

114

Nachschlagewerk: ja }
BGHZ: ja } zu II, 3, 4

BGB § 242 Ba

In einem Fluchthelfervertrag kann vereinbart werden, daß ein dem Fluchthelfer als Vorschuß gezahlter Teil seiner Vergütung, der zur Deckung von Vorkosten bestimmt ist, auch bei einem Mißerfolg der Fluchthilfe nicht zurückgezahlt wird. Die Vereinbarung ist jedoch unwirksam, soweit sie die Rückzahlung auch für den Fall ausschließt, daß der Mißerfolg auf grober Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen des Fluchthelfers beruht.

BGH, Urt. v. 29. September 1977 - III ZR 118/76 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 118/76

URTEIL

Verkündet am
29. September 1977
Schorm,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Mohammad Hosseen Tscharaghalo F [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Wolfgang L [REDACTED], Br [REDACTED]
Damm [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1977 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 15. Juni 1976 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Bruder des Klägers, Abbas F[REDACTED]-S[REDACTED], beauftragte den Beklagten, der sich damals mit gewerbsmäßiger Fluchthilfe befaßte, durch einen nach Formular abgeschlossenen Vertrag vom 4. Mai 1973, seine Verlobte Roswitha P[REDACTED] und ihren gemeinsamen Sohn Darius P[REDACTED] aus der Deutschen Demokratischen Republik in die Bundesrepublik Deutschland zu bringen. In dem Vertrag heißt es u.a.:

"3. Für die Erledigung dieses Auftrages ist für jede Person ein Betrag in Höhe von 13 000 DM zu zahlen. Dieser ist wie folgt fällig:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- a) Bei der Auftragserteilung pro Person ein Vorschuß in Höhe von 4 500 DM.
 - b) Der Restbetrag beim Eintreffen der Personen in der Bundesrepublik Deutschland.
5. Dem Auftraggeber ist bekannt, daß Herr L. [REDACTED] den Auftrag nicht persönlich, sondern durch von ihm beauftragte Fluchthelfer ausführen läßt. Dem Auftraggeber entstehen hierdurch gegenüber den Fluchthelfern keinerlei Verpflichtungen.
6. Dem Auftraggeber ist bekannt, daß für die Vorbereitung der Durchführung des Auftrages der Firma erhebliche Vorkosten entstehen, die mit Hilfe des Vorschusses gedeckt werden. Aus diesem Grund wird der Vorschuß in keinem Fall zurückgezahlt; im Falle des Rücktritts eines der Auftraggeber aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes. Ausgenommen hiervon ist nur der Fall, daß der Firma aufgrund einer Anweisung der Bundesregierung die Ausführung des Auftrages untersagt wird.

Der Restbetrag gemäß Ziffer 3 b) dieses Vertrages ist in jedem Falle nur dann zu zahlen, wenn die in der Anlage genannten Personen in der Bundesrepublik (BRD) sind."

Der Bruder des Klägers zahlte dem Beklagten 9 000 DM.

Mitte Juni 1973 versuchte der Beklagte, Frau P. [REDACTED] mit ihrem Kind und einige andere Einwohner der Deutschen Demokratischen Republik durch von ihm beauftragte Helfer in die Bundesrepublik Deutschland zu bringen. Die Flüchtlinge sollten mit Reisepässen der Bundesrepublik Deutschland über Bulgarien und die Tschechoslowakei nach Österreich reisen und von dort in die Bundesrepublik gebracht werden. Die Flucht scheiterte. Bei der Einreise in die Tschechoslowakei wurden sämtliche Flüchtlinge verhaftet. Frau P. [REDACTED] wurde von einem Gericht der Deutschen Demokratischen Republik zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt, später aber vorzeitig aus der Haft entlassen und abgeschoben. Sie

lebt heute in Berlin (West), während ihr Kind in der Deutschen Demokratischen Republik zurückgehalten wird.

