

Die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen

MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale), Universität Innsbruck

A. Einführung

Der Beitrag versucht wiederzugeben, was ich bei meinem Vortrag auf der GJZ-Tagung gesagt haben könnte.¹ Demnach wird der Vortragscharakter so weit wie möglich beibehalten.² Für den Leser und die Leserin, die nicht an der Tagung teilnahmen, muss vorab darauf hingewiesen werden, dass Vortrag und Beitrag weder das Ziel noch den Anspruch verfolgen, ein ausziseliertes System der Gefälligkeitsverhältnisse zu präsentieren. Ein Unterfangen, das angesichts der beschränkten Redezeit und nunmehr einer Zeichenbegrenzung ohnedies ein untauglicher Versuch wäre. Stattdessen stellt der Beitrag einige Überlegungen an, die den Ausgangspunkt für weitere Gedanken bilden können.

B. Was sind Gefälligkeitsverhältnisse?

Die meisten Leser werden eine ungefähre oder sogar eine konkrete Vorstellung von Gefälligkeitsverhältnissen haben. Zu denken ist etwa an die nette Nachbarin, die während der urlaubsbedingten Abwesenheit den Rasen wässert;³ an den WG-Mitbewohner, dem ein Wellensittich während der Studienreise übergeben wird;⁴ an die Anhalterin, die mit

-
- 1 Als kleine Reminiszenz an den Tagungsbeitrag *Oberhammer*, Einstweiliger Rechtsschutz zur Durchsetzung syndikatsvertraglicher Stimmpflichten, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hg), *Die Verbandsverfassung* (Wien 2013) 63 (63).
 - 2 Auch die Nachweise werden auf das Notwendige beschränkt.
 - 3 BGH NJW-RR 2017, 272; vgl *Leenen/Häublein*, BGB Allgemeiner Teil³ (Berlin 2021) § 4 Rn 51 (Blumen gießen); krit., aber m.E. etwas lebensfern, *Witschen*, Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten, AcP 219 (2019), 300 (305 f).
 - 4 Vgl *Bieder* in Staudinger, BGB (Berlin 2020) § 688 Rn 1.

dem PKW einige Kilometer kostenlos mitgenommen wird⁵ oder an die gemeinsame Kletterpartie unter Freunden in den Tiroler Bergen. Ganz allgemein kann man bei einem Gefälligkeitsverhältnis von einer Beziehung sprechen, die auf sozialem Kontakt beruht und sich von einem Schuldverhältnis vor allem durch die fehlende rechtliche Verbindlichkeit unterscheidet.⁶

Der Begriff des Gefälligkeitsverhältnisses ist allerdings ein „false friend“, weil er in unpräziser Weise mit Handeln aus Gefälligkeit i.S. von altruistischem, selbstlosem und freigiebigem Handeln assoziiert wird. Für die Gefälligkeitsverträge (Schenkungen; Leihe; Verwahrung) trifft dieses Verständnis zu, weil die leistende Person unentgeltlich handelt.⁷ Auch bei Gefälligkeitsverhältnissen wird praktisch ganz häufig altruistisch gehandelt. Jedoch ist altruistisches Handeln keine unbedingte Voraussetzung eines Gefälligkeitsverhältnisses und das Gefälligkeitsverhältnis wird demnach auch nicht dadurch definiert.⁸

Charakteristisches Wesensmerkmal des Gefälligkeitsverhältnisses ist vielmehr, dass die Parteien zwar eine Vereinbarung treffen, es ihnen aber an einem Rechtsbindungswillen mangelt,⁹ sodass es sich nur um eine tatsächliche Willensübereinstimmung handelt, die rechtlich nicht verpflichtend ist.¹⁰ Um es „dogmatisch“ auszudrücken: Aufgrund des fehlenden Rechtsbindungswillens geben die Parteien keine Willenserklärungen ab,¹¹ sodass der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts (Vertrags)

5 Vgl. zur Gefälligkeitsfahrt BGH NJW 1992, 498; BGH NJW 1968, 1874; ebenfalls BGHZ 206, 254, auf die noch zurückzukommen ist; wenig überzeugend BGHZ 46, 313.

6 Vgl. *Bachmann* in Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II⁹ (München 2022) § 241 Rn 232.

7 *Olzen* in Staudinger, BGB (Berlin 2019) § 241 Rn 71; *Kolbitsch*, Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis (Wien 2020) 10; der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass altruistisches nicht unbedingt mit unentgeltlichem Handeln gleichzusetzen ist.

8 Siehe dazu noch unten bei und in Fn 27.

9 Siehe nur BGHZ 21, 102; *Sutschet* in Hau/Poseck, BeckOK BGB⁶⁰ (München 2021) § 241 Rn 18; *Häublein* in Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V⁸ (München 2020) Vor § 535 Rn 18; *Mansel* in Stürner (Hg), Jauernig, BGB¹⁸ (München 2021) § 214 Rn 24.

10 *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 71; *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 9.

11 *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 12.

von vornherein nicht erfüllt ist.¹² Mangels eines Rechtsgeschäfts entsteht kein (rechtsgeschäftliches) Schuldverhältnis und demnach auch keine schuldrechtlichen Ansprüche.¹³

Ob ein Rechtsbindungswille vorliegt, ist mittels Auslegung der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln. Der BGH stellt nicht auf den – nicht in Erscheinung getretenen – inneren Willen des Leistenden ab, sondern darauf, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Rechtsbindungswillen schließen durfte.¹⁴ Kriterien sind nach der Rechtsprechung etwa die Art der Gefälligkeit, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung, sowie die Umstände, unter denen sie erwiesen wird.¹⁵ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen.¹⁶ Zu ergänzen ist allerdings, dass bei engen persönlichen Beziehungen tendenziell eher von einem fehlenden Rechtsbindungswillen auszugehen ist.¹⁷ Selbst wenn größere Vermögenswerte auf dem Spiel stehen, wäre die Annahme eines Rechtsbindungswillens bei einer engen Bindung häufig eine reine Fiktion. Prüfstein für den Rechtsbindungswillen ist die (hypothetische) Frage, ob die Parteien davon ausgingen, dass die versprochene Leistung notfalls gerichtlich erzwingbar sein soll – und diese Frage muss häufig verneint werden. Präziser geht es eigentlich darum, ob die Vereinbarung rechtlich verbindlich sein soll,¹⁸ sodass die

12 Vgl. *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 8 Rn 22 zur Offerte und allgemein zur Willenserklärung als Tatbestand des Rechtsgeschäfts in § 7 Rn 1.

13 Deutlich z.B. *Krebs* in Dauner-Lieb/Langen (Hg), BGB⁴ (Baden-Baden 2021) § 241 Rn 12: Das Gefälligkeitsverhältnis ist kein Schuldverhältnis i. S. von § 241 Abs. 1 BGB; *Schmidt* in Staudinger, BGB (Berlin 1995) Einl. § 241 ff Rn 218.

14 StRsp; grundlegend bereits BGHZ 21, 102; ferner z.B. BGH NJW 2012, 3366.

15 Ausführlich *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 83 ff.

16 Strenger *Schäfer* in Sacker/ Rixecker/ Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI⁸ (München 2020) § 662 Rn 27.

17 So auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 242; vgl. OLG Köln BeckRS 2017, 117614 (wobei näher zu prüfen wäre, ob nicht auch beim Gefälligkeitsverhältnis ein Auskunft- und Rechenschaftsanspruch besteht); OLG Schleswig BeckRS 2014, 12054; einschränkend *Riesenhuber* in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hg), beck-online.Großkommentar Zivilrecht (München 2021) § 662 Rn 56 ff (schwach-ches Indiz).

18 *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 14; denn einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung kann auch die Klagbarkeit genommen werden (vgl. Fn 30). Zu kurz greift es, nur von einer verbindlichen Vereinbarung zu sprechen, weil es sich auch

gerichtliche Erzwingbarkeit genau genommen nur ein Indiz ist. Praktisch stellt sich überdies das Problem, dass auch Gefälligkeitsverträgen wie der Schenkung regelmäßig die Klagbarkeit fehlt,¹⁹ sodass dieses Indiz für sich nicht ausreichend ist²⁰ und weitere Umstände hinzugezogen werden müssen.²¹

Gerade im Bereich der Familie, der Lebensgemeinschaften und der engen Freundschaften dürften Gefälligkeitsverhältnisse praktisch überaus verbreitet sein.²² Vor Gericht spielen sie vor allem deshalb eine geringe Rolle, weil sich die Sanktionen im sozialen Bereich abspielen und häufig aufgrund der fehlenden Klagbarkeit nicht einmal gerichtlich geltend gemacht werden können. Wer z.B. wiederholt unentschuldig nicht zu einer vereinbarten Klettertour oder einem Abendessen erscheint, wird im Freundeskreis als unzuverlässig gebrandmarkt, aber nicht geklagt.

C. Anwendungsbereich von Gefälligkeitsverhältnissen

Nähert man sich Gefälligkeitsverhältnissen, stellt sich zunächst die Frage, ob es einen privaten Bereich gibt, der nicht mittels eines Vertrags, sondern nur durch Gefälligkeitsvereinbarungen geregelt werden kann. Vor allem im älteren Schrifttum finden sich Stimmen, welche die Frage eindeutig bejahen.²³ Solch einen privaten Bereich mag es vielleicht

um eine soziale Gebundenheit handeln kann, d.h. die Leistung nicht ins Belieben der versprechenden Partei gestellt wird, sondern diese gebunden sein soll, aber eben nicht rechtlich.

