

RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

Fondata da Ferdinando Zuccotti

PERIODICO DI STORIA DEL DIRITTO ROMANO
DI DIRITTI ANTICHI E DELLA TRADIZIONE ROMANISTICA MEDIOEVALE E MODERNA

XXIV
(nuova serie XI)

2024

Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

ISSN 1720 3694 - Testo online
ISSN 2039 9677 - Testo stampato
ISBN 978-88-5513-197-1

Led on Line - Electronic Archive by LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto
www.lededizioni.com - www.ledonline.it
www.ledonline.it/rivista-diritto-romano

Il materiale di questa pubblicazione può essere riprodotto nei limiti stabiliti dalla licenza Creative Commons
Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate - 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0).



Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0
Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

La pubblicazione di questo fascicolo è finanziata
dal Romanistisches Institut della Universität Bern
e dal Dipartimento di Diritto privato e storia del diritto dell'Università degli Studi di Milano

In copertina: Libera elaborazione da M.C. Escher, *Belvedere*

Scripta extravagantia. Scritti in ricordo di Ferdinando Zuccotti (17 maggio 2024)

Iole Fagnoli	‘Ci resta, forse, un albero là sul pendio’. Un simposio in memoria di Ferdinando	9
Fabio Botta	Il lascito di Ferdinando Zuccotti alla romanistica italiana nello specchio degli ‘Scripta extravagantia’ in sua memoria	15
Pierfrancesco Arces	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	25
Stefano Barbati	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	29
Mariagrazia Bianchini	Ricordo di Ferdinando	33
Paola Ombretta Cuneo	Ricordo di Ferdinando Zuccotti	35
Matteo De Bernardi	Ricordo di Ferdinando Zuccotti, studioso colto e raffinato, ‘spirito libero’	37
Marialuisa Navarra	Ricordo di Ferdinando Zuccotti e e l’Accademia Romanistica Costantiniana	43
Saverio Masuelli	Un ricordo personale del Professor Ferdinando Zuccotti	47

Articoli

Maria Luisa Biccari	Produzione e consumo di carne nella legislazione imperiale e ruolo del <i>corpus suariorum</i>	51
Monica De Simone	Elio Aristide e la retorica della città di Roma: echi di modelli greci e paradigmi giuridici	81
Gaia Di Trolio	Il <i>tollere liberos</i> nei testi giurisprudenziali	97
Paolo Lepore	Le evergesie di Plinio il Giovane a beneficio della <i>res publica Comensium</i> . Note minime a proposito di CIL, V 5262 = ILS, 2927 [rr. 9-15]	113

Ilaria Marra	Lettera a un <i>emeritus</i> da <i>Londinium</i> . I sistemi di sigillazione epistolare e negoziale delle <i>tabulae ceratae</i>	147
Marialuisa Navarra	Carcerazione preventiva e presunzione d'innocenza in una costituzione giustiniana (C.I. 9.4.6)	161
Rosanna Ortu	La Vestale Massima Flavia Publicia e l' <i>immunitas</i> della <i>tabella</i> di <i>Turris Libisonis</i>	195
Margherita Scognamiglio	Coll. 14.3.1-3: osservazioni sulla <i>legis Fabiae cognitio</i> nelle province	217
Thomas van Bochove	Two Constitutions, an Omitted Justinian Code and a Thematic Codification	233
Mario Varvaro	Otto Lenel nel ritratto di Hugo Sinzheimer: scienza giuridica e antisemitismo nelle università tedesche fra Ottocento e Novecento	243
Francesco Verrico	Die deutsche Mandatarhaftung: Probleme und Perspektiven aus einem historisch-systematischen Standpunkt	289
Gianluca Zarro	<i>Decretum Divi Marci</i> . Percorsi evolutivi tra ' <i>vis absoluta</i> ' e ' <i>vis compulsiva</i> '	326

Varie

Linda De Maddalena	«Personae e res. Dal diritto romano al futuro». Il primo convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Romano	355
Monica Ferrari Renato Perani	Il diritto nei papiri. Simposio in ricordo di Xavier d'Ors. Milano, 2-4 aprile 2024	359
Lorenzo Lanti	Le donne nel mondo giuridico tardoantico	367
Giulia Aurora Radice	<i>Nilhil est enim simul et inventum et perfectum</i> . Intelligenza artificiale nel diritto tra prospettive attuali e sperimentazioni romanistiche	373
<i>Referee</i>		389

Francesco Verrico

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Die deutsche Mandatarhaftung: Probleme und Perspektiven aus einem historisch-systematischen Standpunkt

ABSTRACT – *The liability of the mandatary in German law: problems and perspectives from a historical and systematic point of view.* According to the German Civil Code, the mandate contract must be gratuitous. Due to this characteristic, the standard of care is not limited in any way. This article analyses the proposals for potential limitations of the standard of care in German doctrine and case law for situations where full liability is not considered equitable. The systematic position of § 662 BGB and the historical context of its enactment are then examined focusing on the influence of the pandectist scholarship. Finally, the results of most recent Roman law scholarship on the mandate contract and on criteria for the mandatary's liability are proposed as a useful comparative model for the modern interpreter.

1. Einleitung – 2. Lösungsansätze in Rechtsprechung und Literatur – 3. Genese – 4. Systematik und Telos – 5. Die römische Quellenbasis und ihre Auslegung – 6. Der Forschungsstand und seine Auswirkungen – 7. Das Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Nutzen – 8. Schlussfolgerungen

1. Jede europäische Rechtsordnung weist unterschiedliche Formen des Handelns für Dritte auf, das sich etwa rechtsgeschäftlich, rechtsgeschäftsähnlich oder nur tatsächlich vollziehen kann, mit oder ohne Vollmacht, in eigenem oder fremden Namen, offen oder verdeckt, im eigenen oder fremden Interesse, auf eigene oder fremde Rechnung, abhängig oder selbständig, tätigkeits- oder erfolgsbezogen, entgeltlich oder unentgeltlich¹. Die verschiedenen Handlungsformen wurden in

* Meinen herzlichen Dank möchte ich Matthias Ehmer sowie den anonymen Reviewern für ihre wertvollen Anmerkungen zum Originalmanuskript aussprechen.

¹ M. MARTINEK, S. OMLOR, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*

jeder Privatrechtsordnung unterschiedlich kombiniert und damit auch systematisiert.

Das BGB ist das einzige Gesetzbuch, das das römische Element der Unentgeltlichkeit als prägendes Merkmal des Auftragsvertrages beibehalten hat². Der französische Code civil (Art. 1986) sowie der spanische Código Civil (Art. 1711) konstituieren eine Unentgeltlichkeitsvermutung, der italienische Codice civile (Art. 1709) geht umgekehrt von einer Entgeltlichkeitsvermutung aus. Die drei Gesetzbücher schreiben einen strengen Haftungsmaßstab für Vorsatz und Fahrlässigkeit vor, der aber im Fall der unentgeltlichen Ausführung weniger streng beurteilt werden soll³. Im österreichischen Gesetzbuch (§ 1012 ABGB), im schweizerischen Recht (Art. 398 OR) sowie im niederländischen Gesetzbuch (Art. 7:401 NBW) haftet der Beauftragte für jedes Verschulden, wobei der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich sein kann und die beiden letzteren den Auftragsvertrag zu einer umfassenden Regelung für einen allgemeinen Dienstvertrag fortentwickelt haben⁴.

Ausgangspunkt der nachstehenden Ausführungen ist eine deutsche Besonderheit: die Ausgestaltung eines ausschließlich unentgeltlichen Auftragsvertrages mit einem strengen Haftungsmaßstab des Auftragnehmers. Zweck des vorliegenden Beitrags ist die Untersuchung von Anwendungsproblemen, historischem Hintergrund, systematischer Stellung sowie Perspektiven der Rechtsfortbildung bezüglich der Mandatarhaftung im deutschen Recht. Besonderes Augenmerk ver-

mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 662-675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), Berlin, Neubearbeitung 2017, Vorb § 662, Rn. 90.

² Das griechische Recht (§ 713 griech. ZGB) entspricht dem deutschen Modell auch in der Unentgeltlichkeit des Auftrages. Vgl. CHR. WENDEHORST, *Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht*, in *AcP*, 206, 2006, S. 222, Fn. 80.

³ «Moins rigoureusement» beim Code Civil (Art. 1992 II); «con [...] menos rigor» beim Código Civil (Art. 1726); «con minor rigore» beim Codice civile (Art. 1710 I).

⁴ Vgl. S. LAMMEL, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. v. M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN, 3, *Schuldrecht: Besonderer Teil*, 2. Teilband, §§ 657-853, Tübingen, 2013, §§ 662-675b, Rn. 68; WENDEHORST, *Das Vertragsrecht*, zit. (Fn. 2), S. 222; TH. FINKENAUER, *Das entgeltliche Mandat im römischen Recht*, in U. MANTHE, SH. NISHIMURA, M. IGIMI (Hgg.), *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlin, 2016, S. 56 f. Eine Haftungsmilderung im Schweizerischen Obligationenrecht wird durch die Anwendung einer allgemeineren Vorschrift zur Nichterfüllung (Art. 99 Abs. 2 OR) erreicht, wonach die Haftung milder beurteilt wird, «wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vortheil bezweckt» (vgl. dazu TH. SCHNEEBERGER, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten im Bereich der Verschuldenshaftung, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB*, Bern-Frankfurt a.M.-New York-Paris-Wien, 1992, S. 161 ff.). Die vom ALR vorgeschriebene Haftung für eigenübliche Sorgfalt im unentgeltlichen Auftragsvertrag wurde gem. ALR I 13 § 56 auf «jedes mäßige Versehen» erweitert, falls der Bevollmächtigte den Auftrag «gegen Belohnung» übernommen hatte.

dient dabei die Frage nach den Auswirkungen der römischrechtlichen Forschung. Es soll gezeigt werden, dass die Auslegung der Quellen des römischen Rechts durch die Pandektistik noch stärker als die Genese anderer Institute des BGB gerade die Ausgestaltung der Mandatarhaftung prägte. Eine skizzenhafte Darstellung des aktuellen romanistischen Forschungsstandes zur Mandatarhaftung ermöglicht es dem modernen Interpreten, den weiten Anwendungsbereich des Auftragsrechts und seine differenzierten Haftungsmaßstäbe in der römischen Jurisprudenz zu reflektieren und damit ein auch für die Praxis nützliches Vergleichskonzept zu gewinnen.

2. Mangels abweichender Regelung bestimmt sich die vertragliche Haftung des Beauftragten nach Maßgabe des § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB, wonach der «Schuldner [...] Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten» hat⁵. Es gibt aber Fälle, in denen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit des Beauftragten in Anbetracht der Freigiebigkeit des Vertrages als unbillig empfunden wird. Insbesondere bei Aufträgen, bei denen eine ‘minimale’ Juridifizierung eines Gefälligkeitsverhältnisses des täglichen Lebens (sog. ‘reines’ Auftragsrecht) vorliegt, scheint eine Milderung der Haftung angemessen.

§ 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB stellt eine dispositive Regelung dar⁶: Der Haftungsmaßstab bezüglich der Fahrlässigkeit des Auftragnehmers kann also durch den Willen der beiden Parteien geändert werden. In der Regel bedenken aber die Vertragsparteien bei Abschluss des Auftragsvertrages die Frage der Haftung nicht: Somit kann häufig eine konkludente Abrede nicht angenommen werden. Mangels Möglichkeit zur erläuternden Auslegung kommt folglich eine ergänzende Auslegung in Betracht, indem einzelne Elemente des Tatbestandes herausgegriffen werden, welche für oder gegen das Bestehen einer vertraglichen Regelung sprechen. Das Vorliegen von Lücken hätte also eine Ergänzung durch Auslegung nach §§ 157, 242 BGB zur Folge. Demgegenüber wird auch ein Ansatz vertreten, der eine Lösung mittels einer Analogie befürwortet. Als weitere Alternative wird auch vorgeschlagen, eine Milderung aus der Verweisung des § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB auf den «sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses» zu entnehmen. Vor der Erläuterung der soeben genannten rechtlichen Anknüpfungspunkte werden im Folgenden zunächst einige Kriterien dargestellt, die in Literatur und Rechtsprechung als

⁵ BGHZ, 30, 40, 47 = NJW, 1959, 1221, 1223. Im Allgemeinen zur Haftungsfrage des Beauftragten vgl. insbesondere K. RIESENHUBER, in *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*, 1.4.2024, § 662, Rn. 123-127; F. SCHÄFER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, *Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631-704*⁹, München, 2023, § 662, Rn. 83-87; K.P. BERGER, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen und Internationalem Privatrecht*¹⁷, 2, Köln, 2023, § 662, Rn. 24 f.; MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 41-43.

⁶ RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 127.

Anhaltspunkte für eine Milderung angesehen werden.

Als erster Anhaltspunkt für eine Milderung kommt der fehlende Treuhandcharakter in Betracht. Die volle Haftung beim Auftrag gründe auf der «Verletzung einer durch Anknüpfung rechtsgeschäftlicher Beziehungen entstandenen Sorgfaltspflicht oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses»⁷: Der Anspruch auf Auftragsausführung sei von einem Recht des Auftraggebers auf Interessenwahrung begleitet⁸. Ein solches Treuhandelement bestünde aber nur, wenn dem Auftrag eine Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB, also eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art (nicht aber ein ‘juridifizierter’ Gefallen des täglichen Lebens)⁹ zugrunde läge¹⁰. Beim Fehlen ausreichender Anhaltspunkte, dass das persönliche Vertrauen des Auftraggebers in den Beauftragten Gegenstand des Vertrages geworden ist, könne man eine konkludente Abrede in Sinne einer mildernden Haftung oder eine durch Analogie zu ergänzende Lücke annehmen¹¹.

Die Interessenverhältnisse zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber spielen eine erhebliche (manchmal widersprüchliche) Rolle in der Diskussion von Literatur und Rechtsprechung: Eine Haftungsmilderung wird sowohl im Fall einer Tätigkeit ‘auch im Interesse des Beauftragten’ als auch im Fall einer ‘im ausschließlichen Interesse’ des Auftraggebers ausgeführten Tätigkeit befürwortet. Ein Tätigwerden auch im Interesse des Beauftragten kommt zum Beispiel in Betracht, wenn der Auftragnehmer die gleichzeitige Beaufsichtigung fremder und eigener Kinder (deshalb auch im eigenen Interesse, sofern die Beaufsichtigung der Gesamtheit der Kinder als einheitliche Tätigkeit angesehen wird) übernimmt: In solchen Fällen wird in der Literatur¹² eine Haftung für eigenübliche Sorgfalt – wie nach § 690 BGB bei unentgeltlicher Verwahrung – vorgeschlagen. Voraussetzung dafür ist jedenfalls, dass ein solches Verhältnis die Schwelle zum Auftrag erreicht

⁷ BGHZ, 21, 102, 107 = NJW, 1956, 1313, 1314.

⁸ SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 63.

⁹ Vgl. H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, § 66.II.3, S. 365.

¹⁰ So M. GEHRLEIN, *Vertragliche Haftung für Gefälligkeiten*, in *VersR*, 2000, S. 419.

¹¹ D. MEDICUS, J. PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²⁹, München, 2023, § 16, S. 195, Rn. 369; T. RUNDEL, *Mandatum zwischen ‘utilitas’ und ‘amicitia’. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Münster, 2005, S. 210; vgl. zum Thema RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 126.2; D. SPALLINO, *Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit. Eine Studie unter ausführender Betrachtung gesetzlicher und richterrechtlicher Haftungsmilderungen, der Praxis ‘stillschweigender’ Haftungsausschlüsse und des Einflusses der Haftpflichtversicherung auf die Haftung*, Karlsruhe, 2016, S. 232 f.; skeptisch MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 42.