Der Kläger hat sich die Ansprüche seines Bruders gegen den Beklagten abtreten lassen und verlangt die Rückzahlung des geleisteten Vorschusses nebst Prozeßzinsen. Er hat behauptet, die Flucht sei gescheitert, weil die verwendeten Reisedokumente infolge grober Unachtsamkeit des Beklagten oder seiner Mitarbeiter fehlerhaft gewesen seien. Der Beklagte, der diese Behauptung bestritten hat, hat sich auf Nr. 6 des Vertrages berufen und hat hilfsweise mit einem Anspruch auf Ersatz seiner mit 8 069 DM bezifferten Aufwendungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung stattgegeben, weil ein Erfüllungsgehilfe des Beklagten, der Zeuge Ba■■■■, die Flucht grob fahrlässig habe scheitern lassen und der Beklagte dies zu vertreten habe. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage abgewiesen, da der Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses durch Nr. 6 des Vertrages wirksam ausgeschlossen sei.

Mit seiner zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat den Vertrag vom 4. Mai 1973 als einen im Gesetz nicht geregelten Vertrag besonderer Art angesehen, der Elemente sowohl des Auftrags (§§ 662 ff BGB)

wie der Auslobung (§§ 657 ff BGB) enthalte. Der Beklagte habe sich verpflichtet, "zunächst unentgeltlich" in fremdem Interesse eine Tätigkeit zu entfalten, nämlich den Fluchtversuch Dritter vorzubereiten und zu unterstützen. Entsprechend sei der Bruder des Klägers verpflichtet gewesen, dem Beklagten "einen (pauschalierten) Aufwendungsersatz in Form eines Vorschusses" zu zahlen. Ein Element der Auslobung stecke in dem Vertrag, weil der Bruder des Klägers dem Beklagten einen weiteren Betrag für den Fall versprochen habe, daß das Fluchthilfeunternehmen Erfolg hatte und die Fluchtwilligen in der Bundesrepublik Deutschland eintrafen.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, ob der Vertrag wirksam oder - nach § 134 oder § 138 BGB - nichtig sei, brauche nicht entschieden zu werden. Sei er nichtig, so scheitere der - dann allein in Betracht kommende - Bereicherungsanspruch des Klägers an der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. Sei der Vertrag hingegen wirksam, so stehe dem Klageanspruch die Vereinbarung in Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 entgegen. Die dort getroffene Regelung, daß der Vorschuß in keinem Fall zurückgezahlt werde, sei im Hinblick auf den Inhalt und die Gestaltung des gesamten Vertrages auch unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle von Formularverträgen nicht zu beanstanden. Da der Vorschuß kein Entgelt für die Geschäftsbesorgung des Beklagten, sondern einen pauschalierten Aufwendungsersatz darstelle, erscheine es nicht unbillig, wenn er auch im Falle des Scheiterns der Flucht nicht zurückzuzahlen sei. Gerade weil der Vorschuß nicht im Vermögen des Beklagten verbleibe, sondern im Interesse des Auftraggebers verbraucht werde, widerspreche es nicht Treu und Glauben, daß der Beklagte es angesichts des hohen und unübersehbaren Risikos des Fluchtunternehmens ausschließe, dem Auftraggeber den Vorschuß aus eigener Tasche ersetzen

zu müssen, wenn die Kosten vergeblich aufgewandt seien.

Ob der Beklagte bei der Ausführung des Auftrags seine Vertragspflichten verletzt habe, sei unerheblich. Eine positive Vertragsverletzung gebe dem Kläger allenfalls einen Anspruch auf Ersatz eines seinem Bruder daraus entstandenen Schadens, nicht aber ein Recht zur Verweigerung des Aufwendungsersatzes und damit zur Rückforderung des geleisteten Vorschusses. Einen Schaden, der seinem Bruder etwa aus der Lieferung fehlerhafter Reisedokumente an Frau Ponzer entstanden sei, habe der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit aber nicht geltend gemacht.

II.

Diese Ausführungen vermögen die angefochtene Entscheidung nicht zu tragen.