19 Vgl. eindrucklich, aber m.E. mit zu weitgehenden Folgerungen, *Grigoleit*, Untergeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse – Die Perspektive des Haftungsrechts, VersR 2018, 769 (781 f.).

20 BGHZ 21, 102; vgl. auch *Schäfer* (Fn 16) § 662 Rn 24.

21 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rz 241; die Abgrenzungsprobleme relativieren sich, weil sich – den deliktischen Bereich ausgeklammert – die Rechtsfolgen insoweit nicht wesentlich unterscheiden, als die Leistung eben nicht gerichtlich erzwungen werden kann (darauf hinweisend *Flume*, Das Rechtsgeschäft [Berlin 1965] 84).

22 Vgl. NJW 1992, 498; *Riesenhuber* (Fn 17) § 662 Rn 56.

23 *Von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1 (München 1914) 144 in Fn 5, 170 und 181 f.; *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21) 82 ff.; krit. dazu statt vieler *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 80.

geben (zum höchstpersönlichen Bereich siehe sogleich).²⁴ So erscheint es bspw. in der Tat absurd, eine Freundschaft vertraglich zu verankern. Der Bereich wird aber klein sein. Um im Beispiel der Freundschaft zu bleiben, muss es zulässig sein, Tätigkeiten zum Gegenstand eines Vertrags zu machen, die eigentlich Ausfluss einer Freundschaft wären: Eine Vereinbarung zum Mittagessen wird meist reinen Gefälligkeitscharakter haben und zwar selbst bei nicht befreundeten Geschäftspartnern, die beim Mittagessen Geschäftliches besprechen wollen. Wer nicht erscheint, setzt sich keinen rechtlichen Sanktionen aus. Legt aber z.B. jemand Wert darauf, von der sogenannten High Society bei einem „freundschaftlichen“ gemeinsamen Mittagessen mit einem Opernstar im Rahmen der Salzburger Osterfestspiele gesehen zu werden, kann er mit ihr ohne weiteres einen Vertrag über ein Mittagessen vereinbaren. Ebenso kann ein österreichischer Bauunternehmer, der jährlich zum Wiener Opernball einen Stargast einlädt, die Vereinbarung einer vertraglichen Regelung mit Rechten (Entgelt) und Pflichten (Anwesenheit zumindest bis zur Mitternachtseinlage des Balls) zuführen.

Selbstredend gibt es einen höchstpersönlichen Bereich, der einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich sein soll,²⁵ vor allem weil die rechtlichen Sanktionen nicht gewollt sind. Zu denken ist an die Vereinbarung, im Rahmen einer Lebensgemeinschaft die Empfängnisverhütung sicherzustellen.²⁶ Soweit mit Gefälligkeitsverhältnissen ohnedies keine Rechtsfolgen verbunden sind (Pkt. E.), erscheinen Gefälligkeitsvereinbarungen insoweit weniger bedenklich, doch könnte es auch für diese Grenzen geben.

Die „spiegelverkehrte“ Frage lautet, ob jene Sachverhalte, die gemeinhin mittels eines Vertrags geregelt werden, alternativ durch Gefälligkeitsverhältnisse geregelt werden können. Ausgehend von der (auch) hier gefundenen Definition ist die Frage eindeutig zu bejahen. Treffen die Parteien eine Vereinbarung ohne Rechtsbindungswillen, liegt zwar

24 Weniger vorsichtig als hier *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 238: „Es gibt deshalb auch keine Lebensbereiche, die als Gegenstand einer rechtlichen Vereinbarung von vornherein ausscheiden.“; damit soll nicht dem sogenannten objektiven Ansatz (siehe nur *Schmidt* [Fn 13], Einl. §§ 241 ff Rn 227) das Wort geredet werden, der sich zurecht gegenüber dem subjektiven Ansatz (Abstellen auf den Rechtsbindungswillen) nicht durchgesetzt hat. Er könnte aber einen wahren Kern beinhalten.

25 Vgl insoweit *von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 182.

26 BGHZ 97, 372; *Leenen/Häublein* (Fn 3) § 5 Rn 14 f.

eine Vereinbarung, aber eben kein Vertrag vor. Wird eine Gegenleistung vereinbart, ist dies ein deutliches Indiz für einen Rechtsbindungswillen.²⁷ Steht aber fest, dass kein Rechtsbindungswille vorhanden ist, weil dies z.B. explizit klargestellt wird, handelt es sich um ein Gefälligkeitsverhältnis.²⁸ Beispiel: A wässert den Rasen seines Nachbarn B; „im Gegenzug“ leert B regelmäßig den Briefkasten von A, während dieser zur Kur weilt, um keine Einbrecher durch den überfüllten Briefkasten anzulocken. Steht fest, dass A und B keinen Vertrag wollen, handelt es sich um ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis.²⁹ Praktisch relevant sind vor allem *gentlemen's agreements*, bei denen es den Parteien von vornherein an einem Rechtsbindungswillen fehlt, wenn und weil sie sich nur durch ein Ehrenwort verpflichten, und die daher ein Gefälligkeitsverhältnis bilden.³⁰

Die Grenzen einer Regelung durch Gefälligkeitsverhältnisse liegen dort, wo zwingendes Recht in unzulässiger Weise „umgangen“ werden

-
- 27 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 240: „*Entgeltlichkeit* indiziert den Rechtsbindungswillen“; *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 770 u. 781; vgl dazu auch i.Z. mit der *Consideration Barnett*, *A Consent Theory of Contract*, *Columbia Law Review* 86 (1986) 269 (313); *Whittier*, *The Restatement of Contracts and Consideration*, *California Law Review* 18 (1930) 611 (613); geringfügige Gegenleistungen können außer Acht gelassen werden (so *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19] 185) bzw. – präziser – sind kein oder nur ein schwaches Indiz, wobei es sich auch hier um eine Auslegungsfrage handelt (*Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis [Fn 7] 16).
- 28 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 237: „*Andererseits kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass dieser Wille entscheidend sein muss, wenn er klar zutage getreten ist*“; vgl *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 13; a.A. *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 18 (wobei *gentlemen's agreements* zulässig sein sollen); *Olzen* (Fn 7) § 241 Rn 72; zu weit daher z.B. BGHZ 21, 102: „*Eine Gefälligkeit setzt begriffsnotwendig die Unentgeltlichkeit der Leistung voraus*“.
- 29 Vgl auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 232.
- 30 Vgl *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (Wien 2009) 128; *Walch*, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, *Spektrum der Rechtswissenschaft* 2014, 153 (156); *Schmidt* (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 239; davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, bei denen ein Schuldverhältnis intendiert ist, jedoch die Klagbarkeit ausgeschlossen sein soll (*Olzen* [Fn 7] § 241 Rn 90). Dogmatisch ist solch ein *pactum de non petendo* etwas völlig anderes als ein Gefälligkeitsverhältnis, weil dort der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts erfüllt ist, jedoch eine Rechtsfolge (Klagbarkeit) modifiziert werden soll (ob, wann und inwieweit dies zulässig ist, sind andere Fragen), während beim Gefälligkeitsverhältnis der Tatbestand eines Rechtsgeschäfts von vornherein nicht erfüllt ist.

soll. Aus meiner Sicht ist es unproblematisch,³¹ wenn der Häuslbauer A mit dem ebenfalls hausbauenden B vereinbart, dass im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses A die Badinstallationen beim Haus von B vornimmt, während sich B um die Elektronik im Haus von A kümmert. In Österreich – zumindest in Tirol – wurden in der Nachkriegszeit ganze Siedlungen auf solch einer Gefälligkeitsbasis errichtet. Dagegen kann ein Arbeitgeber nicht einfach zwingende Arbeitsrechtsvorschriften umgehen, indem seine Arbeitnehmer rechtlich nur noch auf Gefälligkeitsbasis für ihn arbeiten. Ebenso kann ein Online-Händler selbstredend keine Verbraucherschutzvorschriften umgehen, indem er nur noch (gegen Vorkassa) auf Gefälligkeitsbasis ausliefert.

D. Zurückhaltung des Gesetzgebers bei Gefälligkeitsverhältnissen?

Durchaus berechtigt ist die Frage, ob sich der Gesetzgeber beim privaten Bereich, der gemeinhin durch Gefälligkeitsverhältnisse geregelt wird, zurückhalten soll. Damit ist die „Verrechtlichung“ des privaten Bereichs angesprochen. Entstehung, Abwicklung und Sanktionierung könnten ausschließlich dem sozialen Bereich überlassen werden.

Aus rechtsvergleichender Sicht ist das Consideration Requirement des Common Law bemerkenswert (vgl. etwa Sec. 71 of the Second Restatement of Contracts in den USA).³² Stark vereinfacht geht es darum, dass ein (vertragliches) Versprechen nur³³ dann rechtlich durchsetzbar ist, wenn es mit einer Gegenleistung verbunden ist. Damit fehlt Schenkungsversprechen im Grundsatz die Klagbarkeit. Das Consideration Requirement ist historisch gewachsen.³⁴ Jedoch wird bis heute daran festgehalten und versucht, diesem sinnvolle Normzwecke zuzuschreiben.³⁵ Das Consideration Requirement kann etwa so verstanden wer-

31 Die steuerrechtliche Seite bleibt ausgeklammert.

32 Auf diese Parallele hinweisend, aber mit etwas anderer Stoßrichtung, *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 770.

