

# Haftung bei Gebrauchsüberlassung: Sharing im Spannungsfeld von Miete und Leihe

Von Ass. iur. **Moritz Schroeder**, Diplom-Jurist **Philipp Dördelmann**, Bochum\*

*Auf dem Weg zu einer (möglicherweise) nachhaltigen Ökonomie des Teilens organisieren Apps den Konsum der „Shareconomy“. Wie Sharing allerdings zivilrechtlich einzuordnen ist, bleibt oft im Dunkeln. In Betracht kommen vor allem Miet- oder Leihverträge. Dabei erweist sich die vertragstypologische Zuordnung des Sharings als wichtige Weiche für Klausur und Praxis: Wer beispielsweise dauerhaft über Apps entgeltlich Sachüberlassungen anbietet, haftet anders als ein Verleiher und muss mit der Anwendbarkeit der §§ 305 ff., 312 ff., 312i ff. BGB sowie weiteren Implikationen rechnen. Daher liegt im Windschatten der Abgrenzung der (Un-)Entgeltlichkeit ein rechtliches Minenfeld, dessen sich Sharer und Studierende bewusst sein sollten. Ausgehend von den unterschiedlichen Haftungsmaßstäben wird daher die Abgrenzung entwickelt.*

## I. Ausgangspunkt

In der Ökonomie des Teilens<sup>1</sup> ist nicht mehr das Eigentum an einem Sachmittel entscheidend, sondern Teilhabe.<sup>2</sup> Vor allem über Apps wird die effiziente(re) Nutzung von Sachmitteln gegen „Leihgebühren“ organisiert, das Sharing.<sup>3</sup> Dabei bieten Privatleute auf den verschiedensten Plattformen<sup>4</sup> Gegenstände<sup>5</sup> zur Nutzung durch Dritte an - teils kostenlos, teils für

eine Gegenleistung.<sup>6</sup> Einerseits erlebt so der Freundschaftsdienst des Verleihs/Teilens eine Renaissance. Andererseits erfolgt Sharing mitunter nicht (nur) aufgrund eines veritablen Altruismus der Überlassenden.<sup>7</sup> Vielmehr geht es häufig zwar auch darum, vorhandene Sachmittel durch eine bessere Auslastung effizienter zu nutzen. Überwiegend geht es jedoch darum, diese zu finanzieren und sich deswegen selbst mehr leisten zu können.<sup>8</sup> Der regelmäßig offenen Vergütungsgestaltung auf Sharingplattformen<sup>9</sup> ist die schwierige Abgrenzung zwischen *entgeltlichem* und *unentgeltlichem* Angebot immanent.<sup>10</sup> Damit verschwimmen zugleich die Grenzen von *privat* zu *gewerblich*<sup>11</sup> und diverse Problemfelder – von der Geltung von Haftungsmaßstäben bis zu steuerlichen, gewerbe-, wettbewerbs- und AGB-rechtlichen Fragen – werden eröffnet.<sup>12</sup> Trotz möglicher Effizienzvorteile durch das Sha-

---

\* Der Autor Schroeder ist Wiss. Mitarbeiter am Zentrum für Internationales der Ruhr-Universität Bochum; der Autor Dördelmann ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Handels- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Bristol) an der Ruhr-Universität Bochum. Die Autoren danken Prof. Dr. Renate Schaub für wertvolle Anregungen.

<sup>1</sup> Siehe zum Begriff Share-Economy oder Shareconomy <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/share-economy-uber-und-airbnb-deutsche-wollen-nicht-teilen-a-997502.html> (25.1.16) sowie <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/trend-sharing-economy-teilst-du-schon-1.1989642> (25.1.16).

<sup>2</sup> Vgl. den Slogan „Teilen ist das neue Haben“ der Plattform „Let’s Share“ unter [www.lets-share.de](http://www.lets-share.de) (25.1.16).

<sup>3</sup> Vgl. auch die Artikel <http://www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen> (25.1.16) und <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/trend-sharing-economy-teilst-du-schon-1.1989642> (25.1.16); siehe aus der juristischen Literatur aktuell *Solmecke/Lengersdorf*, MMR 2015, 493.

<sup>4</sup> Oft mittels Apps, aber auch über Foren und Facebookgruppen. Apps werden i.d.R. von gewerblichen Anbietern programmiert und betrieben; die für diese geltenden Regularien werden hier ausgeblendet. Einen Überblick über aktuelle Startups aus dem Bereich liefert <http://www.deutsche-startups.de/2013/07/02/sharing-economy-alle-konzepte/> (25.1.16).

<sup>5</sup> Es kommt nahezu alles in Betracht: Kleidung, Werkzeuge u.a.; Beispiele sind [www.justpark.com](http://www.justpark.com) (früher:

[www.parkatmyhouse.com](http://www.parkatmyhouse.com)) für Parkplätze; [www.airbnb.com](http://www.airbnb.com) für Wohnungen; [www.uber.com](http://www.uber.com) für Taxidienste; [www.boatbound.com](http://www.boatbound.com) für Boote (sic!); [www.thredup.com](http://www.thredup.com) für Kleidung; insb. für Deutschland [www.drivy.de](http://www.drivy.de) (früher: [www.autonetzer.de](http://www.autonetzer.de)) für „privates“ Carsharing und [www.frents.com](http://www.frents.com) für buchstäblich alles Mögliche; Büros lassen sich unter [www.sharedesk.net](http://www.sharedesk.net) teilen; unter [www.cooksocial.org](http://www.cooksocial.org) wird gemeinschaftliches Kochen/Essen organisiert; schließlich als Beispiel für ein lokales streng unentgeltliches Angebot [www.leila-berlin.de](http://www.leila-berlin.de).

<sup>6</sup> So lautet bspw. Ziff. 2.1 der AGB von „frents“, unter <http://www.frents.com/gtac.html?cid=248109> (25.1.16) abrufbar: „frents stellt eine Online-Plattform mit einem Marktplatz zur Verfügung, auf der zwischen den Nutzern Verträge über die entgeltliche und unentgeltliche Überlassung (im Folgenden zusammenfassend auch: „Leihe“ oder „Leihvertrag“) von Waren und Dienstleistungen (im Folgenden: „Sache“) abgeschlossen werden können, sofern die Nutzer die sich aus diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebenden Voraussetzungen sowie die gesetzlichen Vorschriften einhalten. [...]“.

<sup>7</sup> Dazu aber bspw. [www.leila-berlin.de](http://www.leila-berlin.de) für definitiv entgeltlose Leihen von u.a. Werkzeugen.

<sup>8</sup> Siehe dazu „Teile und verdiene“ unter <http://www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen> (25.1.16).

<sup>9</sup> Siehe dazu als Bsp. nochmals die AGB von „frents“ (Fn. 6).

<sup>10</sup> Vgl. <https://www.drivy.de/about> (25.1.16): Als „Fixkosten“ soll der „Vermieter“ für den „Verleih“ (sic!) Wertersatz für Steuern, Versicherung, Wertverlust erhalten.

<sup>11</sup> Siehe insbesondere im Bereich der Personenbeförderung; aktuell zu Taxi-Apps etc. im Kontext des Personenbeförderungsrechts *Ingold*, NJW 2014, 3334 und *Rebler*, DAR 2014, 550; bspw. [www.turo.com](http://www.turo.com) (früher [www.relayrides.com](http://www.relayrides.com)); vgl. [www.drivy.de](http://www.drivy.de) zu einer beispielhaften Tarifgestaltung für das Carsharing.

