB-InfoV). Köln 2002.
Zitiert als: *Schmidt-Räntsch*, Schuldrecht, 2002, S. [...]
- ders.* Zehn Jahre Schuldrechtsreform, in: Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, S. 141–186.
Zitiert als: *Schmidt-Räntsch*, Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 141, [...]
- Schur, Wolfgang.* Leistung und Sorgfalt. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht. Habil. Gießen 2000/2001, Tübingen 2001.
Zitiert als: *Schur*, Leistung, 2001, S. [...]
- Schwab, Martin.* Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten, in: NJW 2012, S. 3274–3277.
- Schwarz, Helmut.* Steuerberaterhaftung bei unterlassener Aufklärung über die Insolvenzantragspflicht bei Insolvenzreife einer GmbH/AG, in: NZI 2012, S. 869–873.
- ders./Schwarz, Volker.* Steuerberaterhaftung wegen unterlassener Aufklärung über Antragspflicht gem. § 15a InsO bei einem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat. Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZinsO 2013, 826, in: ZinsO 2013, S. 1344–1346.
- Schwarze, Roland.* Vorvertragliche Verständigungspflichten. Habil. Göttingen 1999, Tübingen 2001.
Zitiert als: *Schwarze*, Verständigungspflichten, 2001, S. [...]
- ders.* Das Recht der Leistungsstörungen. 2. Aufl. Berlin 2017.
Zitiert als: *Schwarze*, Leistungsstörungen, 2. Aufl. 2017, S. [...]
- Schweizer, Urs.* Spieltheorie und Schuldrecht. Tübingen, 2015.
Zitiert als: *Schweizer*, Spieltheorie, 2015, S. [...]
- Schwenzer, Ingeborg.* Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Peter Schlechtriem, Tübingen 1999, S. 59–81.
Zitiert als: *Schwenzer*, Obligationenrecht, 1999, S. 59, [...]
- Seibt, Christoph/Wollenschläger, Bernward.* Dritthaftung des Abschlussprüfer kapitalmarktorientierter Unternehmen, in: DB 2011, S. 1378–1385.
- Seok Kim, Hyoung.* Die deliktische Gehilfenhaftung im europäischen Vergleich, in: ZEuP 2013, S. 263–282.
- Shavell, Steven.* Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge, Massachusetts, 2004.
Zitiert als: *Shavell*, Economic Analysis, 2004, S. [...]
- Sinn, Hans-Werner.* Ökonomische Entscheidungen bei Ungewißheit. Diss. Mannheim 1978, Tübingen 1980.

- Zitiert als: *Sinn*, Ungewißheit, 1980, S. [...]
- Soergel, Hans Theodor (Begr.)*. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kohlhammer-Kommentar.
Band 2, Schuldrecht I, §§ 241–432. 12. Auflage Stuttgart 1990.
Band 3/2, Schuldrecht 1/2, §§ 243–304. 13. Auflage Stuttgart 2014.
Band 12, Schuldrecht 10, §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage Stuttgart 2005.
Zitiert als: *Soergel/Bearbeiter*, [...] Aufl. [...], § [...] Rn. [...]
- Sonnenberger, Hans Jürgen*. Leistungsstörung, positive Forderungsverletzung und Beweislast – rechtsvergleichende Bemerkungen, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 621–636.
Zitiert als: *Sonnenberger*, FS Medicus, 1999, S. 621, [...]
- Spiecker, Indra*. US-amerikanisches Chemikalienrecht im Vergleich. Informationsgewinnung und Entscheidung unter Unsicherheit. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2003/5, Bonn 2003.
Zitiert als: *Spiecker*, Informationsgewinnung, 2003, S. [...]
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.)*. Recht der elektronischen Medien. Kommentar. 3. Auflage München 2015.
Zitiert als: *Spindler/Schuster/Bearbeiter*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § [...] Rn. [...]
- Staub, Hermann*. Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Zitiert als: *Staub*, Vertragsverletzungen, 1904, S. [...]
