

Erstes Kapitel: Einleitung

I. Problemstellung

Handeln aus Gefälligkeit ist im täglichen zwischenmenschlichen Miteinander weit verbreitet. Zu denken ist etwa an nachbarschaftliche Hilfe,¹⁾ die Beaufsichtigung von Kindern eines anderen,²⁾ die unentgeltliche Mitnahme von Dritten im Auto,³⁾ die gemeinsame Bergtour unter Freunden,⁴⁾ die Emp-

¹⁾ Zuletzt BGH VI ZR 467/15 NJW-RR 2017, 272 („Gartenhelfer-Fall“): Während eines Kuraufenthalts seines Nachbarn hatte der spätere Beklagte dessen Garten bewässert und danach die Wasserzufuhr am Gartenschlauch nicht mehr abgestellt. Daraufhin kam es zu einem Wasserschaden am Haus des abwesenden Nachbarn, weil der unter Wasserdruck stehende Schlauch aus der Spritze gesprungen war. Der BGH ging dabei – im Ergebnis wohl zutreffend – von einem (deliktischen) Anspruch des Geschädigten aus und verneinte eine konkludente Haftungsbeschränkung für einfache Fahrlässigkeit zwischen den Nachbarn. Zum konkludenten Haftungsausschluss bei Gefälligkeitsverhältnissen s unter Drittes Kapitel. III.B. Hinter der Entscheidung stand wohl, dass der Schädiger haftpflichtversichert war und deshalb dem Höchstgericht dessen Schadenstragung offenbar zumutbar erschien. Siehe auch die kritische Anmerkung zur Entscheidung von G. Schulze, LMK 2016, 380735.

²⁾ OLG Nürnberg 2 U 29/60 VersR 61, 571: Die Mitbewohnerin eines Ehepaars hatte dessen Kind beaufsichtigt, dieses jedoch, als es schlief, allein gelassen. Das Kind stürzte in der Folge aus dem unverriegelten Fenster und verstarb. Die beklagte Mitbewohnerin haftete nicht, weil nach dem OLG Nürnberg ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorgelegen sei und daher den Kläger die Beweislast getroffen hätte; er hätte die Pflichtwidrigkeit der Beklagten aber nicht beweisen können. In der Schweiz ereignete sich ein ähnlicher Fall einer Schädigung eines Kindes bei dessen Beaufsichtigung aus Gefälligkeit, Bundesgericht 4A 275/2011 BGE 137 III 539, wobei aber die Haftung der Aufsichtsperson im Ergebnis verneint wurde, dazu ausführlich unten im Dritten Kapitel. V.

³⁾ ZB BGH VI ZR 276/62 VersR 1964, 239; VI ZR 178/77 NJW 1979, 414. In Judikatur und Literatur wird dabei von der sog „Gefälligkeitsfahrt“ gesprochen, zB *Diele*, Gefälligkeitsfahrten 11 ff; *Eimer*, Gefälligkeitsfahrt 26 ff; *H.-D. Fischer*, Gefälligkeitsfahrt 7 ff etc; diese Terminologie soll aus Konsistenzgründen auch in der vorliegenden Untersuchung beibehalten werden.

⁴⁾ OGH 1 Ob 293/98 i JBl 2000, 305 („Piz Buin“): Hier haftete ein erfahrener Bergsteiger für die Schäden seines Tourengefährten aus einem Bergunfall. Das Höchstgericht leitete die Haftung des Beklagten daraus ab, dass dieser gegenüber dem Geschädigten die Rolle eines „Tourenführers aus Gefälligkeit“ übernommen hatte. Als Gründe dafür wurden ua das größere bergsteigerische Können des Beklagten sowie dessen größere alpine Erfahrung und ausgeprägte Gebietskenntnisse genannt; zu dieser Entscheidung und weiteren ähnlichen Fallkonstellationen *Stabentheiner*, JBl 2000, 273 ff; zu Bergsteigergruppen als Gefahrengemeinschaften *A. Michalek*, Haftung des Bergsteigers *passim*; zu Haftungsproblemen bei gemeinsamen Bergtouren weiters *Galli*, Haftungsprobleme *passim*; *Rabofsky* in *Sicherung vor Berggefahren* 37; *Pichler/Holzer*, Handbuch 236 ff.

fangnahme eines Pakets für den Nachbarn⁵⁾ oder die Mitnahme von Bekannten in eine Kletterhalle.⁶⁾

Ein menschliches Zusammenleben ohne Gefälligkeiten wäre wohl unvorstellbar. Doch auch in diesem Bereich geschehen Fehler. Dabei kann es zu Verletzungen von Rechtsgütern kommen, entweder desjenigen, der die Gefälligkeit erbringt,⁷⁾ oder desjenigen, zugunsten dessen die Gefälligkeit erbracht wird.⁸⁾

In der Regel klären die betroffenen Personen einen etwaigen Ausgleich für Schäden unter sich, weil sich Gefälligkeiten zumeist im Familien- oder Freundeskreis abspielen.⁹⁾ Ist eine solche einvernehmliche Lösung aber nicht möglich – etwa, wenn es sich um große Schäden handelt oder weil Dritte, wie zum Beispiel eine Versicherung, ins Spiel kommen¹⁰⁾ – so müssen allfällige Haftungsfragen von den Gerichten geklärt werden.¹¹⁾ Diese sehen sich in solchen Fällen mit einer Reihe ungelöster und höchst strittiger Rechtsfragen konfrontiert,¹²⁾ die in Österreich noch keiner abschließenden Lösung zugeführt wurden.¹³⁾

5) Gegenstand zB in LG Hamburg 317 S 70/05 MDR 2006, 873.