<sup>12</sup> Hier erfolgt ausgehend von dem unterschiedlichen Haftungsmaßstab im Rahmen von Leihe und Miete nur die Abgrenzung dieser Vertragstypen anhand der Unentgeltlichkeit. Weitere Folgen entgeltlicher Gebrauchsüberlassungen wer-

ring droht in manchen Bereichen schlicht das Unterlaufen von Rechtsstandards.<sup>13</sup>

Neben dem Sharing entstehen vermehrt sog. „Anwohnervereine“. Dort findet gemeinschaftliches Basteln oder die Nutzung vereinseigener Werkstätten statt. Bspw. im Repaircafé<sup>14</sup> finden sich Menschen zusammen und kultivieren die fast vergessene Kunst des Reparierens. Andernorts richten Vereine Werkstätten mit Werkzeug ein.<sup>15</sup> Die Überlassung von Werkstatt und Werkzeug erfolgt im Regelfall „umsonst“ oder gegen einen Obolus. Auch hier stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Leihe und Miete mit den entsprechenden Folgeproblemen.

## II. Interessenlage der Beteiligten

Abstrakt sind die Interessenlagen einfach skizziert: Der Überlassende<sup>16</sup> will gegenüber Nutzern möglichst nicht, allenfalls begrenzt, haften. „Moralisch“ ist das leicht untermauert: Muss haften, wer ökologisch/altruistisch handelt? Die Nutzer wiederum wollen selbst nicht - oder ebenfalls begrenzt - haften, aber bei einer eigenen Schädigung den Überlassenden voll in Anspruch nehmen. Das größere rechtliche Augenmerk des Überlassenden ist auf die Vermeidung der Inanspruch-

den nicht untersucht. Auch werden gesellschaftsrechtliche Implikationen von in Gruppen organisiertem Sharing ausgeblendet.

<sup>13</sup> Bei Transport-/Kfz-Sharing stellen sich bspw. versicherungsrechtliche Fragen; beim Essen im „Privatrestaurant“ (vgl. <http://cooksocial.org/>) stellt sich die Frage nach der Anwendung lebensmittelrechtlicher Vorschriften; weitere Beispiele unter [www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen](http://www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen) (26.1.16).

<sup>14</sup> Vgl. hierzu <http://repaircafe.org/de/was-ist-ein-repair-cafe/> (26.1.16); der Aspekt der Dienstleistung durch Reparaturen wird hier ausgeblendet.

<sup>15</sup> Bspw. das Alsenwohnzimmer in Bochum mit der „Alsenwerkstatt“:

<https://www.facebook.com/events/500240546764322/?ref=22> (26.1.16); siehe auch

<http://www.bo-alternativ.de/2014/01/30/alsenwohnzimmer-feiert-2-geburtstag/> (26.1.16); siehe auch

<http://www.transition-initiativen.de/group/tkarlsruhe/forum/topics/gemeinschaftswerkstatt> (26.1.16).

<sup>16</sup> Zur Terminologie: Tatsächlich ist Inhalt des Leihvertrags – im Unterschied zur Miete – nicht die *Gebrauchsüberlassung*, sondern lediglich die *Gebrauchsgestattung*. Diese verpflichtet den Verleiher, die verliehene Sache dem Entleiher so zur Verfügung zu stellen, dass dieser sie vertragsgemäß als unmittelbarer Besitzer gebrauchen kann. Deshalb ist die Verschaffung unmittelbaren Besitzes und damit die körperliche Zugriffsmöglichkeit des Entleihers zwar die Regel, aber nicht konstitutives Merkmal des Leihvertrages, siehe BGH NJW-RR 2004, 1566; v. *Westphalen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 598 Rn. 3; dennoch wird im Folgenden zur sprachlichen Vereinfachung einheitlich der Terminus „Überlassender“ verwendet.

nahme wegen Körperschäden gerichtet. Diese werden zwar selten relevant, können aber existenzbedrohend sein.<sup>17</sup>

## III. Haftung bei Gebrauchsüberlassungen

Um die Haftungsrisiken des Überlassenden zu eruieren, wird zunächst der regelmäßige Haftungsmaßstab untersucht und sodann überprüft, ob dieser durch Rechtsgestaltung zu Gunsten des Überlassenden modifiziert werden kann.<sup>18</sup>

### 1. Gesetzliche Ausgangslage – Arten von Schuldverhältnissen

Zunächst ist festzustellen, welche Typen von Schuldverhältnissen als Rechtsgrund der Gebrauchsüberlassung in Betracht kommen. Bei Annahme eines Vereins auf der Seite des Überlassenden ist eine Nutzung aufgrund der *personenrechtlichen Beziehung* zwischen Verein und Mitglied denkbar.<sup>19</sup> Gegen eine solche Einordnung spricht hier, dass eine Nutzung von Werkstatt oder Werkzeugen regelmäßig nicht im Rahmen allgemeiner Vereinsaktivitäten – wie z.B. einer Feier – stattfindet und nicht von diversen Nutzern gleichzeitig. Vielmehr wird eine Werkstatt bestimmten Personen für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zur Verfügung gestellt. Diese rivalisierende Nutzung geht über die gemeinsame Nutzung hinaus.<sup>20</sup>

Denkbar ist in Fällen unentgeltlicher Überlassung sodann ein (bloßes) *Gefälligkeitsverhältnis* oder die Annahme eines *Leihvertrags* nach §§ 598 ff. BGB. Demgegenüber könnte sich eine entgeltliche Nutzung – je nachdem, wie die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts erfolgt – als *Miete* oder *Pacht* im Sinne der §§ 535 ff., 581 ff. BGB darstellen. Um *Miete* handelt es sich, wenn dem Nutzer lediglich der vorübergehende Gebrauch der Sache gestattet ist (§ 535 Abs. 1 BGB), während *Pacht* vorliegt, soweit der Gläubiger auch zur Fruchtziehung berechtigt ist (§ 581 Abs. 1 BGB).<sup>21</sup> Wegen der Entsprechungsklausel in § 581 Abs. 2 BGB führt die Abgrenzung nur zu geringen Unterschieden, insbesondere nicht bezüglich des gesetzlichen Haftungsmaßstabes des Überlassenden.<sup>22</sup> In entgeltlichen Sharing-Konstellationen wird regelmäßig Miete vorliegen.<sup>23</sup> Auch in Werkstattfällen

<sup>17</sup> Teilweise bieten daher gewerbliche Plattformbetreiber Versicherungspakete für die Nutzer an, vgl. bspw. [www.drivy.de](http://www.drivy.de).

<sup>18</sup> Tatsächlich ist bei der Leihe nicht per se eine faktische Überlassung geschuldet; in den hier relevanten Fällen geht es aber regelmäßig genau darum, so dass hier einheitlich von Gebrauchsüberlassung die Rede ist und dementsprechend von Überlassendem einerseits und Nutzer andererseits.

<sup>19</sup> Beispielsweise ist der Eintritt zu einem Vereinsfest nicht Miete. Siehe OLG München VersR 1999, 99.

<sup>20</sup> Eine andere Bewertung könnte sich möglicherweise ergeben, wenn die Werkstatt täglich besetzt wäre und wie eine Sportanlage für die Mitglieder immer frei zugänglich wäre.

<sup>21</sup> Siehe dazu allein *Schaub*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, Vor § 581 Rn. 34 m.w.N.

<sup>22</sup> Im Folgenden wird daher ausschließlich von Miete gesprochen.

<sup>23</sup> Siehe zu den juristischen Herausforderungen des Car-Sharings *Schulze*, BB 2013, 195.

liegt eine Miete näher, da es um eine kurzfristige Sachnutzung geht.

Schließlich ist an deliktische Ansprüche und eine mögliche Wechselwirkung mit vertraglichen Regelungen zu denken.