- von Staudinger, Julius (Begr.)*. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil. §§ 1–14; Verschollenheitsgesetz (Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1). Neubearbeitung Berlin 2013.
Buch 1, Allgemeiner Teil. §§ 134–138; Anh zu § 138: ProstG (Allgemeiner Teil 4a). Neubearbeitung Berlin 2017.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht. §§ 241–243 (Treu und Glauben). Neubearbeitung Berlin 2015.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 255–304 (Leistungsstörungsrecht 1). Neubearbeitung Berlin 2014.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 315–326 (Leistungsstörungsrecht 2). Neubearbeitung Berlin 2015.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433–480 (Kaufrecht). Neubearbeitung Berlin 2013.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2). Neubearbeitung Berlin 2009.
Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 826–829; §§ 1–19 ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung). Neubearbeitung Berlin 2014.
EGBGB/Internationales Privatrecht. Art 11–29 Rom I-VO; Art 46 b und c EGBG; Verfahrensrecht für internationale Verträge (IntVertrVerfR), Internationales Vertragsrecht 2. Neubearbeitung Berlin 2016.
Zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, Neubearbeitung [...], § [...] Rn. [...]

- Steffen, Erich.* Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, in: VersR 1980, S. 409–412.
- Stoll, Hans.* Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, in: AcP 176 (1976), S. 145–196.
- ders.* Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978, Band I, Köln 1978, S. 741–773.
Zitiert als: *Hans Stoll*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 741, [...]
- ders.* Buchbesprechung zu Ulrich Bälz: Zum Strukturwandel des Systems zivilrechtlicher Haftung. Mangelschaden, Mangelfolgeschaden und weiterfressender Schaden – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, in: RabelsZ 58 (1994), S. 96–101.
- Stoll, Heinrich.* Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, in: LZ 1923, S. 532–548.
- ders.* Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, in: AcP 136 (1932), S. 257–320.
- Strätz, Hans-Wolfgang.* Über sog. „Nachwirkungen“ des Schuldverhältnisses und den Haftungsmassstab bei Schutzpflichtverstößen, in: Habscheid, Walther Jakob/Gaul, Hans Friedhelm/Mikat, Paul (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag am 2. Dezember 1976, Bielefeld 1976, S. 999–1013.
Zitiert als: *Strätz*, FS Bosch, 1976, S. 999, [...]
- Stritter, Sebastian.* Anmerkung zu AG Bingen, Urt. v. 12.3.2015 – 25 C 21/14, Kein Schadensersatzanspruch wegen Vertretung einer Mindermeinung, in: ZERb 2015, S. 264–265.
- Stürner, Rolf.* Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, in: JZ 1976, S. 384–392.
- Sujecki, Bartosz.* Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 13.4.2014 – C-548/12, Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Geltendmachung deliktischer Ansprüche aufgrund wettbewerbswidriger Handlungen eines Vertragspartners mit Sitz in einem anderen Vertragsstaat, in: EuZW 2014, S. 384–385.
- Sykes, Alan Q.* The Boundaries of Vicarious Liability. An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, in: Harv. L. Rev. 101 (1988), S. 563–609.
- Taupitz, Jochen.* Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, in: AcP 196 (1996), S. 114–167.
- Teichmann, Arndt.* Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben, in: JA 1984, S. 545–548, 709–714.
- ders./Weidmann, Golo.* Paradigmenwechsel im Schadensersatzrecht durch die Schuldrechtsmodernisierung, in: Häuser, Franz/Hammen, Horst/Hennrichs, Joachim/Steinbeck, Anja/Siebel, Ulf Reinhard/Welter, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, Berlin 2004, S. 287–305.
Zitiert als: *Teichmann/Weidmann*, FS Hadding, 2004, S. 287, [...]
- Thiele, Wolfgang.* Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung. Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, in: JZ 1967, S. 649–657.

- Thiessen, Jan.* Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 45–74.
Zitiert als: *Thiessen*, Gesetzesbegründung, 2013, S. 45, [...]
- Thole, Christoph.* Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung, in: *AcP* 209 (2009), S. 498–542.
