

# Alternativen zum zweigleisigen Haftungssystem

## Anmerkungen zu *Köndgens* Konzept einer Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln

Martin Stiller, Bonn\*

Die Frage, auf welche Weise aus sozialem Handeln Rechtsbeziehungen entstehen, beschäftigt die Rechtswissenschaft schon seit langem. Die im deutschen Recht traditionelle Zweiteilung in Vertrag und Delikt führt nämlich bei manchen Sachverhalten nicht immer zu allseits befriedigenden Lösungen.

Diese Problematik war auch für Professor Dr. *Johannes Köndgen* Anlass, sich in seiner Habilitationsschrift mit dem Thema zu befassen. *Köndgen* war seit 1995 ordentlicher Professor für Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Zum Ende des Sommersemester 2013 ist er emeritiert worden.

### I. Einleitung

Im täglichen Leben und besonders vor Gericht stellt sich häufiger die Frage nach einer zivilrechtlichen Haftung für Sachverhalte, die sich nicht ohne Weiteres einer vertraglichen oder deliktischen Haftung zuordnen lassen, etwa für Aussagen in einem Werbeprospekt. Ob eine solche Haftung in Betracht kommt, hängt von den rechtlichen Beziehungen zwischen den beteiligten Personen sowie von ihrer Eigenart ab.

Dies zeigt, wie aktuell die grundsätzliche Frage ist, auf welche Weise durch soziales Handeln Rechtsbindungen<sup>1</sup> entstehen. Im deutschen Recht ist dabei zu prüfen, ob das traditionelle Verständnis, das maßgeblich auf der Idee der Zweiteilung in Vertrag und Delikt durch gegenseitige Willenserklärungen und schuldhaftes Schädigen fußt,<sup>2</sup> fruchtbar ist im Sinne *Wieackers* Forderung nach einem realitätsnahen Rechtshandwerk.<sup>3</sup>

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag basiert auf einer Seminararbeit im Rahmen des Seminars „Fragen des Allgemeinen Teils des BGB, des Schuldrechts und des Europäischen Privatrechts“ im Wintersemester 2010/11 bei Professor Dr. *Roth* und Professor Dr. *Köndgen*.

<sup>1</sup> Der Begriff ist im Folgenden als rechtliche Beziehung mehrerer Personen aus sozialer Handlung heraus zu verstehen.

<sup>2</sup> Diese Auffassung der Notwendigkeit eines Vertragssystems spiegelt sich auch in der einschlägigen juristischen Ausbildungsliteratur wieder, vgl. nur: *Medicus*, Schuldrecht I, Rn. 59, 112.

<sup>3</sup> *Wieacker*, Rudolph von Jhering, S. 7: „Eine der Gewissensfragen, die den für das Recht Verantwortlichen gestellt sind, ist das Ver-

Mit dieser klassischen Problematik hat sich *Köndgen* in seiner Habilitationsschrift auseinandergesetzt, die er im Wintersemester 1979/80 der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen vorgelegt hat.<sup>4</sup>

*Köndgen* hat ein Konzept der Rechtsbindung außerhalb der bekannten Dichotomie von Vertrag und Delikt entwickelt. Sein Werk zeigt Schwächen des zweispurigen Haftungssystems auf und schafft durch die Einbeziehung und Verwendung rechtsvergleichender und rechtssoziologischer Erkenntnisse ein Konzept der Rechtsbindung, das Vorzüge im Vergleich zum bestehenden System besitzt und im Zwischenbereich von Vertrag und Delikt angesiedelt ist.

### II. Rechtshistorischer Überblick

Der Konflikt um die Entstehung und Einordnung von Rechtsbindungen, die im Schrifttum bei den Schuldverhältnissen gemäß § 241 BGB erörtert werden, nimmt seinen Anfang im Römischen Recht. Rechtsgeschäfte kommen dort, unterstützt durch den *bona fides*-Gedanken, durch Vertragsschlüsse zustande. Sie ermöglichten im Römischen Reich einen geregelten und zuverlässigen Markt (Gedanke des *Pacta sunt servanda*).<sup>5</sup> Bei *Gaius* im 2. Jahrhundert n. Chr. findet sich erstmals die oben angesprochene zweigeteilte Haftung aus Vertrag und Delikt. Nach den *Digesten*, die ebenfalls *Gaius* zugeschrieben werden, gibt es neben diesen bereits auch den Entstehungsgrund „*ex variis causarum figuris*“.<sup>6</sup>

Die Idee des Vertrages hat sich in der Folgezeit durch die Schriften von Grotius und Kant verfestigt,<sup>7</sup> die insbesondere den autonomen Charakter des Menschen, die natürliche Vernunft und die daraus abgeleitete Theorie des Vertrages als Vereinbarung von freien und selbstbestimmten Personen betonten. Die Historische Rechtsschule mit ihrem maßgeblichen

Verhältnis zwischen den Begriffen, die das Rechtshandwerk verwendet und den Lebenszwecken des Rechts“.

<sup>4</sup> *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag – Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, 1981.

<sup>5</sup> *Loser*, Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, S. 30; *Immenhauer*, Das Dogma von Vertrag und Delikt, S. 74 ff.

<sup>6</sup> *Mayer-Maly*, FS Wilburg, S. 131 f.; *Immenhauer*, (Fn. 5), S. 120, 129; *Müko/Kramer*, Einleitung, Rn. 53.

<sup>7</sup> *Immenhauer*, (Fn. 5), S. 186 ff, 205 ff.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, S. 32 ff, 57 ff.