#### a) Unentgeltliche Überlassung

Die unentgeltliche Überlassung lässt sich als Gefälligkeitsverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 BGB<sup>24</sup> oder als Leihvertrag im Sinne der §§ 598 ff. BGB einordnen.<sup>25</sup> Die Vorschriften der §§ 598 ff. BGB sind grds. anwendbar, da die zu überlassende „Sache“ alle körperlichen Gegenstände sowie auch Sachgesamtheiten erfasst.<sup>26</sup>

Der Übergang von der Überlassung nur aus Gefälligkeit zur Leihe als Gefälligkeitsvertrag ist *theoretisch* klar, aber *faktisch* fließend: Ein Leihvertrag liegt vor, wenn die Parteien mit Rechtsbindungswillen handeln,<sup>27</sup> wobei der Rechtsbindungswille hinsichtlich der Verpflichtung zur Gestattung der Überlassung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalles durch Auslegung zu ermitteln ist. Maßgeblich sind vor allem der Anlass der Überlassung und deren Bedeutung für die Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte.<sup>28</sup> Für die Annahme rechtlicher Verbindlichkeit spricht insbesondere eine erkennbare erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Gebrauchsgewährung auf Seiten des Begünstigten.<sup>29</sup> Soweit eine Leihgebühr vereinbart wird, ist eine vertragliche Vereinbarung unerlässlich. Aber auch sonst spricht in den hier gemeinten Fällen die beiderseitige Interessenlage regelmäßig für einen Leihvertrag: Wer bspw. einen Urlaubstag aufwendet, um in einem Werkstatttraum arbeiten zu können, hat ein Interesse an einem Anspruch auf Überlassung. Ähnliches gilt für die Mehrzahl an Sharing-Angeboten. Wer sich für einen Tag ein Auto organisiert, um damit zum Möbelhaus oder zu einem Termin zu fahren, handelt regelmäßig mit Rechtsbindungswillen. Darin liegt ein signifikanter Unterschied zu Gefälligkeitsverhältnissen wie der gelegentlichen unentgeltlichen Überlassung eines Hochsitzes<sup>30</sup> oder Reitpferdes<sup>31</sup>. Auch die in Gefälligkeitsverhältnissen regelmäßig fehlende Beschränkung der Haftung liegt nicht im Interesse des Überlassenden.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> Also als ein Rechtsverhältnis ohne Primärleistungs-, aber mit den hier relevanten Sekundärpflichten.

<sup>25</sup> Siehe dazu Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 598 Rn. 5; Reuter, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, Vor § 598 Rn. 8 ff.

<sup>26</sup> In Erweiterung des § 90 BGB, Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 3.

<sup>27</sup> Wagner, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 598 Rn. 14; Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

<sup>28</sup> So C. Wagner, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.2.2015, § 598 Rn. 14 m.w.N.; ähnlich Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

<sup>29</sup> So Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

<sup>30</sup> Dazu OLG Hamm RdL 2012, 325.

<sup>31</sup> Dazu BGH NJW 1992, 2474.

<sup>32</sup> Zutreffend geht Häublein ([Fn. 25], § 598 Rn. 7) davon aus, dass es eher nicht überzeugt, den Anwendungsbereich

Nach der Rechtsprechung besteht in einem Gefälligkeitsverhältnis keine regelmäßige Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.<sup>33</sup> Dies wird damit begründet, dass in aller Regel ein Ausschluss nicht dem Gefälligen zu Gute komme, sondern letztendlich – bei bestehendem Versicherungsschutz – dem Haftpflichtversicherer.<sup>34</sup> Zudem sei die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Haftungsbeschränkung im Wege ergänzender Vertragsauslegung oft eine „künstliche Rechtskonstruktion“, da sie von einem Haftungsverzicht ausgehe, an den im maßgeblichen Zeitpunkt keine der Parteien dachte und der sich daher als Willensfiktion entpuppe.<sup>35</sup> Deshalb wird in Fällen unentgeltlicher Überlassung zur ausschließlichen Nutzung ein Leihvertrag mit der Haftungsbeschränkung des § 599 BGB zu Gunsten des Verleihers die Regel darstellen. Daran anknüpfend stellt sich die Frage nach der Reichweite dieser Privilegierung. Manche Stimmen wollen deren Anwendungsbereich auf das Erfüllungsinteresse begrenzen und bei Integritätsverletzungen den allgemeinen Haftungsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB anwenden.<sup>36</sup> Dies wäre bei der altruistischen Gebrauchsüberlassung jedoch misslich, da Schutzpflichtverletzungen für den Überlassenden das finanziell größte Risiko darstellen.<sup>37</sup> Deshalb wollen andere Stimmen § 599 BGB auch bei Integritätsverletzungen anwenden.<sup>38</sup> Hinzu tritt eine vermittelnde Ansicht, nach der § 599 BGB grundsätzlich anwendbar ist, es sei denn, die verletzte Pflicht stehe in keinem Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand.<sup>39</sup> Um das altruistische Handeln des Überlassenden angemessen zu berücksichtigen, sollte davon ausgegangen werden, dass § 599 BGB jedenfalls bei Schutzpflichtverletzungen, die im konkreten Zusammenhang mit dem Leihgegenstand stehen, zur Anwendung kommt. Darüber hinaus findet sich in § 599 BGB kein Anhaltspunkt, die Haftungsprivilegierung auf das Erfüllungsinteresse zu

der Vorschriften über die Leihe zunächst durch (zu) hohe Anforderungen an das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Bindungswillens einzuengen, dann aber die so entstehende „Lücke“ durch Ausdehnung der Vorschriften über die vertragliche Haftung zu füllen.

<sup>33</sup> Siehe dazu allein BGH NJW 1992, 2474 (2475 m.w.N.).

<sup>34</sup> U.a. OLG Hamm RdL 2012, 325.

<sup>35</sup> So BGH NJW 1992, 2474 (2475).

<sup>36</sup> AG Grevenbroich NJW-RR 1990, 795 f.; Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (466 ff.); Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014 § 598 Rn. 2.

<sup>37</sup> Ähnlich auch Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 3.

<sup>38</sup> C. Wagner (Fn. 28), § 599 Rn. 2; v. Westphalen (Fn. 16), § 599 Rn. 2; Gelhar, in: Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1978, § 599 Rn. 1; im Ergebnis auch OLG Düsseldorf OLGZ 1991, 84 (86); OLG Köln NJW-RR 1988, 157.

<sup>39</sup> OLG Stuttgart VersR 1993, 192 (193); OLG Celle VersR 2006, 1085; Medicus, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, 1996, S. 589 (592 ff.); Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 3; jedenfalls im Ergebnis auch Heintzmann, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 599 Rn. 3.

begrenzen.<sup>40</sup> Der Verleiher haftet daher insgesamt nur nach dem Haftungsmaßstab des § 599 BGB.

### b) Entgeltliche Überlassung

Sollte die Überlassung von einer Gegenleistung abhängen, handelt es sich in der Regel um einen Mietvertrag.<sup>41</sup> Ein solcher liegt vor, wenn der Gebrauch (wenigstens für kurze Zeit) ausschließlich und gegen besonderes Entgelt überlassen wird.<sup>42</sup> Für den Haftungsmaßstab ist entscheidend, ob ein zur Schädigung führender Mangel bereits bei Vertragsschluss vorlag oder erst später aufgetreten ist. Im ersten Fall ist wegen der Garantiehaftung aus § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB ein Verschulden des Vermieters unerheblich. Im zweiten Fall gilt dagegen nach § 536a Abs. 1 Var. 2 BGB der allgemeine Haftungsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Garantiehaftung trifft den Vermieter in den hier relevanten Fällen mitunter hart. Zwar kann bei der Schädigung durch bspw. ein defektes Werkzeug in vielen Fällen davon ausgegangen werden, dass der Mangel bereits bei Vertragsschluss vorhanden war.<sup>43</sup> Allerdings stellt die mietrechtliche Garantiehaftung bspw. bei Körperschäden schnell ein enormes Haftungsrisiko dar. Oftmals sind bestehende Mängel bspw. gebräuchter Werkzeuge prima facie nicht erkennbar. Zudem ist anzunehmen, dass es sich bei Vereinsmitgliedern und privaten Sharern, die Werkzeuge oder andere gefahrgeneigte Gegenstände vor der Vermietung überprüfen, im Regelfall nicht um Fachpersonal handelt.<sup>44</sup> Die Garantiehaftung ist daher in der Risikokalkulation von Sharern und Vereinen zu berücksichtigen.