6) Siehe zB OGH 6 Ob 91/12v EvBl 2013/123 (*Kocholl*) („Kletterhallen-Entscheidung“). Im konkreten Fall hatte eine erfahrene Kletterin zwei unerfahrene Freunde in die Kletterhalle mitgenommen und diese eingewiesen, aber die Sicherung der beiden nicht kontrolliert. Der spätere Kläger stürzte infolge mangelhafter Sicherung ab und verletzte sich schwer. Der OGH sprach Schadenersatz zu, der Anspruch wurde jedoch wegen Mitverschuldens des Klägers gekürzt. Dazu auch *Kocholl*, ZVR 2013, 234; *Kind*, ZVR 2013, 241. Für ähnliche Beispiele aus der deutschen Rsp s zB bei *Olzen* in *Staudinger* § 241 Rz 87 mwN.

7) Im Folgenden „Gefälliger“ genannt.

8) Im Folgenden: „Gefälligkeitsempfänger“ genannt. Aufgrund des ebenfalls in diese Richtung gehenden Schwergewichts in Judikatur und Lehre wird in der gegenständlichen Untersuchung vor allem auf die Schädigung des Gefälligkeitsempfängers durch den Gefälligen eingegangen, der umgekehrte Fall aber an den passenden Stellen mitbehandelt. Zu Schäden des Gefälligers s im Detail Viertes Kapitel. VII.B.

9) Vgl *Blankenburg*, Mobilisierung 42 ff: Je persönlicher die Sozialbeziehung sei, umso unwahrscheinlicher die Mobilisierung rechtlicher Instanzen.

10) Das Bestehen einer Haftpflichtversicherung nahm vor allem die deutsche Judikatur im Einzelfall zum Anlass, eine konkludente Haftungsmilderung zu verneinen; s für viele BGH VI ZR 52/78 NJW 1980, 1681. So auch bereits die Rsp des Reichsgerichts, zB RG IV 399/25 JW 1926, 2534; zustimmende Entscheidungsanmerkung von *Carl*, JW 1937, 1634. Zu Gefälligkeitsverhältnissen im Versicherungsrecht s auch *Bruns*, VersR 2018, 789 ff.

11) Gefälligkeitsverhältnisse spielen dabei bis in die letzte Zeit auch immer wieder in der höchstgerichtlichen Judikatur eine Rolle, s zB zuletzt OGH 6 Ob 91/12v EvBl 2013/123 (*Kocholl*) („Kletterhallen-Entscheidung“); 2 Ob 98/15y Zak 2015/658; bzw BGH VI ZR 467/15 NJW-RR 2017, 272 („Gartenhelfer-Fall“). Einen Überblick über die deutsche Rsp gibt etwa auch *Grüneberg* in *Palandt*⁷⁸ Einl vor § 241 Rz 8.

12) Vgl *Grigoleit*, VersR 2018, 786 f, der darauf hinweist, dass der Streit um unentgeltliche Leistungen zwar verhältnismäßig selten sei, zugleich aber die gegenwärtig herrschende Praxis als in erheblichem Maß unbefriedigend bezeichnet. Positivrechtlich angelegte Wertungswidersprüche würden nicht überzeugend aufgehoben und die Prob-

Die rechtliche Durchdringung der Gefälligkeitsverhältnisse ist dabei vor allem auch für die präventive Verhaltenssteuerung der Beteiligten von Bedeutung. Dem Handelnden muss es schon vor der Übernahme der Gefälligkeit möglich sein, zu erfassen, wann er sich rechtswidrig oder rechtmäßig verhält, bzw welche Pflichten ihn treffen. Ob der Gefällige nach den Regeln des Vertragsrechts, nach den Regeln des Deliktsrechts oder überhaupt nicht haftet, ist dabei von erheblicher praktischer Relevanz. Zum Teil wird sogar eine Art „Sonderhaftungsrecht“ für Gefälligkeitsverhältnisse erwogen.¹⁴⁾

Untersucht man nun im Einzelfall eine mögliche Haftung, so müssen zwei wesentliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden: Auf der einen Seite ist altruistisches Handeln gesellschaftlich erwünscht; eine zu strenge Haftungsregelung hätte unter Umständen einen kontraproduktiven Effekt auf den potentiell Gefälligen und würde die Bereitschaft zur Erbringung von Gefälligkeitsleistungen senken.¹⁵⁾ Bereits im Jahr 1905 hat *von Blume* dementsprechend davor gewarnt, dass durch eine uneingeschränkte Haftung des Gefälligen die „Menschenfreundlichkeit geradezu unter Strafe gestellt“ werde.¹⁶⁾