- ders.* Die Vertragshaftung des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer für Insolvenzschäden – ein Prüfstein für die Grundsätze der Expertenhaftung, in: *ZfPW* 2015, S. 31–59.
- Titze, Heinrich.* Rezension zu Steinberg, Wilhelm: Die Haftung für culpa in contrahendo, Bonn 1930, in: *JW* 1931, S. 512–513.
- Träger, Ludwig.* Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, in: Mitglieder der Juristischen Fakultät zu Marburg a. L. (Hrsg.), *Festgaben für Ludwig Enneccerus zur Feier seines siebenzigsten Geburtstages und seiner vierzigjährigen Mitgliedschaft in der Fakultät*, Marburg 1913, S. 1–126.
Zitiert als: *Träger*, *FG Enneccerus*, 1913, S. 1, [...]
- Trimarchi, Pietro.* Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, in: *ZHR* 136 (1972), S. 118–138.
- Tröger, Tobias.* Arbeitsteilung und Vertrag. Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen. *Habil.* Tübingen 2010/2011, Tübingen 2012.
Zitiert als: *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, S. [...]
- Ulmer, Peter.* Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung, in: *JZ* 1969, S. 163–174.
- Unberath, Hannes.* Die Vertragsverletzung. *Habil.* München 2006, Tübingen 2007.
Zitiert als: *Unberath*, *Vertragsverletzung*, 2007, S. [...]
- ders./Cziupka, Johannes.* Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, in: *AcP* 209 (2009), S. 37–83.
- Wagner, Gerhard.* Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden 2003, S. 189–340.
Zitiert als: *Wagner*, *Grundstrukturen*, 2003, S. 189, [...]
- ders.* Schuldrechtsreform und Deliktsrecht, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis: Akzente – Brennpunkte – Ausblicke*, Köln u.a. 2003, S. 203–223.
Zitiert als: *Wagner*, *Schuldrecht*, 2003, S. 203, [...]
- ders.* Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, in: *AcP* 206 (2006), S. 352–476.
- Waldhoff, Christian.* Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 75–93.
Zitiert als: *Waldhoff*, *Gesetzesbegründung*, 2013, S. 75, [...]
- Walz, Rainer.* Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Recht der Leistungsstörungen, in: *BB* 1991, S. 880–887.

- Wandt, Manfred.* Versicherungsrecht. 6. Auflage München 2017.
Zitiert als: *Wandt, Versicherungsrecht*, 6. Aufl. 2017, Rn. [...]
- Wassermann, Peter.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, Schadensersatzpflicht des Käufers bei unberechtigtem Nacherfüllungsverlangen, in: *jurisPR-BGHZivilR* 5/2008, Anm. 1.
- Weber, Christoph Andreas.* Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung von Darlehensverträgen. Eigene Ansprüche des Darlehensnehmers und vertraglicher Drittschutz, in: *DStR* 2014, S. 213–219.
- Weber, Rolf H.* Schutzpflichten – ein Sozialstaatsgedanke, in: Habscheid, Walter J./Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim/Linder, Willy/Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), *Freiheit und Zwang, Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, S. 735–760.
Zitiert als: *R. Weber*, *FS Giger*, 1989, S. 735, [...]
- Weitze-Scholl, Dirk.* Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2014 – I-23 U 168/13, Steuerberaterhaftung wegen unterlassener Aufklärung über die Entstehung und Möglichkeiten zur Vermeidung von Rückzahlungszinsen, in: *DStR* 2015, S. 1135–1136.
- Weller, Marc-Philippe.* Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue. Habil. Köln 2007/2008, Tübingen 2009.
Zitiert als: *M.-P. Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. [...]
- Weller, Matthias.* Persönliche Leistungen. Habil. Heidelberg 2010/2011, Tübingen 2012.
Zitiert als: *M. Weller*, *Leistungen*, 2012, S. [...]
- Wendelstein, Christoph.* Zur Schadenshaftung für „Erfüllungs“-Gehilfen bei Verletzungen des Integritätsinteresses, in: *AcP* 215 (2015), S. 70–106.