¹² MEDICUS, PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²⁹, zit. (Fn. 11), § 16, S. 195, Rn. 369; RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 126.2; H.H. SEILER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, *Schuldrecht – Besonderer Teil II*, §§ 611-704⁶, München, 2012, § 662, Rn. 54.

habe¹³. Eine Haftungsmilderung wurde von der Rechtsprechung auch bejaht, wenn der Beauftragte im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers tätig wird¹⁴. Das kommt etwa in Betracht, wenn der Beauftragte ein Fahrzeug vom Auftragnehmer kostenlos in eine Werkstatt bringt und nach Überprüfung zum Auftraggeber zurückzubringt¹⁵. In diesem Fall hat die Rechtsprechung zuerst aufgrund der wirtschaftlichen Relevanz der Tätigkeit ihren vertraglichen Charakter bejaht, aber darüber hinaus auch festgestellt, dass der Vertrag einen stillschweigenden Haftungsverzicht beinhalten solle. Dieses Ergebnis gründet auf folgenden Überlegungen: Die vom Beauftragten übernommene Geschäftsbesorgung lag im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers; der Beauftragte wollte und konnte daraus keinerlei Vorteil erlangen; die Ausführung der Geschäftsbesorgung war stets mit einem gewissen Schadensrisiko verbunden, wofür der Beauftragte nicht versichert war¹⁶. Demgegenüber wird jedoch auch angeführt, dass der Beauftragte sich verpflichtet hatte, im fremden Interesse, wenn auch unentgeltlich, tätig zu werden: Die Berufung auf eine Haftungserleichterung würde sich als ein *venire contra factum proprium* ausnehmen¹⁷.

Als weiteres maßgebendes Element für eine Haftungsmilderung des Auftragnehmers werden auch die Umstände der Erteilung des Auftrages angeführt. Es wird nämlich vertreten, dass die Initiative des Auftraggebers ein Argument für eine Freistellung von leichter Fahrlässigkeit sein könnte, insbesondere wenn man auf dringenden Wunsch eines anderen tätig wird¹⁸. Es kann aber nicht übersehen

¹³ Vorbehaltlich expliziter Vereinbarungen gelangt die Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu einem Rechtsbindungswillen, «wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen und er sich auf die Leistungszusage verlässt oder wenn der Leistende an der Angelegenheit ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat». So zuletzt BGH, *NJW*, 2015, 2880, über den Transport von Kindern in Pkw zu Turnieren oder Meisterschaften und die Einordnung des Verhältnisses zwischen der Großmutter als Begleitperson und dem Sportverein als Auftragsvertrag: Der BGH hat das Verhältnis als reine Gefälligkeit klassifiziert, die sich im außerrechtlichen Bereich abspielt; vgl. *BGHZ*, 21, 102, 107 = *NJW* 1956, 1313, 1314; BGH, *NJW*, 1992, 498.

¹⁴ Vgl. V. BEUTHIEN, in *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 10, *Schuldrecht*, 8, §§ 652-704¹³, Stuttgart, 2012, § 662, Rn. 17; E. STEFFEN, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar*, 2, Teil 4¹², Berlin, 1978, § 662, Rn. 13; CHR. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge und Gefälligkeitsverhältnisse*, in *VersR*, 2018, S. 784 f.

¹⁵ OLG Frankfurt a. M., *NJW*, 1998, 1232.

¹⁶ Über den Einfluss des Versicherungsschutzes in der Willensermittlung, vgl. unten, in diesem Abschnitt.

¹⁷ MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 42.

¹⁸ SEILER, *MüKo BGB*⁶, zit. (Fn. 12), § 662, Rn. 56; M. SCHWAB, in *Nomos Kommentar BGB*, 2, Teil 2⁴, Baden-Baden, 2021, § 662, Rn. 25. Vgl. auch GEHRLIN, *Vertragliche Haftung*, zit. (Fn. 10), S. 417, wonach das Erbitten der Zuwendung von Seiten des Leistungsempfängers gegen

werden, dass ein solcher Umstand auch von reinen Zufällen abhängen kann¹⁹.

Es wurde darüber hinaus angeführt, dass die volle *culpa*-Haftung des Auftragnehmers sich dadurch rechtfertigen lasse, dass eine Pflichtverletzung überwiegend das Integritätsinteresse des Auftraggebers (also das Interesse an der Unversehrtheit seines konkreten Vermögens) verletze. Nur wenn die Pflichtverletzung das Erfüllungsinteresse betreffe²⁰ könnte eine Haftungsmilderung aufgrund der Unentgeltlichkeit des Vertrages in Betracht kommen²¹. Dabei ist aber zu bedenken, dass sowohl das Integritätsinteresse als auch das Erfüllungsinteresse unterschiedliche Aspekte desselben Haftungsrisikos darstellen, das der Beauftragte aufgrund des Vertragsabschlusses trägt.

Die oben erwähnten Anhaltspunkte – soweit von der Rechtsprechung aufgenommen und umgesetzt – haben die Urteilsfindung insofern beeinflusst, als dass sie durch eine ergänzende Auslegung des hypothetischen Parteiwillens zum Ausschluss der Haftung des Auftragnehmers für leichte Fahrlässigkeit beigetragen haben. Ein solcher Weg scheint also eine sehr flexible Lösung für die rechtliche Umsetzung von zahlreichen Billigkeitserwägungen der Rechtsprechung in Bezug auf die Auftragnehmerhaftung²². Im Rahmen der ergänzenden Auslegung haben die Gerichte insbesondere dem fehlenden Versicherungsschutz in Haftungsangelegenheiten entscheidende Bedeutung beigemessen²³. Eine solche Vorgehensweise ist von der Rechtsprechung für eine Milderung der deliktischen Haftung für Personenschäden bei Gefälligkeitsmitfahrten mangels Versicherungsschutzes entwickelt worden: Bei rechtsgeschäftlichen Beziehungen ist eine Fiktion einer Haf-

einen Rechtsbindungswillen spreche.

¹⁹ GEHRLEIN, *Vertragliche Haftung*, zit. (Fn. 10), S. 417.

²⁰ Ein Beispiel dafür ist der Lotto-Fall: BGH, *NJW*, 1974, 1705; vgl. dazu H. PLANDER, *Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille*, in *AcP*, 176, 1976, S. 425 ff.; MEDICUS, PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²⁹, zit. (Fn. 11), § 16, S. 197, Rn. 372; D. GIESEN, *Das Recht der fremdnützigen Geschäftsbesorgung (Teil 1: Geschäftsbesorgung aufgrund eines Vertrages)*, in *Jura*, 1994, S. 353; RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 2 ff.

²¹ S. GRUNDMANN, *Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte*, in *AcP*, 198, 1998, S. 471 ff.; SPALLINO, *Haftungsmaßstab*, zit. (Fn. 11), S. 234 ff.; RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 126.3; SCHWAB, *NK-BGB*⁴, zit. (Fn. 18), § 662, Rn. 24.

²² Vgl. BGH, *WM*, 2003, 85, 86; BERGER, *Erman BGB*¹⁷, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 25; kritisch T.J. ABEND, *Das Gefälligkeitsschuldverhältnis – Geschichte und Dogmatik*, Frankfurt a.M., 2014, S. 180 ff., gegen die Prävalenz finanzieller Interessen gegenüber anderen Prinzipien der Rechtsordnung.

²³ So SCHWAB, *NK-BGB*⁴, zit. (Fn. 18), § 662, Rn. 28; vgl. D. WILLOWEIT, *Die Rechtsprechung zum Gefälligkeitshandeln*, in *Jus*, 26, 1986, S. 96 ff.; MEDICUS, PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²⁹, zit. (Fn. 11), § 16, S. 195 f., Rn. 369; J. OECHSLER, *Vertragliche Schuldverhältnisse*², Tübingen, 2017, S. 540 ff., Rn. 754; F.J. SÄCKER, *Zu den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitspielern einer Lottospielgemeinschaft*, in *NJW*, 2017, S. 3080; S. LOHSSE, in *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*, 1.12.2023, § 598, Rn. 17.3; SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 30.

tungsmilderung weniger kritisch zu bewerten als bei der deliktischen Haftung²⁴. Das gilt auch für die Auftragnehmerhaftung: Im oben erörterten Werkstatt-Fall hat das Gericht auch aus dem Fehlen einer Kasko-Versicherung einen hypothetischen Parteienwillen im Sinne einer Haftungsmilderung angenommen: Wenn sich der Beauftragte «dieser versicherungsrechtlichen Situation bewußt gewesen wäre und den Kl. [sc. Kläger] darauf hingewiesen hätte, wäre [...] mit großer Wahrscheinlichkeit ein entsprechender Haftungsverzicht des Kl. vereinbart worden. Hätte der Kl. dies abgelehnt, kann mit ebenso hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß der Bekl. [sc. Beklagte] dann die Ausführung der ihm angebotenen Geschäftsbesorgung abgelehnt hätte»²⁵. Umgekehrt ist also eine Haftungsbeschränkung in der Regel ausgeschlossen, wenn ein Versicherungsschutz vorliegt²⁶. Der Ausnahmecharakter der stillschweigenden Haftungsbeschränkung hat somit keine normative Ursache, vielmehr hat er einen ausschließlich empirischen Charakter aufgrund der Verbreitung der Haftpflichtversicherung²⁷. Wie das Vorliegen eines Versicherungsschutzes kann auch das Tätigwerden im Rahmen der eigenen beruflichen Sphäre eine Haftungsmilderung auf der Ebene der Auslegung ausschließen. Es wird angenommen, dass der Bezug zur professionellen Sphäre einen «legitimen Erwartungshorizont sowie einen klar konturierten Verhaltensmaßstab»²⁸ begründet, der bei anderen unentgeltlichen Leistungen fehlt. Aufgrund dieser Betrachtungen hat die Rechtsprechung auch keine Haftungsmilderung (auch nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 680 BGB)²⁹ einem zufällig am Unfallort anwesenden Arzt zugesprochen, der ein noch lebendes Kind für nicht mehr reanimationsfähig erklärt³⁰.

Die Befürwortung einer Haftungsmilderung durch Analogie stammt aus

²⁴ So S. LITTBARSKI, *Interdependenz zwischen Gefälligkeit, Haftung und Haftpflichtversicherung?*, in *VersR*, 2004, S. 950 ff.; BGH, *NJW*, 1979, 414 (stillschweigender Haftungsausschluss zwischen Fahrer und Insasse eines Kfz); BGH, *NJW*, 1979, 643 und BGH, *NJW*, 1980, 1681 (stillschweigender Haftungsausschluss für Schäden bei Probefahrt); BGH, *NJW*, 1993, 3067 (Beerdigungskosten für bösgläubigen Mitfahrer eines Schwarzfahrers); BGH, *NJW*, 2009, S. 1482 (wechselseitige Haftungsbeschränkung bei gemeinsamer Mietwagenfahrt in Südafrika); BGH, *NJW-RR*, 2017, 272 (Haftungsbeschränkung im nachbarschaftlichen Gefälligkeitsverhältnis). Vgl. auch W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*⁴, 2, Berlin, 1992, § 7, S. 88 ff.

²⁵ OLG Frankfurt a. M., *NJW*, 1998, 1232, 1232.

²⁶ OLG Hamm, *VersR*, 2002, 705; OLG Hamm, *NJW-RR*, 2001, 455.

²⁷ Vgl. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 773 und 783 f.

²⁸ So GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 785; vgl. auch GEHRLEIN, *Vertragliche Haftung*, zit. (Fn. 10), 418.

²⁹ Siehe unten, in diesem Abschnitt.

³⁰ OLG München, *NJW*, 2006, 1883, 1885; vgl. auch OLG Nürnberg, *OLGZ*, 1967, 139 (unentgeltliche Übernahme der Stellung eines Rentenantrages durch den Vorsitzenden eines Sozialrentnerversins).

dem Vergleich der gesetzlich vorgesehenen Reduzierung des Haftungsmaßstabes bei anderen unentgeltlichen Verträgen, wie Schenkung, Leihe und Verwahrung: In den ersten beiden Fällen wird die *culpa*-Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt (§§ 521, 599 BGB), im letzten Fall auf die eigenübliche Sorgfalt (§ 690 BGB). Der Grundgedanke einer analogen Anwendung der Haftungsmilderung beim Auftrag ergibt sich aus der Stellung des Auftrages als einzigem unentgeltlichen Vertrag mit einem strengen Haftungsmaßstab aufgrund des besonderen persönlichen Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien und der Übernahme eines fremden Geschäftes. Wenn ein Auftrag kein Treuhandelement hat, sei das Auftragsrecht mit einer Regelungslücke behaftet, die durch Analogie zu §§ 521, 599 BGB (gegebenenfalls auch § 690 BGB) mit einem gemilderten Haftungsmaßstab auszufüllen sei³¹. Die für eine solche Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke ist jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Diskussion bei der Entstehung des Auftrages zweifelhaft³².

Ein alternativer Anknüpfungspunkt für das konturierte Kriterium des fehlenden Treuhandcharakters könnte der Schuldrechtsmodernisierung entnommen werden. Mit dieser Reform wurde der Wortlaut des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB geändert: Die Ausnahme vom regelmäßigen Verschuldensprinzip («Der Schuldner hat, *sofern nicht ein anderes bestimmt ist*, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten») wurde auf diese Weise ausführlicher formuliert: «Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, *wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist*». Die Verweisung auf den «sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses» bezweckt nach Ansicht der Literatur keine allgemeine Innovation, sondern nur die Schaffung eines besseren normativen Anknüpfungspunktes als § 254 BGB für die Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit³³. Gegen diese Auffassung und für die Wahrnehmung der «Chance» des

³¹ J. ESSER, *Schuldrecht*³, 2, Karlsruhe, 1968, § 81 I; E.A. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, §§ 241-432⁵, München, 2007, Einl vor § 241, Rn. 41; GEHRLIN, *Vertragliche Haftung*, zit. (Fn. 10), S. 417; MEDICUS, PETERSEN, *Bürgerliches Recht*²⁹, zit. (Fn. 11), § 16, S. 195 f., Rn. 369; LITTBARSKI, *Interdependenz*, zit. (Fn. 24), S. 955; SPALLINO, *Haftungsmaßstab*, zit. (Fn. 11), S. 232 f.

³² RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662 Rn. 124 und 126.2; MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 42.

³³ Vgl. CHR. GRÜNEBERG, in *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*⁸³, München, 2024, § 276, Rn. 4 und 44 f.; S. GRUNDMANN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil I*, §§ 241-310⁹, München, 2022, § 276, Rn. 171; R. SCHIMMEL, D. BUHLMANN, *Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht*, Neuwied, 2002, 197 ff. Siehe auch unten, in diesem Abschnitt.

§ 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 n.F. BGB hat sich Rundel ausgesprochen: Eine Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erbege sich aus dem sonstigen Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses, wenn das Mandat keine treuhänderische Geschäftsbesorgung beinhalte³⁴. Einer solchen Lösung wird aber zu Recht entgegengehalten, dass die bewusste gesetzliche Wertung einer vollen Haftung nicht unterlaufen werden dürfe³⁵: Ähnlich wie die Lösung über eine Analogie ist also auch der fehlende Treuhandcharakter kein taugliches Abgrenzungskriterium.