33 Ein Versprechen kann auch dann durchsetzbar sein, wenn es „under seal“ abgegeben wird, wobei es sich allerdings um eine altmodische Erscheinung handelt. Diese kann in diesem Rahmen ausgeklammert bleiben.

34 Vgl zur historischen Entwicklung Court of Appeals of the State of New York 24.2.1981, 52 N.Y.2d 291 (N.Y. 1981) – *Holt v. Feigenbaum*.

35 Vgl z.B. *Fuller*, Consideration and Form, Columbia Law Review 41 (1941) 799.

den, dass es Gerichtskosten für die Allgemeinheit vermeiden will.³⁶ Wären Schenkungsversprechen klagbar, müssten nämlich auch flankierende Regelungen geschaffen werden, welche die Widerrufbarkeit bei grobem Undank oder bei Bedürftigkeit des Schenkers ermöglichten (vgl. für Deutschland § 528 BGB und § 530 BGB). Für das Gericht und die Parteien könnte es mühsam sein, zu eruieren, ob die Voraussetzungen für den Widerruf vorlägen. Das Consideration Requirement verhindert dies – zumindest bei noch nicht erfüllten Schenkungsversprechen – weil diese Versprechen von vornherein nicht klagbar sind und bei Undank oder Bedürftigkeit eben nicht erfüllt werden.

Das Beispiel der Consideration zeigt ganz allgemein, dass der Staat bestimmten Versprechen oder Vereinbarungen die Durchsetzbarkeit deshalb verweigern kann, weil er eine rechtliche Flankierung nicht als notwendig erachtet. Konkret zu Gefälligkeitsverhältnissen in Deutschland vertrat bspw. *von Thur*:

„Dabei ist nicht an Zusagen zu denken, welche vermöge ihres Inhaltes außerhalb des Rechtsgebietes liegen, z. B. Einladungen zum Mittagessen, Zusagen der Mitwirkung bei einer Liebhaberaufführung usw. Solche Versprechungen würden, auch wenn sie rechtlich verbindlich gemeint wären, der Rechtswirkung ermangeln, weil die versprochene Handlung nicht geeignet ist, Gegenstand eines Rechtsverhältnisses zu sein, oder, wie man auch sagen kann, weil das Interesse des Gläubigers keinen rechtlichen Schutz [!] verdient.“³⁷

Diese Ansicht hat sich jedoch zurecht nicht durchgesetzt. Auch wird sich für den deutschen Rechtskreis schwerlich ein Prinzip etablieren lassen, wonach aus Kostengründen altruistische Vereinbarungen keinen Schutz durch die Rechtsordnung erfahren sollen. Zwar ist ein Beschenkter (Geschenknehmer) in einer schwächeren Position als ein gewöhnlicher Gläubiger.³⁸ Das Schenkungsversprechen ist aber – wenn die Form eingehalten wird (§ 518 BGB) –³⁹ rechtlich durchsetzbar. Ebenso ist niemand gehindert, Kleinstbeträge einzuklagen, selbst wenn

36 Vgl. auch unter Bezugnahme auf die abweichende deutsche Regelung *Eisenberg*, *Principles of Consideration*, *Cornell Law Review* 67 (1982) 640 (659 ff.).

37 *Von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 170.

38 Vgl. ausführlich *Grigoleit*, *Unentgeltliche Verträge* (Fn 19) 770.

39 Primärer Normzweck ist der Übereilungsschutz, siehe nur *Koch* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV*⁸ (München 2019) § 518 Rn 1.

dies ökonomisch nicht sinnvoll ist und die Gerichte mit unverhältnismäßigen Kosten belastet. Demnach überzeugt das Argument, wonach sich der Gesetzgeber bei Gefälligkeitsverhältnissen zurückhalten soll, um Kosten zu sparen, im deutschen Rechtskreis jedenfalls nicht.

Immerhin könnte sich der Gesetzgeber auf den Standpunkt stellen, dass sich die Parteien privatautonom für ein außerrechtliches Regelungsregime entschieden haben, indem sie gerade keinen Vertrag schlossen. Wenn nun eine Partei später den Schutz des Rechts sucht, könnte sie darauf verwiesen werden, dass sie den Schutz eben in außerrechtlichen Sanktionen (z.B. sozialer Ächtung) finden muss. Dies greift aber zu kurz. Der Gesetzgeber kann und soll solchen Vereinbarungen die Klagbarkeit versagen, d.h. er soll die Einziehung der versprochenen Leistung nicht sicherstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Gesetzgeber völlig heraushält, was sich daran zeigt, dass z.B. auch Schadenersatzrecht oder Bereicherungsrecht greifen kann. Weitergehende Regelungen zur vermögensrechtlichen Seite von Gefälligkeitsverhältnissen, wie sie hier vorgeschlagen werden (Pkt. F.), sind demnach wertungsmäßig kein Systembruch.

E. Vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen

Rechtsprechung und Schrifttum beschäftigen sich in der Regel mit der deliktischen Seite von Gefälligkeitsverhältnissen.⁴⁰ Kommt jemand im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses zu Schaden, stellt sich die Frage, ob die daraus resultierenden Schadenersatzansprüche als *ex contractu* oder *ex delicto* zu qualifizieren sind. Zu denken ist etwa an den netten Nachbarn, der den Rasen während urlaubsbedingter Abwesenheit aus Gefälligkeit wässert und versehentlich einen Wasserschaden im Keller verursacht, weil er den Gartenschlauch nicht richtig zudreht.⁴¹ Fraglich ist insbesondere, ob das Gefälligkeitsverhältnis – ähnlich der *culpa*

40 Ausführlich z.B. *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 247 ff; *Wagner* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII*⁸ (München 2020) Vor § 823 Rn 93 ff; aus Österreich, aber auch für Deutschland lesenswert *Kolbitsch*, *Gefälligkeitsverhältnis* (Fn 7); vgl auch *Kerschner*, *Kolbitsch*, *Lena*: Die Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, *Juristische Blätter* 2021, 482 (Rezension).

41 BGH NJW-RR 2017, 272.

in contrahendo – ein (gesetzliches) Schuldverhältnis mit Rücksichtnahmepflichten bildet (§ 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB i. V. mit § 241 Abs. 2 BGB).⁴² Die deliktische Seite von Gefälligkeitsverhältnissen wurde – auch vom Verfasser –⁴³ bereits wiederholt ausführlich behandelt und soll daher in diesem Beitrag ausgeklammert bleiben.⁴⁴

Völlig klar ist, dass der Partner eines Gefälligkeitsverhältnisses keine Einziehungsbefugnis in dem Sinn hat, dass er die versprochene Leistung gerichtlich einklagen kann.⁴⁵ Die Leistung erfolgt aus rechtlicher Sicht freiwillig. Wer einem anderen verspricht, mit diesem am Wochenende eine Bergtour zu unternehmen, und es sich dann anders überlegt, ist an sein Versprechen nicht gebunden. Der Grund hierfür liegt nicht in einem Übereilungsschutz. Auch nicht im allgemeinen Prinzip der schwachen Position eines Gläubigers, der unentgeltlich eine Leistung erhält,⁴⁶ was sich schon daran zeigt, dass Gefälligkeitsverhältnisse (nach hier vertretener Ansicht) nicht unentgeltlich sein müssen. Vielmehr liegt der Grund schlicht darin, dass das Gefälligkeitsversprechen im Unterschied zu einer Willenserklärung keine rechtliche Bindungswirkung erzeugt. Um es wiederum etwas „dogmatischer“ auszudrücken: Ein Rechtsgeschäft zeitigt Rechtswirkungen wie die (gerichtliche) Einziehbarkeit, weil das Rechtsgeschäft erstens von den Parteien gewollt ist und zweitens die Rechtsordnung diese Rechtswirkungen anerkennt.⁴⁷ Bei einem Gefälligkeitsverhältnis ist die Rechtswirkung einer Einziehbarkeit weder von den Parteien intendiert noch – weil nicht in die Form eines Schuldverhältnisses gegossen – von der Rechtsordnung anerkannt.

Im Ergebnis geklärt ist auch, dass die einmal erbrachte Leistung aus Gefälligkeit nicht mehr ohne weiteres bereicherungsrechtlich zurück-

42 Vgl. *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 247 ff; *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 306 f.

43 *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 153.

44 Siehe die Nachweise in Fn 40.

45 *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 12.