### c) Konkurrierende deliktische Ansprüche

Schließlich sind konkurrierende Deliktsansprüche zu beurteilen und dabei zu klären, ob bei der Leihe die Privilegierung des § 599 BGB erstreckt wird. Rechtsprechung und große Teile der Literatur gehen davon aus.<sup>45</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass ein grundsätzlicher Gleichlauf zwischen ver-

traglicher und deliktischer Haftung erfolgen müsse, da andernfalls eine Entwertung der vertraglichen Haftungsprivilegierung die Folge sei.<sup>46</sup> Andere Stimmen lehnen eine Anwendung der Haftungsprivilegierung strikt ab<sup>47</sup> oder wollen zumindest Schutzpflichtverletzungen des Verleihers von der Haftungsprivilegierung ausnehmen.<sup>48</sup> Um das altruistische Handeln des Überlassenden und die daraus resultierenden Vorteile der Nutzer angemessen zu würdigen, sollte jedoch – in Anlehnung an die Reichweite des § 599 BGB<sup>49</sup> – von einer umfänglichen Erstreckung des § 599 BGB auf das Deliktsrecht ausgegangen werden. Sinn und Zweck der Privilegierung ist die Förderung altruistischen Handelns Privater auch vor dem Hintergrund des dann nur subsidiär notwendigen staatlichen Handelns. Diesem Zweck wird die Erstreckung der Privilegierung gerecht.

### 2. Rechtsgeschäftliche Veränderung des Haftungsmaßstabs durch AGB

Nunmehr stellt sich die Frage, ob der Überlassende seine Verantwortlichkeit vertraglich zu seinen Gunsten modifizieren kann. Dies ist insbesondere von Interesse, wenn die Überlassungen regelmäßig erfolgen (sollen), was im Normalfall auf Vereine zutreffen wird und auch auf viele Sharingangebote zutreffen kann.<sup>50</sup> Zur Arbeitserleichterung bietet sich in Vereinsstrukturen der Rückgriff auf eine Ausleih- oder Benutzungsordnung an, die neben den Nutzungsmodalitäten auch den Haftungsmaßstab aufgreift.<sup>51</sup> Sollte sich ein Verein für diese Variante entscheiden, handelt es sich bei der Ausleih- oder Benutzungsordnung um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen und somit um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB. Daher haben die §§ 305 ff. BGB maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltungsmöglichkeiten. Bei Sharingangeboten bieten teilweise die Plattformen einen Rechtsrahmen, der über die AGB bei Registrierung von allen Usern als Grundlage von über die Plattform geschlossenen Verträgen akzeptiert wird. Das ist jedoch nicht zwingend. Wer regelmäßig Sharing betreibt und daran denkt, den Haftungsmaßstab zu modifizieren, verwendet im Zweifel AGB.<sup>52</sup>

<sup>40</sup> So auch Häublein (Fn. 25), § 599 Rn 3.

<sup>41</sup> Sollte ein Verein die Infrastruktur seinen Mitgliedern nur gegen eine besondere Gegenleistung überlassen, handelt es sich aufgrund dessen nicht um einen Beitrag im Sinne des § 58 Nr. 2 BGB.

<sup>42</sup> Vgl. Ehlert, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.5.2014, § 535 Rn. 28 m.w.N.

<sup>43</sup> Insoweit kommen potentiell alle Schädigungen in Betracht, die täglich bei der Nutzung mit Werkzeugen auftreten. Beispielsweise ein Stromschlag durch eine defekte Bohrmaschine, eine Verletzung durch den Kopf des Hammers, der sich beim Schlagen vom Stiel löst oder ein Schnitt mit einer Säge, wenn das Sägeblatt nicht mehr glatt läuft. Bei all diesen Verletzungen wird der Mangel oder Fehler des Werkzeuges regelmäßig schon vor der Gebrauchsüberlassung vorgelegen haben.

<sup>44</sup> Vgl. bspw. die Angebote unter <http://www.leila-berlin.de/index.php?id=4> (26.1.16).

<sup>45</sup> RGZ 88, 317 (318); BGHZ 55, 392, BGH NJW 1992, 2474 (2475); v. Westphalen (Fn. 16), § 599 Rn. 2.

<sup>46</sup> Reuter (Fn. 25), § 599 Rn. 3; Heintzmann (Fn. 39), § 599 Rn. 2; Wagner (Fn. 27), § 599 Rn. 2 f; Medicus (Fn. 39), S. 596 f.

<sup>47</sup> Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 4.

<sup>48</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 599 Rn. 2; Mansel (Fn. 36), § 599 Rn. 2 m.w.N.

<sup>49</sup> Siehe dazu oben II. 1. b).

<sup>50</sup> Dabei ist zu beachten, dass aufgrund von § 310 Abs. 3 BGB Besonderheiten zu berücksichtigen sein können, siehe Fn. 53; mit Blick auf die hier relevanten Sachverhalte wird auf Möglichkeiten der individualvertraglichen Gestaltung nicht eingegangen.

<sup>51</sup> Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Ausleih- oder Benutzungsordnung sollen hier nicht von Belang sein.

<sup>52</sup> Gerade bei tatsächlich oder vermeintlich privaten Sharingangeboten kann es hier zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Auf mögliche Gestaltungen individualvertraglicher Art wird hier nicht eingegangen.

Auf Probleme der Einbeziehung von AGB in Überlassungsverträge wird hier nicht eingegangen.<sup>53</sup>

#### a) Modifikation von Mietverträgen

Der Überlassende könnte versuchen, den Haftungsmaßstab an denjenigen eines Leihvertrags anzugleichen. Insoweit unterliegt der Überlassende aber – wegen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung des § 536a Abs. 1 Var. 1, 2 BGB – der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB und damit den Klauselverböten des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB. Dadurch ist eine Begrenzung der Haftung für Personenschäden ausgeschlossen und der Überlassende haftet in diesen Fällen auch für einfache Fahrlässigkeit.<sup>54</sup> Demgegenüber kann die Garantiehaftung des § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB formalmäßig ausgeschlossen werden.<sup>55</sup> Dies gilt (arg. e § 309 Nr. 7 lit. a BGB) auch für Körperschäden<sup>56</sup> und ermöglicht eine erhebliche Milderung des Haftungsrisikos.<sup>57</sup> Eine weitere Modifikation in AGB ist nur für Sachschäden möglich, die aus einem nachträglich auftretenden Mangel resultieren.<sup>58</sup> Diese Fälle stellen im Vergleich zu den Personenschäden jedoch das geringere Risiko für den Überlassenden dar.<sup>59</sup>

#### b) Modifikation von Leihverträgen

In Leihverträgen ist die Haftung für Personen- und Sachschäden gesetzlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, § 599 BGB. Eine wiederholende Klausel ist deklaratorisch.<sup>60</sup> Darüber hinaus kann der Verleiher die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht weiter beschränken. Zwar schließt der Wortlaut des § 276 Abs. 3 BGB dies nicht aus. Eine solche Beschränkung unterläge aber als Abweichung von § 599 BGB wiederum dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB.