Über die oben beschriebenen Kriterien hinaus hat die Rechtsprechung weitere Milderungskriterien entwickelt. Solche Kriterien kommen aber nicht unmittelbar aufgrund der Besonderheit des Auftragsvertrages in Betracht, sondern hängen von anderen Milderungsfaktoren ab, die gelegentlich auch beim Auftrag vorkommen können. Als erster Sonderfall ist die Haftungserleichterung des § 680 BGB zu erwähnen, wonach der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn die Geschäftsführung die «Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr» bezweckt. Die entsprechende Anwendung von § 680 BGB in Auftragsfällen wird in der Literatur³⁶ befürwortet, insbesondere wenn der Auftragnehmer eine dem Auftraggeber drohende dringende Gefahr abwehren muss und keine Zeit mehr zur Einholung von Weisungen hat³⁷. Denselben Ansatz scheint auch die Rechtsprechung zu verfolgen³⁸. Als besondere Kriterien der Haftungsmilderung kommen auch die dogmatisch durchgebildeten Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung in Betracht. Ausgehend von § 254 BGB und gegebenenfalls mit Bezug auf § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB³⁹ hat die Rechtsprechung ein komplexes differenzierendes Modell für eine Haftungsprivilegierung von Arbeitnehmern entwickelt mit einer Haftungsbefreiung bei leichtester Fahrlässigkeit und Schadensteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei normaler Fahrlässigkeit. Gemeinsames Merkmal von Auftrag und Arbeitsverhältnis ist die Fremdheit des ausgeführten Interesses. Tragende Wertung hinter der sog. Betriebsrisikolehre in den Arbeitsverhältnissen ist aber der Umstand, dass der Arbeitgeber die Organisationsmacht und das Direktionsrecht hat und entsprechend auch besser Schadensrisiken durch Veränderung

³⁴ RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 210 ff.; vgl. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 780.

³⁵ So z.B. H. BROX, W.-D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*⁴⁸, München, 2024, § 20, Rn. 20.

³⁶ Vgl. MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 43; BERGER, *Erman BGB*¹⁷, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 25; SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 87; SCHWAB, *NK-BGB*⁴, zit. (Fn. 18), § 662, Rn. 26.

³⁷ So MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 43.

³⁸ In diesem Sinne OLG München, *NJW*, 2006, 1883, 1885, obwohl die Erleichterung im konkreten Fall ausgeschlossen wurde, weil der Einsatz von einem professionellen Helfer kam.

³⁹ Siehe oben, in diesem Abschnitt.

der Betriebsabläufe beeinflussen kann als der Arbeitnehmer, dessen Lohn zudem in keinem Verhältnis zum gegebenenfalls drohenden Schaden steht. Aufgrund dieser besonderen Umstände sowie der Komplexität der entwickelten Lösung sind die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung auf andere Privilegierungskonstellationen nicht übertragbar⁴⁰, wenngleich sie auch als Modell zur allgemeinen Haftungserleichterung beim Auftragsrecht vorgeschlagen wurden⁴¹. Ausnahmsweise können hingegen dieselben Grundsätze auch beim Auftrag angewendet werden, wenn der Beauftragte seine Tätigkeit nicht im Rahmen eines gelegentlichen Verhältnisses, sondern «ähnlich wie beim Arbeitsverhältnis» innerhalb einer auf Dauer angelegten Verbundenheit ausübt⁴². Ein Beispiel einer solchen ‘Wie-Beschäftigung’ ist der Pfadfinder-Fall⁴³: Ein ehrenamtlicher Jugendführer eines Pfadfindervereins hatte es zugelassen, dass jugendliche Vereinsmitglieder nasse Zelte auf einer Dachkonstruktion durch einen Gabelstapler zum Trocknen aufhängten. Infolge eines Unfalles erlitt einer der Jugendlichen hierbei schwere Verletzungen. Der BGH hat dem Pfadfinderleiter als Beauftragtem des Vereins gemäß § 670 BGB einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (also auf Freistellung von seiner Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Verletzten) zuerkannt, die er bei Erfüllung seiner ihm übertragenen Aufgaben hatte. Damit schloss sich der BGH der Begründung des Berufungsgerichts an: Es sei gerechtfertigt, auf den Anspruch ähnliche Grundsätze anzuwenden, wie sie die Rechtsprechung für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei gefahrgeneigter Tätigkeit entwickelt hat. Die Einfügung des § 31b seit dem 29.3.2013 (Haftungsbeschränkung von unentgeltlich bzw. quasi-entgeltlich tätigen Vereinsmitgliedern auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) in das BGB scheint den Rechtsprechungsansatz zu bestätigen⁴⁴.

3. Die beschriebenen Ansätze der Rechtsprechung und der Literatur in der Behandlung der immer noch offenen Fragen der Mandatarhaftung sind auf die deutsche Besonderheit der vollen Haftung des Beauftragten beim unentgeltlichen Auf-

⁴⁰ Zum Thema ausführlich SPALLINO, *Haftungsmaßstab*, zit. (Fn. 11), S. 237 ff.; GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 778 f.; vgl. RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 126.2; MARTINEK, OMLOR, *Staudinger BGB*, zit. (Fn. 1), § 662, Rn. 43; SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 86; BERGER, *Erman BGB*¹⁷, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 25.

⁴¹ Vgl. C.-W. CANARIS, *Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse*, in *RdA*, 19, 1966, S. 48 f.; E. EHMANN, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*¹², 1, Köln, 2008, § 662, Rn. 21; H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*³, Tübingen, 2005, S. 659.

⁴² Vgl. SPALLINO, *Haftungsmaßstab*, zit. (Fn. 11), S. 257 f.

⁴³ BGH, *VersR*, 1984, 281.

⁴⁴ Siehe unten, Abschnitt 4.

trag zurückzuführen, die teilweise historisch erklärbar ist⁴⁵. Bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war ein Komplex von Regelungen für Betätigungsverträge bereits vorhanden. Die Frage, «worin das Wesen des Auftragsvertrages bestehe und durch welches ausschlaggebende Merkmal sich dieser Vertrag insbesondere vom Dienst- bzw. Werkvertrage unterscheide»⁴⁶, könne aber verschieden beantwortet werden. Der Gegenstand des Auftrages könnte über das Kriterium der Unentgeltlich- bzw. Entgeltlichkeit sowie zwischen geistigem, manuellem oder rein juristischem Inhalt abgegrenzt werden. Diese Konturierung des Auftragsvertrages war kein einfacher Diskussionsgegenstand: Die veränderte Sozialstruktur von einer Statusgesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft sollte mit dem Erbe des römisch-rechtlichen Normenbestandes in Einklang gebracht werden. Der nach römischen Recht unentgeltliche Vertrag hatte sich außerdem – auch in Folge einer vielfältigen römischen Quellenbasis – schon in der mittelalterlichen Diskussion weiterentwickelt⁴⁷.

§ 585 des Ersten Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (E I) sah ein sehr weites und flexibles Konzept des Mandats vor. Es wurde von den Gesetzgebern vorgeschlagen, keine ausdrückliche Abgrenzung der Geschäftsbesorgung festzulegen, sondern diese Aufgabe stattdessen der Wissenschaft sowie der Auslegung der Praxis im Einzelfall zu übertragen⁴⁸. Auch auf eine Einschränkung durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit wurde verzichtet, in dem Bewusstsein, dass «den Anschauungen und dem Verkehre der Gegenwart jenes Erforderniß fremd»⁴⁹ geworden sei. Die Haftung wegen jeder Fahrlässigkeit des Beauftragten wurde in den Motiven zum Ersten Entwurf im Zusammenhang mit einer solchen Darstellung des Auftrages erläutert: Maßgebend sei «der Gesichtspunkt einerseits des vom Auftraggeber dem Beauftragten bewiesenen Vertrauens und auf Seite des Letzte-

⁴⁵ Vgl. H.-J. HOFFMANN, *Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß*, in *AcP*, 167, 1967, S. 403.

⁴⁶ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1888, S. 526, auch in *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, hrsg. v. B. MUGDAN, 2, Berlin, 1899, Neudruck 1979, S. 294.

⁴⁷ Vgl. J. ESSER, H.L. WEYERS, *Schuldrecht*⁸, 2, Heidelberg, 2000, § 35 I, S. 310; LAMMEL, *HKK BGB*, zit. (Fn. 4), §§ 662-675b, Rn. 4 und 8-11.

⁴⁸ Vgl. *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 527 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 294 f.; ausführlicher zur Diskussion, H.H. JAKOBS, in H.H. JAKOBS, W. SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin-New York, 1983, §§ 662, 676, S. 31 f.; weitere Materialien in F.P.H. v. KÜBEL, *Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, Besonderer Teil*, in W. SCHUBERT (Hg.), *Vorentwürfe der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, 1980, S. 783 ff.; zum Auftrag in der mittelalterlichen Diskussion, vgl. G. PROVERA, *Mandato (storia)*, in *NNDI*, 10, Torino, 1975, S. 318 ff.

⁴⁹ *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 527 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 295.

ren, daß er ein fremdes Geschäft zu besorgen übernimmt»⁵⁰. Ein solcher Ansatz bestätigt die schon im Mittelalter vertretene Auffassung, wonach der Beauftragte neben dem «Versprechen, etwas für einen anderen besorgen zu wollen», auch das ‘stillschweigende’ Versprechen, Sorgfalt zu üben, gibt⁵¹.

Der ursprüngliche Begriff des Auftrages erfuhr eine erhebliche Veränderung im Zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in dem die Unentgeltlichkeit als unterscheidendes Merkmal des Auftrages gegenüber dem Dienst- und Werkvertrag gebilligt wurde. Die Entscheidung scheint vor allem ein dogmatisches Bedürfnis zu befriedigen, nachdem die entgeltliche Übertragung der Besorgung fremder Geschäfte in den Dienst- und Werkverträgen ihre erschöpfende Regelung gefunden hatte: «Wie der Entw. (*sc.* Entwurf) neben der entgeltlichen Miete die unentgeltliche Leihe geregelt habe, so empfehle es sich, neben dem entgeltlichen Dienst- und Werkverträge den unentgeltlichen Auftrag zu regeln und auf diese Weise klar von einander abgegrenzte Rechtsinstitute zu schaffen»⁵². Im Zusammenhang mit dem gerade angeführten Merkmal der Unentgeltlichkeit thematisierte der Gesetzgeber hingegen nicht erneut die Frage der Haftung des Beauftragten.

Teilweise wird die These aufgestellt, dass die strenge Haftung des Beauftragten eher ein zufälliges Erbe der strengen Haftung im römischen Mandat sei als auf einem durchdachten rechtspolitischen Konzept beruhe, weshalb sie kaum noch zeitgemäß sei⁵³. Dieser Auffassung ist insofern zuzustimmen, als die strenge Haftung des Beauftragten dem Forschungsstand der Pandektistik über den römisch-rechtlichen Auftrag entspricht⁵⁴. Die Übernahme solcher historischer Auffassungen durch die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs scheint aber nicht unkri-

⁵⁰ *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 531 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 297; vgl. *BGHZ*, 21, 102, 110; *LG Stuttgart, NJW-RR*, 1993, 1020; GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 773 ff.

⁵¹ B. WINDSCHEID, TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, 2, Frankfurt am Main, 1906, § 410, S. 800, Fn. 4; vertiefend J.D. HARKE, *Freigiebigkeit und Haftung*, Würzburg, 2006, S. 44 ff.; HOFFMANN, *Der Einfluß*, zit. (Fn. 45), S. 404 f.; D. SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung im römischen Recht*, Baden-Baden, 2014, S. 30; GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 774 f.

⁵² *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1898, S. 352, auch in *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 943. Durch die Einfügung vom § 603 a (= § 606 E II), der eine entsprechende Anwendung der §§ 590-595 E I und §§ 599-603 E I bestimmte, unterlagen die (entgeltlichen) Geschäftsbesorgungen, die unter Dienst- oder Werkverträgen fielen, trotzdem großenteils der Regelung des Auftrags: Vgl. *Prot.*, 2, zit., S. 376 f. = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 958.

⁵³ H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*³, zit. (Fn. 41), S. 659.

⁵⁴ Vgl. unten, Abschnitt 6. Ein großer Einfluss der römischen Quellen ist eher für die Einfügung der Unentgeltlichkeit als Abgrenzungskriterium zum Geschäftsbesorgungsvertrag zu erkennen, siehe D. 17.1.1.4 (Paul. 32 ad ed.): [...] *interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*; vgl. auch schon Gai 3.162.

tisch⁵⁵ stattgefunden zu haben. Wie oben angedeutet, hatten sich die Redaktoren während der Diskussion über den Ersten Entwurf dem Problem der Haftung gestellt und eine begründete Entscheidung für die strenge Haftung getroffen. Die Unentgeltlichkeit als Unterscheidungsmerkmal wurde am Anfang ausgeschlossen und als Ausdruck eines anachronistischen römischen Elementes betrachtet.

Aufgrund der nachträglichen Einfügung des Merkmals der Unentgeltlichkeit könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass die Versagung des Haftungsprivilegs keine stichhaltige Begründung in Hinblick auf unentgeltliche Geschäftsbesorgungen enthält⁵⁶. Demgegenüber sollte man aber auch anführen, dass das Argument gegen eine Haftungsprivilegierung auf der besonderen Vertrauensstellung des Auftragnehmers gründet und unabhängig von Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung gelten kann. Man könnte außerdem bemerken, dass eine Besonderheit gegenüber der entgeltlichen Geschäftsbesorgung gilt, da die eingeführte Verweisung auf das Auftragsrecht (§ 675 Abs. 1 BGB) keine Norm über die Beendigung des Vertrages enthält, welche eine Privilegierung zugunsten des Auftragnehmers im Fall einer unentgeltlich aufgenommenen Verpflichtung darstellt⁵⁷.

Die Gesetzgeber stellten erwähnenswerte Überlegungen über Unentgeltlichkeit und Haftungsmilderung im Zusammenhang mit dem Verwahrungsvertrag (damaligen Hinterlegungsvertrag)⁵⁸ an. Der Hinterlegungsvertrag wurde schon im Ersten Entwurf abweichend vom römischen Recht nicht als unentgeltlicher, sondern als entgeltlicher Vertrag normiert: Eine Vergütung galt gem. § 615 E I als stillschweigend vereinbart, «wenn die Aufbewahrung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war» (vgl. § 689 der aktuellen Fassung). Was im Ersten Entwurf aber fehlte, war eine Haftungsbeschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt im Fall der unentgeltlichen Aufbewahrung. Die Gesetzgeber führten in den Motiven aus, dass der römische Gedanke einer Haftungsmilderung in solchen Fällen nicht mehr zu halten sei: «Wer in der jetzigen Zeit einem Anderen sein Gut zur Aufbewahrung anvertraut, erwartet, daß dieser sich nicht überwiegend nur leidend verhalte (§ 614 [E I]), sondern daß er bei der Aufbewahrung eine gewisse Sorgfalt anwende, und zwar nicht bloß eine solche, deren Verletzung den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründete [...]»⁵⁹. Die Haftung für eine «gewisse Sorgfalt»

⁵⁵ So HOFFMANN, *Der Einfluß*, zit. (Fn. 45), S. 404.

⁵⁶ So GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 774 f.; vgl. RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 123.

⁵⁷ Vgl. HARKE, *Freigiebigkeit*, zit. (Fn. 51), S. 92.

⁵⁸ Zur Übersichtsänderung siehe den *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse*, Berlin, 1896, S. 90.