1. Wie der erkennende Senat in dem gleichzeitig verkündeten, ebenfalls zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung bestimmten Urteil in der Sache III ZR 164/75 ausgeführt hat, ist ein auf entgeltliche Fluchthilfe gerichteter Vertrag weder nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot noch grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Es liegen auch keine besonderen Umstände vor, die den Vertrag vom 4. Mai 1973 (insgesamt) als sittenwidrig, d.h. gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend erscheinen lassen könnten. Schließlich ist der Vertrag auch nicht nach § 138 Abs. 2 a.F. BGB nichtig. Weder ist festgestellt, daß der Beklagte den Vertrag unter Ausnutzung einer Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Bruders des Klägers geschlossen hat, noch steht fest, daß die Vergütung, zu deren

Zahlung der Bruder des Klägers sich im Vertrag verpflichtet hat, in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung des Klägers steht. In seinem gleichzeitig verkündeten Urteil in der Sache III ZR 167/75 hat der erkennende Senat auf die dort tatrichterlich festgestellten hohen Unkosten hingewiesen, die dadurch entstanden waren, daß die bei der Flucht behilflichen Personen für ihr persönliches Risiko erhebliche Beträge verlangt und erhalten hatten, und hat dort ein auffälliges Mißverhältnis der beiderseitigen Leistungen im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB als nicht ohne weiteres gegeben erachtet. Auch im vorliegenden Fall kann ein derartiges Mißverhältnis nicht angenommen werden.

2. Nach alledem ist von der Rechtswirksamkeit des Vertrages vom 4. Mai 1973 auszugehen. Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, auf welche Anspruchsgrundlage sich nach Ansicht des Berufungsgerichts die Klage in diesem Fall stützen kann. Nach Auffassung des erkennenden Senats ergibt sich dieser Anspruch aus dem Vertrag selbst. Das festzustellen, ist das Revisionsgericht in der Lage, weil das Berufungsgericht in diesem Punkt eine Auslegung des Vertrages unterlassen hat (BGHZ 65, 107, 112; Senatsurteil v. 30. Juni 1977 - III ZR 136/75 - S. 10).

Nach Nr. 3 des Vertrages sollte die für jede Person zu zahlende Vergütung von 13 000 DM in der Weise fällig sein, daß ein Vorschuß in Höhe von 4 500 DM bei Auftragserteilung und der Restbetrag beim Eintreffen der Person in der Bundesrepublik Deutschland zu zahlen war. Diese klare Regelung einschließlich des Gebrauchs des Ausdrucks "Vorschuß" ergibt, daß der vorschußweise zu zahlende Betrag ein Teil der einheitlichen Gesamtvergütung ist, für dessen Fälligkeit eine eigene Regelung getroffen worden ist. Soweit

das Berufungsgericht bei der Wertung der Klausel in Nr. 6 des Vertrages die Meinung vertreten hat, der Vorschuß sei kein Entgelt für die Geschäftsbesorgung des Beklagten, sondern ein "pauschalierter Aufwendungsersatz", ist seine Auffassung mit dem eindeutigen Vertragswortlaut als dem Ausgangspunkt jeder Auslegung nicht vereinbar. Sie wird auch nicht durch die Formulierung in Nr. 6 des Vertrages getragen, wonach die "erheblichen Vorkosten", die dem Beklagten - wie es dort heißt - für die Vorbereitung der Durchführung des Vertrages entstehen, "mit Hilfe des Vorschusses gedeckt werden". Denn damit soll ersichtlich nur der Grund angegeben werden, weshalb der Vorschuß nicht zurückgezahlt wird, nicht aber eine Aufteilung der insgesamt zu zahlenden 13 000 DM in Aufwendungsersatz und Vergütung vorgenommen werden. Nach alledem kann auf sich beruhen, ob eine solche Aufteilung einer inhaltlichen Kontrolle des Vertrages nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) standhielte.

Aus der Natur eines Vorschusses als einer Vorausleistung ergibt sich grundsätzlich, daß er dem Leistenden erstattet werden soll, wenn die Verbindlichkeit, auf die der Vorschuß geleistet worden ist, nicht zur Entstehung gelangt oder wegfällt. Von diesem Grundgedanken sind die Vertragsschließenden im vorliegenden Fall ersichtlich ausgegangen. Denn der Beklagte hat es für nötig gehalten, in Nr. 6 des Vertrages die Rückforderung des Vorschusses auszuschließen. Bezeichnend für das Verständnis der Vertragsschließenden ist auch die in Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 für den Fall getroffene Ausnahmeregelung, daß die Fluchthilfe behördlich untersagt wird. In diesem Fall sollte der Vorschuß zurückgezahlt werden. Der Vertrag bestimmt dies aber nicht ausdrücklich, sondern besagt lediglich, daß dann die Rückforderung nicht

ausgeschlossen ist. Er geht also ersichtlich davon aus, daß in diesem Fall der grundsätzlich bestehende Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses durchgreift. Nach alledem bestehen hinreichende Anhaltspunkte für die Auslegung, daß der Beklagte - vorbehaltlich der Ausschlußklausel in Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages - vertraglich zur Rückzahlung des Vorschusses verpflichtet sein sollte, wenn die Voraussetzungen dafür vorlagen.