46 Siehe Fn 38.

47 Vgl. bereits die „Definition“ des Rechtsgeschäfts in: *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich* (Berlin 1888) 126; ferner *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21), 2; *von Thur*, AT II/1 (Fn 23) 161; *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 303.

gefordert werden kann.⁴⁸ Wer einen Anhalter aus Gefälligkeit mitnimmt, kann nicht anschließend von diesem auf bereicherungsrechtlicher Grundlage ein „Beförderungsentgelt“ fordern. Nicht so klar ist hingegen, wie dies dogmatisch begründet wird.⁴⁹ Eine Ansicht setzt bei der bewussten Zahlung einer Nichtschuld an.⁵⁰ Die *condictio indebiti* nach § 814 BGB scheidet bekanntlich aus, wenn dem Leistenden bewusst war, dass keine Leistungspflicht bestand. Die sachliche Rechtfertigung für diesen Ausschluss ist in der Überlegung zu suchen, dass es sich um ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) handelt,⁵¹ das ganz allgemein keinen oder allenfalls nur einen geringen Schutz durch die Rechtsordnung verdient.⁵² Mit dieser Begründung wird man meist das gewünschte Ergebnis – Ausschluss eines Bereicherungsanspruchs – erreichen. Genau genommen spielt das Gefälligkeitsverhältnis bei dieser Begründung aber überhaupt keine Rolle. Es ändert nichts, ob eine Gefälligkeitsvereinbarung oder überhaupt keine Vereinbarung vorliegt, weil es allein auf das bewusste Erbringen der Leistung in Kenntnis des Nichtvorliegens einer Leistungspflicht ankommt. Problematisch wird dies, wenn das Gefälligkeitsverhältnis mit Wirkung *ex tunc* wegfällt (dazu noch kurz Pkt. I.). Ein – zugegeben etwas konstruiertes – Beispiel: Wanderer A will sich die Kosten für das Wandertaxi sparen und täuscht eine kleine Verletzung vor, um kostenlos vom vorbeikommenden B aus Gefälligkeit mitgenommen zu werden. B bemerkt die List später und ficht das Gefälligkeitsverhältnis wegen Arglist an – in diesem Rahmen unterstellt, dass dies zulässig ist. B erbrachte seine Leistung, obwohl er wusste, dass keine Leistungspflicht (und aufgrund der bloß kleinen Verletzung auch keine akute Hilfsbedürftigkeit) bestand, sodass eine *condictio indebiti* schwierig zu begründen ist.⁵³

48 Bachmann (Fn 6) § 241 Rn 233; Krebs (Fn 13) § 241 Rn 12; Mansel (Fn 9) § 214 Rn 25; Schmidt (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 218; Walch, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 155.

49 Offenlassend z.B. Olzen (Fn 7) § 241 Rn 73 mwN zum Meinungsstand.

50 Witschen, Gefälligkeitsverhältnisse (Fn 3) 302 f m.w.N.; vgl auch Walch, Gefälligkeitsverhältnisse (Fn 30) 155; nunmehr Bachmann (Fn 6) § 241 Rn 233.

51 BGHZ 73, 202; BGHZ 113, 98.

52 Vgl dazu z.B. auch Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Graz 1934, S. 11 („nicht schutzbedürftig“).

53 Bereicherungsrechtlich kann u.U. der Weg über die *condictio causa data, causa non secuta* gegangen werden. Der Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB greift

Vorzugswürdig⁵⁴ ist ohnedies jene Ansicht, die im Gefälligkeitsverhältnis selbst einen ausreichenden Rechtsgrund erblickt, die Leistung zu behalten.⁵⁵ Hierfür spricht schon die allgemeine Überlegung, dass Rechtsprobleme am besten dort gelöst werden sollten, wo diese anfallen. Die Leistung wird aufgrund und mit Blick auf das Gefälligkeitsverhältnis erbracht, was m. E. schon deshalb dafür spricht, dass sich die Frage des Behaltendürfens der Leistung nach dem Gefälligkeitsverhältnis richten sollte.

Uneinigkeit besteht weiters darüber, wie dieser Rechtsgrund zu verstehen ist.⁵⁶ Nach einer Ansicht haben die Parteien bei einem Gefälligkeitsverhältnis zumindest insoweit einen Rechtsbindungswillen, als die einmal erbrachte Leistung behalten werden darf.⁵⁷ Man könnte demnach von einem „Schuldverhältnis light“ sprechen. Gedanklich müsste man hier von einem Verständnis des Gefälligkeitsverhältnisses als Schuldverhältnis ausgehen,⁵⁸ von dem aber zahlreiche Eigenschaften wie die Klagbarkeit abgeschnitten werden, sodass am Ende nur ein Torso (nämlich der Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Leistung) übrig bleibt.⁵⁹ Dies würde dann für den vieldiskutierten deliktischen Bereich die Frage aufwerfen, ob das „Schuldverhältnis light“ bereits ein ausreichender rechtsgeschäftlicher Kontakt wäre, um ein gesetzliches Schuld-

hier nicht; siehe BGHZ 111, 125; *Schwab* in Sacker/Rixecker/Oetker/Limperc (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (München 2020) § 814 Rn 4; vgl i.Z. mit dem Ende der Lebensgemeinschaft, auf die noch eingegangen wird (Pkt. H.), *Löhnig* in Staudinger, BGB (Berlin 2018) Anh. §§ 1297 ff Rn 114 und Rn 118.

- 54 Dies bedeutet nicht, dass die Lösung über die bewusste Zahlung einer Nichtschuld aufzugeben ist. Beide Ansichten können m.E. nebeneinander bestehen, solange klar ist, dass bei Wegfall des Gefälligkeitsverhältnisses eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung stattfinden kann.
- 55 *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233 (im Unterschied zur Voraufgabe aber auch alternativ § 814 BGB heranziehend); *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 23; vgl *Schmidt* (Fn 13) Einl. §§ 241 ff Rn 220.
- 56 Freimütig *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 233: „die Rechtsnatur dieser Rechtsgrundabrede ist ungeklärt“.
- 57 *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 781 m.w.N.; wohl auch *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn 21) 92.
- 58 Gegen ein Verständnis der Gefälligkeit als eigener Vertragstypus *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 304.
- 59 Für ein „rechtsgeschäftliche[s] Gefälligkeitsverhältnis“ *Riesenhuber* (Fn 17) § 662 Rn 56.5, allerdings nur unter Berufung auf BGHZ 21, 102.

verhältnis mit Schutzpflichten gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB zu begründen.⁶⁰

Indessen ist ein auf das Behaltendürfen der Leistung gerichteter Rechtsbindungswille für einen tauglichen Rechtsgrund nicht einmal erforderlich. Bereits eine tatsächliche Willensübereinstimmung kann ausreichend sein. Dies zeigt ein Blick auf die *condictio ob rem* (*condictio causa data, causa non secuta*), wo die tatsächliche Willensübereinstimmung über den mit der Leistung verfolgten Zweck einen ausreichenden Rechtsgrund bildet, die Leistung (einstweilen)⁶¹ zu behalten.⁶² Demnach ist es kein Systembruch, wenn auch das Gefälligkeitsverhältnis, das definitionsgemäß nicht auf einer Vereinbarung mit Rechtsbindungswillen, sondern bloß auf einer tatsächlichen Willensübereinstimmung beruht, als tauglicher Rechtsgrund anerkannt wird.⁶³

60 Ablehnend *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge (Fn 19) 782 m.w.N.; ein gesetzliches Schuldverhältnis mit Schutzpflichten wäre bei Gefälligkeitsverhältnissen (zumindest wenn diese keinen rechtsgeschäftlichen Charakter haben, diese Kategorie ablehnend *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19] 782) auch nicht überzeugend; zur hier vertretenen Ansicht siehe (für Österreich) *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 153; vgl. auch *Bachmann* (Fn 6) § 241 Rn 252 ff.; für eine Trennung der Frage der rechtlichen Qualifikation als Schuldverhältnis und dem Bestehen von Schutzpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) auch *Schäfer* in Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (München 2020) § 705 Rn 17 (vgl. auch i.Z. mit der GoA *Bergmann* in Staudinger, BGB [Berlin 2020] Vor §§ 677 ff Rn 112).

61 Bei der *condictio ob rem* fällt dieser Zweck nachträglich weg.

62 BGHZ 197, 110; BGH NJW 2004, 512; BGH NJW 1984, 233; BGHZ 44, 321; *Stadler* in Stürner (Hg), Jauernig, BGB¹⁸ (München 2021) § 812 Rn 20; dazu krit. *Wendehorst* in Hau/Poseck, BeckOK BGB⁵⁹ (München 2021) § 812 Rn 93 („*dunkel erscheint die Rede von einer „tatsächlichen Willenseinigung“*“); a.A. *Schwab* (Fn 53) § 812 Rn 469 ff m.w.N.; die Gegenansicht, welche die Rechtsgrundabrede als vertragliche Einigung deutet („*conventio ob rem*“), wird auch beim Gefälligkeitsverhältnis eine „vertragliche“ Rechtsgrundabrede fordern (und so tatsächlich *Grigoleit*, Unentgeltliche Verträge [Fn 19], 782); m.E. zeigt auch die bewusste Zahlung einer Nichtschuld, welche die *condictio indebiti* ausschließt, dass eine Leistung u.U. auch ohne vertragliche Rechtsgrundabrede behalten werden darf.

63 *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 38 ff.