⁵⁹ *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 572 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 320. Vgl. dazu FRASSEK, in *HKK*

gründete also – wie im Fall des Auftrages – auf dem Vertrauenscharakter des Vertrages. Die Unentgeltlichkeit der Leistung⁶⁰ wurde außerdem ausdrücklich als Milderungskriterium ausgeschlossen, da sie «bei Bestimmung der Haftung des Schuldners (§ 224 [E I]) prinzipiell als nicht maßgebend verworfen»⁶¹ sei. Als letztes Argument gegen die Aufstellung einer Milderung wurden «schwerwiegende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit» angebracht, indem zahlreiche Fälle vorlagen, «in denen die Entscheidung, ob ein Hinterlegungs- oder ein Auftragsvertrag vorliegt, sehr schwierig ist». Die Normierung eines vollen Haftungsmaßstabes hätte also solche Abgrenzungsschwierigkeiten überwinden können und das BGB hätte hierdurch an «wünschenswerther Einfachheit» sowie an Rechtssicherheit gewonnen⁶².

Die in den Protokollen geäußerten Meinungen wichen erheblich von den Motiven ab: Trotz der ausführlichen Begründung des Ersten Entwurfs wurde die Rechtslage des unentgeltlichen Verwahrers im Zweiten Entwurf verändert. Die Einschränkung seiner Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt wurde dadurch motiviert, dass ein solcher Maßstab «der Auffassung des Lebens und der Billigkeit entspreche»⁶³. Die im Ersten Entwurf befürwortete gleiche Behandlung von unentgeltlicher Verwahrung und Auftrag wurde somit abgelehnt: Diese Neuausrichtung bedurfte also einer Erklärung von Seiten des Gesetzgebers, wonach «beim Auftrage der Beauftragte sich direkt zu einer Tätigkeit im Interesse des Auftraggebers verpflichte, während bei der Hinterlegung der Verwahrer eine Sache nur in seine Obhut nehmen soll»⁶⁴. Der im Ersten Entwurf angenommene Vertrauenscharakter des unentgeltlichen Verwahrungsvertrages wurde also in den Protokollen ausgeschlossen und nur für den Auftragsvertrag bestätigt: Somit war der unterschiedliche Haftungsmaßstab gerechtfertigt.

Die Mandatarhaftung im BGB stellt also das Ergebnis einer Überlegung des Gesetzgebers über das Institut des Auftrages im Allgemeinen dar, der sich durch Hervorhebung des Vertrauenscharakters sowie des Tätigwerdens des Beauftragten im fremden Interesse für einen strengen Haftungsmaßstab ausgesprochen hat. Die nachträgliche Gestaltung des Auftrages als eines ausschließlich unentgeltlichen Vertrages hat die Begründung und Abgrenzung von Fällen mit gemildertem Haftungsmaßstab erheblich erschwert: Die unentgeltliche Erbringung der Leistung

BGB, zit. (Fn. 4), §§ 688-700, Rn. 13.

⁶⁰ Es wird auch der Umstand erwähnt, dass «der Verwahrer nur eine Gefälligkeit erweist»: *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 573 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 320.

⁶¹ *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 573 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 320.

⁶² *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 573 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 320.

⁶³ *Prot.*, 2, zit. (Fn. 52), S. 393 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 968 f.

⁶⁴ *Prot.*, 2, zit. (Fn. 52), S. 393 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 968 f.; vgl. dazu HARKE, *Freiwilligkeit*, zit. (Fn. 51), S. 82 ff.

war in den gegenwärtigen Rechtsordnungen üblicher Anknüpfungspunkt für eine gemilderte Haftung des Beauftragten⁶⁵ und der Bezug auf die Unentgeltlichkeit hatte auch die Einschränkung der Verwahrerhaftung auf die eigenübliche Sorgfalt im Zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs ermöglicht. Eine allgemeine Milderungsklausel für nicht fremdnützige Geschäfte, die dem Geschäftsführer keinerlei Vorteil bringen, ist im BGB nicht vorhanden. Trotz der Unentgeltlichkeit bleibt der Auftragsvertrag in der Vorstellung des Gesetzgebers ein rechtlich und wirtschaftlich relevantes Konzept mit einem großen Anwendungsbereich: Die Rechtfertigung eines strengen Haftungsmaßstabes erfolgte also durch den wiederholten Bezug auf die Fremdinteressenwahrung als Inhalt des Vertrages. Eine solche Überlegung wurde aber in den Protokollen nur im Rahmen der Diskussion über die Verwahrerhaftung geäußert, ohne dass sie eine ausdrückliche Regelung im Gesetz fand.

4. Vor diesem dogmengeschichtlichen Hintergrund stellt sich die Frage, ob die volle Haftung des Auftragnehmers im systematischen Vergleich mit den für andere unentgeltliche Verträge vorgesehenen Haftungsprivilegierungen teleologisch gerechtfertigt ist oder zur Wahrung der Wertungskohärenz des Gesetzes einer Korrektur bedarf. Als haftungsprivilegierte Tatbestände kommen zunächst die zwei typischen unentgeltlichen Verträge neben dem Auftrag in Betracht: Schenkung und Leihe. Der Schenker hat gem. § 521 BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Darüber hinaus haftet er gem. §§ 523 f. BGB im Fall von Rechts- oder Sachmängeln nur für arglistiges Verschweigen und ausnahmsweise bei grober Fahrlässigkeit. Eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sowie arglistiges Verschweigen bei Mängeln sind auch für den Verleiher in den §§ 599 f. BGB vorgeschrieben⁶⁶. Wie im vorigen Abschnitt dargelegt ist auch die Haftung des Verwahrers gemildert, wenn er die Aufbewahrung unentgeltlich übernimmt: In solchen Fällen hat er gem. § 690 BGB grundsätzlich nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB). Noch bedeutsamer für den Zweck dieser Untersuchung scheinen die in jüngerer Zeit⁶⁷ eingeführten Milderungen im Rahmen des Vereinsrechts: Gem. §§ 31a und 31b BGB haften Organmitglieder oder besondere Vertre-

⁶⁵ *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 530 f. = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 297; vgl. oben, Fn. 4.

⁶⁶ Anders als bei Verwahrung (vgl. oben, Abschnitt 3) wurde die Haftungsprivilegierung bei Schenkung und Leihe während des Gesetzgebungsverfahrens nie in Frage gestellt: vgl. *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 296 f. = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 164 sowie *Prot.*, 2, zit. (Fn. 52), S. 21 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 747, zur Schenkung, und *Mot.*, 2, zit. (Fn. 46), S. 446 = *Mugdan*, 2, zit. (Fn. 46), S. 249, zur Leihe.

⁶⁷ § 31a BGB wurde erstmals durch Gesetz von 28.9.2009 (*BGBI.*, 1, S. 3161) mit Wirkung von 3.10.2009 eingeführt.

ter sowie Vereinsmitglieder für einen bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten (bzw. der ihnen übertragenen satzungsgemäßen Vereinsaufgaben) verursachten Schaden nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Voraussetzung hierfür ist, dass der Begünstigte unentgeltlich tätig wird oder eine Vergütung erhält, die 840 Euro jährlich nicht übersteigt. Die Vorschrift scheint besonders relevant, weil sie in einer verwandten Konstellation des Auftrages⁶⁸ anzuwenden ist: Durch die Verweisung in § 27 Abs. 3 S. 1 BGB finden auf die Geschäftsführung des Vorstands die für den Auftrag geltenden §§ 664 bis 670 BGB entsprechende Anwendung. Der § 31a BGB hat in seiner ersten Fassung von 2009 durch eine Haftungsmilderung die Ehrenamtlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Vorstands anerkannt und gefördert⁶⁹. Im Jahr 2013 hat der Gesetzgeber die Haftungsprivilegierung des § 31a BGB auf alle Organmitglieder oder besonderen Vertreter ausgeweitet und eine ähnliche Privilegierung für Vereinsmitglieder durch § 31b BGB eingeführt⁷⁰.

Einige Beispiele von Geschäftsführungen sind auch zu erwähnen, in denen die Haftungsprivilegierung des unentgeltlich tätig werdenden Geschäftsführers jedoch erst beim Vorliegen von weiteren Voraussetzungen erfolgt. Hieraus folgt allerdings auch, dass sie keine vergleichbare Interessenlage mit der des Auftrages haben. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag hat der Geschäftsführer gem. § 680 BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Die Vorschrift trägt der Besonderheit von Notsituationen Rechnung, die ein schnelles Eingreifen erfordern und daher mit einem erhöhten Fehlerpotential verbunden sind⁷¹. Nur in diesem Rahmen wird die grundsätzliche Schutzwürdigkeit des unentgeltlich Tätigen berücksichtigt⁷². Diese Wertung des § 680 BGB liegt auch dem § 968 BGB zugrunde, wonach der Finder nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat: Beim Fund wird vom Gesetzgeber das Drohen einer dringenden Gefahr unwiderleglich vermutet⁷³. Auch der Haftungsausschluss für die Erteilung eines Rats im Rahmen des § 675 Abs. 2 BGB dient nur der Klarstellung, dass einerseits die (unaufgeforderte oder auf Anfrage gegebene) Erteilung

⁶⁸ So GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 771.

⁶⁹ Vgl. L. LEUSCHNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, §§ 1-240 – *AllgPersönlR – ProstG – AGG*⁹, München, 2021, § 31a, Rn. 1.

⁷⁰ Das Gesetz von 21.3.2013 (*BGBI.*, 1, S. 556) hat die Haftungsbeschränkung des Vorstands auf andere Organe und besondere Vertreter erweitert, Höchstvergütung sowie Beweislast beim § 31a BGB geändert und § 31b BGB eingeführt; die Höchstvergütung wurde im Jahr 2021 (*BGBI.*, 1, S. 607) erneut erhöht.

⁷¹ Vgl. SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 680, Rn. 1.

⁷² Vgl. CHR. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 772.

⁷³ Vgl. J. OECHSLER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8, *Sachenrecht*, §§ 854-1296 – *WEG – ErbbauRG*⁹, München, 2023, § 968, Rn. 1.

von Rat und Empfehlung grundsätzlich im Bereich des rechtlich Unverbindlichen liegt und dass andererseits eine rechtsgeschäftliche, deliktische oder anderweitig gesetzlich angeordnete Haftung aus Rat und Empfehlung nicht ausgeschlossen wird⁷⁴.

Durch die oben skizzierte Darstellung bekommt man ein Gesamtbild des Haftungsmaßstabes bei Unentgeltlichkeit im BGB, dessen teleologische Folgerichtigkeit schwierig anzugreifen scheint. Die Suche nach einem überzeugenden Sachgrund für die haftungsmäßige Sonderbehandlung des Auftragnehmers verlangt darüber hinaus die weitere Vertiefung der zwei Faktoren, der Sachbezogenheit der Leistung und des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien, welche die Bestimmung des Haftungsmaßstabes beeinflusst haben könnten⁷⁵.

Abgesehen von den §§ 31a, 31b BGB, die erst in jüngster Zeit ins BGB eingeführt worden sind sowie von den oben erläuterten §§ 675 Abs. 2, 680 und 968 BGB, welche eine Haftungsprivilegierung vorschreiben, die nicht überwiegend auf der Unentgeltlichkeit beruht, betreffen die Haftungsprivilegien im BGB solche Gefälligkeitsverträge, bei denen die unentgeltliche Leistung einen Bezug auf körperliche Gegenstände aufweist, nämlich Schenkung⁷⁶, Leihe und Verwahrung. Fraglich ist aber, warum die Sachbezogenheit ein maßgebliches Wertungskriterium für die Differenzierung der Haftung gegenüber dem tätigkeitsbezogenen Auftrag sein sollte. Hinter dieser Differenzierung steckt die Übernahme der römischen strukturellen Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualverträgen⁷⁷. Als Realverträge kamen Leihe und Verwahrung erst durch Sachübergabe zustande. Somit war die unentgeltliche Leistung des wohlthätigen Vertragspartners schon mit Vertragsschluss vollzogen und eine Haftung kam nur für den Fall einer vorsätzlichen Schädigung des Vertragspartners in Betracht. Auch bei der vorjustinianischen Schenkung kam eine Haftung wegen der fehlenden Verpflichtungswirkung oft nur als deliktisches Phänomen in Betracht. Dagegen waren bei Konsensualverträgen auch unentgeltliche Leistungen Inhalt einer Pflicht: Aus dem Gedanken, dass die Parteien freiwillig eine Verpflichtung eingegangen sind, folgt, dass beide Par-

⁷⁴ Vgl. W. HEERMANN, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6, *Schuldrecht – Besonderer Teil III*, §§ 631-704⁹, München, 2023, § 675, Rn. 116.

⁷⁵ Vgl. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 775.

⁷⁶ Wie von GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 775, beobachtet, ist der Sachbezug bei der Schenkung «zwar sicherlich ein empirisch regelmäßiges, aber kein notwendiges normatives Kriterium (§ 516 BGB)».

⁷⁷ Die Existenz einer römischen Kategorie der Realverträge ist eine auf den Quellen basierte allgemeine Annahme in der Romanistik, deren Herleitung aus dem klassischen römischen Recht nur von A. WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta*, Tübingen, 2017, in Frage gestellt wurde, vgl. dazu die Rezensionen von F. BONIN, in *QLSD*, 9, 2019, S. 443 ff. und PH. SCHEIBELREITER, in *ZSS*, 136, 2019, S. 451 ff.

teien wie üblich für *culpa* sowie für *dolus* haften müssen⁷⁸. Ausgehend von der mittelalterlichen Diskussion führte die Überwindung des Realvertragsschemas nicht zur Ablehnung der beschriebenen Differenzierung, sondern brachte eine neue Variante hervor, bei der die Leistung des wohl tätigen Partners «nicht einfach durch den Vertragsschlussmechanismus verdeckt, in ihrer Pflichtenintensität aber so herabgestuft wird, dass sie keine gewöhnliche Haftung hervorbringen kann»⁷⁹. Die Differenzierung nach der Pflichtenintensität lag implizit auch noch der unterschiedlichen Behandlung von Sach- und Tätigkeitsbezogenheit in der gesetzgeberischen Diskussion bei der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde. Ein klarer Ausdruck dessen scheint die oben gesehene Rückkehr zur Haftungsbeschränkung bei Verwahrung durch die Zweite Kommission⁸⁰. Eine Haftungs-differenzierung bei unentgeltlichen Verträgen aufgrund des Sachbezuges scheint eigentlich nicht tragfähig, da – wie schon die erste Kommission beobachtet hat⁸¹ – tätigkeitsbezogene und sachbezogene Leistungen nicht notwendigerweise unterschiedliche Sorgfaltsanforderungen nach sich ziehen: Somit ist der Umstand, dass der Schenker, der Verwahrer und der Verleiher einem weniger strengen Haftungsmaßstab unterliegen als der Beauftragte, widersprüchlich. Ein Indiz dafür, dass auch der aktuelle Gesetzgeber eine solche Differenzierung nicht mehr befürwortet, ist wohl die Einfügung der §§ 31a und 31b ins BGB, die eine Haftungsprivilegierung für unentgeltliche tätigkeitsbezogene Leistungen bestimmen.

Die Bezugnahme in den Gesetzesmaterialien auf das besondere persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem als Grund für die strenge Haftungsregelung scheint auch unabhängig von systematischen Erwägungen teleologisch nicht überzeugend. Einerseits ist zu beobachten, dass der weite Anwendungsbereich des Auftragsrechts der Typizität eines besonderen Vertrauensverhältnisses entgegensteht⁸². Andererseits könnte sich die Feststellung eines persönlichen Vertrauensverhältnisses in Einzelfällen als eine willkürliche Fiktion erweisen. Der Begriff des persönlichen Vertrauensverhältnisses scheint uferlos weit und nicht aussagekräftig, wenn man darunter die Fälle versteht, bei denen «der Auftraggeber auf eine objektiv ordnungsgemäße Auftragsausführung vertrauen»⁸³ darf. Anhaltspunkte für den Ausschluss des persönlichen Vertrauens zu suchen würde zu einer bloßen Billigkeitsbewertung über den Haftungsmaßstab füh-

⁷⁸ Für eine erste historische Einordnung, vgl. HARKE, *Freigiebigkeit*, zit. (Fn. 51), insbesondere S. 25 ff.; vgl. auch die allgemeineren Ausführungen von L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, 5, 2012, S. 73 ff., zur Übergabe als Moment der Verrechtlichung.