#### 3. Zwischenfazit: Unentgeltlichkeit als Determinante des Haftungsmaßstabs

Aus der Sicht des Überlassenden ist wegen der Privilegierung des § 599 BGB die Annahme eines Leihvertrags vorzuzugewürdigt. Dagegen besteht bei einem Mietvertrag wegen § 276 Abs. 1 S. 1 BGB eine deutlich erweiterte Verantwortlichkeit, insbesondere mit Blick auf § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB. Immerhin kann letztere durch AGB ausgeschlossen und so das Haftungsrisiko des Überlassenden reduziert werden – wenn es denn bedacht wird. Ansonsten kann lediglich bei Sachschäden aufgrund eines nachträglichen Mangels durch AGB vom gesetzlichen Haftungsmaßstab abgewichen werden.

#### IV. Die Unentgeltlichkeit

Von entscheidender Bedeutung für die Haftung des Überlassenden ist also die Frage, wo genau die Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit verläuft.<sup>61</sup> In diesem Zusammenhang kommt es auf eine Teilentgeltlichkeit wie bspw. bei der Schenkung gem. §§ 516 ff. BGB nicht an<sup>62</sup>: Da für Miete und Leihe einheitlich eine Pflicht zur Rückgabe der Sache besteht, die nur einheitlich für jede Sache ausgeübt werden kann, kommt eine Beurteilung des Rechtsverhältnisses nur entweder als Miete oder als Leihe in Betracht.<sup>63</sup>

„Die Gebrauchsüberlassung ist *unentgeltlich*, wenn objektiv vom Nutzer der Mieträume [Mietsache] keine Gegenleistung erbracht werden soll und subjektiv sich die Parteien einig sind über die Unentgeltlichkeit.“<sup>64</sup> Dennoch ist die Beantwortung der Frage diffiziler als es zunächst scheint: Das Kriterium der Unentgeltlichkeit ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Verleiher überhaupt keine Entschädigung erhalten darf. Vielmehr ist *einerseits* anerkannt, dass ein „Dankeschön“ in Form einer symbolischen Zahlung nicht zur

<sup>53</sup> Zuvörderst kann sich die Frage nach der Anwendbarkeit von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB stellen; da soweit ersichtlich fast alle Sharingangebote über Apps bzw. Webseiten funktionieren, ist auch an die §§ 312 ff. BGB zu denken. In beiden Fällen stellt sich die Frage nach der Unternehmereigenschaft im Sinne von § 14 BGB des Überlassenden. Dies kann gerade bei Sharingfällen – man denke an Parallelen zu Ebay-Powersellern – eine im Einzelfall schwierige Abgrenzung erforderlich machen. Vgl. zum Unternehmerbegriff und insbesondere der Beweislast für die Unternehmereigenschaft *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 36, Stand: 1.8.2015, § 14 BGB Rn. 8, 16.

<sup>54</sup> *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 21.

<sup>55</sup> BGH NJW-RR 1991, 74; BGH NJW 2010, 3152 Rn. 22; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 907 (909).

<sup>56</sup> *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 21 m.w.N.

<sup>57</sup> Siehe zu den immensen Problemen für den Überlassenden bei der Garantiehaftung II. 1. c).

<sup>58</sup> Siehe dazu *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 22.

<sup>59</sup> Siehe dazu oben I. 3.

<sup>60</sup> Und bedarf daher keiner Inhaltskontrolle; vgl. zu deklaratorischen Klauseln allein *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 1; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 307 Rn. 50.

<sup>61</sup> Die nötige Differenzierung scheint zumindest teilweise auch die (gewerblichen) Plattformbetreiber zu irritieren. So ist auf <https://scoo.me/> (26.1.16) davon die Rede, dass man sich über die Plattform ab 3,60 € eine Vespa „leihen“ kann. Daran anschließend erfolgt die Erläuterung, wie das „Mieten“ des Rollers per App genau funktioniert.

<sup>62</sup> Im Rahmen der Schenkung besteht ein Bedürfnis für diese Figur, um bei den Schenkungsfolgen in den §§ 528 ff. BGB zu angemessenen Ergebnissen zu kommen. Dieses Bedürfnis ist bei der Leihe nicht gegeben. Siehe zur Figur einer gemischten Leihe allein *Reuter* (Fn. 25), § 598 Rn. 3 sowie *Ernst*, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, 2010, S. 139 (149 ff.).

<sup>63</sup> Vgl. *Fischer*, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, S. 91; a.A. *Reuter* ([Fn. 25], § 598 Rn. 3) mit starken Argumenten speziell zum Wohnungsmietrecht. Allerdings ist auch für dieses nicht ersichtlich, wie eine gemischte „Miet-Leihe“ bei der Rückgabe einer Wohnung abgewickelt werden sollte: In der Regel dürfte ja nicht ein Zimmer vermietet und das andere verliehen werden, sondern beide einheitlich vergeben werden (ggf. als Gefälligkeitsmiete). Insoweit ist ein teilweiser Widerruf nach § 604 BGB nicht praktikabel.

<sup>64</sup> So *Lützenkirchen*, WuM 2004, 58 (Hervorhebung der Verf.).

Entgeltlichkeit führt.<sup>65</sup> *Andererseits* hat der BGH mit Blick auf Geschäftsräume entschieden, dass bereits dann eine Miete vorliegt, wenn der Nutzer (alle) die Betriebskosten einer Räumlichkeit zu tragen hat.<sup>66</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit bedarf mithin der Auslegung. Dieser wird eine Vorstellung verschiedener Kostenarten vorausgeschickt. Sodann ist fraglich, welche Kostenarten umlagefähig sind und wie die Berechnung solcher Kosten erfolgen sollte. Regelmäßig werden Kosten bei privaten Sharing-Angeboten nicht verbrauchsgenau erfasst, sondern pauschaliert. Schließlich ist zu betonen, dass die Unentgeltlichkeit im jeweiligen Einzelfall nicht rein objektiv, sondern auch nach dem Willen der Vertragsparteien zu bestimmen ist.<sup>67</sup> Als typologisch altruistisches Geschäft gehört zum subjektiven Tatbestand der Leihe ein übereinstimmender Wille zur Freigiebigkeit.<sup>68</sup> Insofern kann wiederum auch eine sehr geringe Leistung, wenn sie als echte Gegenleistung gewollt ist, entgeltlich sein.<sup>69</sup>

### 1. Relevante Kostenarten

Nach dem Wortlaut von § 601 Abs. 1 BGB hat der Entleiher die *gewöhnlichen Kosten* der Erhaltung der Sache zu tragen. Weitere Kostenarten benennt das Gesetz nicht.<sup>70</sup> Wie bei § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ist grundlegende Wertung des § 601 Abs. 1 BGB, dass die Erhaltungskosten denjenigen treffen sollen, der den Nutzen aus der Sache zieht.<sup>71</sup> Zugleich lässt sich aus der Vorschrift eine Erhaltungspflicht des Entleihers

ableiten.<sup>72</sup> *Erhaltungskosten* sind Aufwendungen zum Erhalt des Status‘ quo des Leihgegenstandes, also solche, die erforderlich sind, um den bisherigen Zustand zu erhalten.<sup>73</sup> Welche dieser Erhaltungskosten auch „gewöhnlich“ sind, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.<sup>74</sup> Überwiegend handelt es sich um regelmäßig wiederkehrende Ausgaben.<sup>75</sup> Archetypisch nennt das Gesetz Tierfütterungskosten. Davon ausgehend dürften generell regelmäßig wiederkehrende Schutz- und Kontrollmaßnahmen wie z.B. eine Inspektion bei einer Maschine oder aber die Impfung bei einem Tier erfasst sein.<sup>76</sup> Diesen Aufwendungen ist gemein, dass sie unmittelbar dem Erhalt der Funktionsfähigkeit des Leihgegenstands dienen; sie sind strikt von den Anschaffungskosten zu trennen. Fraglich ist die Übernahme solcher Erhaltungskosten dann, wenn der Leihgegenstand nur für eine kurze Periode überlassen wird, in der eine derartige Maßnahme konkret nicht anfällt: Kann dann im Rechtssinne unentgeltlich ein anteiliger Ersatz vereinbart werden?<sup>77</sup> Begrifflich von den gewöhnlichen Erhaltungskosten zu trennen sind die (*Betriebs-*)*Kosten*, die unabhängig von einer konkreten Funktionserhaltung der Sache von Gesetzes wegen schlicht an die Eigentümerstellung und/oder einen bestimmten Verwendungszweck anknüpfen. Dies sind beispielsweise die Grundsteuer oder die Kfz-Steuer oder Haftpflichtprämie (als Betriebszulassungskosten). All diese Kosten sind nach der wohl überwiegenden Meinung keine gewöhnlichen Erhaltungskosten.<sup>78</sup>