F. „Abwicklung“ von Gefälligkeitsverhältnissen

Bislang wenig beleuchtet wurde, wie Gefälligkeitsverhältnisse „abzuwickeln“ sind. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass sich bei vielen Gefälligkeitsverhältnissen keine spezifischen Abwicklungsfragen stellen. Die Leistungserbringung selbst erfolgt freiwillig und wenn die Leistung dann erst einmal erbracht wurde, gibt es keine Leistungs-„Ansprüche“ mehr, die abzuwickeln wären. Allenfalls stellt sich die Frage einer bereicherungsrechtlichen *Rückabwicklung*, wenn das Gefälligkeitsverhältnis später – aus welchen Gründen auch immer – erlischt und daher keinen tauglichen Rechtsgrund zum Behalten der Leistung mehr bildet.

Es gibt aber auch Konstellationen, bei denen die Abwicklung relevant wird. Beispiel: A bittet B, bei der Lottoannahmestelle – in Österreich: Trafik –⁶⁴ einen Tipp mit seinen Glückszahlen aufzugeben, weil am Abend ein Jackpot ausgespielt wird und A keine Zeit hat, um den Tipp selbst aufzugeben.⁶⁵ Hierbei kann es sich um einen Auftrag handeln. Häufig wird aber ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis unter Kollegen vorliegen. Völlig klar ist, dass B keine Rechtspflicht trifft, den Tipp tatsächlich aufzugeben. Vergisst B darauf oder hat keine Lust, muss sie keinerlei rechtliche Sanktionen fürchten. Dies gilt selbst dann, wenn nach der Ziehung feststeht, dass der Tipp gewonnen hätte, weil A stets die gleichen Zahlen spielt. Die fehlende Rechtspflicht unterscheidet das Gefälligkeitsverhältnis gerade vom Auftrag als zivilrechtlichem Vertrag. Wird B aber im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses aktiv und gibt den Tipp auf, stellt sich die Frage nach der Abwicklung, d.h. ob sie den Lottoschein an A herausgeben muss und ob sie den Einsatz (ca. € 1,50)⁶⁶ als Aufwendungsersatz von A fordern kann. Um Missverständnisse zu vermeiden: Hierbei geht es nicht um eine *Rückabwicklung*,

64 Einem größeren Leserkreis in Deutschland wurde die urösterreichische Bezeichnung durch den Roman „Der Trafikant“ des österreichischen Autors *Robert Seethaler* aus dem Jahr 2012 bekannt, der auch verfilmt wurde.

65 Vgl dazu die „berühmte“ Entscheidung BGH NJW 1974, 1705, bei der ein Spieler einer Tippgemeinschaft vergaß hat, den Schein aufzugeben; die Tippgemeinschaft selbst kann uU eine GbR bilden; vgl Reichsgericht Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 48 (1904), 797; BGH NJW 1974, 1705.

66 Gemeint ist der Preis für einen Tipp, der in Deutschland offenbar nach Bundesländern variiert.

weil die Vereinbarung und deren Folgen ja nicht möglichst „ungeschehen“ gemacht werden sollen (wie z.B. nach einer Arglistanfechtung), sondern bloß um eine Abwicklung.

Die eigene Ansicht wirft zunächst einen Blick ins Schuldrecht. Dort ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass es unterschiedliche Grundformen von Schuldverhältnissen gibt:⁶⁷

- (1.) Bei Austauschverhältnissen wie Miete und Kauf herrscht ein Interessengegensatz zwischen den Parteien. Der Vorteil des einen ist der Nachteil des anderen. Zahlt der Käufer einen um € 100,- geringeren Kaufpreis, schlägt sich dies beim Verkäufer unmittelbar als Nachteil nieder.
- (2.) Anders ist die Interessenlage bei der Gemeinschaft wie z.B. bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Hier sind die Interessen auf einen gemeinsamen Zweck gerichtet. Geht es der Gemeinschaft gut, geht es allen gut. Dies bedeutet nicht, dass es in der Gemeinschaft keine Interessenkonflikte gibt. Der Gemeinschaftler wird vielmehr bestrebt sein, möglichst geringe Beiträge zu leisten und möglichst viele Vorteile aus der Gemeinschaft zu erhalten. Da jedoch nur verteilt werden kann, was zuvor erwirtschaftet wurde, sind die Interessen insoweit gleichgerichtet.
- (3.) Zuletzt besteht die Grundform der Interessenwahrung wie z.B. beim Auftrag, der Geschäftsbesorgung oder der Treuhand. Hier verpflichtet sich eine Partei, im Rahmen der geschuldeten Tätigkeit die Interessen der anderen zu verfolgen und notfalls die eigenen Interessen zurückzunehmen. Auch bei der (entgeltlichen) Interessenwahrung gibt es unterschiedliche Interessen, weil der Interessenwahrer ein möglichst hohes Entgelt lukrieren und sein Pflichtenprogramm gering halten will. Die Interessenstruktur unterscheidet sich aber deutlich von z.B. jener bei einem Kaufvertrag.

Der erste Schritt besteht nun darin, dass die unterschiedlichen Grundformen der Schuldverhältnisse auf Gefälligkeitsverhältnisse gespiegelt werden können. Auch bei Gefälligkeitsverhältnissen gibt es unterschiedliche Interessenstrukturen. Oft wird es sich um Austauschverhältnisse handeln, wobei allerdings viel häufiger als bei Schuldverhältnis-

67 Martinek/Omlor in Staudinger, BGB (Berlin 2016) Vor §§ 662 ff Rz 23 ff m.w.N.; dies gilt auch für das österreichische Schuldrecht, siehe Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB II (Wien 2017) § 114 Rn 10.

sen aufgrund einer Unentgeltlichkeit nur eine Partei etwas leistet. Wie bei Schuldverhältnissen ändert aber auch bei Gefälligkeitsverhältnissen die Unentgeltlichkeit nichts an der Zuordnung zur Grundform des Interessengegensatzes. Demnach zählen die Mitnahme eines Anhalters oder das Wässern des nachbarlichen Rasens zu dieser Fallgruppe. Zur zweiten Fallgruppe der Interessengemeinschaft gehört die gemeinsame Kletterpartie,⁶⁸ zumindest wenn es sich um gleich kompetente Partner handelt.⁶⁹ Gleiches gilt für Projekte wie den gemeinsamen Hausbau im Rahmen einer Lebensgemeinschaft, auf die noch zurückzukommen sein wird (Pkt. H.). Das Beispiel des Lotto-Tipps würde eindeutig zur dritten Fallgruppe der Interessenwahrung zählen, weil es sich um das „Gefälligkeits-Pendant“ zum Auftrag handelt.

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob und inwieweit Bestimmungen über die Abwicklung von Schuldverhältnissen partiell entsprechend analog auf Gefälligkeitsverhältnisse angewendet werden können. Hierbei handelt es sich zugleich um einen kritischen und um einen schwachen Punkt in der Argumentationskette, weil es bei Diskussionen um Rechtsfortbildungen meist mehrere Wege gibt, die überzeugend beschritten werden können. Zumindest aus methodischer Sicht bestehen keine Bedenken. Angesichts gesetzgeberischer Zurückhaltung bei der expliziten Regelung von Gefälligkeitsverhältnissen wird man das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke rasch bejahen können, wenn man Gefälligkeitsverhältnisse erst einmal als rechtlich existent anerkennt. Auch die für eine Analogie erforderliche Rechtsähnlichkeit ist gegeben. Wurde eine Partei aktiv und gilt es, den geschaffenen Vermögenswert zu verteilen (z.B. den Lotto-Tippschein, der tatsächlich gewonnen hat), weisen die Interessen der Parteien bei einem Schuldverhältnis und bei einem Gefälligkeitsverhältnis große Parallelen auf. Zwar kann man auch einen alternativen Pfad beschreiten und argumentieren, dass sich der Gesetzgeber bei der Abwicklung des Gefälligkeitsverhältnisses zurückhalten soll, weil die Parteien auf den Schutz

68 Vgl mit weiteren Beispielen *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht¹² (Bern 2018) Rn 1/80 f.

69 Ist ein Partner erfahren und möchte den anderen in die Kletterkunst einführen, handelt es sich dagegen um einen Führer aus Gefälligkeit; zur Abgrenzung zwischen Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnis und GbR siehe *Schäfer* (Fn 60) § 705 Rn 19 (der allerdings dem fehlenden Rechtsbindungswillen bei enger persönlicher Bindung womöglich eine geringere Bedeutung einräumt als hier).

des Gesetzes durch das Vertragsrecht verzichten wollten. Überzeugend ist dies aber nicht, weil sich der Gesetzgeber z.B. mittels der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag selbst dann um vermögensrechtliche Aspekte kümmert, wenn überhaupt keine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt (vgl. bereits Pkt. D.). Weshalb sollte er sich dann zurückziehen „müssen“, falls die Parteien eine tatsächliche Willensübereinstimmung getroffen haben?