Allerdings wäre es gesellschaftlich ebenfalls nicht erwünscht, wenn jemand zu leichtfertig Gefälligkeiten übernehme, sich dabei wegen ohnehin nicht zu befürchtender negativer Rechtsfolgen sorglos verhalte und dadurch andere schädigte. Es ist vielmehr notwendig, dass sich der Gefälligkeitsempfänger darauf verlassen darf, dass der Gefällige sorgsam mit seinen Rechtsgütern umgehen wird.¹⁷⁾ Dabei ist insb zu bedenken, dass die Beziehung zwischen den Beteiligten zwar möglicherweise nicht so eng ist wie bei einem Vertragsverhält-

lemlösungen seien durch eine ganze Reihe von Leerformeln und Erklärungsfiktionen geprägt.

¹³⁾ Die bislang einzige ausführlichere Abhandlung zum Thema der Gefälligkeitsverhältnisse in Österreich stammt von *Walch*, SPRW 2014, 153ff, der iW die deutsche hA übernimmt, was in der folgenden Arbeit einer kritischen Untersuchung unterzogen werden soll. Für den Teilbereich der Gefahrengemeinschaft bei gemeinsamem Bergsteigen s die Arbeit von *A. Michalek*, Haftung des Bergsteigers.

¹⁴⁾ *Grigoleit*, VersR 2018, 769 etwa wirft die Frage auf, ob der Leistende aufgrund der Uneigennützigkeit des Handelns nicht ein „Sonderhaftungsrecht“ verdient, also eine im Vergleich zu entgeltlichen Leistungen erleichterte Haftung. Demgegenüber eher abl *Witschen*, AcP 219 (2019) 304.

¹⁵⁾ *ZB Weimar*, MDR 1979, 375; *Abend*, Gefälligkeitsschuldverhältnis 2; *Krebs*, Sonderverbindung 237 ff; *Rother*, Haftungsbeschränkung 181. Zu diesem Ergebnis kommen auch die Vertreter der ökonomischen Analyse, etwa *Landes/Posner*, Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (1978) 119ff, insb 122: „Imposition of liability would reduce the supply of a moral value, altruism.“

¹⁶⁾ *Von Blume*, Das Recht 1905, 481.

¹⁷⁾ Siehe zB auch *Rother*, Haftungsbeschränkung 181f: Es entspreche der allgemeinen Auffassung, dass derjenige, der fremde Interessen vertrete oder sich Leben und Gesundheit anderer Menschen anvertrauen lasse, doppelt gewissenhaft und vorsichtig handeln sollte. Diesem Argument räumt er „aus praktischen und rechtserzieherischen Gründen“ das Überwiegen gegenüber demjenigen ein, der hilfreich Handelnde solle nicht für Schäden haften.

nis und auch nicht zwingend im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft steht,¹⁸⁾ jedoch jedenfalls enger ist als gegenüber der Allgemeinheit. Der Gefälligkeitsempfänger öffnet dem Gefälligen nämlich seine Sphäre, vertraut diesem seine Rechtsgüter an und setzt sie damit auch einer erhöhten Gefährdung aus. Wegen dieses engen Kontakts und des gegenseitigen Vertrauens wird teils trotz des Bestehens eines Gefälligkeitsverhältnisses das Vorliegen eines Vertrags bejaht,¹⁹⁾ teils werden die Regeln der deliktischen Haftung – also der Haftung gegenüber jedermann²⁰⁾ – verschärft.²¹⁾

Bereits die rechtliche Einordnung von Gefälligkeitsverhältnissen gestaltet sich freilich schwierig. Im Wesentlichen werden dazu zwei Ansätze vertreten: Nach manchen, vor allem Vertretern der älteren Literatur, kommt es auf den Inhalt des Geschäfts an. Gewisse Bereiche seien der rechtlichen Regelung von vornherein entzogen und daher dem Bereich der außerrechtlichen „bloßen Gefälligkeiten“ zuzuordnen.²²⁾ Die Höchstgerichte stellen demgegenüber für die Abgrenzung von Gefälligkeitsverhältnissen zu Verträgen grundsätzlich auf den Willen der Parteien ab,²³⁾ was sich auch in der Literatur durchgesetzt hat,²⁴⁾ worauf im Laufe der Untersuchung noch näher einzugehen sein wird.

Daraus ergebe sich, so die vor allem in Deutschland herrschende Ansicht, folgende haftungsrechtliche Konsequenz: Eine Konstellation herrsche sei entweder ein Vertrag, dann kämen die vertraglichen Schadenersatzregeln zur Anwendung, oder ein bloß dem Deliktsrecht unterstelltes Gefälligkeitsverhältnis.²⁵⁾ Diese Zu-

¹⁸⁾ Vgl *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 131. Anders liegt der Fall, wenn man Gefälligkeitsverhältnisse als Vertrag konstruiert; dazu s unten.

¹⁹⁾ Dazu näher etwa im Dritten Kapitel. IV.A.

²⁰⁾ Für viele *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 357.