Vertreter *Savigny* schuf im 19. Jahrhundert auf Basis dieser rechtsphilosophischen Grundlage ein statisches Vertragssystem mit der Vorstellung von gegenseitigen Willenserklärungen als Entstehungsgrund von Rechtsbindungen.<sup>8</sup>

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geriet die Vertragskonzeption als Grundlage für Rechtsbindungen durch die sich wandelnden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse etwa im Arbeitsleben, insbesondere beeinflusst durch die fortschreitende Industrialisierung, in die Kritik.<sup>9</sup> Es zeigte sich, dass die bisherigen Rechtskonstruktionen nicht ausreichend der sich verändernden und komplexer werdenden Lebenswirklichkeit gerecht wurden. 1861 entwickelte Rudolf von Jhering die *Culpa in contrahendo*-Haftung in Anlehnung an das vorhandene Vertragssystem als vorvertragliche Bindung.<sup>10</sup> Später – im 20. Jahrhundert – entstanden weitere Gedankenmodelle einer nicht in das klassische System passenden Pflichtenbegründung.<sup>11</sup>

In diesem Umfeld veröffentlichte *Köndgen* 1981 seine Überlegungen zum Entstehen von Rechtsbindungen. Er stellte die These auf, dass sich ein Wandel von der klassischen Zweigleisigkeit hin zu einer Haftungskategorie aus Quasiverträgen (Sonderverbindungen) vollziehe, die er als „Selbstbindung ohne Vertrag“ charakterisiert.

### III. Selbstbindung als Lösungsvorschlag

Der eingangs genannte Fall einer Haftung für Aussagen in Werbeprospekten lässt sich – so *Köndgen*<sup>12</sup> – überzeugend lösen, wenn rechtlich auf den Schutz der legitimen Erwartungen der Beteiligten aufgrund ihres Handelns zu kommunikativen Zwecken abgestellt wird. Dies führe rechtlich zu ihrer „Selbstbindung“, einem Institut mit Ähnlichkeiten zum angloamerikanischen Recht. Auf der Basis der dortigen zentralen Begriffe des *undertaking* und des *promise*, die gleichberechtigt neben der Figur des *contract* stünden, sei ein offenes System von Selbstbindungen unterschiedlicher Intensität entstanden.<sup>13</sup> Demgegenüber erfassten die herkömmliche deutsche Rechtsgeschäftslehre und insbesondere das eher statische Vertragsgefüge solche Fälle nicht ausreichend, weil eine verpflichtende Willenserklärung fehle. Auch mit der von *Canaris* begründeten Vertrauenshaftung ließen sich nicht alle Fälle sachgerecht klären.

#### 1. Selbstbindung

Selbstbindung charakterisiert *Köndgen* als privatautonomes Handeln ohne Willenserklärungen; das Handeln sei

geschäftsbezogen, nicht aber rechtsgeschäftlich.<sup>14</sup> Seine Spannweite erstreckte sich von dem der Willenserklärung benachbarten „unvollkommenen Versprechen“ bis hin zu Wissenserklärungen ohne jeden Verpflichtungsgehalt.

Grundlegend sei das Versprechen, das die soziologische Kategorie der Selbstdarstellung bilde: Bei der Interaktion von Personen werden bestimmte Mindestinformationen über das Gegenüber benötigt, um die Erwartungen des anderen zu erfüllen und damit ein gegenseitig „abgestimmtes Handeln zu ermöglichen“. Die Selbstdarstellung der Personen ist dafür das adäquate Mittel. Grund dafür ist die „Vermutung für Kontinuität und Konsistenz“, die jemand dem Handeln eines anderen entgegenbringt. Aus der Selbstdarstellung entsteht dann auch Selbstbindung. Als Beispiel für diese Bindung kann die Figur des „*Venire contra factum proprium*“ dienen.

Die Bindungswirkung intensiviert sich, wenn Selbstdarstellungsakte über einen längeren Zeitraum wiederholt werden. Durch diese Habitualisierungen entstehen beim Gegenüber normative Erwartungen und ein Abweichen davon kann zu Sanktionen führen: Es handelt sich um das Phänomen der Normemergenz. Beispiele dafür sind die eheliche Haushaltsführung gemäß § 1356 Abs. 1 BGB, das Verhalten bei ständigen Geschäftskontakten und das Zusammenleben von Alt und Jung bei Hofübergaben in der Landwirtschaft. In all diesen Fällen erweckt ein längeres einvernehmliches Verhalten einer Seite auf der anderen berechnete Erwartungen.

Eine noch stärkere Selbstbindung entsteht aus der „intentionalen“ Selbstdarstellung, die „bewusst als Träger von Informationen“ verwendet wird, wie im Falle der Imagewerbung und der Public-Relations-Pflege. Diese intentionale Selbstdarstellung mit konkretem Sinngehalt gleicht schon stark der Struktur eines rechtlichen Versprechens und wirft damit Fragen der Berufshaftung auf. Wenn einer der Selbstdarsteller seine (inkonsistente) Darstellung freizeichnet, etwa bei einer Informationsschrift mit dem Text „Alle Angaben ohne Gewähr“, widerspräche die Selbstdarstellung der Relativierung durch die Freizeichnungsklausel. Hier seien Abwägungskriterien erforderlich, die eine differenzierte Entscheidung ermöglichen, ob Rechtsbindung einträte.