⁷⁹ HARKE, *Freigiebigkeit*, zit. (Fn. 51), S. 51 und 29 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁸⁰ Vgl. oben, Abschnitt 3.

⁸¹ Vgl. oben, Abschnitt 3.

⁸² So GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 775.

⁸³ Vgl. SCHÄFER, *MüKo BGB*⁹, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 83.

ren. Allein das berufliche Sachverständnis des Beauftragten könnte einen qualifizierten Fall einer Vertrauensstellung darstellen und somit die strenge Haftung rechtfertigen⁸⁴.

In Anbetracht dieser Widersprüchlichkeit und gegen die Mehrheit der Rechtsprechung und der Lehre, die nur eine Milderung der unbillig empfundenen Mandatarhaftung in Einzelfällen vorgeschlagen hat⁸⁵, hat Grigoleit gefordert, den Wertungswiderspruch im Wege der Rechtsfortbildung zu beheben⁸⁶. Er argumentiert, dass der gesetzgeberische Wille einer strengen Haftung für den Beauftragten fehlerhaft gebildet gewesen wurde und daher nicht bindend sei. Es handele sich also «um die Bereinigung eines gesetzgeberischen Irrtums, nicht um eine rechtspolitische Korrektur»⁸⁷, die mit der jüngeren Neuerung des Gesetzgebers im Vereinsrecht sowie mit wertungsmäßigen allgemeinen Überlegungen vereinbar sei.

Ein solcher Ansatz, der eine unterschiedslose allgemeine Haftungsprivilegierung im Auftragsrecht bezweckt, trüge aber der Besonderheit des Auftragsvertrages in der deutschen Rechtsordnung mit seinem weiten und vielfältigen Anwendungsbereich nicht hinreichend Rechnung: Dem Bedürfnis nach einer Haftungsmilderung sollte eher auf der Ebene der richterlichen Einzelfallbeurteilung im Rahmen einer ergänzenden Auslegung weiter entsprochen werden.

5. Bei der Darstellung der Entstehungsgeschichte der Ausgestaltung der Mandatarhaftung durch den BGB-Gesetzgeber ist bereits der Einfluss pandektistischer Denkansätze auf das römische Recht deutlich geworden. An dieser Stelle sollen die Quellen des klassischen römischen Rechts gegenübergestellt werden, um – auch im Lichte der Entwicklung der romanistischen Forschung – zu beobachten, welchen Anwendungsbreite der Auftrag hatte und wie die römischen Juristen die Frage der Mandatarhaftung gelöst haben. Dabei soll versucht werden, Kriterien aufzuzeigen, die die moderne richterliche Fallbeurteilung möglicherweise unterstützen können⁸⁸.

Es kann bereits festgestellt werden, dass sich durch diese Darstellung nicht der geltende Haftungsstandard für den Mandatar im römischen Recht bestimmen lässt. Vielmehr kann die Auseinandersetzung mit einigen Quellen zeigen, welche Wertungen die römischen Juristen einem strengen bzw. milden Haftungsmaßstab zugrunde legten. Allgemeine Aussagen über die Mandatarhaftung erscheinen

⁸⁴ Siehe oben, Abschnitt 2.

⁸⁵ Vgl. oben, Abschnitt 2.

⁸⁶ Vgl. GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 777; dazu RIESENHUBER, *BeckOGK BGB*, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 124.2.

⁸⁷ GRIGOLEIT, *Unentgeltliche Verträge*, zit. (Fn. 14), S. 777.

⁸⁸ Vgl. dazu skeptisch U. BABUSIAUX, *Rez. zu RUNDEL, Mandatum*, zit. (Fn. 11), in *ZSS*, 125, 2008, S. 844, Fn. 14.

nicht in der *sedes materiae* vom Auftragsrecht der justinianischen Kompilation, das heißt im Titel 17.1 der Digesten (*Mandati vel contra*)⁸⁹. Informationen über die Mandatarhaftung sind vielmehr im ganzen *Corpus iuris civilis* sowie in anderen juristischen und literarischen Quellen verstreut zu finden. Der Wortlaut der Stellen vermittelt kein einheitliches Bild und auch die exegetischen Mühen, die widersprüchlichen Quellen in Einklang zu bringen, hat oft zu unterschiedlichen Ergebnissen geführt. Dies ist auch aufgrund der «Vielschichtigkeit der Sozialbeziehungen, die dem Mandat zugeordnet werden, [...] der modernen Romanistik trotz unendlicher Diskussionen nicht gelungen»⁹⁰. Die Quellenbasis scheint auch innerhalb des *Corpus iuris* heterogen: Man gewinnt den Eindruck, dass selbst in den Fragmenten der einzelnen Rechtsgelehrten der Digesten keine einheitliche Vorstellung von der Verschuldenshaftung des Beauftragten vorhanden war. Daher ist auch die Annahme von Interpolationen – das heißt von verfälschenden Einsätzen der Kompilatoren in den ursprünglichen Wortlaut der Schriften der klassischen Juristen⁹¹ – äußerst kompliziert⁹². Die Quellen decken außerdem eine Zeitspanne von vielen Jahrhunderten ab, sodass sich jeder Versuch ihrer Auslegung auch mit der Hypothese einer chronologischen Entwicklung des Haftungsmaßstabes auseinandersetzen muss.

Als älteste allgemeine Quelle zur Mandatarhaftung kommt ein Auszug der Verteidigungsrede von Cicero *pro Sexto Roscio Amerino* in Betracht. Es handelt sich hier nicht um einen Rechtstext im engen Sinn, sondern um einige rechtliche Betrachtungen Ciceros als junger Anwalt in einer Prozessrede im Jahre 80 v. Chr. Nach den Ausführungen Ciceros hatten Capito und Magnus – zwei Angehörige der römischen Aristokratie – den Vater des Angeklagten ermordet und mit der Hilfe von Chrysogonus, einem Freigelassenen Sullas, den Ermordeten nachträglich auf die Proskriptionslisten gesetzt, um dessen Nachlass günstig zu erwerben. Für den Mord ließen sie den Sohn des Ermordeten, Sextus Roscius, fälschlich anklagen⁹³. Die Heimatgemeinde des Ermordeten hatte Capito zusammen mit neun weiteren örtlichen Persönlichkeiten per Ratsbeschluss zu Sulla gesandt, um die Ehre des Toten und das Vermögen des unschuldigen Sohnes Sextus Roscius zu retten (*ibid.* 25). Dabei war sich die Gemeinde der Schuld von Capito nicht bewusst.

⁸⁹ Vgl. W. LITEWSKI, *La responsabilité du mandataire*, in *Index*, 12, 1983-84, S. 119.

⁹⁰ D. NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, in D. NÖRR, SH. NISHIMURA (Hgg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin-Heidelberg-New York, 1993, S. 34 f.; vgl. RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 12.

⁹¹ Vgl. unten, Fn. 122.

⁹² Vgl. A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, S. 214 f.; SCHNEEBERGER, *Der Einfluss*, zit. (Fn. 4), S. 50 f.

⁹³ Für eine Einleitung siehe G. LANDGRAF, *Kommentar zu Cicero Rede Pro Sex. Roscio Amerino*², Leipzig-Berlin, 1914; A.R. DYCK, *Cicero Pro Sexto Roscio*, Cambridge, 2010, S. 1 ff.

Stattdessen hinderte Capito die anderen redlichen Gesandten am Zugang zu Sulla, um sein verbrecherisches Projekt nicht zu gefährden. An der hier betreffenden Stelle richtet sich Cicero gegen das Verhalten von Capito und stellt die folgenden Betrachtungen über die Verletzung von Mandatpflichten an:

Cic. *S. Rosc.* 111-113: In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo propterea quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. 112. Quid recipis mandatum si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? [...] 113. Itane est? In minimis rebus qui mandatum neglexerit, turpissimo iudicio condemnetur necesse est, in re tanta cum is, cui fama mortui, fortunae vivi commendatae sunt atque concreditae, ignominia mortuum, <egestate vivum> adfecerit, is inter honestos homines atque adeo inter vivos numerabitur? In minimis privatisque rebus etiam negligentia in crimen mandati iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandarit, non illum qui mandatum receperit; in re tanta, quae publice gesta atque commissa sit, qui non negligentia privatum aliquod commodum laeserit, sed perfidia legationis ipsius caerimoniam polluerit macula que adfecerit, qua is tandem poena adficietur aut quo iudicio damnabitur? ⁹⁴

⁹⁴ «111. Wie die Vorfahren glaubten, beging man in privaten Angelegenheiten die ärgste Schändlichkeit, wenn man einen Auftrag, um sich zu bereichern oder einen Vorteil zu erlangen mit hinterhältigen Absichten ausgeführt, ja sogar, wenn man sich hierbei nur ein wenig nachlässig verhalten hatte. Daher wurde die Klage aus dem Auftragsverhältnis zugelassen, die keinen geringeren Schimpf einbringt als die Diebstahlsklage – wie ich glaube, aus folgendem Grund: Bei den Geschäften, die wir selbst nicht wahrnehmen können, tritt die Zuverlässigkeit von Freunden an die Stelle unserer eigenen Mühewaltung, und wer es hieran fehlen läßt, der bekämpft eine dem Schutze aller dienende Einrichtung und zerstört, soviel an ihm liegt, die menschliche Lebensgemeinschaft. Denn es ist unmöglich, dass wir alle unsere Angelegenheiten selbst besorgen; ein jeder eignet sich für etwas anderes. So werden freundschaftliche Beziehungen angeknüpft: Wechselseitige Dienste sollen das Wohl der Gemeinschaft fördern. 112. Warum übernimmst du einen Auftrag, wenn du ihm entweder nachlässig oder zu deinem eigenen Vorteil mißbrauchen willst? [...] 113. So steht es also? Bei den geringsten Angelegenheiten wird ein nachlässiger Beauftragter notwendigerweise auf Grund einer Klage verurteilt, die größten Schimpf einbringt? Doch bei einer so wichtigen Sache soll jemand unter die ehrenhaften Leute oder auch nur unter die Lebenden gerechnet werden, dem die Ehre eines Toten, das Vermögen eines Lebenden anvertraut und überantwortet sind und der gleichwohl dem Toten Schande, dem Lebenden Armut gebracht hat? Bei den geringsten Privatangelegenheiten ist sogar die nachlässige Erledigung eines Auftrags einem Schuldvorwurf und entehrenden Verfahren ausgesetzt, weil, wenn es ordentlich zugehen soll, zwar der Auftraggeber, nicht aber der Beauftragte nachlässig

In seiner Rede nutzt Cicero einen Erstrecht-Schluss aus dem Privatrecht, um das verbrecherische Verhalten von Capito in einem strafrechtlichen Fall zu erörtern⁹⁵. Capito hatte arglistig gegen die Pflichten eines öffentlichen Auftrages verstoßen. Vergleichsbasis seiner Argumentation ist der privatrechtliche Auftrag mit seinem strengen Haftungsmaßstab: Nicht nur die absichtliche Bereicherung, sondern bereits Nachlässigkeit (*neglegentia*) führe zur Haftung im Rahmen der *actio mandati*. Die Literatur streitet immer wieder über den Haftungsmaßstab, den man aus dem wiederholten Bezug auf die *neglegentia* entnehmen könnte. Einerseits wird die Stelle als Beweis einer Haftung auch für Fahrlässigkeit schon in vorklassischer Zeit betrachtet⁹⁶, andererseits hat die herrschende Meinung mit unterschiedlichen Begründungen einer solchen Auslegung widersprochen⁹⁷. Wie schon von Mitteis angedeutet, bestehe eine «Voreingenommenheit, *neglegentia* im Munde Ciceros ohne weiteres so zu verstehen, wie es die Rechtstechnik späterer Jahrhunderte gefasst hat»⁹⁸. Wenn überhaupt als rechtlich vertrauenswürdige Quelle betrachtet⁹⁹, wird die Stelle Ciceros damit erklärt, dass auch ein Verschulden, welches nicht auf betrügerischem Eigennutz beruht, zu einer dolosen Mandatarhaftung führen

sein darf. Doch wenn jemand bei einer so wichtigen Sache, die im Namen der Bürgerschaft ausgeführt und ins Werk gesetzt wurde, nicht irgendeinem privaten Vorteil fahrlässig zuwidergehandelt, sondern heimtückisch sogar die Heiligkeit der Gesandtschaft verletzt und geschändet hat, was für eine Strafe soll er dann eigentlich erhalten, oder in was für einem Verfahren soll er abgeurteilt werden?» (Übersetzung nach M. FUHRMANN, *Cicero, Die politischen Reden*², 1, München, 2001, *ad loc.*).

⁹⁵ Vgl. dazu RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 14 ff.; LANDGRAF, *Kommentar*, zit. (Fn. 93), S. 211 ff.; DYCK, *Cicero*, zit. (Fn. 93), S. 170 ff.

⁹⁶ SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 82 ff.; O. BEHREND, *Die bona fides im mandatum. Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in *Ars boni et aequi. FS W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, S. 56 f.; WATSON, *Contract*, zit. (Fn. 92), S. 199 ff. schließt es nicht aus.

⁹⁷ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1, Leipzig, 1908, S. 326; vgl. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, Nachdruck 1958, S. 35 ff.; ID., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, S. 193, dazu siehe auch A. GUARINO, *Il mandato e la procura*, *Rez.* zu ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, zit., in *RISG*, 3, 1949, S. 483 ff., auch in *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, S. 183 ff., und P. VOCI, *Rez.* zu ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, zit., in *SDHI*, 15, 1949, S. 244 ff.; W.M. GORDON, *The liability of the mandatary*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, 1, Napoli, 1964, S. 202 ff.; H.T. KLAMI, *Teneor mandati*, Turku, 1976, S. 56 ff., mit ausführlicher Literatur; LITEWSKI, *La responsabilité*, zit. (Fn. 89), S. 119 ff.; D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13, 6, 17, 3*, in *Ars boni et aequi. FS W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, S. 282, Fn. 61, jetzt in T.J. CHIUSSI, W. KAISER, H.-D. SPENGLER, (Hgg.), *Historiae Iuris Antiqui*, 3, Goldbach, 2003, S. 2001, Fn. 61.

⁹⁸ MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, zit. (Fn. 97), S. 326.

⁹⁹ Skeptisch RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 14 ff.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, S. 556.

kann. Der *dolus*-Begriff wird über seine heutige Bedeutung ausgedehnt und als Gegensatz der *bona fides* eingeordnet¹⁰⁰.