Kommt man zum Schluss, dass die vermögensrechtliche Abwicklung geboten ist, müssen möglichst sachgerechte Regelungen gefunden werden. Dann ist der Weg nicht mehr weit zur entsprechenden analogen Anwendung jener Bestimmungen, die der Gesetzgeber beim schuldrechtlichen Pendant der jeweiligen Grundform für sachgerecht gehalten hat. Für das Beispiel des Lotto-Tipps bedeutet dies, dass B den Lottoschein herausgeben muss (§ 667 BGB analog), aber einen Anspruch auf Ersatz der Auslagen hat (§ 670 BGB analog).⁷⁰

G. Verhältnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Früher oder später muss das Verhältnis der Gefälligkeitsverhältnisse zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) geklärt werden. Der BGH hat sich bereits mit dieser Frage beschäftigt.⁷¹ Wie so oft bei Entscheidungen zu Gefälligkeitsverhältnissen ging es eigentlich um eine schadenersatzrechtliche Frage, diesmal garniert mit versicherungsrechtlichen Besonderheiten. Eine Großmutter fuhr ihre Enkelin auf die Veranstaltung eines Amateursportvereins – zweifellos eine Gefälligkeit –⁷² und baute dabei einen Unfall. Als „Vorfrage“ war zu klären, ob die Großmutter einen Aufwendungsersatzanspruch (z.B. Ersatz für Benzin) gegen den Verein hatte.

Der BGH referiert zunächst seine Rechtsprechung, wonach es bei der Abgrenzung zwischen Schuld- und Gefälligkeitsverhältnis auf den Rechtsbindungswillen ankomme (vgl. Pkt. B.). Dies müsse auch bei der Abgrenzung zwischen Gefälligkeitsverhältnis und GoA gelten. Offensichtlich ist dies m.E. nicht, weil bei der GoA als gesetzlichem Schuld-

70 A.A. hinsichtlich Aufwendungsersatz (ohne Begründung) z.B. *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 23; *Krebs* (Fn 13) § 241 Rn 12.

71 BGH NJW 2015, 2880.

72 Vgl z.B. auch BGH NJW 1968, 1874.

verhältnis der Rechtsbindungswille nicht relevant sein dürfte.⁷³ Dem BGH geht es offenbar darum, „Wertungswidersprüche zu vermeiden“, wobei er nicht explizit ausführt, welche Wertungswidersprüche er meint. Schließlich löst der BGH den Fall damit, dass der Tatbestand der §§ 677 ff. BGB (GoA) nicht erfüllt sei, wobei er wiederum offenlässt, ob kein Geschäft i. S. von § 677 BGB vorliege oder es an einem Geschäftsübernahmewillen mangle.⁷⁴ Bei allen Fragen, welche die Entscheidung des BGH aufwirft, ist zumindest klar, dass der BGH (1.) zwischen Gefälligkeit(sverhältnis) und GoA differenziert sowie (2.) bei einer Gefälligkeit keinen Aufwendungsersatz will.

Die Negierung eines Aufwendungsersatzes ist im vorliegenden Fall sachgerecht. Bei einem Amateursportverein obliegt es den Mitgliedern selbst, ihre Anreise zu organisieren, sodass bei einem Transport nicht für den Verein, sondern für die transportierten Mitglieder gehandelt wird.⁷⁵ Und die Großmutter fährt in aller Regel um ihrer Enkelin willen,⁷⁶ die zuschauen muss, wie sie zur Veranstaltung des Vereins kommt.

Völlig zurecht wird aber im Schrifttum kritisiert, dass es auch Gefälligkeitsverhältnisse geben kann, bei denen ein Aufwendungsersatz sehr wohl geboten ist.⁷⁷ Die pauschale Ablehnung eines Aufwendungsersatzanspruchs würde zu Wertungswidersprüchen führen, die der BGH ausweislich seiner Begründung gerade vermeiden wollte. Denkt man an einen Nachbarn, der bei einem aufkommenden Sturm das Haus seines abwesenden Nachbarn sichert und dabei Aufwendungen tätigt, erhält dieser als Geschäftsführer ohne Auftrag Aufwendungsersatz. Haben nun die beiden Nachbarn vorab vereinbart, dass ein Nachbar im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses auf das Haus „aufpasst“ und sichert dieser nun das Haus mit eigenen Mitteln (z.B. Baumaterial),⁷⁸

73 Vgl. dazu auch *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 308; *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 19.

74 Krit. *Singbartl/Zintl*, NJW 2015, 2880 (Anmerkung); für eine Lösung über den Geschäftsführungswillen bzw. die Geschäftsführungsabsicht *Bergmann* (Fn 60), Vor §§ 677 ff Rn 111.

75 Vgl. dazu auch *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 26.

76 Vgl. *Singbartl/Zintl* (Fn 74) 2880.

77 *Witschen*, Gefälligkeiten (Fn 3) 308 f.

78 Unterstellt, dass diese Tätigkeiten noch unter das Gefälligkeitsverhältnis fallen.

soll er keinen Aufwendungsersatz erhalten?⁷⁹ Solch ein Ergebnis wäre evident wertungswidersprüchlich.

Die eigene Ansicht stellt zunächst einmal klar, dass es keine „Gefälligkeitskeitsgeschäftsführung ohne Auftrag“ im Sinne eines gesetzlichen „Nicht-Schuldverhältnisses“ gibt, das als Pendant zur GoA auf Gefälligkeitsebene fungieren würde. Die Unterscheidung nach dem Rechtsbindungswillen zwischen vertraglichem Schuldverhältnis und Gefälligkeitsverhältnis lässt sich nicht auf den Bereich der GoA spiegeln. Weiters ist vorab auf eine Parallele hinzuweisen: Die GoA (als gesetzliches Schuldverhältnis) zählt zur schuldrechtlichen Grundform der Interessenwahrung.⁸⁰ Damit ist sie sowohl mit dem Auftrag verwandt als auch mit dem Gefälligkeitsverhältnis in der Grundform der Interessenwahrung (Pkt. F.).

Nach dem BGH schließt ein Gefälligkeitsverhältnis offenbar Ansprüche aus GoA aus.⁸¹ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, jedoch aus anderen Gründen. Ganz allgemein ist die GoA ein subsidiäres Rechtsinstitut. Ist ein Sachverhalt durch einen Vertrag (z.B. Auftrag) geregelt, sind Ansprüche aus GoA ausgeschlossen.⁸² Auch ein Gefälligkeitsverhältnis kann solch eine ausschließende Wirkung entfalten. Auf der Grundlage des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) lässt sich dies leichter begründen als beim BGB. § 1037 Satz 1 ABGB: *„Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben.“* Mischt sich jemand ungefragt in die Geschäfte eines anderen ein, soll es sich zumindest um eine nützliche Geschäftsführung oder eine Geschäftsführung im Notfall handeln. Angesichts dieses Hintergrunds überzeugt es, wenn auch die tatsächliche Willensübereinstimmung im

79 Der BGH würde wohl schlicht davon ausgehen müssen, dass es sich um keine Gefälligkeit mehr handelt und dann GoA anwenden.

80 Bergmann (Fn 60) Vor §§ 677 ff Rn 8, Rn 28 ff, Rn 54 und Rn 210.

81 Der BGH geht aber offenbar nicht den Weg, wonach das Gefälligkeitsverhältnis als solches die GoA ausschließt. Vielmehr ignoriert er das Gefälligkeitsverhältnis und setzt bei den Tatbestandsmerkmalen der GoA an, die nach dem BGH nicht erfüllt sind; dieses Verständnis der Entscheidung wohl auch bei Schäfer (Fn 16) § 677 Rn 109.

82 Vgl Bergmann (Fn 60) Vor §§ 677 ff Rn 56; wie beim Vertrag (Schäfer [Fn 16] § 677 Rn 77 f), gilt aber auch beim Gefälligkeitsverhältnis, dass dieses die GoA nur innerhalb seines abschließenden Regelungsbereichs verdrängt.

Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses eine „Einwilligung“ bildet.⁸³ Der Geschäftsherr hat immerhin sein „O.K.“ gegeben, mit der Geschäftsführung einverstanden zu sein, auch wenn keine Leistungspflicht des Geschäftsführers begründet wird. In Deutschland ist der Zugang zur GoA offenbar etwas anders.⁸⁴ Es steht jedoch fest, dass es sich auch dort um ein subsidiäres Institut handelt.

Verdrängt ein Vertrag die GoA, weil dessen Regelungen für die Parteien treffender sind, gilt dies m.E. auch für die Gefälligkeitsverhältnisse, falls diese entsprechende Regelungen bereithalten. Demnach sind zwei Wege gangbar. Entweder folgt aus Gefälligkeitsverhältnissen generell kein Aufwendungsersatzanspruch. Dann muss subsidiär die GoA greifen, wobei aus dieser entsprechend der Rechtsprechung des BGH ebenfalls kein Aufwendungsersatzanspruch resultiert. Alternativ – und zutreffend – kann aus Gefälligkeitsverhältnissen ein Aufwendungsersatzanspruch resultieren. Dann verdrängt das Gefälligkeitsverhältnis die GoA.

Folgt man der zuletzt genannten Ansicht, wonach Gefälligkeitsverhältnisse Ansprüche aus GoA verdrängen, spricht der Vergleich mit der GoA wiederum⁸⁵ dafür, dass zumindest in manchen Fällen ein Aufwendungsersatzanspruch bestehen muss. Denn wie erwähnt wäre es beim Sturm-Beispiel wertungswidersprüchlich (und m.E. nicht hinnehmbar), wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag Aufwendungsersatz erhielte, nicht aber der Gefällige im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses.