#### 2. Rollenerwartungen im sozialen Umfeld

Rollenerwartungen im sozialen Umfeld<sup>15</sup> nutzt *Köndgen*, um die zwischen individuellen Personen eingegangenen Selbstbindungen in eine abstrakte und gesamtgesellschaftliche Kategorie einzuordnen. Der Rollenbegriff bezieht sich auf die soziale Position oder Funktion einer Person. Abstrakter als die Erwartungen an eine Person und nicht so institutionalisiert wie die Vertrauenserwartungen an Normprogramme nähmen Rollenerwartungen eine Zwischenstellung im Vertragsrecht ein. Gesetzlich unspezifische

<sup>8</sup> *Loser*, (Fn.5), S. 33 f.

<sup>9</sup> *Loser*, (Fn.5), S. 35 f.

<sup>10</sup> *Immenhauer*, (Fn. 5), S. 306 ff.; *Ballerstedt*, AcP 1950/1951, 501 ff.

<sup>11</sup> *Strauch*, JuS 1992, 897 ff.; *Loges*, Die Begründung, S. 10 ff.; *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 5 ff.; *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 411 ff.; *Stoll*, FS Flume, S. 741 ff.; *Bohrer*, Die Haftung des Dispositionsgaranten, S. 1 ff.

<sup>12</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 5 f, 101 f.

<sup>13</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 90 ff. Auf die Einzelheiten der ausführlichen Rechtsvergleichung kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>14</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 165 ff, 171 ff, 189 f.

<sup>15</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 192 ff, 202, 207, 216 ff.

Begriffe wie etwa der Werkvertrag könnten durch Rollen ausdifferenziert und ausgefüllt werden.<sup>16</sup> Damit gelängen genauere Vorgaben für einzelne Verträge. Auch könne der Rollenbegriff zur Standardisierung von Dienstleistungen genutzt werden, indem er bestimmten Service-Leistungen eine bestimmte Qualität zuweise.

Besonders Berufsrollen eignen sich – so *Köndgen* – zu einer stärkeren Ausdifferenzierung der abstrakten Geschäftstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berufsrollen, die geprägt sind durch eine qualifizierte Ausbildung und eine besondere Berufsethik und die in kodifizierten Berufsstatuten festgeschrieben sind, legitimierten eine rechtliche Verpflichtung, etwa der Beruf der Wirtschaftsprüfer und Notare sowie der von Händlern und Beratern für den Effektenvertrieb. Trotz fehlender vertraglicher Verpflichtung könnten bei ihnen allein aus der im Beruf übernommenen Rolle quasivertragliche oder deliktische Pflichten entstehen.

### 3. Reziprozität

Die Reziprozität,<sup>17</sup> also die Gegenseitigkeit, sichere - nachdem die Selbstbindung zu einem Entstehen von Rechtsverhältnissen geführt habe - den vorhandenen Bestand dieser Verhältnisse. Reziprozität sei als Hintergrunderwartung zu verstehen, die jemand habe, wenn er eine, auch unentgeltliche, Leistung erbringe. Der Leistende erreiche damit zweierlei: die Dankesschuld seitens des anderen und eine Fremdbindung für zukünftige Beziehungen. Die generalisierten Erwartungen einer Gegenleistung hätten im täglichen Leben Bestand und seien allgegenwärtig in den Beziehungen der Handelnden untereinander. Sie entwickelten die Rollenerwartungen der Personen weiter und schafften damit eine gerechte Verteilung von Rechten und Pflichten. Damit schaffe die Reziprozität stabile soziale Beziehungen zwischen den Personen. „Als Ethik von Kooperation und Solidarität steht sie für ein Stück gesellschaftlicher Integration.“ Damit unterstütze die Reziprozität das Ziel des Quasivertragsrechts.

### 4. Markt

Den Markt bezieht *Köndgen* schließlich als Systemreferenz ein und erreicht dadurch eine Pflichtendifferenzierung. Er trennt in marktbezogenes und rein gesellschaftliches Handeln. Die am Markt teilnehmenden Personen haben bei ihrem Eintritt signalisiert, dass sie gewinnorientiert seien und mit ihrem abgegebenen Versprechen Rechtsfolgen auslösen wollen. Individuelle Willensentscheidungen träten in den Hintergrund, der Teilnehmer treffe (nur) die Rahmenentscheidung am Markt mitzuwirken und erkenne damit auch Verpflichtungen aus nichtvertraglichen Rechtsbindungen an. Der am Markt Teilnehmende hafte ob seiner Professionalität und Zustimmung stärker als der gesellschaftlich Handelnde.

<sup>16</sup> Beispielsweise Ausdifferenzierung des Begriffs „Werkunternehmer“ in Architekt, Reiseveranstalter, Zahnarzt.

<sup>17</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 233 ff, S.270.

### 5. Anwendung des Konzepts

In dem eingangs angesprochenen Fall einer Haftung für einen Werbeprospekt liegt somit der Verpflichtungsgrund in der Selbstbindung: In Fällen dieser Art, die weithin als Deliktshaftung „fehlinterpretiert“ seien, fungiere die Marktöffentlichkeit, also die am Markt teilnehmenden Personen, als Adressat sowohl von Willenserklärungen als auch von verpflichtenden Selbstbindungen unterhalb der Vertragsebene. Für die *invitatio ad offerendum* und insbesondere für Sonderangebote bedeute das eine Behandlung als Offerte.<sup>18</sup> Der Werbung komme somit eine Doppelfunktion zu. Neben der Verleitung zum Vertragsschluss sei sie ein geschäftliches Qualitätsversprechen. In dieser Funktion führe die Werbung zu einer quasivertraglichen Versprechenshaftung, da der Werbende durch sein Verhalten Vertrauen auf die Eigenschaft einer Sache beim Käufer erwecke. Bei Verleitung zum Vertragsschluss etwa durch Suggestivwerbung sei deshalb Quasivertragsrecht in Form des Selbstbindungskonzepts anzuwenden, nicht aber die Deliktshaftung.<sup>19</sup>