²¹⁾ Dazu s Drittes Kapitel. IV.

²²⁾ *Flume*, AT⁴ 82f; *Hellwig*, AcP 86 (1896) 248; s bereits *Kohler*, Archiv für Bürgerliches Recht 12 (1897) 1ff. AA *Schwerdtner*, NJW 1971, 1674, der davon ausgeht, dass es „keine Lebensverhältnisse ohne rechtlichen Charakter“ gebe und der *Flumes* Aussage, die Rechtsordnung stehe für solche Bindungen nicht zur Verfügung, als „theoretisch kaum haltbar“ bezeichnet; krit auch *Naber*, Gefälligkeitsverhältnisse 40f; den objektiven Abgrenzungsansatz abl auch *Olzen* in *Staudinger* § 241 Rz 78 mwN.

²³⁾ Siehe dazu die Leitentscheidung BGH I ZR 198/54 BGHZ 21, 102 = NJW 1956, 1313 („Beistellung eines LKW-Fahrers“); OLG Celle 9 U 106/63 NJW 1965, 2348 („Fluchthilfe-Entscheidung“); OLG Koblenz 5 U 1300/89 NJW-RR 1991, 25; BGH III ZR 4/91 NJW 1992, 498; OLG München 18 U 4746/91 NJW-RR 1993, 215; OGH 7 Ob 233/03w SZ 2003/155; für die Schweiz etwa Bundesgericht 4A 275/2011 BGE 137 III 539.

²⁴⁾ *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 125f; *Harrer/E. Wagner* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1295 Rz 141; *Krejci* in *Rummel*⁵ § 1151 Rz 27; für Deutschland *Wolf/Neuner*, AT¹¹ § 28 331; *Medicus/Petersen*, AT¹¹ 92ff; *Paulus*, JuS 2015, 497; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht¹¹ 22f; *Kramer* in *MüKoBGB*⁵ Vor § 241 Rz 30ff; *Olzen* in *Staudinger* § 241 Rz 79 mwN.

²⁵⁾ *Flume*, AT⁴ 87; *Walch*, SPRW 2014, 160ff; *Maier*, JuS 2001, 750; *Grüneberg* in *Palandt*⁷⁸ Einl vor § 241 Rz 8; wohl auch *Grigoleit*, VersR 2018, 781ff. Siehe zB auch OGH 2 Ob 1030/25 SZ 8/14. Für die Schweiz etwa Bundesgericht 4A 275/2011 BGE 137 III 539; aA *Hürlimann-Kaupp*, Gefälligkeit 187, die für eine vertragsähnliche Haftung

ordnung ist nicht nur für das deutsche, sondern gerade auch für das österreichische Recht bedeutsam, weil das ABGB an die Bereiche Vertrag und Delikt teils unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft,²⁶⁾ so insb hinsichtlich der Anwendbarkeit der Erfüllungsgehilfenzurechnung nach § 1313a ABGB²⁷⁾ und der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB,²⁸⁾ aber auch hinsichtlich der Intensität der bestehenden Sorgfaltspflichten: Den Partnern einer Sonderbeziehung wird ein erhöhtes Maß an Sorgfalt abverlangt, es werden Pflichten zu aktivem Tun vorgeesehen²⁹⁾ und die Beeinträchtigung reiner Vermögensinteressen des anderen ist sorgfaltswidrig.³⁰⁾ Bei unentgeltlichen Verträgen wird die Haftung zum Teil allerdings abgemildert, zum Beispiel durch eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit³¹⁾ bzw eine Reduktion der objektiven Sorgfaltspflichten.³²⁾

Die Dichotomie auf haftungsrechtlicher Ebene – Vertrag oder deliktisches Gefälligkeitsverhältnis – führt jedoch bei der Entscheidung der maßgeblichen Fälle vielfach zu Schwierigkeiten, weil nicht selten Rechtsfolgen als sachgerecht angesehen werden, die sich auf Grundlage der dargestellten haftungsrechtlichen Zweispurigkeit nicht rechtlich ableiten lassen. Es sind deshalb ganz unterschiedliche „Ausweichversuche“ zu beobachten,³³⁾ um dennoch als sachgerecht empfundene Lösungen erzielen zu können. Dies vor allem auf rechtsgeschäft-

eintritt; aA auch *H. Koziol*, JBl 1994, 209ff, der die Gefälligkeitsverhältnisse als Fallgruppe des haftungsrechtlichen Bereichs zwischen Vertrag und Delikt sieht. Dazu ausführlich im Dritten Kapitel. VI.

²⁶⁾ Und auch im BGB bestehen Unterschiede, so etwa die Erfüllungsgehilfenhaftung in § 278 BGB.

²⁷⁾ In Deutschland: § 278 BGB.

²⁸⁾ Vgl § 280 Abs 1 S 2 BGB, wonach im Vertragsrecht das Verschulden grundsätzlich vermutet wird.