Hinzu treten schließlich Kosten, die den Betrieb erst ermöglichen, also konkrete Betriebs- bzw. *Verbrauchskosten* (bspw. Kraftstoff, Wasser, Holz etc.). Für deren Übernahme treffen die §§ 598 ff. BGB ebenfalls keine Anordnung.

### 2. Grammatische Auslegung

Das Wort unentgeltlich entsteht durch die Zusammensetzung der Vorsilbe „un-“ mit dem Adjektiv „entgeltlich“. Dieses ist abgeleitet aus dem Substantiv „Entgelt“ mit dem adjektivischen Suffix „-lich“. Jenes bezeichnet eine als Gegenleistung für geleistete Arbeit gewährte Bezahlung. Es ist vom Verb „entgelten“ abgeleitet.<sup>79</sup> Zugleich steht es auf der Dudenliste

<sup>65</sup> Brors, in: Nomos Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 598 Rn. 12; Schaub, Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke, 2008, S. 683; „Anerkennungsgebühr“ in v. Westphalen (Fn. 16), § 598 Rn. 1, 5; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2 spricht von „symbolischer Dankbarkeitsbezeugung“; siehe auch OLG Hamburg NJW 1949, 547; OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700 sowie OLG Dresden ZMR 2003, 250. A.A. Heintzmann (Fn. 39), § 598 Rn. 2; unklar Weidenkaff (Fn. 48), § 598 Rn. 4.

<sup>66</sup> Siehe BGH NZM 2003, 372 (374): „Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen.“; zust. OLG Stuttgart NZM 2010, 579: „[...] Anders als das Landgericht meint, liegt i. Ü. bereits dann ein Mietvertrag vor, wenn überhaupt eine – nicht notwendig kostendeckende – Gegenleistung zu erfolgen hat [...]“; dies überzeugt allerdings – siehe oben in Fn. 62 und 63 – nicht.

<sup>67</sup> Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2. Siehe dazu auch Ernst (Fn. 62), S. 153.

<sup>68</sup> Vgl. schon Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 738 (Protokolle S. 1619); Fischer (Fn. 63), S. 90 f.

<sup>69</sup> Sog. Gefälligkeitsmiete; siehe dazu Schaub (Fn. 65), S. 682 f.; so dürfte auch Weidenkaff (Fn. 48), § 598 Rn. 4 zu verstehen sein; siehe auch Häublein (Fn. 25), Vor §§ 535 ff. Rn. 11 sowie ferner Ernst (Fn. 62), S. 149 ff.

<sup>70</sup> Es regelt lediglich in § 601 Abs. 2 S. 1 BGB die Pflicht des Verleihers zum Verwendungersatz.

<sup>71</sup> So Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1.

<sup>72</sup> Bspw. Weidenkaff (Fn. 48), § 601 Rn. 1; Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1 m.w.N.

<sup>73</sup> Siehe Ebert, in: Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 601 Rn. 3.

<sup>74</sup> Vgl. Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2.

<sup>75</sup> Siehe Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 2.

<sup>76</sup> Vgl. Weidenkaff (Fn. 48), § 601 Rn. 2; Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1 m.w.N.

<sup>77</sup> Bspw. sei bei einem Kfz eine Inspektion alle 10.000 km Laufleistung erforderlich; das Kfz wird nun für eine Fahrt von 1.000 km verliehen. Bei anderen Gegenständen kann an Betriebszeiten angeknüpft werden.

<sup>78</sup> So Häublein (Fn. 25), Vor §§ 535 ff. Rn. 11, § 601 Rn. 1; Ehlert (Fn. 42), § 598 Rn. 20; Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 601, Rn. 1; auch das Risiko des gewöhnlichen Verschleißes soll den Verleiher treffen, siehe Reuter (Fn. 25), § 601 Rn. 2.

<sup>79</sup> Siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/Entgelt> (26.1.16).

für rechtschreiblich schwierige Wörter<sup>80</sup>, da es offenbar zu mannigfaltigen Verwechslungen zwischen den Begriffen „Entgelt“ und „Geld“ kommt. Etymologisch stammt das Verb „entgelten“ von dem mittelhochdeutschen „en(t)gelten“ bzw. dem althochdeutschen „intgeltan“. Die heutige Bedeutung lässt sich mit „büßen, vergüten, entschädigen“ erfassen.<sup>81</sup> Demnach hat der Begriff mit „Geld“ nichts zu tun, sondern erfasst grundsätzlich jede Gegenleistung.<sup>82</sup> Zugleich unterscheidet sich der Begriff der Unentgeltlichkeit von dem Begriff der Kostenlosigkeit.<sup>83</sup>

Da es bei einem Entgelt also um eine – egal wie – geartete Leistung an den Überlassenden geht, kann nach grammatischer Auslegung theoretisch jede noch so kleine Leistung Entgelt sein. Auf der anderen Seite muss aber auch eine größere Leistung nicht unbedingt entgeltlich sein. Damit zwingt die grammatische Auslegung weder zu dem einen, noch dem anderen Ergebnis. Begrifflich dürfte das Entgelt dennoch näher an einer Vergütung (im Sinne der Kostenübernahme + X) als an der bloßen Kostenübernahme liegen. Für die Frage, welche Kostenarten konkret (noch) vergolten werden dürfen, ohne dass mehr oder minder zwingend die Annahme von Entgeltlichkeit erfolgt, lässt sich aus der grammatischen Auslegung allerdings wenig gewinnen. So kann die Übernahme tatsächlich anfallender (Betriebs-) Kosten der Leihsache durch den Entleiher als unentgeltlich angesehen werden. Im Hinblick auf eine Differenzierung zwischen verbrauchsabhängigen und – unabhängigen Kosten lässt sich wenig ableiten. Zudem ist die grammatische Auslegung unergiebig für die Frage, ob der Entleiher die Aufwendungen unmittelbar auf die Sache vornehmen muss, oder einen entsprechenden Betrag an den Verleiher aushändigen kann (beispielsweise Hingabe von Geld für verfahrenes Benzin).