### IV. Bewertung

*Köndgen* entwirft ein schlüssiges, eigenständiges System quasivertraglicher Rechtsbindung, das die Strukturen des geltenden Rechts und insbesondere die Zweiteilung in Vertrag und Delikt infrage stellt und überwindet. Auch sprachlich überzeugend gelingt es ihm, sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zu rezipieren und zu einem System der Selbstbindung zu verbinden. Seine Antwort auf die Frage nach der Entstehung von Rechtsbindungen ist ein an der Lebenswirklichkeit orientiertes Konzept aus der Kombination von Selbstdarstellung, Reziprozität, sozialer Rolle und Systemreferenz. Der Vorschlag, durch die Etablierung von Quasivertragsrecht eine soziale Verantwortung im Vertragsrecht zu verankern – also anders als es die klassisch-liberale Gerechtigkeitsvorstellung vorsieht –, ist rechtspolitisch sehr interessant, bleibt jedoch etwas im Vagen. Wie der Verfasser selbst sagt, schafft die Theorie der Selbstbindung kein voll entwickeltes, präzises und abgeschlossenes System. Vielmehr dürften seine Überlegungen ein „pointillistisches Bild“<sup>20</sup> darstellen, das das herkömmliche Privatrechtsverständnis herausfordert. Allerdings ändert dies nichts an der grundsätzlichen Zweiteilung des deutschen Rechts in Vertrag und Delikt. Das hat auch *Köndgen* später betont<sup>21</sup> und sein Modell des „Kontinuums der Verpflichtungen“ in eine Einteilung der Verpflichtung aus Quasivertrag und Quasidelikt angepasst.

<sup>18</sup> *Köndgen*, (Fn 4), S. 286 ff. Als soziologischen Grund für eine Verpflichtung aus Selbstbindung führt *Köndgen* im Kontext der *invitatio ad offerendum* plastisch an: „Hier von einer bloßen Einladung zum Angebot zu reden, heißt, moderne Einzelhandelsbetriebe mit orientalischen Bazars zu verwechseln, wo man noch Zeit und Lust zum Feilschen hat.“

<sup>19</sup> *Köndgen*, (Fn. 4), S. 304.

<sup>20</sup> *Kübler*, ZHR 1983, 113.

<sup>21</sup> *Köndgen*, Einbeziehung Dritter, *Karlsruher Forum* 1998, S. 19 ff, 27 ff, 91.

In den Rezensionen äußern nur wenige Kritik an *Köndgens* Werk zur Selbstbindung. *Brüggemeier* wertet die Abgrenzung *Köndgens* von Quasivertragsrecht zu Deliktsrecht als nicht gelungen. Er wirft ihm vor, viele Fälle der eindeutigen Deliktshaftung in den Bereich der Quasikontrakte zu holen.<sup>22</sup> *Canaris* hält das Konzept der Selbstbindung ohne Vertrag für widersprüchlich, da die Rechtsordnung entweder ein Instrument zur Bindung bereitstelle – den Vertrag – oder kraft Gesetzes selbst binde. Eine weitere Möglichkeit gebe es nicht.<sup>23</sup> Die meisten Rezensionen kommen demgegenüber zu dem Schluss, dass die Arbeit insbesondere im rechtssoziologischen Bereich sehr erfolgreich ist und damit berechtigte Kritik am bestehenden System liefert.<sup>24</sup> Sie loben vor allem, dass *Köndgen* sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in der Rechtstheorie stärker berücksichtige, auch wenn er – wie es heißt – mit seiner Arbeit kein vollausgearbeitetes neues System liefern könne.<sup>25</sup> Seine Vorschläge seien aber so schwerwiegend, dass sie nur durch den Gesetzgeber, nicht aber im Wege der Rechtsfortbildung umgesetzt werden könnten.<sup>26</sup> Zutreffend formuliert *Kübler*: „Trotzdem ist festzuhalten, dass der wissenschaftliche Wert des Buches nicht primär im rechtsdogmatischen Ertrag, sondern vor allem in der prononcierten Herausforderung zur Revision der Grundlagen der Vertragsrechtsdogmatik zu sehen ist. *Köndgen* hat eine gewiss nicht revolutionäre, aber für das Privatrechtsverständnis provokante und folgenreiche These ausformuliert ...“.<sup>27</sup>

## V. Andere Lösungsvorschläge

Die Ansicht, dass die herkömmliche Rechtsgeschäftslehre und insbesondere das statische Vertragsgefüge moderne Lebensverhältnisse nicht ausreichend erfassen, ist bereits zeitlich vor *Köndgen* vertreten worden, unter anderem von *Dölle* und von *Canaris*.