3. Nach Nr. 6 Abs. 2 des Vertrages ist der (nach Zahlung des Vorschusses noch offene) Restbetrag in jedem Fall nur dann zu zahlen, wenn die auszuschleusenden Personen in der Bundesrepublik Deutschland sind. Nach dieser ausdrücklichen Regelung hängt der Vergütungsanspruch des Beklagten also jedenfalls hinsichtlich des "Restbetrages" vom Erfolg der Fluchthilfe ab. Ferner ist zu berücksichtigen: Wie unter 2. ausgeführt, sind die je Person gezahlten 4 500 DM ein Vorschuß auf eine einheitliche Vergütung. Die Vertragsschließenden sind ferner davon ausgegangen, daß ein Vorschuß grundsätzlich zurückverlangt werden kann, wenn der Anspruch, auf den er geleistet worden ist, nicht zur Entstehung gelangt oder wegfällt. Sie haben in Nr. 6 Abs. 2 des Vertrages schließlich einen Fall genannt, in dem der Vorschuß zu erstatten ist, wenn es nicht zu einer erfolgreichen Fluchthilfe kommt. Die Vertragsschließenden sind also ersichtlich davon ausgegangen, daß der Vergütungsanspruch des Beklagten - vorbehaltlich der Ausschlußklausel in Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages - insgesamt vom Erfolg der Fluchthilfe abhängt und der Beklagte, wenn dieser Erfolg ausbleibt, den geleisteten Vorschuß zu erstatten hat, soweit nicht die Ausschlußklausel eingreift. Trotz der teilweise abweichenden Wendungen des Berufungsurteils scheint auch das Berufungsgericht den Vertrag letztlich in diesem Sinne verstanden

zu haben. Denn für den - allein noch in Betracht zu ziehen- den - Fall, daß der Vertrag vom 4. Mai 1973 wirksam ist, hat es seine Entscheidung damit begründet, daß dem Klageanspruch die Vereinbarung in Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages entgegenstehe. Dieser (zutreffende) Standpunkt setzt aber, wie dargelegt, voraus, daß der Beklagte den erhaltenen Vorschuß grundsätzlich zurückzuzahlen hat, wenn es nicht zu einer erfolgreichen Fluchthilfe gekommen ist.

4. Da die Ausschleusung Frau P[REDACTED] und ihres Kindes mißlungen ist, hängt der Erfolg der Klage mithin davon ab, ob die Ausschußklausel in Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages eingreift. Ihrem Wortlaut nach ist das der Fall. Es stellt sich jedoch die Frage, ob und inwieweit die Klausel wirksam ist.

Der Vertrag vom 4. Mai 1973 ist nach einem mehr als zwei Schreibmaschinenseiten langen Formular abgeschlossen worden, das der Beklagte offenbar zur Verwendung in einer Vielzahl von Fällen aufgestellt hat. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind - wie allgemeine Geschäftsbedingungen - jedenfalls umfangreiche, vorformulierte Klauseln in Formularverträgen unwirksam, soweit sie von den gesetzlichen Vertragstypen abweichende Regelungen treffen, in denen die mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des möglichen Geschäftspartners zum Ausdruck kommt und die daher bei Abwägung der Interessen der künftigen Vertragsparteien der Billigkeit widersprechen (BGHZ 51, 55, 59; 60, 243, 245 f; 60, 377, 380 f; BGH Urt. v. 10. Februar 1971 - IV ZR 85/69 - NJW 1971, 1133, 1135; jeweils m. w. Nachw.).