### 3. Historische Auslegung

Die Motive enthalten keine Erläuterung des Begriffes der Unentgeltlichkeit für die Leihe, sondern setzen diesen voraus.<sup>84</sup> Auch in den Ausführungen zur Schenkung erläutern die Motive den Begriff nicht.<sup>85</sup> In der ferneren Beratung wurde zwar der Wortlaut der Norm verändert, jedoch nicht der Begriff der Unentgeltlichkeit aufgegriffen.<sup>86</sup> Gleiches gilt für die Formulierungen zur Schenkung.<sup>87</sup> Einzig im Material zu den Bestimmungen über die Gebrauchsleihe im Dresdener

Entwurf wird kurz Stellung bezogen.<sup>88</sup> Allerdings erschöpft sich dies in der kurzen Feststellung, dass die Vereinbarung einer Gegenleistung regelmäßig einen Mietvertrag begründe. Auf Art und Weise sowie Umfang der Gegenleistung wird nicht eingegangen. Zugleich wurde die Verpflichtung des Entleihers zur Tragung der konkret durch den Gebrauch verursachten Auslagen als selbstverständlich erachtet.<sup>89</sup> So folgt aus dem allseitigen Einverständnis hinsichtlich § 605 BGB a.F.<sup>90</sup>, dass jedenfalls die Übernahme tatsächlich anfallender Kosten nicht zur Annahme einer Entgeltlichkeit oder Gegenleistung führen sollte.<sup>91</sup> Die Diskussion über eine Begrenzung der Verpflichtung des Entleihers zur Übernahme von „Unterhaltungskosten“ für unbewegliche Sachen, gegen die Bedenken vorgebracht wurden, wurde aber nicht weitergeführt.<sup>92</sup> Aus historischer Sicht kann der Entleiher also mit „Unterhaltungskosten“ belastet werden, ohne dass hieraus zwingend eine Miete resultiert. Der Begriff der Unterhaltungskosten wird nicht näher präzisiert. Zumindest können darunter verbrauchsunabhängige und -abhängige Betriebskosten verstanden werden. Für weitere Positionen ist die Quellenlage unergiebig.

### 4. Systematische Auslegung

Nach der gesetzlichen Wertung des § 601 Abs. 1 BGB muss der Entleiher die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen. Anders als bei der Miete nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Verleiher also lediglich den Gebrauch dulgend gestatten, nicht aber auch die Sache instand halten.<sup>93</sup> Dies spricht aus systematischer Hinsicht dafür, dass Entgeltlichkeit nicht bei jeglicher Form von Leistung des Entleihers vorliegt.<sup>94</sup> Sodann kann aus systematischer Sicht keine Rolle spielen, ob der Entleiher unmittelbar Verwendungen auf die Sache aufbringt, oder die (anteiligen) Kosten dem Verleiher auszahlt. Ein solches Ergebnis steht auch im Einklang zu § 602 BGB, wonach der Entleiher zwar Abnutzungen durch vertragsgemäßen Gebrauch an sich nicht zu ersetzen hat. Jedoch ist § 602 BGB uneingeschränkt abdingbar.<sup>95</sup> Damit kann auch die Übernahme von Instandhaltungskosten (/Schadensersatz) für Verschlechterungen des Leihgegenstandes durch vertragsgemäßen Gebrauch seitens des Entleihers übernommen werden, ohne dass der Vertrag dadurch „automatisch“ eine Miete wird.<sup>96</sup> Wenn solche Kosten schon ex ante ersichtlich sind, spielt es daher auch keine Rolle, ob solche Kosten vor der

<sup>80</sup> Siehe <http://www.duden.de/schwierige-woerter#e> (26.1.16).

<sup>81</sup> Siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/entgelten> (26.1.16).

<sup>82</sup> Siehe auch Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 21; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 4.

<sup>83</sup> So bereits RGZ 163, 348 (355).

<sup>84</sup> Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, S. 443 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, S. 286 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Mugdan (Fn. 68), S. 894 f. (Protokolle S. 2127).

<sup>87</sup> Siehe Mugdan (Fn. 68), S. 735 ff. (Protokolle S. 1610 ff.).

<sup>88</sup> Siehe v. Kübel et al., in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1980, Bd. 2, Teil 2, S. 475.

<sup>89</sup> Vgl. Mugdan (Fn. 68), S. 896 (Protokolle S. 2134).

<sup>90</sup> Dieser regelte die Pflicht des Entleihers, für die Dauer der Leihe die Kosten der Erhaltung der Sache zu tragen.

<sup>91</sup> Siehe v. Kübel et al. (Fn. 88), S. 496.

<sup>92</sup> Siehe Mugdan (Fn. 68), S. 896 (Protokolle S. 2135).

<sup>93</sup> Vgl. Fischer (Fn. 63), S. 92.

<sup>94</sup> Mit dem Hinweis auf die Systematik auch Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 22; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2.

<sup>95</sup> Siehe Weidenkaff (Fn. 48), § 602 Rn. 1.

<sup>96</sup> Siehe dazu Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 3.

Nutzung oder danach ersetzt werden.<sup>97</sup> Daneben ist die systematische Auslegung im Hinblick auf die Differenzierung von verbrauchsabhängigen und -unabhängigen Betriebskosten (sowie den Zulassungskosten) wenig ergiebig. Auch der Vergleich mit anderen altruistischen Vertragstypen ist nicht weiter hilfreich.<sup>98</sup> Den Vorschriften der unentgeltlichen Verwahrung und der Schenkung, aber auch den Vorschriften des Darlehens, lassen sich keine direkten Anhaltspunkte bezüglich einer näheren Charakterisierung der Unentgeltlichkeit entnehmen.

### 5. Teleologische Auslegung

Aus dem Sinn und Zweck der Leihe als altruistische Gebrauchsgestattung lassen sich keine unmittelbaren Aussagen bezüglich des Kriteriums der Unentgeltlichkeit ableiten. Allerdings folgt aus der Haftungsprivilegierung des § 599 BGB, dass der Gesetzgeber die Leihe fördern will.<sup>99</sup> Gerade die privilegierte Haftung schafft – neben der sozialen Komponente des uneigennütigen Gebens und Teilens – auch den rechtlichen Anreiz, Leihverträge zu schließen und andere an eigenem Eigentum partizipieren zu lassen. Der Zweck der Förderung altruistischen Verhaltens wird vor allem dann erfüllt, wenn der Verleiher neben den konkreten Verbrauchskosten auch weitere Betriebskosten auf den Entleiher umlegen darf. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Entleiher die Aufwendungen selbst unmittelbar auf die Sache tätigt, oder dem Verleiher dessen tatsächlich erfolgende Aufwendungen ersetzt. Die Situation rechtfertigt eine mildere Haftung des Gebenden.<sup>100</sup> Zudem widerspricht die Haftungsprivilegierung nicht offensichtlich dem Interesse der Nutzer, da sich diese oftmals aufgrund der gegenüber kommerziellen Gebrauchüberlassungen geringeren Kosten für ein Sharing-Angebot oder eine Vereinswerkstatt entscheiden.<sup>101</sup> Insgesamt wird dem Zweck der Förderung altruistischen Handelns so lange genügt, wie nur tatsächlich anfallende Betriebs- und Verbrauchskosten – egal welcher Art – abgewälzt werden. Davon sind jedoch die Anschaffungskosten zu unterscheiden. Das privilegierungswürdige Interesse des Verleihers beschränkt sich auf den Substanz- und Sacherhalt, nicht die Finanzierung der Anschaffung als solche.

<sup>97</sup> Wenn bspw. der Entleiher das genutzte Auto nicht wieder auftanken soll, sondern den durchschnittlichen Verbrauch für die zu fahrenden Kilometer vorab ersetzt; Streitpunkt kann hier ferner sein, inwieweit eine pauschalierte Vergütung der Abnutzung – Kilometerpauschale – noch unentgeltlich ist.

<sup>98</sup> Auf die Abgrenzung zwischen den einzelnen altruistischen Überlassungsverträgen und ihrer jeweiligen Charakteristika soll hier nicht eingegangen werden.

<sup>99</sup> Siehe dazu *Reuter* (Fn. 25), § 599 Rn. 1.

<sup>100</sup> Siehe dazu *Häublein* (Fn. 25), § 598 Rn. 22; *Heintzmann* (Fn. 39), Vor § 598 Rn. 2; differenzierend hingegen *Reuter* (Fn. 25), § 599 Rn. 5.