### I. Außergesetzliche Schuldpflichten (*Dölle*)

*Dölle* erörtert in seinem Aufsatz „Außergesetzliche Schuldpflichten“<sup>28</sup> in Anknüpfung an das Werk von *Haupt*<sup>29</sup> die Frage, unter welchen Voraussetzungen Pflichten aus einem Schuldverhältnis entstehen und was ihre Rechtsgrundlage bildet. Dazu unterteilt er die verschiedenen Pflichten in drei Kategorien: (1) Anzeige- und Aufklärungspflichten können nach seiner Ansicht nur im Rahmen eines Vertrags oder einer Vertragsanbahnung eingefordert werden, soweit die Auslegung des Rechtsgeschäfts dies ermöglicht. (2) Bei faktischen Arbeitsverhältnissen und der Benutzung öffentlicher Verkehrseinrichtungen sei eine

Schuldpflicht und damit auch ein Vergütungsanspruch – im Unterschied zur Meinung von *Haupt* – mangels rechtsgeschäftlicher Grundlage nicht begründet. Zu einer Lösung könne es allenfalls über das Bereicherungsrecht oder die Geschäftsführung ohne Auftrag kommen. (3) Eine Haftung wegen Verletzung von Erhaltungs-, Schutz- oder Fürsorgepflichten gegenüber fremden Rechtsgütern sei aus sozialem Kontakt begründet. Der herrschenden Meinung, die in Fällen dieser Art eine Haftung aus *culpa in contrahendo* annimmt, hält er entgegen, es handele sich oft nicht um die Anbahnung von Verträgen. Es komme vielmehr darauf an, dass der soziale Kontakt zwischen den betroffenen Personen einem bestimmten Zweck – einem Vertragsschluss oder auch einem anderen Grund – diene. Es müsse folglich einen spezifischen Zusammenhang zwischen einem möglichen Schaden und dem Zweck des sozialen Kontakts geben: Ein rein zufälliger Kontakt könne allenfalls deliktsrechtliche Folgen haben. Bestimmende Merkmale dieses sozialen Kontakts sind für *Dölle* die Verantwortung für das entgegengebrachte Vertrauen eines anderen und die Verantwortung für die eigene Rechtssphäre. Damit meint *Dölle* den von der eigenen Person beherrschten und kontrollierten Lebenskreis.

#### a) Gemeinsamkeiten mit *Köndgen*

Auch *Dölle* erkennt an, dass es Sachverhalte gibt, die vom Vertrags- und Deliktsrecht nicht erfasst werden, deren Regelung aber der mannigfaltigen und komplexen Lebenswirklichkeit geschuldet ist.<sup>30</sup> Beide beschäftigen sich deshalb mit der Frage, wie es zu Rechtsbindungen kommt. Dabei – nämlich beim Anknüpfungspunkt für rechtserhebliches Handeln – lässt sich ebenfalls eine Gemeinsamkeit feststellen: *Köndgens* rechtssoziologische Überlegungen zu Selbstdarstellung, Rolle und Reziprozität finden ihre Parallele in *Dölles* Begriff des sozialen Kontaktes.

Fraglich ist, ob auch die „eigenen Rechtssphären“, von denen *Dölle* spricht, Parallelen zu *Köndgens* Gedanken aufweisen. *Dölle* versteht darunter den von der eigenen Person beherrschten Lebenskreis. Es würde zu weit gehen, diesen mit dem Merkmal der Selbstdarstellung bei *Köndgen* gleichzusetzen, zumal *Köndgens* Terminus rechtssoziologischer und *Dölles* wohl eher rechtsdogmatischer Herkunft ist. Passender ist es wohl, von einer Verwandtschaft der Begriffe zu sprechen: Kommunikatives Handeln (Selbstdarstellung) ist ein Teil der eigenen Rechtssphäre, für die man einzustehen hat.

#### b) Unterschiede zu *Köndgen*

Der Gegenstand ihrer Arbeiten ist nicht deckungsgleich. *Köndgen* widmet sich ganz allgemein der Frage des Entstehens von Rechtsbindungen. Seine Untersuchung umfasst alle Formen von Schuldverhältnissen. *Dölle* hingegen entwickelt nur für den Teilbereich der Erhaltungspflichten ein Konzept der Rechtsbindung außerhalb des Vertragsrechts.

<sup>22</sup> *Brüggemann*, AG 1982, 268, 271 ff.

<sup>23</sup> *Canaris*, FS Larenz, S. 93 f.

<sup>24</sup> Siehe dazu v.a.: *Kübler*, ZHR 1983, 108 ff.; *Kramer*, AcP 1982, 469 ff.; *Schwenzer*, RabelsZ 1983, 411 ff.

<sup>25</sup> *Kübler*, ZHR 1983, 108, 113; *Hausmann*, Nichteheleliche Lebensgemeinschaft, S. 419.

<sup>26</sup> *Lang*, AcP 2001, 451, 477; *Herrmann*, AcP 1983, 250, 256.

<sup>27</sup> *Kübler*, ZHR 1983, 108, 113.

<sup>28</sup> *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, 67 ff.

<sup>29</sup> *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941.

<sup>30</sup> *Dölle* sieht hier als Rechtsquelle die „Natur der Sache“: *Dölle*, ZgesStaatsW 1943, 67, 81.

Durch seine Äußerungen zu den außergesetzlichen Vergütungspflichten wird klar, dass er das Vertragsmodell grundsätzlich befürwortet und nur eine Ergänzung zu diesem vornehmen möchte. Heute sind die von ihm thematisierten Fälle wohl in § 311 Abs. 2 BGB (rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse) geregelt.<sup>31</sup>

### c) Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Autoren vergleichbare Beobachtungen zum bestehenden System machen und darauf zielen, dieses mit handhabbaren Begriffen zu reformieren. Dabei finden sich ähnliche Ansätze, aber auch unterschiedliche Blickrichtungen wieder.