Die Revision ist der Auffassung, die an diesen Grundsätzen ausgerichtete Inhaltskontrolle des Vertrages müsse

zu dem Ergebnis führen, daß die Klausel in Nr. 6 Abs. 1 nichtig sei. Da der Beklagte gemäß Nr. 5 des Vertrages den "Auftrag" nicht persönlich, sondern durch von ihm beauftragte Fluchthelfer durchführen lasse, wälze er das gesamte Risiko des Unternehmens auf Dritte ab. Mißlinge es, seien durch den gezahlten Vorschuß seine Kosten gedeckt, glücke das Unternehmen, so erziele er - gemessen an dem nicht vorhandenen Risiko - einen unverhältnismäßigen Gewinn. Der Beklagte mißbrauche daher durch einseitige Verfolgung seiner Interessen die Vertragsfreiheit. Hinzu komme, daß das auf die Fluchtwilligen und die Fluchthelfer abgewälzte persönliche Risiko gänzlich von der unkontrollierbaren Vorbereitung des Unternehmens durch den Beklagten abhängt, so daß diese Personen ihm praktisch auf Gedeih und Verderb ausgeliefert seien.

Diesen Ausführungen vermag der erkennende Senat nicht zu folgen. Der Ausschluß des Anspruchs auf Rückforderung des Vorschusses widerspricht nicht schlechthin der Billigkeit. Zwar trifft es zu, daß der Beklagte ein persönliches Risiko - soweit ersichtlich - nicht eingeht. Indessen ist der Vorschuß weder bestimmt noch geeignet, ein solches persönliches Risiko abzusichern, sondern soll den Beklagten vor dem wirtschaftlichen Risiko uneinbringlicher finanzieller Aufwendungen schützen. Für die Vorbereitung eines Fluchtunternehmens muß er erhebliche Beträge aufwenden. Das hat der Beklagte im Rechtsstreit näher dargelegt, ohne daß der Kläger es bestritten hätte (s. auch Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages). Andererseits hängt der Vergütungsanspruch des Beklagten, wie oben unter II 3. ausgeführt, von dem Erfolg der Fluchthilfe ab. Wenn der Beklagte sich keinen Vorschuß zahlen ließe oder die Rückforderung eines gezahlten Vorschusses nicht ausschlosse, bekäme er bei einem Mißerfolg des Unternehmens seine erheblichen Aufwendungen nicht

erstattet. Er ginge daher bei einem Fluchthilfeunternehmen ein beträchtliches finanzielles Risiko ein. Denn angesichts der umfangreichen Vorkehrungen der Deutschen Demokratischen Republik zur Sicherung ihres Ausreiseverbots liegt stets die Gefahr nahe, daß eine Flucht scheitert. Grundsätzlich ist nicht zu beanstanden, daß der Beklagte sich gegen dieses Risiko sichert. Zwar wird das Risiko auf seinen Vertragspartner abgewälzt. Dieser kennt aber die Gefahr, daß eine Flucht scheitert, und wird darum nicht unbillig betroffen, wenn er die Aufwendungen für die Fluchtvorbereitung auch in diesem Fall endgültig zu tragen hat. Die Rechtslage wäre freilich anders zu beurteilen, wenn der Vorschuß die Aufwendungen deutlich überstiege. Das hat das Berufungsgericht indessen für den vorliegenden Fall nicht festgestellt, ohne daß die Revision insoweit Rügen erhoben hätte.

Die formularmäßige Bestimmung, daß die Rückforderung des Vorschusses ausgeschlossen ist, widerspräche jedoch der Billigkeit, wenn sie nicht in entsprechenden Pflichten des Beklagten bei der Durchführung des Vertrages ihren Ausgleich fände. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß dem Beklagten seine Vertragspartner sonst auf Gedeih und Verderb ausgeliefert wären. Von dem von der Revision erwähnten Fall abgesehen, daß der Fluchthelfer das Unternehmen vorsätzlich zum Scheitern bringt, ist hier in erster Linie an den Fall zu denken, daß der Beklagte die Durchführung eines Fluchthilfeunternehmens unterläßt, ohne daß dafür triftige Gründe aus dem Gefahrenbereich des Fluchtwilligen bestehen. Es liegt auf der Hand, daß er in einem solchen Fall die Rückzahlung des geleisteten Vorschusses billigerweise auch dann nicht verweigern kann, wenn er bereits entsprechende Aufwendungen gehabt hat. Fraglich ist jedoch, wie die Ausschlußklausel zu beurteilen ist, wenn die Flucht durch Fahrlässigkeit des Beklagten oder eines seiner Gehilfen mißlingt.