Über die oben zusammengefasste Diskussion hinaus ist für die Zwecke dieser Arbeit zu untersuchen, welche Begründung Cicero seiner Behauptung einer strengen Haftung (sei es für *culpa* oder für *dolus* 'im weitesten Sinne') zugrunde legt. Er schildert die «enge Verknüpfung von *fides*, *amicitia* und *mandatum* einschließlich der Sanktion der Infamie»¹⁰¹ (das heißt eine erhebliche Einschränkung der Rechtsfähigkeit mit Ausschluss von bestimmten Ämtern; Verlust des Rechts, in Zivil- und Strafprozessen Anträge zu stellen und Zeugnis abzulegen; Unmöglichkeit als *procurator* bestellt zu werden oder selbst einen solchen zu bestellen)¹⁰² und weist auf die *vicaria fides amicorum* (das gegenseitige freundschaftliche Vertrauen) als *omnium commune praesidium* hin, deren Verletzung eine Störung der *societas vitae*¹⁰³ darstelle. Der Bezug des deutschen Gesetzgebers auf das vom Auftraggeber dem Beauftragten bewiesene Vertrauen als Begründung eines strengen Haftungsmaßstabes beim Auftragsvertrag scheint also von den Ausführungen Ciceros gestützt zu werden.

Eine allgemeine Aussage zur Mandatarhaftung kommt aus dem 29. Buch des Kommentars *ad Sabinum* von Ulpian:

D. 50.17.23 (Ulp. 29 ad Sab.): Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam¹⁰⁴.

¹⁰⁰ MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, zit. (Fn. 97), S. 326; vgl. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, zit. (Fn. 97), S. 35 ff.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento nella obbligazione romana, lezioni 1957-58*, Roma, 1958, S. 73.

¹⁰¹ So NÖRR, *Mandatum*, zit. (Fn. 90), S. 31; dazu G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 1, hrsg. v. C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2009, S. 486 ff.

¹⁰² Zur Infamie als Folge der Mandatarhaftung siehe B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*» e «*ignominia*» nel mandato, in *Iura* 21, 1970, S. 1 ff.; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 130 ff.; im Allgemeinen nun C. WILLEMS, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 1, hrsg. v. U. BABUSIAUX e.a., Tübingen, 2023, § 28.

¹⁰³ Zu diesem Konzept bei Cicero vgl. SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 92 ff.

¹⁰⁴ «Einige Verträge lassen nur Vorsatz zu, andere sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit. Nur Vorsatz: Verwahrung sowie Bittleihe bzw. Gebrauchsüberlassung. Vorsatz und Fahrlässigkeit: Auftrag, Leihe, Kauf, Pfand, Miete und genauso Hingabe der Mitgift, Vormundschaften und Geschäftsführungen: Bei diesen wird Sorgfalt verlangt» (Übersetzung nach K.E. OTTO, B. SCHILLING, C.F. SINTENIS, *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt*, 4, *Pandekten Buch 39-50*, Leipzig, 1832, ad loc.).

Ulpian legt in seinem Fragment eine Haftungssystematik zugrunde, die zunächst die unterschiedlichen Haftungsregime von verschiedenen Vertragstypen bzw. Rechtsverhältnissen auflistet. Die *actio mandati* sieht eine Haftung sowohl für *culpa* als auch für *dolus* vor. Eine tiefere Auseinandersetzung mit der Ausgestaltung der Systematik erfolgt nicht. Ulpian hat jedoch in vielen anderen Fragmenten die Haftungsfrage des Beauftragten besprochen und an anderen Stellen eine mildere Haftung angenommen¹⁰⁵. Aus diesem Grund hat ein großer Teil der Romanistik Zweifel an der Authentizität dieser pauschalen Aussage Ulpians geäußert und die Stelle als interpoliert betrachtet¹⁰⁶. Sicherlich lässt sich aber bei ihm ein differenziertes Haftungsbild erkennen, das – auch wenn der spätclassische Jurist seine Entscheidungen nicht immer begründet – durchaus wohldurchdachten Einschätzungen entspricht. Mit einer gewissen Milde beurteilt er zum Beispiel die Haftung des Bürgen, wobei er davon ausgeht, dass der erforderliche Grad der Haftung auf Vorsatz (*dolus*) beschränkt ist¹⁰⁷. Für den Fall, dass ein vom Gläubiger verklagter Bürge in Unkenntnis der Tatsache, dass dem Schuldner nichts geliehen worden ist, eine Geldsumme gezahlt hat, erkennt Ulpian somit die Möglichkeit an, dass der Bürge die an den Gläubiger gezahlten Beträge durch eine *actio mandati contraria* zurückfordert: Die Unkenntnis sei ihm nicht zuzurechnen, da er nur dann hafte, wenn er es wissentlich (und somit grob fahrlässig) unterlassen habe, der Einrede zu widersprechen: *Dissoluta enim neglegentia prope dolum est*¹⁰⁸. Auf ähnliche Weise verneint er die Haftung eines Bürgen gegenüber einer *actio mandati* des Schuldners für den Fall, dass der Bürge aus dem Vermögen des Schuldners eine Geldsumme an den Gläubiger gezahlt hat, ohne zu wissen, dass der Schuldner schon gezahlt hatte oder dass er durch einen förmlichen Erlass der Schuld oder durch eine Vereinbarung bereits befreit worden war¹⁰⁹. Ulpian konstatiert außerdem eine Haftung des Bürgen nur für *dolus*, wenn er zur Zahlung eines höheren als des geschuldeten Betrags verurteilt wird und von dem Rechtsmittel der Berufung keinen Gebrauch macht; der Jurist schließt eine Haftung für die Fälle aus, in denen der Rechtsbehelf lediglich aus Unkenntnis oder Armut nicht eingelegt wird¹¹⁰. Ein strengeres Haftungskonzept scheint Ulpian hingegen für den Proku-

¹⁰⁵ Für eine umfassende Behandlung siehe SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 195 ff.

¹⁰⁶ G. BESELER, *Romanistische Studien. Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Rechte*, in *TR*, 8, 1928, S. 311 f.; H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin, 1968, S. 21 f.; RUNDDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 25; vgl. auch KLAMI, *Teneor mandati*, zit. (Fn. 97), S. 69 ff.

¹⁰⁷ D. 17.1.29.3 (Ulp. 7 disp.).

¹⁰⁸ D. 17.1.29 pr. (Ulp. 7 disp.).

¹⁰⁹ D. 17.1.8.7 (Ulp. 31 ad ed.).

¹¹⁰ D. 17.1.8.8 (Ulp. 31 ad ed.).

rator (dessen Tätigkeit – sicherlich anders als die des Bürgen – häufig faktisch entgeltlich war)¹¹¹ zugrunde zu legen, wo sich die Haftung im Fall der Flucht des zu verkaufenden Sklaven¹¹² oder für den Fall, dass der Prokurator nicht dafür gesorgt hat, dass Sicherheit wegen der Gesundheit eines gekauften Sklaven geleistet wird¹¹³, ganz allgemein auf *culpa* erstreckt. Für den Feldmesser wird dagegen eine ausschließliche Haftung für *dolus* (die auch die *culpa lata* umfasst) statuiert und damit begründet, dass dieser *civiliter obligatus non est*, so dass sich der prätorische Schutz auch bei Zahlung eines Entgelts nicht auf die *culpa* erstrecken kann: Ulpian sah sich hier wohl veranlasst, den scheinbaren Widerspruch einer beschränkten Haftung bei entgeltlicher Tätigkeit aufzulösen¹¹⁴.

Ein im Allgemeinen abweichender Haftungsumfang wird von Modestin, einem Schüler Ulpians, angenommen:

Coll. 10.2.1-3 (Mod. 2 diff.): Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur: in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur. 2. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. 3. In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur¹¹⁵.

¹¹¹ Vgl. D. 17.1.7 (Pap. 3 resp.), über die Klagbarkeit *extra ordinem* des Prokuratorenalärs als *remuneratio laboris*; dazu RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 98 f.; COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni*, zit. (Fn. 101), S. 496 ff.; vgl. EAD., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della rappresentanza*, Milano, 2008, S. 263 ff.; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano, 2008, S. 233 ff.; FINKENAUER, *Das entgeltliche Mandat*, zit. (Fn. 4), S. 65 ff.; siehe auch unten, Fn. 127.

¹¹² D. 17.1.8.10 (Ulp. 31 ad ed.).

¹¹³ D. 17.1.10.1 (Ulp. 31 ad ed.).

¹¹⁴ D. 11.6.1.1 (Ulp. 24 ad ed.).

¹¹⁵ «Der Beklagte in einem *iudicium commodati* muss auch für Fahrlässigkeit haften; der Beklagte in einem *iudicium depositi* haftet für Vorsatz, nicht auch für Fahrlässigkeit. Beim Leihvertrag haftet man für beides, da es einen Nutzen für beide Vertragsparteien gibt; bei Verwahrung gibt es nur einen Nutzen für den Hinterleger und man haftet nur für Vorsatz. 2. Man beachtet diese Regel auch bei anderen Rechtslagen: Also auch bei *iudicium fiduciae* und bei der *actio rei uxoriae* werden Vorsatz und Fahrlässigkeit geltend gemacht, da es einen Nutzen für beide Vertragsparteien gibt. 3. Beim Auftrag kann nur Vorsatz, nicht auch Fahrlässigkeit geltend gemacht werden. Obwohl man als Ausnahme darauf hinweisen muss, dass bei der Klage aus Vormundschaft beides berücksichtigt wird, obwohl es bei der Verwaltung um den Nutzen allein des Mündels und nicht auch des Vormundes geht» (Übersetzung vom Verfasser).

Zusammen mit der Behauptung der *dolus*-Haftung enthält der Text die ausdrückliche Ablehnung der *culpa*-Haftung des Beauftragten, die sich sonst nirgends in den Quellen findet¹¹⁶.

Die *dolus*-Haftung findet sich hier ausdrücklich mit der *utilitas contrahentium* begründet. Der Gedankengang Modestins kann wie folgt wiedergegeben werden: Bei der Leihe seien die Vertragsparteien sowohl für *dolus* als auch für *culpa* verantwortlich, weil der Vertrag beiden Vertragsparteien nützt¹¹⁷; stattdessen sei der Verwahrer nur für *dolus* verantwortlich, da der Vertrag nur einseitig dem Hinterleger nützt. Diese Regel werde auch an anderen Stellen beachtet (*in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur*). An dieser Stelle wendet der Jurist das Nützlichkeitsprinzip auch auf den Auftrag an und stellt die *dolus*-Haftung des Beauftragten fest. Bemerkenswert ist, dass er unmittelbar nach dieser Aussage eine Ausnahme formuliert: Bei der Klage aus Vormundschaft wird beides (*dolus* und *culpa*) berücksichtigt, obwohl es dabei um den Nutzen allein des Mündels und nicht auch des Vormundes geht¹¹⁸. Es liegen also komplexere Wertungen in Zusammenhang mit der sozialen Bedeutung der Vormundschaft und der schwachen Stellung des Mündels vor (letztlich geht es um den Schutz eines Vertrauensverhältnisses), die sich nicht in der *utilitas* erschöpfen.

6. Die oben skizzierte Quellenlage gibt ein vielschichtiges Gesamtbild der Mandatarhaftung wieder, das die Wissenschaft mit unterschiedlichen methodischen Ansätzen erläutert hat. Man kann vor allem zwei (auch miteinander kombinierbare) Forschungsperspektiven unterscheiden: eine Auslegung der Quellen nach ihrer chronologischen Entwicklung und ihre (in jüngerer Zeit vorherrschende) qualitative Unterteilung nach Fallkonstellationen bzw. Mandatstypen¹¹⁹. Die folgende Gesamtschau beginnt mit dem 20. Jahrhundert, da die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts aus dem Quellenmaterial einen einheitlichen strengen Haftungsmaßstab herausarbeitete. Schon ab Mitte des 19. Jahrhunderts wurden die Quellen kontrovers diskutiert. Dennoch führte die Diskussion im Ergebnis nicht zu einer Abkehr von der Sichtweise, dass das römische Recht in allen Entwicklungsstufen von einer

¹¹⁶ RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 20; vgl. KLAMI, *Teneor mandati*, zit. (Fn. 97), S. 65 ff.; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 227 ff.

¹¹⁷ Die Aussage über die Leihe als Vertrag zum beiderseitigen Nutzen der Parteien scheint bedenklich, vgl. D. 13.6.18 (Gai 9 ad ed. prov.); D. 13.6.5.10 (Ulp. 28 ad ed.); HARKE, *Freigiebigkeit*, zit. (Fn. 51), S. 23.

¹¹⁸ Vgl. zum Fall, BETTI, *Imputabilità*, zit. (Fn. 100), S. 73.

¹¹⁹ Für einen Überblick über die aktuellen unterschiedlichen Ansichten siehe neben der in den folgenden Fußnoten zitierten Literatur auch S. HEINEMEYER, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, zit. (Fn. 102), 2, § 82, Rn. 34 ff.

strengen *culpa*-Haftung ausging¹²⁰. Diese Vorstellung der römischen Auftragnehmerhaftung wurde im Ganzen in §§ 662, 276 Abs. 1 BGB rezipiert.

Seit Beginn des 20. Jahrhunderts geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Mandatarhaftung ursprünglich¹²¹ nur auf *dolus* beschränkt war und erst danach auf *culpa* ausgedehnt wurde. Diese Aussage basiert allerdings auf keiner haftungsbezogenen Primärquelle. Gegen die pandektistische Annahme einer konstanten *culpa*-Haftung verbreitete sich eine Tendenz, solche Rechtstexte, die eine *culpa*-Haftung aufwiesen, für durch die justinianischen Kompilatoren interpoliert zu halten¹²². Als Begründung für eine mildere *dolus*-Haftung wurde von Mitteis angeführt, dass eine weitergehende Haftung nicht mit der Verurteilung im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* – wie im Fall der Gewährung einer *actio mandati* – vereinbar gewesen wäre¹²³. Eine solche Verurteilung hätte eine infamierende Wirkung für den Betroffenen zur Folge gehabt¹²⁴: Ein so schwerer Rechtsnachteil für eine gegebenenfalls auch nur kleine Unaufmerksamkeit wurde als nicht plausibel angesehen. Die mildere Haftung wurde außerdem von Kübler durch das Utilitätsprinzip begründet¹²⁵, das in den Quellen einen Anhaltspunkt in der Modestinsstelle zur Mandatarhaftung findet¹²⁶. In Anbetracht der zahlreichen Quellen, die auf eine *culpa*-Haftung deuten, führte Sachers an, dass die Haftungserweiterung bereits im dritten Jahrhundert n. Chr. stattgefunden haben musste: Grund dafür sei der Umstand gewesen, dass zu diesem Zeitpunkt die Anerkennung eines

¹²⁰ Zum Stand der Wissenschaft vor der Kodifikationsarbeit zum BGB, vgl. SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 29 ff.

¹²¹ Über den Ursprung des Auftrags in der republikanischen Zeit zwischen *bona fides* und *ius gentium* vgl. ausführlich S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, S. 95 ff., dazu die Rezension von C. CASCIONE, in *Iura*, 56, 2006-7, S. 265 ff.

¹²² Vgl. dazu SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 43 ff.; zur Interpolationenforschung im Allgemeinen, siehe F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, 1, *Einleitung Quellenkunde Frühzeit und Republik*, München, 1988, S. 180 ff.; F.J. ANDRÉS SANTOS, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 33, 2011, S. 65 ff.; D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (Hgg.), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del Seminario internazionale di diritto romano e della Presentazione del terzo volume dei Iustiniani Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani*, Trento, 2011, S. 151 ff.

¹²³ MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, zit. (Fn. 97), S. 326 f.

¹²⁴ Vgl. oben, Fn. 102.

¹²⁵ Vgl. B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *ZSS*, 38, 1917, S. 105 ff.; ID., *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragsabfertigung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21. August 1910*, 2, Breslau, 1910, S. 237 ff.

¹²⁶ Vgl. oben, Abschnitt 5.