## 2. Die Vertrauenshaftung im deutschen Recht (Canaris)

Canaris systematisiert bestehende Vertrauenstatbestände, fügt diesen neue Formen an und verbindet sie zu einem einheitlichen System der Vertrauenshaftung.<sup>32</sup> Dabei ergänzt er das bestehende Haftungssystem aus Vertrag und Delikt um eine „dritte Spur“.<sup>33</sup> Die rechtsphilosophische Begründung für eine Vertrauenshaftung sieht er in dem Zusammenspiel von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung: Derjenige, der frei und selbstbestimmt handle, habe im Gegenzug auch Selbstverantwortung für sein Verhalten zu tragen. Im Unterschied zum Rechtsgeschäft, bei dem die privatautonome Selbstbestimmung maßgeblich sei, finde sich im Bereich der Vertrauenshaftung eine gesteigerte Selbstverantwortung.<sup>34</sup>

Canaris kommt es in seinem Werk weniger darauf an, eine fundierte und konkrete Charakterisierung des Phänomens „Vertrauen“ zu erstellen. Er verlässt sich hier auf die „Deutungen des positiven Rechts“ und macht insoweit keine näheren Ausführungen. Vielmehr widmet er sich der Beschreibung einzelner Tatbestände der Vertrauenshaftung, den Zurechnungskriterien und den Rechtsfolgen. Neben der Erklärungshaftung kraft Risikozurechnung und der Vertrauenshaftung wegen Schutzpflichtverletzung zählt er hierzu auch die Rechtsscheinhaftung, die Erfüllungshaftung kraft rechtsmissbräuchlichen Verhaltens und die Haftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit.

### a) Unterschiede zu Köndgen

Canaris und Köndgen haben ihre Arbeiten unterschiedlich ausgerichtet und gewichtet. Während Köndgen ein grundsätzliches System der Rechtsbindung entwickelt, das er im Bereich der Quasikontrakte anwendet, fasst Canaris die unterschiedlichen Institute der Vertrauenshaftung zu einem System zusammen. Seine Vorschläge und die verwendeten Begriffe – etwa der des guten Glaubens – lehnen sich an

die überkommene Struktur und die Wortwahl der Rechtsgelehrten an; allerdings sieht er davon ab, das Merkmal des Vertrauens näher zu erläutern. Köndgen hingegen schafft unter Verwendung rechtssoziologischer Begriffe einen eigenständigen Tatbestand des Vertrauens – den der legitimen Erwartungen an ein kommunikatives Handeln –, den er mit weiteren Merkmalen wie etwa dem der Rolle verknüpft.

Dabei zeigt sich, dass die von Canaris vorgesehenen unterschiedlichen Tatbestände der Vertrauenshaftung – im Vergleich zu Köndgens „Kontinuum von Verpflichtungen“ – eher unflexibel sind. Während nämlich das Konzept der Selbstbindung von Köndgen recht problemlos auch eine Lösung der Fälle ermöglicht, die von Canaris Vertrauenshaftung erfasst werden, trifft dies umgekehrt nicht ohne Weiteres zu. Nicht alle Fälle von Selbstbindung werden durch die Vertrauenshaftung von Canaris erfasst, so etwa nicht die Bankauskunft mit der Klausel „ohne Obligo“.<sup>35</sup>

### b) Gemeinsamkeiten mit Köndgen

Zwar arbeiten beide Autoren mit unterschiedlichen Blickrichtungen. Wo Köndgen auf das Verhalten des „Ego“ abstellt (Selbstbindung), verwendet Canaris den Begriff des Vertrauens mit Blick auf die Position des „Alter“. Dies darf aber nicht dahin verstanden werden, die Modelle seien vollständig entgegengesetzt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass beide Systeme die jeweilige Gegenseite einbeziehen. So entstehen legitime Erwartungen in Köndgens Konzept, der Rechtsschein wiederum wird in der Lösung von Canaris begründet.

### c) Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzustellen, dass Canaris ein eigenständiges System entwickelt hat, das die bestehende Dichotomie von Vertrag und Delikt ergänzt und sich in die entstandene Lücke einpasst. Köndgen kommt mit seinen Vorschlägen dem Charakter der betroffenen Haftungsgründe näher. Er fordert mit seinem Konzept die Privatrechtslehre jedoch zu einem gleichsam epischen Umbruch heraus.

## VI. Aktuelle Situation im Privatrecht

Der Vertrag als Modell für die Entstehung von Rechtsbindungen hat seine beherrschende Stellung behalten.<sup>36</sup> Es bleibt auch grundsätzlich bei der Unterteilung in Haftung aus Vertrag und Haftung aus Delikt.

Das überkommene System ist aber aufgrund einer vielfältigen Weiterentwicklung des Gedankens der Vertrauenshaftung ergänzt worden; dies hat letztlich zu der gesetzlichen Regelung des § 311 Abs. 2 und 3 BGB (rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse) geführt.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Gemeint ist das Schuldverhältnis aus „geschäftlichem Kontakt“; siehe dazu auch: MüKo/Kramer, Einleitung, Rn 79.

<sup>32</sup> Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Recht, 1971.

<sup>33</sup> Canaris, FS Larenz, S. 27, 84 ff.

<sup>34</sup> Canaris, (Fn. 32), S. 442.

<sup>35</sup> Köndgen, Selbstbindung, S. 102 f.

<sup>36</sup> MüKo/Kramer, Einleitung, Rn. 56.

<sup>37</sup> Zur Weiterentwicklung des Gedankens der Vertrauenshaftung vgl. etwa: Loges, Die Begründung; Carneiro, FS Canaris; Kersting, Die Dritthaftung.