²⁹⁾ *H. Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 155f. Im Deliktsrecht besteht hingegen nach hA keine allgemeine Handlungspflicht; s dazu *H. Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 166 mwN; *Karner* in KBB⁵ § 1294 Rz 6; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1294 Rz 3; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1294 Rz 4 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 8 Ob 227/66 SZ 39/170; 1 Ob 713/85 SZ 59/7; sowie im Vierten Kapitel. III.C. Zur Schadensabwehrpflicht im nachvertraglichen Bereich *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 161 ff.

³⁰⁾ *H. Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 155f; *Welser*, Rat 27f; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ 382 mwN; *Karner* in KBB⁵ § 1295 Rz 2 mwN; OGH 1 Ob 22/92 JBl 1993, 788; 1 Ob 562/92 SZ 65/76; 4 Ob 2259/96a SZ 69/229. Siehe hierzu für Deutschland § 823 Abs 1 BGB, aus dem sich ergibt, dass das bloße Vermögen außerhalb von Schuldverhältnissen grundsätzlich keinen Schutz genießt; dazu für viele *G. Wagner* in *MüKoBGB*⁷ § 823 Rz 370.

³¹⁾ Wie etwa in einigen Vorschriften des BGB; dazu *Hoffmann*, AcP 167 (1967) 394ff. Für Österreich OGH 4 Ob 140/77 SZ 50/137; 2 Ob 19/97a JBl 1999, 244; *Welser*, Rat 36. Siehe dazu auch *Karner* in *Kletečka/Schauer*^{1.05} § 971 Rz 6 (Stand 1. 7. 2018, rdb.at); *Parapatits* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 971 Rz 27 jeweils mwN. Siehe näher unter Drittes Kapitel. III.C.

³²⁾ *H. Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 156; *ders*, Grundfragen Rz 4/8 und 6/104; *Bollenberger* in KBB⁵ § 945 Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1294 Rz 14 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at). Siehe dazu auch unter Drittes Kapitel. III.C.

³³⁾ Siehe etwa auch die krit Darstellung von *Rother*, Haftungsbeschränkung 167 ff.

licher Ebene: So wird bereits bei der Abgrenzung, ob ein Vertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, bspw durch „Weginterpretation“ des konkreten Parteiwillens das jeweils gewünschte Ergebnis erzielt³⁴⁾ oder unterstellt, alle Gefälligkeitsverhältnisse seien ohnehin in Wahrheit als Verträge zu qualifizieren.³⁵⁾ Andererseits wird im Nachhinein aber auch versucht, die Haftung doch wieder abzuschwächen, so insb durch die Annahme konkludent vereinbarter Haftungsausschlüsse.³⁶⁾ Abweichend von der vor allem in Deutschland herrschenden Meinung wird zu Gefälligkeitsverhältnissen auch vertreten, sie seien, wie etwa die *culpa in contrahendo*, als Fallgruppe eines haftungsrechtlichen „Zwischenbereichs“ zwischen Vertrag und Delikt³⁷⁾ anzuerkennen.³⁸⁾

II. Gang der Untersuchung

Im zweiten Kapitel der Arbeit ist es zunächst erforderlich, zu klären, was unter einem Gefälligkeitsverhältnis zu verstehen ist und wie dieses von anderen Instituten, etwa einer Geschäftsführung ohne Auftrag, abzugrenzen ist,³⁹⁾ und sodann soll der Frage nachgegangen werden, wie Gefälligkeitsverhältnisse rechtlich einzuordnen sind (Drittes Kapitel).

Nach der rechtlichen Qualifikation der Gefälligkeitsverhältnisse folgt die Erörterung der einzelnen Haftungsfragen, denen der zweite Teil der Arbeit gewidmet ist (Viertes Kapitel). So ist insb fraglich, welche und wie intensive

³⁴⁾ Dazu Drittes Kapitel. IV.A.2.

³⁵⁾ ZB *Schumacher*, Gefälligkeitsverhältnisse 48 ff; *Geigel*, Seuff.Bl. 77 (1912) 37 ff; *Buske*, Gefälligkeitsvertrag 44 ff; *Von Blume*, Das Recht 1908, 650 ff; *Kallmeyer*, Gefälligkeitsverhältnisse 91 f.

³⁶⁾ Siehe dazu unter Drittes Kapitel. III.B.

³⁷⁾ Zum Zwischenbereich *H. Koziol*, JBl 1994, 209 ff; weiters *A. Michalek*, Haftung des Bergsteigers 49 ff; *Karner* in FS Koziol 696 ff; *Brawenz*, Prospekthaftung 44; ausdrückliche Anerkennung des Zwischenbereichs auch in OGH 3 Ob 509/95 JBl 1995, 522 = ÖBA 1995, 986; für Deutschland *Canaris* in FS Larenz zum 80. Geburtstag 84 ff; *ders*, Tätigkeit 96, 99 f, der allerdings die *culpa in contrahendo* mit dem Grundgedanken der Vertrauenshaftung rechtfertigt und sie deshalb auf den rechtsgeschäftlichen Bereich beschränken will; *Picker*, AcP 183 (1983) 369 ff; *G. Wagner* in MüKoBGB⁷ § 823 Rz 378. Siehe auch bereits *Wilburg*, Elemente 162 ff, 281 ff, der die Trennung zwischen Vertrag und Delikt kritisiert und darauf hingewiesen hat, dass neben Vertragsverhältnissen auch noch andere, zT schwächere Gemeinschaftsverhältnisse bestehen. Dazu insb im Zusammenhang mit Gefälligkeitsverhältnissen *Abend*, Gefälligkeitsschuldverhältnis 150 ff. Siehe auch den historischen und rechtsvergleichenden Überblick über das Verhältnis von Vertrag und Delikt bei *Immenhauser*, Vertrag und Delikt 1 ff.