Ein Vorteil des hier vertretenen Ansatzes ist, dass bei der Frage des Aufwendungsersatzes nach dem konkreten Gefälligkeitsverhältnis differenziert werden kann. Ist das Gefälligkeitsverhältnis entscheidend (und nicht ein gesetzliches Schuldverhältnis), kann zur Beantwortung ohne Weiteres das konkrete Gefälligkeitsverhältnis ausgelegt werden. Der Nachbar, der auf das Grundstück seines Nachbarn aufpasst, wird zumindest Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen haben. Ebenso die Kol-

83 Vgl dazu auch *Kolbitsch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 7) 20 ff.

84 Der Anwendungsbereich der GoA wird weit verstanden. Die *actio contraria* (Aufwendungsersatzanspruch) wird aber nur dann in vollem Umfang (vgl zum kleinen Aufwendungsersatzanspruch § 684 Satz 1 BGB und dazu *Bergmann* [Fn 60] § 684 Rn 3) gewährt, wenn die Geschäftsführung tatsächlich oder mutmaßlich dem Willen des Geschäftsherrn entsprach.

85 Ein „Henne-Ei-Problem“, wenn man so will.

legin, die einen Lottoschein aufgibt, hinsichtlich des Einsatzes (~ € 1,50). Auch die bisherige Übung kann zur Auslegung herangezogen werden. Ist es etwa üblich, dass Mitglieder eines Vereins, die selbst zu einer Vereinsveranstaltung anreisen und andere Mitglieder mitnehmen, ein „Benzingeld“ erhalten, kann dies als langjährige Übung auch zum Inhalt des Gefälligkeitsverhältnisses werden.⁸⁶

H. Beispiel Lebensgemeinschaft

Das mehrfach erwähnte Lotto-Beispiel erscheint zugegeben etwas konstruiert. Außerdem dürften viele Fälle, welche die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen betreffen, nicht gerichtsanhängig werden. Entweder sind die entsprechenden Beträge so gering, dass sich der Gerichtsweg nicht lohnt, oder die Sanktionen finden im sozialen Bereich statt. Leistet z.B. bei einer regelmäßigen Fahrgemeinschaft aus Gefälligkeit unter Studierenden jemand seinen Beitrag zu den Fahrtkosten (Benzingeld) nicht, wird er künftig eben nicht mehr mitgenommen und muss – Strafe genug (zumindest in Streikzeiten) – künftig mit der Deutschen Bahn fahren.

Geht es aber um größere Vermögenswerte, wird mitunter dann der Gerichtsweg beschritten, wenn das persönliche Verhältnis zerrüttet ist. Dies gilt z. B. für die (nichteheliche)⁸⁷ Lebensgemeinschaft.⁸⁸ Selbst wenn es sich um größere Projekte wie eine Wohnungsrenovierung handelt, wird aufgrund der engen Beziehung ein Rechtsbindungswillen fehlen.⁸⁹ Salopp ausgedrückt: Vereinbaren die Lebensgefährten, dass

86 Einmal unterstellt, dass es sich hierbei noch um ein Gefälligkeitsverhältnis handelt; vgl dazu aber *Sutschet* (Fn 9) § 241 Rn 20.

87 Für das Konkubinat hat sich die Bezeichnung nichteheliche Lebensgemeinschaft eingebürgert (siehe nur *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 8). In diesem Beitrag werden nichteheliche Lebensgemeinschaft und Lebensgemeinschaft synonym verwendet.

88 Ausführlich zur vermögensrechtlichen Auseinandersetzung nach dem Ende der Lebensgemeinschaft unter Berücksichtigung der Anspruchsgrundlagen (insb. Gesellschaftsrecht, Bereicherungsrecht und Wegfall der Geschäftsgrundlage jeweils *Wellenhofer* in Sacker/Rixecker/Oetker/Limperf (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX⁹ (München 2022) Anh. § 1302 Rn 99 ff und *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 93 ff.

89 Vgl i.d.Z. auch BGH NJW 2010, 998, wonach das besondere Risiko (z.B. aufgrund des hohen Vermögenswerts des Geschäfts) für sich noch nicht auf den

am Wochenende ein Zimmer neu tapeziert wird und geht ein Lebensgefährte stattdessen ins Gasthaus, wird er wahrscheinlich die Nacht auf der Couch verbringen. Beide kämen aber wohl – selbst wenn es sich um eingefleischte Juristen handelte – kaum auf die Idee, mit der Vereinbarung Rechtspflichten begründen zu wollen, die als geschuldete Beiträge notfalls gerichtlich erzwingbar wären. Erst wenn die Lebensgemeinschaft endet, wird mitunter um das erwirtschaftete Vermögen gestritten und auch der Gerichtsweg nicht mehr gescheut.

Die Lebensgemeinschaft ist im Unterschied zur Ehe gesetzlich kaum bis nicht explizit geregelt.⁹⁰ Dieser Befund gilt auch für die Aufhebung der Lebensgemeinschaft. Haben die Lebenspartner während der aufrechten Lebensgemeinschaft gemeinsam Vermögenswerte erarbeitet, richtet sich die Auseinandersetzung daher nach „gewöhnlichem“ Zivilrecht.⁹¹

Häufig wird um Vermögenswerte gestritten, die gemeinsam im Rahmen der Lebensgemeinschaft angeschafft wurden und diese überdauern.⁹² Zu denken ist etwa an den Fall, dass in einer Lebensgemeinschaft A ein Grundstück beigesteuert hat, während B Beiträge zum Hausbau geleistet hat. Formale Eigentümerin des Hauses ist A und es stellt sich die Frage, ob B Ansprüche gegen A geltend machen kann.

Der II. Zivilsenat des BGH als Fachsenat für Gesellschaftsrecht hat erkannt, dass das Gesellschaftsrecht die geeignetsten Regeln für Konstellationen bereithält, bei denen gemeinsam und mit Blick auf einen gemeinsamen Zweck ein Vermögenswert geschaffen wurde und nun eine Verteilung des Vermögenswerts zwischen den Beteiligten ansteht, weshalb er in jahrelanger Rechtsprechung gesellschaftsrechtliche Liquidationsregeln analog anwendete.⁹³ Um erneut Missverständnisse zu vermeiden: Es geht nicht darum, die Lebensgemeinschaft als GbR zu qualifizieren, sondern um einzelne Projekte wie z. B. einen Hausbau innerhalb der Lebensgemeinschaft.⁹⁴ Im Ausgangspunkt erhält jeder die

Willen zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrags schließen lässt (dem BGH zust. *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 98a).

90 Vgl nur BGHZ 97, 372.

91 Vgl *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 65.

92 Ebd.

93 Siehe z.B. BGH NJW 1997, 3371; BGHZ 77, 55; BGH NJW 1992, 906; *Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 87 m.w.N.

94 Vgl nur *Wellenhofer* (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 107 ff; *Löhnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff Rn 41 ff.

Hälfte des Gewinns,⁹⁵ wobei bei einer nur entsprechend analogen Anwendung gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen Raum bleibt, größere Beitragsleistungen angemessen zu berücksichtigen.⁹⁶ Der Ansatz des II. Senats überzeugt in den Ergebnissen,⁹⁷ leidet aber an dogmatischen Schwächen. Den Lebensgefährten wird nämlich regelmäßig ein Rechtsbindungswillen fehlen, sodass die Annahme einer GbR reine Fiktion ist, und eine analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze ohne Vorliegen einer (fingierten) GbR ist begründungsbedürftig.

Der XII. Zivilsenat als Fachsenat für Familienrecht hat die Rechtsprechungslinie des II. Zivilsenats aufgrund der dogmatischen Schwächen explizit aufgegeben.⁹⁸ Die Ansicht wurde inzwischen mehrfach bestätigt und wird auch von den unteren Instanzen angewendet,⁹⁹ sodass man von der neuen h. Rspr. und der h. L.¹⁰⁰ sprechen kann. Nunmehr wird versucht, die Problematik vor allem mittels Bereicherungsrecht und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zu lösen.¹⁰¹ Diese Instrumente sind flexibel genug, um i.d.R. zu akzeptablen Ergebnissen zu gelangen. Es ist aber z.B. schwierig zu begründen, weshalb ein Lebensgefährte an der Wertsteigerung des Vermögenswerts partizipieren soll. Beispiel: A und B als Lebensgefährten kaufen im Jahr 2001 um € 150.000,- eine Wohnung in Berlin, um gemeinsam darin zu wohnen. A und B steuern jeweils € 75.000,- bei. Im Grundbuch ist aber nur A als Eigentümer eingetragen. Nach Aufhebung der Lebensgemeinschaft

95 Vgl. BGHZ 142, 137; *Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 87; *M. Löbnig* (Fn 53), Anh. §§ 1297 ff. Rn 100.

96 BGHZ 84, 388; vgl. *Wellenhofer* (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 111; *Löbnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff. Rn 100; dies muss jedenfalls gelten, wenn entsprechend dem hier vertretenen Ansatz (dazu unten im Text) gesellschaftsrechtliche Liquidationsbestimmungen entsprechend analog auf ein Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnis angewendet werden, weil dann gerade kein Verteilungsschlüssel vereinbart wird und daher die Höhe der Beitragsleistungen entscheidender sein sollte.

97 So auch *C. Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 88.

98 BGHZ 165, 1.

99 BGH NJW 2008, 443; BGH NJW 2013, 2187; BGH NJW 2011, 2880; OLG Brandenburg Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2019, 1183 = BeckRS 2019, 711; KG Berlin BeckRS 2020, 38040; OLG Bremen NJW-RR 2013, 197.