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung die verschiedenen quasivertraglichen Tatbestände in einer Bestimmung zusammenfassen.<sup>38</sup> Deutlich ist aber, dass es sich bei § 311 Abs. 2 und 3 BGB nicht um eine grundsätzliche Regelung von Rechtsbindungen handelt, sondern dass hier (nur) Ansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens im vorvertraglichen Bereich begründet werden. Im Übrigen lösen Rechtsprechung und Literatur einige Problemstellungen des Quasivertragsrechts wie etwa die Haftung für Gutachten und andere Auskünfte über das Institut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder über ähnliche Konstruktionen wie den stillschweigenden Vertrag.<sup>39</sup>

Indes zeigt sich, dass es trotz der etablierten Lösungsvorschläge Schwierigkeiten bei der Begründung von Haftung, gerade im Unternehmens- und Finanzbereich, gibt.<sup>40</sup> Umstritten sind etwa die Fälle einer Haftung für Ratingagenturen, für falsche Kapitalmarktinformationen oder für Kreditauskünfte einer Bank.<sup>41</sup> Hier zeigt sich, dass die Frage nach der Entstehung von Rechtsbindungen bisher nicht zufriedenstellend gelöst worden ist und dies immer wieder zu Diskussionen führt.

Auf der anderen Seite zeigt die aktuelle Situation auch, dass der Gedanke der Selbstbindung ohne Vertrag die Diskussion um die Entstehung von Rechtsbindungen bereichert und mitgeprägt hat. Neben den einseitig-verpflichtenden Rechtsgeschäften des § 25 Abs. 3 HGB (Haftung des Erwerbers aufgrund besonderer Verpflichtung), der Auslobung gemäß § 657 BGB und der Garantieerklärung gemäß § 443 BGB, die jeweils nach ihrem Charakter als Selbstbindungstatbestände eingeordnet werden können, gibt es weitere nach Form, Inhalt und Wirkung unterschiedliche Selbstbindungstatbestände.

In der Rechtsprechung ist heute anerkannt, dass die Angebotsseite eines Warenverkäufers im Internet ein rechtlich bindendes Angebot darstellt und nicht – wie früher in ähnlich gelagerten Fällen meist vertreten wurde – als eine *invitatio ad offerendum* zu werten ist.<sup>42</sup> In diesem Fall hat sich *Köndgens* Meinung durchgesetzt. Aufgrund der stärker werdenden wirtschaftlichen Bedeutung des Internets für den Einzelhandel könnte es sein, dass diese Rechtsauffassung im Laufe der Zeit auch andere Rechtsgeschäfte und Rechtsgebiete „erobert“.

Ein weiterer gesetzlich normierter Selbstbindungstatbestand findet sich in der Regelung des (neu geschaffenen) § 661a BGB (Gewinnzusagen).<sup>43</sup> Durch die Zusendung einer

Gewinnmitteilung eines Unternehmers an einen Verbraucher entsteht für diesen der Anspruch auf den zugesagten Preis. Hier wird ein Anspruch aus Versprechen und sozialer Rolle begründet und damit dem Grundgedanken *Köndgens* Rechnung getragen.

Eine andere Neuerung, bei der sich der Gedanke der Selbstbindung wiederfindet, liegt in der Erweiterung des objektiven Fehlerverständnisses in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB. Hier dienen öffentliche Äußerungen und Werbeaussagen der Bestimmung der vertragsgemäßen Beschaffenheit. Diese Regelung begründet einerseits die Verantwortlichkeit des Verkäufers für eigene öffentliche Äußerungen, auf die im Gespräch mit dem konkreten Käufer nicht einmal direkt Bezug genommen worden sein muss, die aber allgemein dem Verkäufer zugerechnet werden können. Darüber hinaus schafft sie Verantwortlichkeit für die Aussagen von Herstellern der Kaufsache und Zulieferern eines Teilprodukts oder eines Grundstoffs.<sup>44</sup>

Entsprechendes gilt für § 362 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. HGB (Schweigen als Annahme), der ebenfalls eine Selbstbindung enthält. Hier knüpft die Rechtsfolge an die Geschäftsbesorgung zwischen Kaufleuten an, also an ihre soziale Rolle und an ihre Teilnahme am Marktgeschehen und damit an Merkmale, die *Köndgen* mit der Selbstbindung verknüpft und die für ihn Anzeichen für rechtsgeschäftliches Handeln sind. Der Kaufmann erkennt mit seiner Teilnahme am Markt die dortigen professionellen Standards und Gepflogenheiten an und bindet sich (vertraglich) auch ohne (Äußerung einer) Willenserklärung.

Nicht nur im Handelsrecht, auch in Verbraucherschutzvorschriften (etwa §§ 474 ff. BGB) zeigt sich die Relevanz der von *Köndgen* mit Selbstbindung verbundenen Phänomene der sozialen Rolle und des Marktes. Verbraucher (§ 13 BGB) haben eine bestimmte Rollenerwartung gegenüber dem Unternehmer (§ 14 BGB) dahin, dass dieser seinem Beruf entsprechend professionell handelt. Diese Rollenerwartung ist zum Schutz der Verbraucher als eine im Verhältnis zum Unternehmer am Markt typischerweise unterlegene soziale Gruppe in vielen Vorschriften gesetzlich normiert worden.

Schließlich könnte der „*letter of intent*“ als – schwächerer – Selbstbindungstatbestand gewertet werden. Er begründet zwar noch keine Rechtspflichten, wohl aber gleichsam die Obliegenheit, Verhandlungen über den Abschluss eines Vertrages aufzunehmen.

Nach allem bleibt als vielschichtiges Bild festzuhalten, dass der Vertrag im geltenden Privatrecht einerseits grundsätzlicher Anknüpfungspunkt für Rechtsbindungen ist, dass er aber andererseits viele Problemstellungen nur unzureichend löst und Ergänzung gefunden hat durch verschiedene quasivertragliche Formen, in denen auch die Überlegungen *Köndgens* zum Ausdruck kommen.