Eine Fahrlässigkeit des Beklagten selbst kann hier unberücksichtigt bleiben. Zwar hat der Kläger allgemein eine "grobe Unachtsamkeit des Beklagten oder seiner Mitarbeiter" behauptet. Was er dazu im einzelnen vorgetragen hat, ergibt aber kein Verschulden des Beklagten selbst. Auch das Landgericht, das eine grobe Fahrlässigkeit seines Erfüllungsgehilfen Baader angenommen hat, hat ein Verschulden des Beklagten selbst nicht festgestellt. Der erkennende Senat braucht im vorliegenden Fall daher nur ein Verschulden eines Erfüllungsgehilfen ins Auge zu fassen.

Entgegen der Ansicht der Revision widerspricht es nicht schon der Billigkeit, wenn der Anspruch auf Rückzahlung des Vorschusses für den Fall ausgeschlossen ist, daß die Flucht infolge einfacher Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen mißlingt. Die Ausschleusung einer Person aus der Deutschen Demokratischen Republik ist stets ein schwieriges Unternehmen, das den Fluchthelfer und die mit der Vorbereitung der Flucht befaßten sonstigen Gehilfen jederzeit vor neue, schwer zu bewältigende Situationen stellen kann. Soweit diese Gehilfen im Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik tätig sind, sind sie zudem der Überwachung und Einflußnahme durch den Beklagten entzogen. Alle diese Umstände sind dem Vertragspartner bekannt. Er kann daher billigerweise nicht erwarten, daß jede Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen, die zum Mißlingen der Flucht führt, die vertragliche Ausschlußklausel hinfällig macht.

Anders ist es in Fällen grober Fahrlässigkeit. Der Flüchtling nimmt mit seiner Flucht schwere persönliche Gefahren auf sich. Hinzu kommt das erhebliche finanzielle Risiko, das er oder ein von ihm verschiedener Vertragspartner des Beklagten mit der Zahlung des grundsätzlich nicht

rückforderbaren Vorschusses eingeht. Diese Risiken sind nur unter der Voraussetzung erträglich, daß die Gehilfen, deren der Beklagte sich bedient und auf deren Auswahl der Vertragspartner keinen Einfluß hat, wenigstens ein Mindestmaß an Vorsicht walten lassen. Scheitert die Flucht, weil ein Gehilfe des Beklagten einfache Gebote der Vorsicht mißachtet, so widerspräche es der Billigkeit, wenn der Beklagte den erhaltenen Vorschuß nicht zurückzuzahlen brauchte. Soweit Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages auch für diesen Fall die Rückforderung ausschließt, kann die Bestimmung also keine Gültigkeit beanspruchen.

5. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt mithin davon ab, ob der Fluchthelfer Baader oder ein anderer Gehilfe des Beklagten durch grobe Fahrlässigkeit bei der Herstellung der Reisedokumente oder bei anderen Vorkehrungen dazu beigetragen hat, daß die Flüchtlinge bei der Einreise in die Tschechoslowakei entdeckt und verhaftet worden sind. Hierzu hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen. Der erkennende Senat kann nach dem Vortrag des Klägers nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen, daß ein Fall grober Fahrlässigkeit vorliegt. Der Rechtsstreit muß daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses die fehlenden Feststellungen nachholt.

III.

Auf die vom Berufungsgericht weiter erörterte Frage, ob der Kläger im Wege eines Schadensersatzanspruchs Rückzahlung des Vorschusses verlangen kann, braucht der erkennende Senat nicht näher einzugehen. Denn auch ein solcher

Anspruch wäre durch Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages ausgeschlossen, soweit nicht - von einem Verschulden des Beklagten selbst abgesehen - grobe Fahrlässigkeit eines seiner Erfüllungsgehilfen vorliegt. Der Schadensersatzanspruch hängt daher insoweit gleichfalls von tatsächlichen Feststellungen ab, die das Berufungsgericht noch zu treffen hat.

Nußgens

Krohn

RiBGH Tidow
ist erkrankt und
kann daher nicht
unterschreiben
Nußgens

Lohmann

Kröner