³⁸⁾ So grundlegend *H. Koziol*, JBl 1994, 218; für den Bereich der Bergtouren näher *A. Michalek*, Haftung des Bergsteigers 57 ff. Ähnl *Hoffmann*, AcP 167 (1967) 400; sowie *Reuss*, AcP 154 (1955) 500, 524, der davon ausgeht, dass es gewisse Abreden gebe, die zwar noch keine „echten“ Verträge seien, deren Rechtswirkungen aber über die rein gesellschaftlichen Abreden hinausgingen und insofern eine Zwischenstellung einnehmen. Auch er spricht von einem „Band“ mit „Zwischenlinien“.

³⁹⁾ Dazu bereits *Hilbert*, Geschäft 84 ff; *Schäfer* in MüKoBGB⁷ § 677 Rz 96; sowie *Holzmann*, Gefälligkeitsverhältnisse 25 ff.

Pflichten die Partner des Gefälligkeitsverhältnisses treffen. Geklärt werden soll auch, in welchem Umfang sich der Gefällige fremdes Verhalten zurechnen lassen muss und ob die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB Anwendung findet – insgesamt also, ob die vertraglichen oder die deliktischen Regeln anzuwenden sind oder aber eine „Mischanwendung“ der jeweiligen Regelungen angezeigt erscheinen kann. Weitere Fragen, denen in diesem Zusammenhang nachzugehen ist, betreffen vor allem die Möglichkeit eines – allenfalls auch konkludenten – Haftungsausschlusses, die Relevanz des Bestehens einer Haftpflichtversicherung⁴⁰⁾ sowie die Frage, ob auch der Gefällige selbst oder dritte Personen Ersatz ihrer Schäden verlangen können, die durch die Erbringung der Gefälligkeit entstehen. Dabei sollen auch verschiedene praktisch besonders relevante Fallgruppen, wie etwa die übernommene Aufsicht für Kinder,⁴¹⁾ nachbarschaftliche Verhältnisse,⁴²⁾ das gemeinsame Bergsteigen⁴³⁾ oder die sonstige gemeinsame Ausübung gefährlicher Sportarten sowie „Gentlemen’s Agreements“⁴⁴⁾ und die sogenannte „Gefälligkeitsfahrt“⁴⁵⁾ unterschieden und näher untersucht werden und die zuvor gewonnenen Erkenntnisse auf die jeweilige Konstellation angewendet werden.

Bei den nachstehenden Untersuchungen wird vielfach auf die deutsche Judikatur und Literatur eingegangen, weil auch der OGH und die österreichische Lehre – auch wegen der insofern vergleichbaren Rechtslage – auf die in Deutschland herausgearbeiteten Grundsätze rekurrieren,⁴⁶⁾ an passenden Stellen wird daneben auch auf die Rechtslage in der Schweiz⁴⁷⁾ eingegangen.

⁴⁰⁾ Dazu zB *Grigoleit*, *VersR* 2018, 783f; *Schwerdtner*, *NJW* 1971, 1673ff; *Rother*, *Haftungsbeschränkung* 176; *Krämer* in *FS Kreft* 90f sowie ausführlich unter Drittes Kapitel. III.B.

⁴¹⁾ Siehe etwa OLG Nürnberg 2 U 29/60 *VersR* 61, 571; BGH VI ZR 135/67 *NJW* 1968, 1874; OLG Celle 9 U 36/86 *NJW-RR* 1987, 1384. Für die Schweiz Bundesgericht 4A 275/2011 BGE 137 III 539. Zur Aufsicht über fremde Kinder etwa auch *Weimar*, *MDR* 1962, 356. Siehe auch unter Viertes Kapitel. III.D.3.

⁴²⁾ Dazu s unter Viertes Kapitel. III.D.2.

⁴³⁾ Siehe hierzu bereits *A. Michalek*, *Haftung des Bergsteigers*; *Galli*, *Haftungsprobleme*; *Stabentheiner*, *JBl* 2000, 273 sowie unter Viertes Kapitel. III.D.4.

⁴⁴⁾ Zum Begriff weitergehend auch *Bahntje*, *Gentlemen’s Agreement* 15ff. Dazu auch *Kocholl*, *Volunteers* 93ff; *Walch*, *SPRW* 2014, 155ff; *Schopper*, *Nachvertragliche Pflichten* 125ff; *H. Koziol*, *Grundfragen Rz* 4/10; *Reuss*, *AcP* 154 (1955) 485ff. Siehe dazu näher Zweites Kapitel. I.D.2. sowie Viertes Kapitel. III.D.6.