<sup>38</sup> BT-Drucksache, 6040, S. 125, 163. Vergleiche insbesondere: HHK/ Harke, § 311 II, III.

<sup>39</sup> Einen Überblick gibt: Stuphorn, Bankhaftung.

<sup>40</sup> Stellvertretend für viele: Schober, Die Haftung; Engelhardt, Börsenprospekthaftung; Schmitt, Die Haftung.

<sup>41</sup> Vgl. aktuell hierzu: Nobbe, WM 2013, S. 193ff; Hopt, WM 2013, S. 101 ff.

<sup>42</sup> BGH NJW 2002, 363, 364.

<sup>43</sup> Uneinigkeit herrscht indes über den Entstehungsgrund des Anspruchs: Müko/Seiler, § 661 a BGB. Siehe zur Verfassungsmäßigkeit: BGH, 16.10.2003, III ZR 106/03.

<sup>44</sup> Müko/Westermann, § 434 BGB, Rn. 26 ff.

## VII. Exkurs: Selbstbindung als Abgrenzung von der Gefälligkeit zum rechtsverbindlichen Gefälligkeitsvertrag?

Die Abgrenzung der gesellschaftlichen Gefälligkeit vom nebenpflichtenbegründenden Gefälligkeitsverhältnis fällt vielfach schwer, da die Übergänge oft fließend sind.<sup>45</sup> Die Theorie *Köndgens* könnte mit ihren Begriffen der Selbstbindung, der sozialen Rolle und der Reziprozität das soziale Verhalten der einzelnen Personen stärker ausdifferenzieren und eine bessere Beurteilung ermöglichen, ob das Wirken der Personen stark genug für einen rechtsbindenden Charakter ist. Gerade in einem Umfeld, in dem die Verpflichtungsintensität vergleichsweise gering ist und formalisierende Kriterien wie etwa die Schriftform weniger verbreitet sind, kommt der Bewertung des faktischen Verhaltens des Einzelnen eine größere Bedeutung zu. Die Erwartungen einer Person an das kommunikative Handeln eines anderen und das bestimmte soziale Verhalten des anderen (seine Rolle) vor dem Hintergrund der Wechselseitigkeit der Beziehungen der beiden Personen verknüpfen sich in Fällen dieser Art zu einem stimmigen Modell der Abgrenzung.

Es könnte etwa bei der Beurteilung der Frage helfen, ob es sich bei der Aufsicht über fremde Kinder um eine Gefälligkeit oder um einen Gefälligkeitsvertrag handelt. Die Rechtsprechung ist hier bei ähnlich gelagerten Sachverhalten uneinheitlich. Einerseits nimmt sie eine Gefälligkeit an, verneint also einen stillschweigend geschlossenen Vertrag zur Führung der Aufsicht unter Hinweis auf die Gegebenheiten des Alltags, soweit es sich um gegenseitige Besuche von Nachbarskindern handelt.<sup>46</sup> Andererseits bejaht sie einen Gefälligkeitsvertrag im Fall eines Kindergeburtstages mit der Begründung, in der Einladung liege

ein Angebot zur vertraglichen Übernahme der Aufsicht.<sup>47</sup> Die „Gegebenheiten des Alltags“ sind insoweit aber kaum anders als bei gegenseitigen Besuchen, sodass die Wertung als Angebot auf einer Fiktion beruhen dürfte. Wird indessen auf Selbstbindung abgestellt, dürften einheitliche Entscheidungen leichter zu erreichen sein, weil es maßgeblich auf das rechtserhebliche (äußere) Verhalten der beteiligten (Aufsichts-) Personen und ihren sozialen Kontakt ankommt, nicht aber auf einen – in Fällen dieser Art kaum feststellbaren – Rechtsbindungswillen. Dies dürfte letztlich auch die Rechtssicherheit stärken.

## VIII. Fazit

Die eingangs aufgestellte These kann am Ende der Arbeit bestätigt werden: *Köndgen* hat mit seinem Werk ein wenn auch nicht voll subsumtionsfähiges, so doch rechtsvergleichend und rechtssoziologisch fundiertes Haftungssystem entworfen und damit einen wichtigen Beitrag in dem bis heute aktuellen Diskurs über die Entstehung von Rechtsbindungen geleistet. Vorstellbar erscheint es, mithilfe des Konzepts der Selbstbindung die Gefälligkeit von dem Gefälligkeitsverhältnis abzugrenzen.

Der Forderung *Wieackers* nach einem realitätsnahen Rechtshandwerk wird wohl am ehesten entsprochen, wenn anerkannt wird, dass Rechtsbindungen neben deliktischem Verhalten sowohl durch Vertrag als auch durch Quasivertrag begründet werden können. Demnach kann *Köndgens* eigene AbschlussThese: „*from status to contract to quasi-contract*“<sup>48</sup> in Anlehnung an *Kramer*<sup>49</sup> und mit Blick auf die aktuelle Privatrechtssituation umformuliert werden: „*from status to contract and quasi-contract*“.

<sup>45</sup> Müko/Kramer, Einleitung, Rn. 33; Reuss, AcP 1955, 458, 524.

<sup>46</sup> BGH NJW 1968, 1874

<sup>47</sup> OLG Celle NJW-RR 1987, 1384

<sup>48</sup> Köndgen, Selbstbindung, S. 421.

<sup>49</sup> Kramer, AcP 1982, 467, 472.