- Wendenburg, Albrecht/Schneider, Maximilian.* Vertraglicher Gerichtsstand bei Ansprüchen aus Delikt?, in: *NJW* 2014, S. 1633–1636.
- Wenner, Christian.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.10.2013 – VI ZR 124/12, Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch Bankmitarbeiter im Zusammenhang mit treuhandgebundenen Geldern, in: *BB* 2014, S. 212.
- Werner, Rüdiger.* Haftungsrisiken des Steuerberaters bei Verschleppung der Insolvenz einer von ihm betreuten GmbH, in: *StBW* 2013, S. 571–576.
- Werres, Ruediger.* Aufklärungspflichten in Schuldverhältnissen und deren Grenzen. Eine insbesondere am Kaufrecht dargestellte Auswertung der Rechtsprechung. Diss. Köln 1985.
Zitiert als: *Werres*, *Aufklärungspflichten*, 1985, S. [...]
- Westermann, Harm Peter.* Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, in: *AcP* 208 (2008), S. 141–181.
- Wester/Karakatsanes, Johannes.* Schuldrechtsreform in Deutschland und Griechenland. Athen 1986.
Zitiert als: *Westermann/Karakatsanes*, *Schuldrechtsreform*, 1986, S. [...]
- Graf von Westphalen, Friedrich.* Schwellenwert und Neuregelung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung – ist das der „Königsweg“ einer Reform des AGB-Rechts? Erwiderung zu *Leuschner*, Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, *ZIP* 2015, 1045, in: *ZIP* 2015, S. 1316–1326.

- Wiebe, Andreas.* Die elektronische Willenserklärung. Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs. Habil. Hannover 2001, Tübingen 2002.
Zitiert als: *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung, 2002, S. [...]
- Wiedemann, Herbert.* Ergänzende Vertragsauslegung – richterliche Vertragsergänzung, in: Heldrich, Andreas/Prölls, Jürgen/Koller, Ingo/u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 1281–1291.
Zitiert als: *Wiedemann*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 1281, [...]
- Wolf, Alfred.* Die Überarbeitung des Schuldrechts. Anlässe und Stand der Überlegungen, in: AcP 182 (1982), S. 80–100.
- Wolf, George Alexander.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf mögliche Schadensersatzansprüche des Mandanten gegen frühere Steuerberater, in: DStR 2015, S. 2094–2095.
- Wolf, Maximilian.* Bereicherungsausgleich bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter. Zugleich ein Beitrag zur Simulation von Verträgen durch die Eingriffskondition. Diss. Greifswald 2016, Baden-Baden 2017.
Zitiert als: *M. Wolf*, Bereicherungsausgleich, 2017, S. [...]
- Zamir, Eyal/Ritov, Ilana.* Loss Aversion, Omission Bias, and the Burden of Proof in Civil Litigation, in: J. Leg. Stud. 41 (2012), S. 165–207.
- Zenz, Eduard.* Zur Geschichte und Dogmatik nachwirkender Vertragspflichten. Diss. Freiburg 1975.
Zitiert als: *Zenz*, Vertragspflichten, 1975, S. [...]
- Zimmermann, Reinhard.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford 1996.
Zitiert als: *Zimmermann*, Obligations, 1996, S. [...]
- ders./Verse, Dirk.* Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Kodifikation des deutschen Deliktsrechts (1900–1914), in: Falk, Ulrich/Mohnhaupt, Heinz (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), Frankfurt am Main 2000, S. 319–341.
Zitiert als: *Zimmermann/Verse*, Richter, 2000, S. 319, [...]
- Zugehör, Horst.* Uneinheitliche Rechtsprechung des BGH zum (Rechtsberater-)Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, in: NJW 2008, S. 1105–1110.
- ders.* Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte und steuerlichen Berater, in: WM 2010, Sonderbeilage 1.
Zitiert als: *Zugehör*, WM 2010, SBeil. 1, S. [...]
- Zwade, Christian.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7.5.2015 – IX ZR 186/14, Keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf zivilrechtliche Regressmöglichkeiten, in: jurisPR-BGHZivilR 12/2015, Anm. 1.