⁴⁵⁾ Behandelt zB bei *Rötzer*, *Uneigennützigkeit* 18ff; *Rother*, *Haftungsbeschränkung* 169f; *Eimer*, *Gefälligkeitsfahrt* 26ff; *Etzbach*, *Gefälligkeit* 7ff; *Schumacher*, *Gefälligkeiten* 63ff etc. Siehe auch *Witschen*, *AcP* 219 (2019) 301 mwN; BGH III ZR 57/51 BGHZ 2, 159; VI ZR 189/59 BGHZ 34, 355; VI ZR 178/77 *NJW* 1979, 414; OLG Hamm 13 U 34/07 *NJW-RR* 2007, 1517. Dazu näher unter Viertes Kapitel. III.D.5.

⁴⁶⁾ ZB OGH 7 Ob 233/03w *SZ* 2003/155; 2 Ob 300/03m; *Walch*, *SPRW* 2014, 155ff; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*^{1.04} § 863 Rz 7 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

⁴⁷⁾ Zu Gefälligkeitsverhältnissen in der Schweiz etwa *Jegher*, *recht* 2018, 246ff. In der Schweiz werden statt der Begriffe „Gefälligkeitsverhältnis“ bzw „Gefälligkeit“ teilweise auch die Begriffe „rapport de complaisance“ bzw „acte de complaisance“ verwendet, s etwa *Müller* in *BK¹ Einl Art* 1–18 *Rz* 273, 276.

Zweites Kapitel: Der Begriff des Gefälligkeitsverhältnisses

I. Begriffsbestimmung und Abgrenzungen

A. Definition eines Gefälligkeitsverhältnisses

In der folgenden Untersuchung wird unter einem Gefälligkeitsverhältnis⁴⁸⁾ ein Verhältnis verstanden, in dem der Gefällige dem Gefälligkeitsempfänger freiwillig eine Leistung erbringt, ohne zu ihr verpflichtet zu sein.⁴⁹⁾ Dabei wird also unentgeltlich⁵⁰⁾ – ohne Gegenleistung⁵¹⁾ – und ohne rechtliche Verpflichtung ein objektiver Nutzen für einen anderen bewirkt.⁵²⁾

⁴⁸⁾ Der Begriff ist freilich nicht ganz klar konturiert, weil auch ein Vertrag erfasst sein könnte, der aus Gefälligkeit geschlossen wird. Mit der Verwendung dieses Begriffs soll jedoch an die bestehende Diskussion in Österreich, Deutschland und der Schweiz angeknüpft werden. Aus Konsistenzr erwägungen und Zweckmäßigkeitgründen empfiehlt sich daher eine Fortführung dieser Begriffswahl.

⁴⁹⁾ Zum Begriff auch *Witschen*, AcP 219 (2019) 301; *Rötzer*, Uneigennützigkeit 6; *Krebs*, Sonderverbindung 162 spricht von „Leistungserbringung ohne rechtliche Verpflichtung und ohne Rechtsbindungswillen“. Zum Begriff der Gefälligkeit auch ausführlich *Kost*, Gefälligkeit 21 ff. Vgl die Definition des Duden, www.duden.de/rechtsschreibung/Gefälligkeit (abgefragt am 9.7.2019), nach dem eine Gefälligkeit ein „kleiner, aus Freundlichkeit, Hilfsbereitschaft erwiesener Dienst“ sei. Eine relativ frühe, freilich eher rechtsphilosophische Untersuchung der Uneigennützigkeit in Österreich unternahm *Bartsch*, Uneigennützigkeit 4 ff. Ihm zufolge hätte die Uneigennützigkeit als solche erst mit der Entwicklung der modernen kapitalistischen Rechts- und Wirtschaftsverfassung als privatrechtliches Problem an Bedeutung gewonnen. Zum verwandten Problem der *Kulanz Richter*, *Kulanz* 1 ff. Zur Freiwilligenarbeit bei Sportveranstaltungen *Kocholl*, *Volunteers* 93 ff. Zur notwendigen Zustimmung des Gefälligkeitsempfängers als Abgrenzungsmerkmal zur GoA s sogleich unter I.D.3.

⁵⁰⁾ *Walch*, SPRW 2014, 157 mwN; *Cramer*, Gefälligkeitsverträge 1 ff. Siehe dazu auch *H. Koziol*, *Haftpflichtrecht* II³ 564 f im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Tatbestandsmerkmals „gegen Belohnung“ iSd § 1300 S 1 ABGB. AA RG Rep. VI 288/34 JW 1935, 1021; *Höniger*, *Gemischte Verträge* 217; *Rother*, *Haftungsbeschränkung* 168. Auf das Problem digitaler Leistungen ohne ausdrücklich vereinbartes Entgelt (oder etwa die Hingabe persönlicher Daten als „Gegenleistung“) soll in dieser Arbeit nicht eingegangen werden; s hierzu überblicksartig *Grigolet*, *VersR* 2018, 786, der grob danach differenziert, ob der Leistungsanbieter aus dem digitalen Kontakt einen kommerziellen Nutzen zieht. Siehe auch die Diskussion um das Kriterium der Entgeltlichkeit im Datenschutzrecht bei *Schmidt-Kessel/Grimm*, *ZfPW* 2017, 84 ff und *Wendehorst/v. Westphalen*, *NJW* 2016, 3745 ff sowie für Österreich *Zöchling-Jud/Forgo*, 20. ÖJT II/1 239 ff.