<sup>101</sup> *Häublein* (Fn. 25), § 598 Rn. 21 wendet dagegen ein, dass auch bei einer Gegenleistung, die auch weit unter dem Marktüblichen liegen kann, Miete vorliegt.

### 6. Ergebnis der Auslegung und Abwägung

*Einerseits* hat, wer auf sein eigenes Nutzungsrecht zu Gunsten anderer vorübergehend verzichtet, ein legitimes Interesse am Ersatz letztendlich aller Fixkosten sowie der konkreten Verbrauchskosten, ohne automatisch in die Rolle eines Vermieters mit den korrelierenden Pflichten – Sacherhalt, Garantiehaftung etc. – gedrängt zu werden. Eine solche Gestaltung sollte privatautonom möglich sein: Sie ist gesamtgesellschaftlich positiv zu bewerten, wenn sie Anreize zum Teilhabenlassen setzt und eine erweiterte Teilhabe an Sachmitteln ermöglicht. *Andererseits* steigt mit der Höhe einer Entschädigung durch einen Nutzer auch dessen Schutzwürdigkeit und sein Interesse Mieter<sup>102</sup> – mit den korrelierenden Rechten – zu sein. So darf, gerade beim Sharing, nicht eine vorgeblich altruistisch-ökologische Argumentation dazu missbraucht werden, über die Annahme der Leihe den Mieterschutz auszuhebeln. Insofern ist allerdings anzumerken, dass die wesentlichen Entscheidungen zur Abgrenzung zwischen Leihe und Miete aus dem Gebäude-, vor allem Wohnraummietrecht stammen.<sup>103</sup> Gerade in diesem (sozial und ökonomisch) sensiblen Bereich besteht ein besonderes Interesse der Nutzer an der Einstufung als Mieter. Das mag eine Tendenz zur schnellen Annahme einer Miete begründen.<sup>104</sup> In anderen Bereichen

<sup>102</sup> Bei den verschiedenen Sharingangeboten ist auch an andere zweiseitige Vertragstypen zu denken, deren austariertes System von Leistung und Gegenleistung ausgehebelt werden könnte. Hier ist allerdings der Fokus von Anfang an auf Sachüberlassungen gelenkt worden – siehe oben.

<sup>103</sup> So v.a. BGH WM 1970, 853 (855): „[...] Nach Sinn und Zweck der Vereinbarung hatten die Beklagten dafür, daß [sic!] sie die Wohnung auch nach Ablauf der ersten fünf Jahre weiter benutzen durften, einen Anteil an den notwendigen Ausgaben für das Grundstück zu tragen. Dieser Anteil stellte also die Vergütung dafür dar, daß [sic!] ihnen der Gebrauch der Wohnung auch in der Folgezeit gewährt wurde. Es handelt sich mithin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts um ein Entgelt für die Überlassung der Wohnung. [...] stellt sich rechtlich als Mietvertrag dar. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß [sic!] das vereinbarte Entgelt sehr niedrig ist, denn der Mietzins braucht dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen, vielmehr stellt auch ein weit unter der Marktmiete liegendes Entgelt für den Gebrauch einer Sache einen Mietzins dar [...]“; BGH NZM 2003, 372 (374); „Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen.“; OLG Stuttgart NZM 2010, 579: „[...] Anders als das Landgericht meint, liegt i. Ü. bereits dann ein Mietvertrag vor, wenn überhaupt eine – nicht notwendig kostendeckende – Gegenleistung zu erfolgen hat [...]“.

<sup>104</sup> Auch in Fällen, in denen es nicht unmittelbar um Mieterschutz geht; siehe nochmals BGH NZM 2003, 372 (374); „[...] Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen. [...]“ Diese Argumentation ist für die Frage der Abgrenzung nicht hilfreich, bzw. zirkulär: Um die Frage, ob die Leistung

liegt eine solche Brisanz wiederum nicht vor. Es erscheint daher auch ein eher extensiver Umgang mit der Leihe möglich.

Insgesamt ermöglicht die geltende Rechtslage auch ohne das Institut einer „gemischten Leihe“<sup>105</sup> eine differenzierte Betrachtung, die jedoch für die Parteien nicht immer offenkundig sein dürfte. So sind die Übergänge von der Leihe zur Gefälligkeitsmiete fließend.<sup>106</sup> Jedenfalls hat die Auslegung bestätigt, dass unentgeltlich nicht kostenlos meint.<sup>107</sup> Vielmehr besteht ein erheblicher Spielraum, so dass es dem Überlassenden im Einzelfall sogar möglich ist, eine (alle) Betriebskosten deckende Entschädigung zu erlangen und zugleich von der Haftungsprivilegierung des § 599 BGB zu profitieren.<sup>108</sup> Angesichts der geringen Aussagekraft der Auslegungsmethoden in Bezug auf eine Differenzierung zwischen verbrauchs(un)abhängigen Betriebskosten ist für die Abgrenzung von einer Miete zur Leihe (nochmals) besonderes Augenmerk auf die subjektive Komponente zu lenken: Will der Überlassende den Gebrauch tatsächlich als Vermieter gewähren und erhalten oder nur als Verleiher gestatten?<sup>109</sup> Je mehr Kostenpositionen eingepreist werden und je pauschalisierter dies geschieht, desto eher ist dabei von einer Miete auszugehen und desto deutlicher sollten Parteien ggf. die subjektive Komponente der bloßen Kostenübernahme betonen. Zugleich sollte, je mehr Kostenpositionen eingepreist werden, desto genauer über diese abgerechnet werden, um den Charakter der Übernahme konkreter Kosten zu verdeutlichen. In jedem Fall aber beschränkt sich das privilegierungswürdige Interesse eines Verleihers auf den Substanz- und Sacherhalt, nicht die Finanzierung der Anschaffung als solche.

## V. Fazit

Abschließend ist herauszustellen, dass nicht jedes Sharing altruistisch ist. Andererseits wird der Förderung altruistischen Handels nicht gerecht, wer vorschnell jeden Kostenersatz zur entgeltlichen Gegenleistung (v)erklärt. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Abgrenzung von Leihe und Miete anhand des Begriffes der Unentgeltlichkeit als Herausforderung. In Bezug auf die Feststellung der Unentgeltlichkeit ist das Vorliegen subjektiver und objektiver Merkmale notwendig. Mit Blick auf letztere ist festzuhalten, dass unentgeltlich nicht kostenlos meint. Zumindest konkrete Verbrauchskosten können dem Nutzer abverlangt werden. Je mehr Kostenarten jedoch als „Leihgebühr“ umgelegt werden, desto näher rückt die Annahme einer Miete. Bei der Aufnahme vieler Kostenarten ist also möglichst präzise über konkrete Kosten abzurech-

---

ein Entgelt oder lediglich eine Kostenübernahme ist, geht es gerade.

<sup>105</sup> An diesem Institut führt jedoch nach *Reuter* ([Fn. 25], § 598 Rn. 3) „kein Weg vorbei“.

<sup>106</sup> Siehe dazu *Schaub* (Fn. 65), S. 507 ff.; vgl. zum Begriff u.a. *Lützenkirchen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 535 Rn. 108.

<sup>107</sup> Siehe dazu auch *Schaub* (Fn. 65), S. 225.

<sup>108</sup> Siehe OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700.

<sup>109</sup> Zutreffend OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700.

nen, um eine genaue Zuordnung zum jeweiligen Nutzer zu ermöglichen. Gerade für private Sharer ist das Bewusstsein dafür zu wecken, dass im Windschatten der Unterscheidung von Miete und Leihe zahlreiche Fallen lauern: Wer regelmäßig über ein online-Portal entgeltliches Sharing mit Gegenständen betreibt, sollte bspw. mit den Anforderungen des E-Commerce besser vertraut sein.