Entgelts – wenn auch nur im Wege der *cognitio extra ordinem* – die Unentgeltlichkeit des Auftrages durchbrochen habe. Somit sei der mildere Haftungsmaßstab des Auftragnehmers nicht mehr gerechtfertigt gewesen¹²⁷. Eine Vorverlegung der Haftungserweiterung noch in die hochklassische Zeit wurde von mehreren Forschern argumentativ gestützt¹²⁸ und durch die Entdeckung der *Lex Irnitana*, dem Grundstatut eines spanischen Munizipiums aus dem Jahre 91 n. Chr., bestätigt¹²⁹. Die Forschung zur Mandatarhaftung hat sich im Laufe der Zeit entwickelt, aber Spuren des Ansatzes der Interpolationistik behalten, weil sie den *dolus* als Ausgangspunkt des Beauftragten nie wirklich in Frage gestellt hat, während die Diskussion eher die Frage betraf, unter welchen Bedingungen und zu welchem Zeitpunkt der Haftungsmaßstab sich auf jede *culpa* ausweitete. Die gängigen privatrechtsgeschichtlichen Abhandlungen¹³⁰ bewegen sich deshalb überwiegend im Rahmen dieses traditionellen evolutiven Ansatzes, wonach ab der klassischen Zeit die Ausdifferenzierung von verschiedenen Mandatstypen zu jeweils unterschiedlichen Haftungsmaßstäben geführt hat.

Auf neuer methodischer Grundlage hat in jüngerer Zeit Schubert, Anhänger des philosophischen Forschungsansatzes von Behrends¹³¹, den Versuch unternommen, ein differenzierendes Bild der Quellen nachzuzeichnen. Ausgehend von einem strengen Haftungsmaßstab in Form der *culpa*, die auf einem naturrechtlichen vorklassischen Verständnis von Freundschaftspflichten beruhte, hätte sich

¹²⁷ E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, in ZSS 59, 1939, S. 465; vgl. SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 53 f.; HOFFMANN, *Die Abstufung*, zit. (Fn. 106), S. 21 f.; SCHNEEBERGER, *Der Einfluss*, zit. (Fn. 4), S. 54 und 63. Im Allgemeinen zum entgeltlichen Mandat vgl. statt aller FINKENAUER, *Das entgeltliche Mandat*, zit. (Fn. 4), S. 55 ff.

¹²⁸ Als entscheidend wurde insbesondere angesehen, dass der *procurator*, der zunächst als *negotiorum gestor* galt, die *actio mandati* anwenden konnte. Von diesem Zeitpunkt an konnte die *culpa*-Haftung des Auftragnehmers nicht mehr ausgeschlossen werden. Vgl. KLAMI, *Teneor mandati*, zit. (Fn. 97), S. 13 ff.; HOFFMANN, *Der Einfluß*, zit. (Fn. 45), S. 403 f.

¹²⁹ *Lex Irnitana*, c. 84, IX B, Z. 9-10; vgl. dazu D. NÖRR, *Lex Irnitana c. 84 IX B 9-10: «neque pro socio aut fiducia aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur»*, in ZSS, 124, 2007, S. 16 f.; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 175 ff.; im Allgemeinen F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius Romanorum»*, Napoli, 1993, S. 348 f.

¹³⁰ Siehe statt aller M. KASER, *Das römische Privatrecht*², 1, München, 1971, S. 579; vgl. M. KASER, R. KNÜTEL, S. LOHSSE, *Römisches Privatrecht*²², München, 2021, § 55, Rn. 8; D. LIEBS, *Römisches Recht. Ein Studienbuch*⁶, Stuttgart, 2004, S. 254; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, S. 478, Fn. 199; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, S. 426 ff.; S. HEINEMEYER, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, zit. (Fn. 102), 2, § 82, Rn. 34 ff.

¹³¹ Vgl. dazu O. BEHREND, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in ZSS, 95, 1978, S. 187 ff., auch in ID., *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtschulen*, 1, Göttingen, 2004, S. 15 ff.

eine solche Vorstellung ab dem ersten Jahrhundert mit dem servianischen klassischen Gedanken auseinandergesetzt, der einen abgemilderten Haftungsmaßstab verlangt habe. Dieser Haftungsmaßstab sei vermutlich auf die Berücksichtigung des Utilitätsprinzips zurückzuführen. Danach wurden solche Stellen, die auf eine *culpa*-Haftung hinweisen, als ein Rückgriff auf die vorklassische Konzeption verstanden. Nach einem ursprünglichen strengen Haftungsmaßstab haben nach dieser Meinung die zwei Haftungsmaßstäbe in der Diskussion der römischen Juristen zusammengelebt und sind gelegentlich zu Kompromisslösungen gekommen, so dass die Entwicklung der Mandatarhaftung im römischen Recht durch die Spannung zwischen den *utilitas*-Erwägungen und den naturrechtlichen Vertrauensaspekten gekennzeichnet gewesen sei¹³².

Eine entscheidende Zäsur in der Forschung zur Mandatarhaftung stellte aber bereits das im Jahr 1961 erschienene monographische Werk von Watson zum Auftrag dar¹³³. Watson lehnte die Feststellung eines einheitlichen Haftungsmaßstabes für den Beauftragten ab, der sich allenfalls im Laufe der Geschichte verschärft oder abgemildert haben könnte. Ausgangspunkt seiner Untersuchung war vielmehr das Bewusstsein, dass ein einziger Haftungsmaßstab nicht ausreichen konnte, um die vielen unterschiedlichen Anwendungsbereiche des Auftragsvertrages angemessen zu erfassen¹³⁴. Er meinte damit nicht nur die Vielfalt der konkreten Tätigkeiten, die das *mandatum* rechtlich ausgestalteten: Rhetoren, Grammatiker, Feldmesser, Ärzte, Hebammen, Lehrer, Buchabschreiber, Schnellschreiber, Rechenmeister, Urkundenverfasser, Anwälte¹³⁵. Entscheidend sei vielmehr die Unterschiedlichkeit in den Parteiinteressen, wie am Beispiel der Verschiedenartigkeit von *fideiussor* (Handeln des Auftragnehmers im Interesse des Auftraggebers) und einem Auftragnehmer in seinem Interesse sowie eines Dritts deutlich wird. Eine vergleichbare Variabilität von Interessen lag zum Beispiel ebenso beim *commodatum* vor, bei welchem aber kein einheitlicher Haftungsstandard vorgeschrieben war. Außerdem sei der Umstand, dass im *Corpus iuris* kein einheitlicher Haftungsstandard für den Auftrag vorhanden war, ein weiterer Beweis dafür, dass die Kompilatoren die Feststellung eines einheitlichen Haftungsstandards überhaupt nicht gewollt hätten¹³⁶. Aufgrund dessen spricht sich Watson für einen fallbezogenen Haf-

¹³² SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 20 f. und 237 ff.

¹³³ WATSON, *Contract*, zit. (Fn. 92), S. 195 ff., vgl. dazu – etwa kritisch – die *Rezension* von M. KASER, in *TR*, 30, 1962, S. 270 ff. sowie die *Rezensionen* von D. MEDICUS, in *Gnomon*, 35, 1963, S. 203 f., F.M. DE ROBERTIS, in *SDHI*, 28, 1962, S. 423 f. und H. NIEDERLÄNDER, in *ZSS*, 79, 1962, S. 456; LITEWSKI, *La responsabilité*, zit. (Fn. 89), S. 119.

¹³⁴ WATSON, *Contract*, zit. (Fn. 92), S. 198.

¹³⁵ Siehe SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 16; vgl. auch die oben, im Abschnitt 5, zitierten Beispiele von verschiedenen Haftungsmaßstäben in den Ulpian-Fragmenten.

¹³⁶ WATSON, *Contract*, zit. (Fn. 92), S. 198 f.

tungsmaßstab nach den jeweiligen Umständen aus, etwa dem Interesse der Parteien an der Durchführung des Auftrages, den freundschaftlichen Beziehungen der Parteien oder der Art des Auftrages¹³⁷. Watson versucht trotzdem ein System zu entwickeln, um das Nebeneinander der unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe dogmatisch zu erklären¹³⁸: Er konstatiert eine Haftung für *culpa* des *procurator omnium bonorum*¹³⁹ und eine Haftung für *dolus* des beauftragten Bürgen; dazwischen bleibt die Frage des Haftungsmaßstabes der übrigen Fälle (von dem sog. «ordinary mandatary») offen¹⁴⁰.

Vor dem Hintergrund dieser Darstellung der Forschung zur Mandatarhaftung im römischen Recht erscheint es naheliegend, dass die Aufnahme eines strengen Haftungsmaßstabes in das BGB infolge der besonderen Vertrauensstellung des Auftragnehmers die Übernahme von Ergebnissen der Pandektistik zum römisch-justinianischen Recht darstellt. Ferner ist zu beobachten, dass die Romanistik auch im 20. Jahrhundert trotz der Historisierung ihrer Methode noch eine Auswirkung auf das geltende Recht im Rahmen der Mandatarhaftung ausgeübt hat. Ausdruck dessen mag der Umstand sein, dass die Kritik der unbilligen Lösung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht schon während des Gesetzgebungsverfahrens, sondern erst rund zehn Jahre später, gleichzeitig mit den ersten Forschungsergebnissen der Interpolationistik, aufkam¹⁴¹. Als einer der Ersten kritisierte Müller-Erzbach die Übertragung in das deutsche Recht des römischen Haftungsmaßstabes ohne Berücksichtigung der modernen geänderten gesellschaftlichen Voraussetzungen¹⁴². Müller-Erzbach ging aber noch nach pandektistischer Sichtweise von einer *culpa*-Haftung aus. Die Verbreitung der interpolationistischen Annahme, es bestünde lediglich eine *dolus*-Haftung, führte dazu, dass die Kritik an einer strengen *culpa*-Haftung im geltenden Recht zunahm. So vertrat Hoffmann in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts die Ansicht, dass die unkritische Übernahme der fehlerhaften Auffassung der Pandektistik zur Aufopferung des Utilitätsprinzips geführt habe, das «anderthalb Jahrtausende Bestandteil der Rechtsüberzeugung»

¹³⁷ WATSON, *Contract*, zit. (Fn. 92), S. 215.

¹³⁸ Vgl. dazu SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 64.

¹³⁹ Vgl. oben, Fn. 111.

¹⁴⁰ Ausgehend von der Heterogenität der Quellen hat auch RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 25 ff., eine Untersuchung nach Fallgruppen unternommen und die folgenden Kategorien unterschieden: Mandatsprokurator, Bürgschaftsmandat, Kaufmandat und Mandat zur Verteidigung eines gemeinschaftlichen Sklaven; vgl. dazu die *Rezensionen* von BABUSIAUX, zit. (Fn. 88), S. 840 ff. und C. CASCIONE, in *Iura*, 56, 2006-7, S. 279 ff., vgl. auch die ähnliche Untersuchung von G. MACCORMACK, *The Liability of the Mandatary*, in *Labeo*, 18, 1972, S. 156 ff.

¹⁴¹ SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 244.

¹⁴² R. MÜLLER-ERZBACH, *Gefährdungshaftung und Gefahrtragung*, in *AcP*, 106, 1910, S. 456 ff.; vgl. SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 244, insbesondere Fn. 926 f.

gewesen sei¹⁴³. Noch schärfer in seiner Kritik am strengen Haftungsmaßstab im justinianischen sowie im deutschen Recht zeigt sich Fritz Schulz: Der Beauftragte könne kaum bereit sein, das Risiko einer so strengen Haftung ohne Belohnung zu übernehmen. So schließt er mit den Worten: «as a matter of fact the liability for *culpa* is irrational and cannot be justified; the classical lawyers were perfectly right»¹⁴⁴.

7. Die Auseinandersetzung mit den Quellen der römischen Jurisprudenz zur Mandatarhaftung hat gezeigt, dass Gegenstand von Auftragsverträgen Tätigkeiten mit sehr unterschiedlichen Interessenlagen waren. In diesem Zusammenhang lässt sich kein einheitlicher Haftungsmaßstab für den Beauftragten feststellen und vermutlich fand in den meisten Fällen eine Abstufung der Haftung je nach den Umständen statt. Die Feststellung der Haftung im Einzelfall war von bestimmten Wertungen der römischen Juristen geleitet, die häufig zwischen der Hervorhebung der Vertrauensstellung des Auftraggebers (Argument für eine strenge Haftung) und der Anwendung des Nützlichkeitsprinzips (Argument für eine Haftungsmilderung des unentgeltlich handelnden Auftragnehmers) lagen.

In ähnlicher Weise ist der Auftrag im deutschen Recht die Grundform aller Subordinationsverträge, die auf fremdnützige und weisungsgebundene Interessenwahrung ausgerichtet sind¹⁴⁵. Die Rechtspraxis hat gezeigt, dass das Auftragsrecht überwiegend durch Verweisung oder entsprechende Anwendung in Entscheidungen über andere Betätigungsverträge gebraucht wird¹⁴⁶. Auch die Verhältnisse und Interessenlagen unmittelbar beim Auftrag selbst sind heterogen: Hierunter fallen einerseits ehrenamtliche Tätigkeiten und Geschäfte unter Verwandten oder Freunden (soweit bei Letzteren ein Rechtsbindungswille besteht), andererseits erscheinen Aufträge im Sinne von § 662 BGB auch als «eine Art Annex zu entgeltlichen Verträgen»¹⁴⁷. Man denke zum Beispiel an den Fall eines Reisebüros, das entgeltlich eine Auslandsreise vermittelt und sich gleichzeitig zu unentgeltlicher Beschaffung des Visums für den Reisenden verpflichtet¹⁴⁸. Das BGB sieht jedoch einen einheitlichen Haftungsmaßstab für den Beauftragten vor: die Haftung für *dolus* und *culpa* nach §§ 662, 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. In die komplexe Konstellation des Auftragsrechts hat der deutsche Gesetzgeber aus der römischen Tradition tatsächlich nur die Bedeutung des Vertrauensaspekts zwischen

¹⁴³ HOFFMANN, *Der Einfluß*, zit. (Fn. 45), S. 405; kritisch SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 245 f.

¹⁴⁴ F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, zit. (Fn. 99), S. 557.

¹⁴⁵ BERGER, *Erman BGB*⁷, zit. (Fn. 5), § 662, Rn. 3.

¹⁴⁶ Vgl. LAMMEL, *HKK BGB*, zit. (Fn. 4), §§ 662-675b, Rn. 68.

¹⁴⁷ So SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 249.

¹⁴⁸ LG Stuttgart, *NJW-RR*, 1993, 1020.

Auftraggeber und Auftragnehmer übernommen, nicht aber das ebenfalls von den römischen Juristen thematisierte Element des Nützlichkeitsprinzips. Problematisch sind daher solche Fälle, in denen die Haftung für leichte Fahrlässigkeit des Beauftragten in Anbetracht der Freigiebigkeit des Vertrages als unbillig empfunden wird.

Aus den erläuterten Wertungen der römischen Jurisprudenz über die Mandatarhaftung verdienen deshalb die *utilitas*-Erwägungen eine nähere Betrachtung: Aus den römischen Quellen wird man, wenn schon nicht konkrete neue Milderungskriterien, so doch allgemein die Bestätigung entnehmen können, dass die gesetzliche Ausgestaltung der Mandatarhaftung eine starre und ungenaue Umsetzung der viel komplexeren römischen Überlegungen zu diesem Thema darstellt, wenn sie nicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung des Richters im Einzelfall flexibilisiert wird. Dieser könnte sich dabei am Utilitätsprinzip orientieren.