100 Siehe nur *Löbnig* (Fn 53) Anh. §§ 1297 ff. Rn 95 ff; *Wellenhofer* (Fn 88) Anh. § 1302 Rn 109.

101 Siehe die Nachweise in Fn 99.

im Jahr 2021 ist die Wohnung aufgrund der allgemeinen enormen Preissteigerung in Berlin € 300.000,- wert. Muss B nun froh sein, wenn sie zumindest die investierten € 75.000,- von A erhält, obwohl sich A die Wohnung 2001 ohne Hilfe der B nicht hätte leisten können?

Ein Vorzug der gesellschaftsrechtlichen Lösung ist, dass sie der Interessenstruktur zwischen den Beteiligten (dazu bereits Pkt. F.) besser gerecht wird. Während bei einem Austauschverhältnis mit einer einfachen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung – bei der das Geleistete oder dessen Wert zurückzugeben ist – in der Regel das Auslangen gefunden werden kann, ist die Interessenstruktur bei der Grundform der Gemeinschaft komplexer.¹⁰² Mit und durch den Vermögenswert soll ein gemeinsamer Zweck verfolgt werden. Bei der Auflösung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Vermögenswert bewusst mit gemeinsamen Beiträgen geschaffen wurde, was im Ergebnis auf eine Liquidation entsprechend dem Beitragsschlüssel hinausläuft.

Rechtsvergleichend übt sich auch der österreichische OGH bei der Annahme einer konkludenten GbR in Zurückhaltung.¹⁰³ Stattdessen versucht er, mittels bereicherungsrechtlicher Regelungen ausgewogene Ergebnisse zu erzielen.¹⁰⁴ In der Schweiz ist das Bundesgericht einer gesellschaftsrechtlichen Regelung gegenüber vergleichsweise aufgeschlossener.¹⁰⁵ Zwar „passen“ die gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht

102 Es mangelt nicht an Versuchen, den Besonderheiten einer Gemeinschaft auch bei der Rückabwicklung Rechnung zu tragen; siehe z.B. bereits *Wilburg*, Bereicherung (Fn 52) 128 ff; letztlich ist auch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft der Einsicht geschuldet, dass ein ins Leben getretener Verband nicht mehr ohne weiteres rückabgewickelt werden kann.

103 ÖsterrOGH 5 Ob 174/09p; ÖsterrOGH 1 Ob 181/13v.

104 ÖsterrOGH 4 Ob 197/18a (aber: Begrenzung auf den Restnutzen); ÖsterrOGH 9 Ob 291/01m (aber: kein Anteil am Wertzuwachs).

105 Vgl Bundesgericht BGE 108 II 204; Bundesgericht BGE 109 II 228; aus dem Schrifttum siehe z.B. *Hrubesch-Millauer/Lengbacher*, Vermögensrechtliche Aspekte in Patchworkfamilien und faktischen Lebensgemeinschaften, Aktuelle Juristische Praxis 2018, 1118 (1121); anderes Verständnis der Rsp. womöglich bei *Gallmetzer/Spichinger/Wolf*, Die Lebensgemeinschaften in Italien und der Schweiz, Aktuelle Juristische Praxis 2018, 580; hinzuweisen ist darauf, dass in der Schweiz nicht immer ganz klar wird, ob die nichteheliche Lebensgemeinschaft selbst als einfache Gesellschaft (bzw. als Konstrukt, auf das Bestimmungen über die einfache Gesellschaft analog angewendet werden) qualifiziert wird (was häufig vertreten wird, aber m.E. nicht überzeugt) oder nur Projekte innerhalb der Lebensgemeinschaft; vgl dazu *Meier-Hayoz*, Die eheähnliche Gemeinschaft als einfache Gesellschaft, in Böckli/Eichenberger/Hinderling/

während des laufenden Projekts, weil es den Parteien an einem Rechtsbindungswillen fehlt und daher auch keine einfache Gesellschaft (~ GbR) vorliegt. Für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nach dem Ende der Lebensgemeinschaft „passen“ die Liquidationsregeln aber sehr wohl.

Zusammenfassend wäre die gesellschaftsrechtliche Lösung (auch) in Deutschland zwar durchaus sachgerecht,¹⁰⁶ scheitert aber daran, dass mangels Rechtsbindungswillen keine GbR vorliegt und eine solche auch nicht fingiert werden sollte. Hier setzt die eigene Ansicht an. Versteht man das gemeinsame Projekt als Gefälligkeitsverhältnis, gerade weil die Parteien keinen Rechtsbindungswillen haben, gelten die für Gemeinschafts-Gefälligkeitsverhältnisse einschlägigen Regelungen. Während des aufrechten Gefälligkeitsverhältnisses können die versprochenen Beiträge nicht eingeklagt werden. Leistungsunwille wird demnach nur im sozialen Bereich sanktioniert. Wird der Beitrag aber geleistet, bildet das Gefälligkeitsverhältnis einen tauglichen Rechtsgrund, um Bereicherungsansprüche abzuwehren. Falls das gemeinsame Projekt – meist in Folge der Auflösung der Lebensgemeinschaft – aufgehoben wird, findet eine „Liquidation“ nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen statt. Das Projekt zählt nämlich zur Grundform der Interessengemeinschaft, sodass es sachgerecht ist, GbR-Liquidations-Bestimmungen entsprechend analog anzuwenden (Pkt. F.).

I. Fazit

Die Tour d’Horizon durch die Welt der Gefälligkeitsverhältnisse hat gezeigt, dass nicht nur die deliktische, sondern auch die vermögensrechtliche Seite von Gefälligkeitsverhältnissen spannende Fragen aufwirft. Viele dieser Fragen wurden noch nicht ausreichend diskutiert und erst recht nicht beantwortet. Zu erwähnen ist etwa die grundlegende Frage,

Tschudi (Hg) Festschrift für Frank Vischer (Zürich 1983) 577; *Cottier/Crevoisier*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, Aktuelle Juristische Praxis 2012, 33; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn 68) Rn 1/81.

106 Vgl *Schäfer* (Fn 60) Vor § 705 Rn 88, der die Ansicht des II. Senats nach wie vor für vorzugswürdig hält. Er räumt aber ein, dass sich auch mittels Bereicherungsansprüchen und Ansprüchen aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage überzeugende Ergebnisse erzielen lassen.

ob und wie Gefälligkeitsverhältnisse aufgelöst werden können.¹⁰⁷ Da ohnedies keine Leistungspflicht besteht, sollte das Gefälligkeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit frei lösbar sein, d.h. es bestehen keine Kündigungsvoraussetzungen oder -fristen.¹⁰⁸ Bildet das Gefälligkeitsverhältnis jedoch einen ausreichenden Rechtsgrund, die einmal erbrachte Leistung zu behalten (Pkt. E.), sollte dieses nicht ohne weiteres rückwirkend gekündigt werden können. Auf der anderen Seite wäre es wertungswidersprüchlich und untragbar, wenn zwar ein Schuldverhältnis mit tendenziell viel höherer Bindungswirkung wegen Arglist oder Zwang mit Wirkung ex tunc aufgelöst werden kann, nicht aber ein loses Gefälligkeitsverhältnis. Demnach müsste ein Gefälligkeitsverhältnis *zumindest* unter den Voraussetzungen rückwirkend gelöst werden können, die auch beim Schuldverhältnis gelten (vgl. § 123 BGB).

Trotz aller offenen Fragen sollte klar geworden sein, dass es sich beim hier vorgestellten Verständnis der Gefälligkeitsverhältnisse um ein leistungsfähiges Konzept handelt, das sich in das System des deutschen Privatrechts einfügt und ausgewogene Lösungen ermöglicht. Das Konzept hätte es daher verdient, weitergedacht oder zumindest widerlegt zu werden.

107 Davon zu unterscheiden ist beim Beispiel der Lebensgemeinschaft die Frage, ob die Lebensgemeinschaft jederzeit lösbar ist (dazu *Löhnig* [Fn 53] Anh. §§ 1297 ff Rn 68). Allerdings wird die Auflösung des Projekts (Gefälligkeitsverhältnis) häufig mit dem Ende der Lebensgemeinschaft einhergehen. Genau genommen ist es unpräzise, wenn man die „*Trennung der Partner und Aufgabe des gemeinsamen Projekts*“ fordert (so *Wellenhofer* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX*⁸ [München 2019] Anh. § 1302 Rn 109). Notwendig und hinreichend ist nur die Aufgabe des Projekts.

108 Vgl jeweils kurz BGH NJW 1982, 2390 („*jederzeit die übernommene Tätigkeit hätte aufgeben können*“); ÖsterrOGH 8 Ob 52/11x („*Vielmehr hätte er die Tätigkeit jederzeit einstellen können.*“); *Mansel* (Fn 9) 214 Rn 25; *Walch*, Gefälligkeitsverhältnis (Fn 30) 155; a.A. offenbar, wobei der wichtige Grund immerhin zu einem vernünftigen Grund abgeschwächt wird, BGH NJW 1986, 978 (wenn, dann müsste man die Problematik m.E. über die Kündigung zur Unzeit lösen; *in casu* nicht entscheidungserheblich).