⁵¹⁾ Zum Begriff der Unentgeltlichkeit bzw Entgeltlichkeit zB *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 917 Rz 1 ff mwN. Für Deutschland zB *Liebisch*, *Zuwendungen* 1 ff; *Ernst* in *FS Picker* 139 ff. Dazu ausführlich unter I.D.1.b.

⁵²⁾ Dazu *Abend*, *Gefälligkeitsschuldverhältnis* 10, der von „Leistung“ bzw „Gefälligkeit“ spricht; *Holzmann*, *Gefälligkeitsverhältnisse* 20. Zum Begriff des Gefälligkeitsverhältnisses weiters etwa *Hürlimann-Kaup*, *Gefälligkeit* 3, 5 ff.

In einem weiteren Verständnis kann „Gefälligkeit“ auch im Sinne von unentgeltlichen Verträgen – in Deutschland bezeichnenderweise „Gefälligkeitsverträge“ genannt⁵³⁾ – aufgefasst werden, bei denen haftungsrechtlich andere Maßstäbe gelten können als bei entgeltlichen Verträgen, etwa durch eine Haftungsminderung auf grobes Verschulden oder eine Herabsetzung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs.⁵⁴⁾ *Olzen* etwa hat auf die unterschiedliche Bedeutung des Wortes „Gefälligkeit“ je nach Verwendungszusammenhang hingewiesen: Bei „Gefälligkeitsverträgen“ im Sinne des BGB bedeute es, dass die schuldnerischen Leistungen verbindlich seien, aber unentgeltlich erbracht würden, hier stehe „gefällig“ für „nicht-gewinnbringend“. Im Zusammenhang mit „Gefälligkeitsverhältnissen“ bedeute es, dass die Leistungen unverbindlich erbracht würden, hier stehe „gefällig“ für „nicht-verpflichtend“.⁵⁵⁾

Auch wenn bisweilen Vergleiche zwischen unentgeltlichen Verträgen und Gefälligkeitsverhältnissen gezogen werden, sollen doch die oben beschriebenen Gefälligkeitsverhältnisse den Schwerpunkt dieser Arbeit bilden.

B. Bedeutung des „altruistischen Motivs“ in der Literatur

Bei der Untersuchung von Gefälligkeitsverhältnissen durch die Rechtsdogmatik wird vielfach betont, dass einem Gefälligkeitsverhältnis „altruistisches“ oder uneigennütziges Handeln immanent sei.⁵⁶⁾ Jemand anderem „einen Gefallen“ tun zu wollen, müsse also jedenfalls das Motiv des Tätigwerdens sein.⁵⁷⁾

Daran anknüpfend könnten verschiedene Konstellationen diskutiert werden, wie dies auch verschiedentlich in der Literatur unternommen wurde, etwa ob es ausreiche, dass zwar – selbstverständlich – der Gefällige dieses Motiv kenne, dieses aber dem anderen, dem Gefälligkeitsempfänger, nicht bewusst sei. Die Gefälligkeit als bloßer Beweggrund, der nicht nach außen trete, sei unerheblich.⁵⁸⁾ Sie müsse sich aus Gründen des Verkehrsschutzes für einen objektiven Durchschnittsbetrachter zumindest schlüssig aus den Umständen

⁵³⁾ Stellvertretend für viele *Bachmann* in MüKoBGB⁸ § 241 Rz 182.

⁵⁴⁾ Bspw in den §§ 521, 599 BGB. Hierzu *Medicus* in FS Odersky 594 ff; *Grigoleit*, VersR 2018, 778; für Österreich etwa *H. Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 158. Vgl auch für die Schweiz Art 248 OR. Ausführlich dazu unter Drittes Kapitel. III.C.

⁵⁵⁾ *Olzen* in *Staudinger* § 241 Rz 71.

⁵⁶⁾ *Walch*, SPRW 2014, 155 ff; *Abend*, Gefälligkeitsschuldverhältnis 13; *Kallmeyer*, Gefälligkeitsverhältnisse 13 f; *Naber*, Gefälligkeitsverhältnisse 2 f. Vgl zum Altruismus *Landes/Posner*, Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (1978) 93: „We define a rescuer as altruistic if he is willing to supply rescue services in the absence of any expectation of being compensated for doing so.“

⁵⁷⁾ *Naber*, Gefälligkeitsverhältnisse 2 f; *Welser*, Rat 39. Handelt der Gefällige auch in eigenem Interesse, so schließt dies eine Gefälligkeit aus. Vgl auch *Grigoleit*, VersR 2018, 788.

⁵⁸⁾ So zB *Naber*, Gefälligkeitsverhältnisse 4 mwN; *Keilmann*, Last 80 f; *Abend*, Gefälligkeitsschuldverhältnis 13.