Das Utilitätsprinzip besagt, dass sich die vertragliche Haftung der jeweiligen Parteien daran orientiert, wie nützlich dieser Vertrag für sie ist: Je größer der Nutzen des Vertrages für eine Partei ist, desto strenger müsse für sie auch der Haftungsmaßstab sein¹⁴⁹. Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht wurde erstmals von Kübler systematisch dargestellt; hinzu kommen ein wichtiger Beitrag von Nörr und in Bezug auf den Auftrag die jüngeren Forschungen von Rundel und Schubert¹⁵⁰. Eine Relation zwischen Nutzen und Haftung zeigt sich in Ansätzen schon in den frühklassischen Quellen, tritt aber als geformte Regel erst in der Nachklassik und in der byzantinistischen Wissenschaft als vollends durchdrungenes Prinzip in Erscheinung¹⁵¹. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Kriterium der *utilitas* findet sich mit Abstand am häufigsten (und schon seit der Hochklassik) beim *depositum* und *commodatum*, insbesondere zum Zweck der Gegenüberstellung der zwei Verträge unter dem Gesichtspunkt der Parteiinteressen¹⁵². Grundentscheidung dabei ist,

¹⁴⁹ Vgl. RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 63; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 101.

¹⁵⁰ KÜBLER, *Die Konträrklagen*, zit. (Fn. 125), S. 73 ff.; vgl. D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in ZSS, 73, 1956, S. 68 ff.; RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 63 ff.; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 30 ff.; vgl. HOFFMANN, *Der Einfluß*, zit. (Fn. 45), S. 405. Siehe auch HOFFMANN, *Die Abstufung*, zit. (Fn. 106), S. 16 ff.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, S. 325 ff.; GAROFALO, *Gratuità*, zit. (Fn. 78), S. 65 ff.; in Bezug auf das geltende Recht, N. SCHWERY, *Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht*, Zürich, 2013.

¹⁵¹ SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 102; NÖRR, *Die Entwicklung*, zit. (Fn. 150), S. 119; MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, zit. (Fn. 97), S. 326; RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 83; zu mittelalterlichen und modernen Entwicklungen siehe HARKE, *Freigiebigkeit*, zit. (Fn. 51), insbesondere S. 37 ff. und 81 ff.

¹⁵² Gai 3.206-207; D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 ad ed.); Coll. 10.2.1 (Mod. 2 diff.).

dass der fremdnützig handelnde Verwahrer schwächer haftet als der eigennützig Entleiher¹⁵³:

D. 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 ad ed.): Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus [...] 3. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam [...] ¹⁵⁴.

Der Bezug auf Utilitätsgedanken geht in den Quellen weit über den Bereich des *commodatum* und *depositum* hinaus. Allerdings zeigt sich die *utilitas* als typisches Argument eher in sachbezogenen Verhältnissen¹⁵⁵. Die Erhebung der *utilitas* zu einer allgemeinen *regula* hatte eine ausdrückliche Erwähnung des Auftrages nur und ohne genauere Angaben in der oben dargestellten Stelle von Modestin (Coll. 10.2.3) zu Folge¹⁵⁶. Abgesehen von allgemeinen Aussagen sollte der Bezug auf Utilitätserwägungen beim Auftrag vielmehr zwischen den Zeilen – im Umgang der Juristen mit Einzelfällen – weiter untersucht werden. Ein Beispiel hierfür gibt eine Stelle aus dem achten *liber quaestionum* von Africanus, die Gefahrtragung bei *depositum* und *mandatum* betrifft:

D. 47.2.62.5 (Afr. 8 quaest.): Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequè dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. Iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. Nam li-

¹⁵³ RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 64.

¹⁵⁴ «Wir wollen nun untersuchen, was in der Klage aus Leihe zu berücksichtigen ist, ob nur Vorsatz oder auch Fahrlässigkeit oder aber darüber hinaus Fahrlässigkeit für jede Gefahr. Wir haften nämlich bei Verträgen bisweilen nur für Vorsatz, bisweilen auch für Fahrlässigkeit. Für Vorsatz bei der Verwahrung; denn weil der Verwahrer [von der Verwahrung] keinerlei Nutzen hat, haftet er zu Recht nur für Vorsatz [...] 3. Aber ein Leihvertrag ist in der Regel allein für denjenigen von Nutzen, dem geliehen wird, und deshalb vertritt Quintus Mucius die richtigere Auffassung, wenn er meint, dass sowohl für Fahrlässigkeit [beim Handeln] als auch für Sorgfalt [beim Unterlassen] gehaftet werde [...]» (Übersetzung nach O. BEHRENDTS, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, 3, *Digesten 11-20*, Heidelberg, 1999, *ad loc.*).

¹⁵⁵ D. 13.6.10 (Ulp. 29 ad Sab.) i.V.m. D. 13.6.12 (Ulp. 29 ad Sab.); D. 23.3.17 pr. (Paul. 7 ad Sab.); D. 30.108.12 (Afric. 5 quaest.); I. 3.14.4 (vgl. D. 44.7.1.6 [Gai. 2 rer. cott.]); vgl. RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 65.

¹⁵⁶ Siehe oben, Abschnitt 5.

cet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere¹⁵⁷.

Wenn ein Auftrag zum Sklavenkauf erteilt wird oder ein Sklave verwahrt werden soll, soll der Geschäftsherr – mag er auch gutgläubig sein – den durch einen Diebstahl seitens des Sklaven entstandenen Schaden in voller Höhe (nicht nur im Wege der *noxae deditio* auf den Wert des Sklaven beschränkt) ersetzen. Die Begründung greift ausdrücklich auf Utilitätserwägungen zurück: Niemandem sollte seine Bereitschaft, jemandem zu Diensten zu sein (*officium*) von Schaden sein, die er bloß dessen wegen übernommen hat, mit dem er kontrahierte, und nicht seines eigenen Vorteils halber (*non etiam sui commodi causa*)¹⁵⁸. Offensichtlich handelt es sich bei der letzten Stelle nicht um einen Fall von Mandatarhaftung: Die Stelle zeigt aber trotzdem, wie die Beachtung des Utilitätsprinzips zu einer besonderen Ausgestaltung der Haftung, in diesem Fall auf der Seite des Geschäftsherrn, führen konnte¹⁵⁹. Man könnte vermuten, dass ähnliche Utilitätserwägungen – auch wenn nicht überliefert – dazu beigetragen haben, die tendenzielle Abstufung der Mandatarhaftung von der strengen *culpa*-Haftung des *procurator omnium bonorum* bis zur reinen *dolus*-Haftung des *fideiussor* herauszuarbeiten, die die jüngere For-

¹⁵⁷ «Was die Auftragsklage anlangt, so sagt er, bezweifelt er, ob hier auch die Regel Anwendung finde, dass für jeden Schaden eingestanden werden müsse? Jedenfalls ist hier noch mehr als in den vorhergedachten Fällen zu beobachten, dass, wenn auch derjenige, der den Ankauf eines bestimmten Sklaven jemanden aufgetragen hat, es gar nicht gewusst hat, dass dieser ein Dieb sei, unabhängig davon den Schaden zu ersetzen hat: Denn der Geschäftsbesorger kann sich mit allem Recht darauf berufen, dass er diesen Schaden nicht erlitten hätte, wenn er den Auftrag nicht übernommen hätte. Dies zeigt sich noch handgreiflicher beim *depositum*; wenn es gleich auf der einen Seite billig erscheint, dass niemanden durch seinen Sklaven mehr Schaden treffen dürfe, als derselbe Wert ist, so ist es doch viel billiger, dass niemandem seine Dienstfälligkeit von Schaden sei, die er bloß dessen wegen übernommen hat, mit dem er kontrahierte, und nicht seines eigenen Vorteils halber. Und wie nun bei den vorhergedachten Verträgen wie Kauf-, Pacht- und Pfandvertrag die Arglist desjenigen gestraft werden muss, der wissentlich verschwiegen hat [dass der Sklave ein Dieb sei], so muss auch in den Fällen [letztgedachter Art] die Schuld derer, derentwegen der Vertrag geschlossen worden wäre, ihnen selbst viel mehr schädlich sein [als anderen]» (Übersetzung nach SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. [Fn. 51], S. 108 f.).

¹⁵⁸ Vgl. zum Fall, BETTI, *Imputabilità*, zit. (Fn. 100), S. 91 ff.; RUNDEL, *Mandatum*, zit. (Fn. 11), S. 48 f.; SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 108 ff.

¹⁵⁹ Ohne Hinweis auf *utilitas*-Erwägungen hätte wahrscheinlich der Mandatar das Diebstahlrisiko als allgemeines Lebensrisiko getragen. Vgl. D. 17.1.26.6 (Paul. 32 ad ed.); SCHUBERT, *Die Mandatarhaftung*, zit. (Fn. 51), S. 110.

schung für das klassische römische Recht ergab ¹⁶⁰.

Eine Haftungsmilderung für den Beauftragten mit ausschließlicher Bezugnahme auf die Unentgeltlichkeit der Auftragsausführung kann im deutschen Recht keineswegs angenommen werden: Dagegen spricht der eindeutige gesetzgeberische Wille. Utilitätserwägungen können aber für die Frage fruchtbar gemacht werden, ob ein dahingehender hypothetischer Parteiwille angenommen werden kann, um die Haftung des Auftragnehmers für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen. Der Umstand, dass der Auftragnehmer im Rahmen des Auftragsverhältnisses selbst unentgeltlich tätig wird, bedeutet nicht, dass seine Leistung nicht auf andere Weise ausgeglichen wird. Der Auftragnehmer könnte seinerseits einen Nutzen aus dem Vertrag ziehen, wenn man in wirtschaftlicher Betrachtung über den konkreten Auftrag hinaus umfassend die Gesamtbeziehungen der Parteien in den Blick nimmt. Nur in solchen Fällen, in denen die Untersuchung des gesamten Verhältnisses zwischen den Parteien angesichts des Utilitätsprinzips eine nicht nur formelle Freigiebigkeit der Auftragnehmerleistung ergeben sollte, könnte ein solcher Umstand dafür sprechen, eine Haftungsmilderung im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung der Parteien anzunehmen. Man denke etwa an solche juridifizierten Gefälligkeitsverhältnisse des täglichen Lebens, für die die strenge *culpa*-Haftung als unbillig empfunden wird.

Die Bezugnahme auf das Nützlichkeitsprinzip kann jedoch nicht allein den Entscheidungsmaßstab bilden, da der Richter – wie die römische Jurisprudenz und die deutsche Rechtsprechung gezeigt haben – das konkrete Auftragsverhältnis betrachten und aus den vielen denkbaren Fallgestaltungen die einschlägige Interessenlage erkennen muss, insbesondere wenn es darum geht, eine Vertragsauslegung vorzunehmen, die von den Parteien selbst in ihrer Einigung nicht explizit zum Ausdruck gebracht wurde. Das Nützlichkeitsprinzip ist also nur ein Kriterium, das zudem – neben vielen anderen – bereits von der deutschen Rechtsprechung berücksichtigt worden ist, die häufig auch auf die Interessenlage der Parteien abstellt und gelegentlich eine Milderung der Haftung desjenigen Auftragnehmers befürwortet hat, der durch die Ausübung einer Tätigkeit im ausschließlichen Interesse des Auftraggebers dessen Integritätsinteresse verletzt hat ¹⁶¹.

8. Die vorgelegte Untersuchung der Mandatarhaftung in der deutschen Rechtsordnung hat gezeigt, dass die Ausgestaltung des deutschen Auftragsvertrages als eines unentgeltlichen Rechtsinstitutes mit einem strengen Haftungsmaßstab die Folge einer historischen Überlegung bei der Entstehung der Norm ist, die die Ergebnisse der Pandektistik zum römisch-justinianischen Recht widerspiegelt.

¹⁶⁰ Siehe auch die Quellen bei MICHEL, *Gratuité*, zit. (Fn. 150), S. 366 ff.

¹⁶¹ Siehe oben, Abschnitt 2.

Eine solche Ausgestaltung entsprach aber auch einer bewussten Entscheidung des damaligen Gesetzgebers, der die strenge Haftung des Beauftragten durch das Abstellen auf das Vertrauensverhältnis der Parteien motivierte und erst im Zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Unentgeltlichkeit der Leistung zum Zweck einer dogmatischen Abgrenzung zu Dienst- und Werkverträgen einführte.

Aus einer systematischen Perspektive scheint die Entscheidung des Gesetzgebers nicht voll befriedigend: Bei anderen Verträgen im BGB steht der unentgeltlichen Erbringung einer Leistung eine Haftungsprivilegierung des Leistenden gegenüber: Das geschieht nicht nur bei Schenkung, Leihe oder unentgeltlicher Verwahrung, sondern auch in der dem Auftrag verwandten Konstellation des Vereinsrechts mit Bezug auf die unentgeltlichen Leistungen von Organmitgliedern, besonderen Vertretern sowie Vereinsmitgliedern. Das Abstellen nur auf das besondere persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem als Rechtfertigung der strengen Haftungsregelung wird in Anbetracht der Freigiebigkeit des Vertrages regelmäßig als unbillig empfunden. Trotz dieses Widerspruchs scheint allerdings eine Außerkraftsetzung des gesetzgeberischen Willens durch die Annahme einer pauschalen Haftungsprivilegierung – wie etwa bei der Verwahrung – nicht angemessen: Trotz der Unentgeltlichkeit weist der deutsche Auftragsvertrag einen heterogenen Anwendungsbereich auf, und es bestehen noch Fälle, in denen das Abstellen auf den Treuhandcharakter der Betätigung sowie allgemeine wirtschaftliche Betrachtungen die Annahme eines strengen Haftungsmaßstabes rechtfertigen.

Ausgehend von der gesetzeskonformen Annahme einer strengen Haftung des Beauftragten sollte das Bedürfnis nach einer Haftungsmilderung eher auf der Ebene des richterlichen Einzelfallbewertung im Rahmen einer ergänzenden Auslegung geprüft werden. In diesem Zusammenhang nimmt die Rechtsprechung Bezug auf sonstige Umstände wie den fehlenden Versicherungsschutz zur Annahme einer konkludenten Haftungsmilderung (wirtschaftliche Bewertung) oder das berufliche Sachverständnis des Beauftragten ('qualifizierter' Treuhandcharakter) zum Ausschluss derselben. Im Übrigen stellt sie grundsätzlich auf Billigkeitserwägungen ab.

Die Auseinandersetzung mit dem reichen Schatz an Fällen im römischen Recht zeigt, dass – ähnlich wie im geltenden Auftragsrecht – Gegenstand von Auftragsverträgen Tätigkeiten mit sehr unterschiedlichen Interessenlagen waren und dass die Entscheidungen der Juristen über den Haftungsmaßstab von bestimmten Wertungen geleitet wurden. Unter diesen Wertungen sticht die Dialektik zwischen dem Verweis auf die Vertrauensstellung des Auftragnehmers zugunsten seiner strengen Haftung und dem Utilitätsprinzip (je größer der Nutzen für den Auftraggeber, desto geringer der Haftungsmaßstab) zugunsten dessen Haftungserleichterung hervor. Die Erkenntnis, dass der Gesetzgeber des BGB in der

Bestimmung der Mandatarhaftung sich dafür entschieden hat, nur die Aspekte des Vertrauens zu berücksichtigen, kann für den modernen Interpreten eine doppelte Wirkung haben: Sie kann bei ihm das Bewusstsein dafür schärfen, dass die umfangreiche und heterogene Materie des Auftragsrechts und der damit verbundenen Haftung von Fall zu Fall auszulegen ist, und gibt ihm als natürliches Gegengewicht zu den Vertrauensaspekten das Kriterium der Nützlichkeit als Richtschnur für seine Auslegung an die Hand.

